

WORKSHOP CONSULTIVO SOBRE O ANTEPROJETO DE TRANSPOSIÇÃO DA DIRETIVA 2014/104/UE – RELATÓRIO SÍNTESE

Miguel Sousa Ferro

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Participantes. 3. Processo legislativo. 4. Considerações gerais. 5. Âmbito de aplicação. 6. Conceito de empresa e responsabilidade da empresa-mãe. 7. Prazos de prescrição. 8. Força probatória das decisões nacionais em processos de práticas restritivas. 9. Força probatória das decisões de outros Estados-Membros. 10. Quantificação e presunção de danos. 11. 12. Acesso a elementos probatórios. 13. Responsabilidade solidária e direito de regresso entre co-infratores. 14. Resolução alternativa de litígios. 15. Ação popular e proteção dos consumidores. 16. Princípios da efetividade e equivalência. 17. Jurisdição do TCRS. 18. Aplicação da lei no tempo. 19. Outras questões. 20. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

Na sequência da adoção 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 (JO L 349/1, 05/12/2014) (adiante, “Diretiva”), com prazo de transposição até 27 de dezembro de 2016, o Ministério da Economia solicitou à Autoridade da Concorrência (adiante, “AdC”) a elaboração de um Anteprojeto de diploma de transposição desta Diretiva para o ordenamento jurídico nacional (adiante, “Anteprojeto”).

A AdC entendeu proceder à redação do Anteprojeto através de um processo aberto, transparente e deliberativo, dividido em fases numa lógica de incremento gradual dos níveis de discussão. Foi designada uma equipa para coordenar os trabalhos de transposição, constituída pela Dra. Maria João Melícias, Dra. Sofia Alves e Dra. Catarina Anastácio.

A primeira fase consistiu na análise interna pela AdC, que culminou na redação de um documento de trabalho identificativo das questões jurídicas e matérias que se poderiam suscitar e deveriam ser discutidas, explorando prós e contras das possíveis soluções.

Numa segunda fase, foi constituído, por iniciativa e convite da AdC, um comité de especialistas com o intuito de analisar em conjunto com a equipa da AdC as questões identificadas e, posteriormente, debater em detalhe uma primeira versão de projeto de diploma de transposição da Diretiva. O comité de especialistas funcionou por reuniões presenciais e por troca de comentários escritos.

Integraram este comité a Juíza Conselheira Maria dos Prazeres Beleza (representando a perspetiva da magistratura judicial), o Dr. José Miguel Júdice (representando a perspetiva da advocacia de contencioso), o Dr. Gonçalo Machado Borges (representando a perspetiva da advocacia de concorrência) e o Prof. Doutor Miguel Sousa Ferro (representando a perspetiva académica).

Na sequência destes trabalhos, a AdC elaborou o Anteprojeto.

Na 3^a fase, no âmbito da qual se integra o presente relatório, a AdC enviou o Anteprojeto a um número amplo de *stakeholders*, incluindo autoridades públicas, escritórios de advogados, universidades, associações setoriais, associações de consumidores e associações profissionais, convidando à presença num *workshop* consultivo e, caso o desejassem, à apresentação da sua perspetiva sobre o Anteprojeto.

A 16 de março de 2016, entre as 9h30 e as 13h00, realizou-se na Autoridade da Concorrência (AdC) um “*Workshop* Consultivo sobre o Anteprojeto de Diploma de Transposição da Diretiva 2014/104/UE (*Private Enforcement*)”.

O presente Relatório visa registar, de modo sucinto e sem pretensão de exaustividade, as diferentes perspetivas que foram apresentadas pelos participantes, para memória futura e como potencial instrumento de trabalho no quadro da consulta pública alargada. Trata-se, necessariamente, da interpretação subjetiva pelos autores do Relatório das intervenções e opiniões expressas. Para propiciar um ambiente de discussão franca e aberta, o *workshop* funcionou de acordo com a designada regra de *Chatham House*, motivo pelo qual não se identificam no presente Relatório os autores das diferentes opiniões expressas.

2. PARTICIPANTES

Participaram no *Workshop* Consultivo:

- Autoridade da Concorrência
 - o Prof. Doutor António Ferreira Gomes
 - o Dra. Maria João Melícias
 - o Dra. Sofia Alves
 - o Dra. Catarina Anastácio
- Supremo Tribunal de Justiça
 - o Juíza Conselheira Maria dos Prazeres Beleza
- Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão – Ministério Público
 - o Dr. Manuel António Pelicano Antunes
- Gabinete do Ministro da Economia
 - o Dr. António José Clemente
- Direção-Geral das Atividades Económicas do Ministério da Economia
 - o Dr. Luís Campos
 - o Dra. Tatiana Matos
- Direção-Geral do Consumidor do Ministério da Economia
 - o Dra. Teresa Moreira
- Direção-Geral de Política de Justiça do Ministério da Justiça
 - o Dra. Mónica Gomes
- Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
 - o Prof. Doutor Miguel Sousa Ferro
- Escola do Porto da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa
 - o Prof.ª Doutora Sofia Oliveira Pais
- Associação Portuguesa de Direito Europeu
 - o Dra. Rita Leandro Vasconcelos
- Círculo dos Advogados Portugueses de Direito da Concorrência
 - o Dr. Gonçalo Machado Borges
- DECO
 - o Dr. Paulo Fonseca
- International Chamber of Commerce – Portugal
 - o Dr. Miguel Mendes Pereira
- Ordem dos Advogados
 - o Dr. Gonçalo Anastácio

- Abreu Advogados
 - o Dr. Armando Martins Ferreira
- CMS RPA
 - o Dr. Luís Romão
- Cuatrecasas
 - Dra. Rita Leandro Vasconcelos
- Gomez-Acebo & Pombo
 - o Dr. Mário Marques Mendes
- Linklaters
 - o Dr. Carlos Pinto Correia
- Luís Morais & Associados
 - o Prof. Doutor Lúcio Tomé Feiteira
- MLGTS
 - o Dr. Joaquim Vieira Peres
- PLMJ
 - o Dr. Ricardo Oliveira
- Sérvulo
 - o Dr. Alberto Saavedra
- SRS Advogados
 - o Dr. Duarte Pirra Xarepe
- Uría
 - o Dr. Joaquim Caimoto Duarte
- Vieira de Almeida
 - o Dr. Nuno Ruiz

3. PROCESSO LEGISLATIVO

Foi repetidamente louvado o modo aberto e participativo como está a ser conduzido o presente processo de redação do Anteprojeto. Vários participantes realçaram a quebra com experiências legiferantes passadas, deixando votos que este método se venha a consolidar e a ser utilizado em futuros processos legislativos.

4. CONSIDERAÇÕES GERAIS

A generalidade dos participantes referiu-se ao Anteprojeto como um primeiro *draft* muito positivo, sem prejuízo das questões específicas que identificaram e que serão referidas *infra*.

Foi realçada a natureza preliminar e de trabalho em curso do Anteprojeto, que implica que existam ainda gralhas e questões de técnica legislativa a aperfeiçoar antes da próxima fase.

Reconheceu-se que a maioria das disposições e opções expressas no Anteprojeto correspondem a imposições da Diretiva, não estando, assim, na disponibilidade do legislador nacional alterá-las. Ainda assim, não deixaram de ser expressas algumas discordâncias e preocupações quanto a algumas das soluções vinculativas que decorrem da Diretiva.

Por outro lado, o Anteprojeto vai para além daquilo a que o Estado está obrigado por força da Diretiva, no sentido em que regula questões ou inclui disposições não incluídas na Diretiva, ou que faz opções que não se ficam pelo nível mínimo imposto por esta. Entre estes casos, destacaram-se, nomeadamente:

- (i) Extensão do âmbito de aplicação deste regime a infrações da Lei da Concorrência portuguesa quando aplicadas isoladamente (e não em paralelo com os artigos 101.º e 102.º do TFUE), incluindo abuso de dependência económica;
- (ii) Especificação do conceito de empresa e da possibilidade de imputação de comportamentos à empresa-mãe;
- (iii) Força probatória de decisões de outros Estados-Membros (presunção inilidível da infração);
- (iv) Quantificação da presunção (ilidível) de danos em cartel;
- (v) Estabelecimento de presunção para distribuição de responsabilidades entre co-infratores, em função das quotas de mercado;
- (vi) Disposição sobre ação popular para indemnização de consumidores;
- (vii) Centralização jurisdicional no Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão; etc.

Foi realçada a importância de fazer todos os esforços possíveis para que o diploma de transposição seja tão claro quanto possível, antecipando e prevenindo possíveis querelas jurídicas, em nome da promoção da segurança jurídica e da confiança na atuação dos agentes de mercado. Um dos desafios – que já decorre da Diretiva – é o facto de se utilizarem frequentemente conceitos indeterminados, que tendem a criar insegurança jurídica e que, por isso, seria útil concretizar, na medida do possível.

Um participante recomendou que se fizesse um especial esforço para que o processo de transposição tenha em atenção as diferenças de estádio de desenvolvimento dos vários ordenamentos e as características da cultura jurídica em Portugal. Esta preocupação foi suscitada, particularmente, no que respeita à vinculação às decisões de *public enforcement*.

O problema do equilíbrio entre as partes mereceu várias chamadas de atenção. Por um lado, reconheceu-se que, atualmente, se verifica um desequilíbrio contra os lesados, que se defrontam com dificuldades muito significativas para fazer valer os seus direitos em juízo e serem efetivamente ressarcidos na sequência de práticas anticoncorrenciais, compreendendo-se a intenção da Diretiva de combater esse desequilíbrio. Por outro lado, vários participantes mostraram-se preocupados que o novo regime fosse demasiado longe, criando um novo desequilíbrio no sentido oposto, contra os alegados infratores. Esta questão foi suscitada, particularmente, no contexto da discussão de alguns dos pontos em que o Anteprojeto vai mais longe que a Diretiva.

Evidenciou-se que a transposição do presente regime atentará, inevitavelmente, contra a congruência sistemática do nosso ordenamento, na medida em que a Diretiva impõe e o Anteprojeto toma alguns passos adicionais de concretização que afastam o regime aplicável ao *private enforcement* do direito da concorrência de regras gerais vigentes no nosso ordenamento. Isto sucederia, a título de exemplo, no domínio do acesso a elementos probatórios, na imputação de responsabilidade a empresas-mãe, no estabelecimento de presunções de danos ou de repartição de responsabilidades entre co-infratores, no estabelecimento de presunções inilidíveis de infrações já identificadas por decisões administrativas/judiciais no âmbito do *public enforcement*, etc.

Alguns participantes mostraram-se preocupados com este impacto e manifestaram a importância de se preservar, tanto quanto possível, a coerência sistemática interna do nosso ordenamento. Em contraponto, sublinhou-se que esta reforma setorial pode servir de ímpeto a um repensar da equidade de soluções do regime geral, notando-se, a título de exemplo, que a proposta de transposição em Espanha pretende introduzir as novas regras de acesso como alterações de âmbito geral no CPC espanhol.

Um dos participantes recordou que há aspetos da própria Diretiva cuja compatibilidade com o ordenamento jurídico europeu ainda poderá vir a ser questionada.

5. ÂMBITO DE APLICAÇÃO

O facto de o regime proposto abranger infrações ao direito europeu e ao direito nacional da concorrência pareceu ser unanimemente aceite pelos participantes como a opção equitativa.

No entanto, realçou-se que, devido ao facto de a atual definição de “infração ao direito da concorrência”, constante do artigo 2.º, alínea *j*), do Anteprojeto, exigir que esteja sempre em causa uma violação do direito da concorrência nacional, este regime não se aplicaria a casos em que só tivesse sido violado o direito europeu da concorrência. Sendo teorizáveis situações em que, por força de normas de Direito Internacional Privado, sejam intentadas em Portugal ações relativas a práticas às quais não se aplique o direito nacional da concorrência, mas sim o direito europeu, este regime deverá aplicar-se igualmente a essas situações, parecendo até ser essa uma obrigação decorrente da Diretiva.

Um dos participantes suscitou a questão de saber se a inclusão no âmbito deste regime da proibição nacional do abuso de dependência económica teria por propósito a reanimação duma figura muito pouco aplicada no nosso ordenamento.

Outro participante expressou a opinião de que a redação do artigo 3.º, n.º 1, mistura questões substantivas e adjetivas.

6. CONCEITO DE EMPRESA E RESPONSABILIDADE DA EMPRESA-MÃE

Alguns participantes expressaram preocupações e desacordo quanto ao disposto no artigo 4.º, n.º 2, que vai para além do que é expressamente exigido pela Diretiva. No seu entender, essa solução vai contra regras e princípios do ordenamento jurídico português, nomeadamente o artigo 501.º do Código das Sociedades Comerciais. Um participante recordou que o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) já teve a oportunidade de se pronunciar sobre o artigo 501.º do Código das Sociedades Comerciais português, na sua interação com o Direito da União Europeia (embora não no contexto do direito da concorrência).

Em contraponto, referiu-se que se trata da aplicação do conceito de empresa (unidade económica) consagrado no direito nacional e europeu da concorrência. Argumentou-se ainda que a solução do regime geral é repetidamente alvo de críticas na doutrina e que este regime especial pode servir de ímpeto à reflexão sobre uma reforma generalizada.

Foi também realçado que a solução proposta vai mais longe do que a presunção de domínio atualmente consagrada na jurisprudência do TJUE, que

se limita às situações de propriedade integral (100% ou quase) pela empresa-mãe da subsidiária. Fora desses casos, na jurisprudência europeia, a Comissão Europeia continua a ter de demonstrar o exercício efetivo de controlo pela empresa-mãe.

Realçou-se que poderão vir a verificar-se situações em que a AdC decida não imputar uma infração à empresa-mãe no âmbito do *public enforcement*, mas que essa imputação seja solicitada na ação de *private enforcement follow-on*, e que tal poderá suscitar dúvidas na aplicação deste regime.

Discutiu-se a questão de saber se este regime seria aplicado de modo diferente a empresas-mãe nacionais e estrangeiras, tendo sido indicado que, embora o tratamento seja igual em teoria, se poderão suscitar problemas de garantia do respeito pelas decisões judiciais no caso de empresas-mãe estrangeiras.

7. PRAZOS DE PRESCRIÇÃO

A utilização da expressão “interrupção” do prazo de prescrição foi criticada, já que tal pareceria implicar que, após o termo da interrupção, o prazo recomeçasse a contar do início. Sugeriu-se a utilização da expressão “suspensão”.

No que respeita ao artigo 7.º, n.º 3, do Anteprojeto, suscitou-se a questão de saber se não seria possível indicar, mais concretamente, quais os tipos de decisões judiciais em causa, que declararam a incapacidade de pagamento, embora se tenha reconhecido a dificuldade prática de prever todos os tipos de decisões potencialmente relevantes.

Um participante indicou entender que a suspensão do prazo de prescrição por um período de dois anos, nas condições previstas no artigo 7.º, n.º 5, do Anteprojeto, é excessiva, sugerindo a sua redução para um ano, numa lógica de evitar um desequilíbrio entre as partes e de responsabilizar os lesados pelo início das ações de indemnização em tempo útil.

Quanto à parte final deste mesmo número, realçou-se a necessidade da sua articulação com o artigo 74.º da Lei da Concorrência, sendo possível que um processo que se tenha concluído na AdC (ou posteriormente) por prescrição do procedimento contraordenacional dê, ainda assim, posteriormente, origem a uma ação de *private enforcement*.

No que respeita ao artigo 7.º, n.º 7, do Anteprojeto, chamou-se a atenção para a necessidade de interpretar cuidadosamente a 2.ª parte desta norma, na medida em que não se pode verificar a interrupção do prazo de prescrição quando o ato em causa seja uma ordem de apresentação de documentos notificada a um terceiro, que não a empresa alegadamente infratora.

A propósito do artigo 7.º, n.º 8, do Anteprojeto, alguns participantes expressaram a opinião de que um prazo de cinco anos nestas situações se mostraria excessivo, devendo os lesados ser responsabilizados no sentido de se exigir uma atuação mais rápida nestas circunstâncias, atendendo ao longo período que pode já ter decorrido até se chegar a este momento. Sugeriu-se como alternativa um prazo de um ou três anos.

8. FORÇA PROBATÓRIA DAS DECISÕES NACIONAIS EM PROCESSOS DE PRÁTICAS RESTRITIVAS

Quanto à força probatória, no âmbito de ações *follow-on*, de decisões administrativas/judiciais portuguesas que declaram a existência das respetivas infrações concorrenciais, nos termos do artigo 8.º, n.º 1, do Anteprojeto, vários participantes expressaram a opinião de que esta norma suscitaria problemas de constitucionalidade. Foi indicado que, se é verdade que é a Diretiva que impõe a formação de uma presunção inilidível, também é certo que, no ordenamento jurídico português, nem as sentenças proferidas em processo penal têm este valor no âmbito de processos cíveis subsequentes.

Sugeriu-se ser expectável que a própria norma da Diretiva venha a ser contestada perante o TJUE à luz da sua compatibilidade com as normas de direitos fundamentais que vinculam a União (ver, e.g., artigos 47.º e 48.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia). A norma (nacional e, por extensão, a norma comunitária) pode também vir a ser contestada perante o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. Por fim, referiu-se que esta questão pode vir a suscitar, nos casos perante os tribunais nacionais, a invocação do limite do primado do direito da União Europeia.

Sugeriu-se que seria benéfico fornecer esclarecimentos adicionais sobre a abrangência desta presunção inilidível.

Um participante expressou a opinião de que o âmbito da presunção inilidível devia abranger, não apenas as questões favoráveis aos lesados, mas também as favoráveis ao alegado infrator, nomeadamente quando em recurso se reduza o âmbito da infração.

9. FORÇA PROBATÓRIA DAS DECISÕES DE OUTROS ESTADOS-MEMBROS

A proposta de se atribuir um efeito vinculativo para os tribunais nacionais (presunção inilidível) das decisões de outros Estados-Membros que identifiquem práticas restritivas da concorrência, nos termos do artigo 8.º, n.º 2, do

Anteprojeto, foi recebida, predominantemente, com discordância e preocupações. A maioria dos participantes que abordou o tema defendeu que não se vá para além do mínimo decorrente da Diretiva (elemento probatório *prima facie*), que deixaria os tribunais nacionais livres de reapreciar a existência da infração identificada pelas autoridades de outros Estados-Membros (exceto no caso de decisões da Comissão Europeia e TGUE/TJUE, por força do Regulamento (CE) n.º 1/2003).

As fontes de preocupação expressas podem ser divididas em dois grupos.

Primeiro, suscitaram-se os problemas constitucionais e sistémicos que já se referiram a propósito da força vinculativa das decisões de *public enforcement* portuguesas, agravados pelo facto de se estar a atribuir força a decisões de autoridades administrativas e/ou judiciais de outros Estados-Membros.

Segundo, alguns participantes entenderam que não se pode ter um conhecimento suficiente das características das ordens jurídicas de todos os Estados-Membros e da realidade das suas estruturas administrativas e judiciais para se atribuir efeito vinculativo inultrapassável às suas decisões, o que pressuporia um elevado nível de confiança na qualidade técnica das decisões e na existência de efetiva garantia jurisdicional dos direitos das empresas visadas, nomeadamente ao nível do controlo judicial das decisões administrativas.

Em contraponto, foi realçado que a importância prática desta questão será muito menor do que poderá parecer e que, em especial quanto a este segundo ponto, a discussão poderá razoavelmente ser limitada ao reconhecimento de decisões de autoridades espanholas. Isto porque o artigo 8.º, n.º 2, só seria relevante no caso de uma decisão de outro Estado-Membro que identificasse práticas anticoncorrenciais que ocorreram tanto nesse Estado como em Portugal, e que expressamente se debruce e qualifique como infração a parte das práticas ocorridas em Portugal. Em princípio, os limites das competências de cada ANC e as regras de distribuição de competências no seio da Rede Europeia de Concorrência são tais que tal raramente sucederá e, quando suceda, só deverá acontecer (no que releva para Portugal) no caso de práticas com dimensão ibérica.

Realçou-se que a mesma solução consta da proposta de transposição recentemente adotada em Espanha.

Sobressaiu também a consciência de que esta opção pode estar ligada à disputa que se começa já a sentir entre Estados-Membros para se tornarem num foro privilegiado para disputas de *private enforcement* da concorrência,

tendo sido expressa a ideia de que Portugal não parece ter as condições para se posicionar eficazmente nessa disputa.

10. QUANTIFICAÇÃO E PRESUNÇÃO DE DANOS

Quanto à presunção de que os cartéis causam danos, decorrente da Diretiva, alguns participantes referiram considerarem a solução imposta pela Diretiva como atentatória contra regras e princípios do nosso ordenamento, ainda que se possa compreender e até concordar com a sua equidade neste caso concreto.

Um participante expressou a opinião de que, na prática, esta ilidibilidade será ilusória, exigindo uma prova negativa pelo infrator. O facto de esta prova poder, nalguns casos, incluir a demonstração de que os danos teriam sido passados ao próximo nível de uma cadeia vertical dificultará ainda mais esta tarefa do Réu.

Já a presunção de uma quantificação de danos causados por cartéis, prevista no artigo 9.º, n.º 1, do Anteprojeto, equivalentes a, pelo menos, 10% de custos adicionais (*surcharge*) foi especialmente criticada, vários participantes sugerindo a sua eliminação. Sugeriu-se que poderia vir a ser invocada a inconstitucionalidade desta norma.

Sugeriu-se que a consequência prática da presunção de 10% seria a tendência dos tribunais para se ficarem sempre pelo nível dos 10%, potencialmente atentando contra o princípio da plena reparação ou da proibição da reparação excessiva, consoante o caso.

Um dos participantes sugeriu, como alternativa a esta solução, que se adotasse uma solução análoga à que é consagrada no artigo 338.º-L, n.º 5, do Código de Propriedade Industrial.

Outro participante realçou que a presunção dos 10%, aparentemente, só respeitaria aos danos emergentes, podendo ainda cair-se num juízo de equidade, nos termos do artigo 9.º, n.º 2, para quantificar outros tipos de danos. Sugeriu que fosse repensada e aperfeiçoada a articulação entre a aplicação prática do n.º 1 e do n.º 2 do artigo 9.º.

Quanto à razão da opção pelo nível de 10%, que se sugeriu parecer arbitrário e não necessariamente concordante com a realidade (devido à dúvida implementação prática de alguns cartéis), foi realçado que esta opção se fundou em estudos económicos realizados a pedido da Comissão Europeia, que concluíram que os cartéis provocam, em média, danos quantificáveis entre 10% e 70% de custos adicionais, tendo-se optado pelo limiar mínimo deste intervalo em nome do equilíbrio entre as partes e do respeito pelo princípio da não compensação excessiva (sem prejuízo de prova em contrário, para cima ou para baixo).

12. ACESSO A ELEMENTOS PROBATÓRIOS

Sugeriu-se que o n.º 6 do artigo 13.º do Anteprojeto fosse revisto e redistribuído na estrutura do artigo de modo a aplicar-se à integralidade das obrigações de apresentação de elementos probatórios previstas neste artigo (em vez de apenas ao n.º 5), como decorre da Diretiva.

Quanto aos meios de prova cuja possibilidade de apresentação é absolutamente excluída, foi sugerida a possibilidade de se ter de alargar o elenco decorrente da Diretiva para incluir também acordos alcançados no contexto da mediação, na medida em que estes sejam confidenciais nos termos das normas respetivamente aplicáveis.

Frisou-se a necessidade de pensar cuidadosamente o impacto das normas de acesso ao nível do sigilo profissional dos advogados. A este respeito, observou-se que o artigo 13.º, n.º 8, do Anteprojeto estabelece que o sigilo é protegido “nos termos do direito nacional e do direito da União”, ao passo que o artigo 5.º, n.º 6, da Diretiva estabelece que o sigilo é protegido “nos termos do direito da União ou do direito nacional”, sendo que esta mudança da alternativa para uma cumulação pode ter consequências práticas decisivas, atendendo aos diferentes níveis de proteção que são conferidos ao sigilo profissional dos advogados no ordenamento europeu e no ordenamento nacional.

Foi suscitada a discussão da necessidade de harmonizar o direito e prática nacional no que respeita ao acesso a documentos incriminatórios e exculpatórios no âmbito do *public enforcement* e do *private enforcement*, por atentar contra a integridade do sistema e o princípio da equidade que os potenciais lesados possam ter acesso a documentos aos quais seja vedado o acesso a empresas visadas no respetivo processo contraordenacional.

Um participante criticou a opção, que decorre da Diretiva, de não proteger propostas de transação revogadas. No seu entender, a consequência prática é a remoção de todo o incentivo às empresas visadas para apresentarem propostas de transação, por recearem que, caso essas propostas tenham de ser substituídas por outras ou tenham de ser retiradas, possam depois ser utilizadas no âmbito de ações de *private enforcement*. Chamou-se a atenção para o modo como a Comissão Europeia já terá começado a reagir a este facto na revisão da Comunicação sobre a transação (JO C 167/1, 02/07/2008; JO C 256/1, 05/08/2015), sugerindo-se que a AdC adapte as suas políticas internas e prática decisória no mesmo sentido.

13. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA E DIREITO DE REGRESSO ENTRE CO-INFRATORES

No que respeita ao artigo 6.º, n.º 4, do Anteprojeto, que estabelece limites à responsabilidade solidária das empresas beneficiárias de dispensa de coima, um participante manifestou dúvidas relativamente à correta interpretação da alínea b), em leitura combinada com o n.º 7 do mesmo artigo. Especificamente, suscitou a questão de saber se está efetivamente a ser tido em conta na alínea b) um teto de responsabilidade das empresas beneficiárias de dispensa de coima, perante lesados que não os seus clientes/fornecedores diretos ou indiretos, correspondente aos termos do n.º 7.

Foi também expressa a opinião de que se poderão vir a suscitar questões complexas no caso de ações de regresso contra outros membros do cartel, se nem todos os clientes diretos dessa empresa tiveram intentado uma ação contra ela.

Salientou-se que a presunção de distribuição de responsabilidades de acordo com quotas de mercado, nos termos do artigo 6.º, n.º 5, do Anteprojeto, contraria a regra geral do Código Civil, que presume a igualdade entre infratores. Foi também referido que a sua aplicação será dificultada, na prática, sempre que as decisões não fornecerem os dados necessários para proceder claramente à sua aplicação, bem como nos casos em que a participação das várias empresas no cartel se tenha verificado por períodos diferentes.

14. RESOLUÇÃO ALTERNATIVA DE LITÍGIOS

Realçou-se o facto de a expressão utilizada no Anteprojeto poder ser equívoca, na sua articulação com os conceitos utilizados noutros diplomas. Sugeriu-se que o artigo 12.º seja revisto para se referir a “resolução extrajudicial de litígios”.

Um participante frisou a importância de garantir uma boa articulação deste regime com a Lei n.º 144/2015, de 8 de setembro, e com o funcionamento da rede de arbitragem de consumo. Sugeriu-se uma cuidada reflexão sobre o papel que esta rede de arbitragem pode desempenhar no âmbito do *private enforcement* da concorrência, sendo dúvida que as entidades registadas tenham a capacidade e/ou competência para fixar indemnizações neste âmbito.

Foi expressa a opinião de que a possibilidade de suspensão parcial do processo, limitada às partes envolvidas na resolução alternativa de litígios, não seria positiva, por atingir a lógica da singularidade processual e por gerar questões jurídicas de difícil resolução – e.g.: qual a consequência para pedidos de acesso a documentos endereçados a partes relativamente às quais o processo

foi suspenso? Realçou-se também a potencialidade de este mecanismo ser utilizado como estratégia processual de atraso da decisão final.

15. AÇÃO POPULAR E PROTEÇÃO DOS CONSUMIDORES

Os participantes que se referiram à proposta do artigo 20.º do Anteprojeto realçaram a importância de se garantir a proteção dos consumidores, alterando a situação vigente até ao momento, sendo que os consumidores portugueses ainda nunca foram indemnizados por danos decorrentes de práticas anticoncorrenciais. Realçaram-se analogias da solução proposta com o regime especial de ação popular constante do Código de Valores Mobiliários.

Discutindo-se a razão para a inexistência em Portugal de um maior número de ações populares para indemnização de danos causados a consumidores, sublinhou-se a importância de considerar os fatores económicos, decorrentes de características da Lei da Ação Popular, que tornam pouco atrativo ou mesmo economicamente inviável a organização deste tipo de ação para o seu promotor.

Um participante realçou que a atual Lei da Ação Popular consagra soluções que não estão em consonância com a Recomendação da Comissão Europeia sobre mecanismos de tutela coletiva (JO L 201/60, 26/07/2013), e que o Governo ainda não tem uma posição definida quanto à eventual reforma do regime nacional. Os principais pontos sublinhados de diferenciação foram a consagração em Portugal de um regime representativo de *opt-out*, enquanto a Comissão Europeia recomendou um regime de *opt-in*, e a criação de um mecanismo de prévio reconhecimento público (certificação) de entidades coletivas com legitimidade ativa para interpor ações populares.

Outro participante realçou que a referida Recomendação não é vinculativa e que o seu conteúdo foi ultrapassado logo após a sua adoção, na medida em que todos os estudos académicos sobre a matéria apontam para a imprescindibilidade do sistema *opt-out* para se cumprir o princípio da efetividade e se garantir o resarcimento de danos causados a consumidores, e que o Reino Unido já tomara, entretanto, o passo de introduzir um regime de *opt-out* (inauditado no seu ordenamento) para o *private enforcement* do direito da concorrência.

Um participante sugeriu que a atual redação do artigo 20.º pode ser lida como pretendendo alargar o âmbito da ação popular consagrada no regime geral, não parecendo ser essa a intenção.

16. PRINCÍPIOS DA EFETIVIDADE E EQUIVALÊNCIA

A maioria dos participantes que se pronunciaram sobre a inclusão do artigo 22.º realçaram que, tecnicamente, não é necessária a inclusão desta disposição, por estas obrigações já decorrerem diretamente do ordenamento europeu, mas louvaram a opção de incluir expressamente esta norma, na ótica de um intuito clarificador e pedagógico. Sugeriu-se que a mesma ótica talvez pudesse conduzir a incluir outras referências, designadamente quanto ao reenvio prejudicial e às opiniões *amicus curiae* da Comissão Europeia. Um dos participantes entendeu que a inclusão é supérflua e devia ser retirada.

17. JURISDIÇÃO DO TCRS

Todos os participantes que se pronunciaram sobre a opção de centralizar as ações de *private enforcement* no Tribunal de Concorrência, Regulação e Supervisão (TCRS), nos termos da alteração proposta ao artigo 112.º da Lei de Organização do Sistema Judiciário, fizeram-no em termos positivos.

Foi recordado que esta proposta, no que respeita especificamente ao *private enforcement*, já tinha sido avançada anteriormente, designadamente aquando do debate que precedeu a adoção da atual Lei da Concorrência.

Foi realçado o facto de esta alteração reforçar a importância de se criarem condições para a efetiva especialização dos magistrados do TCRS, nomeadamente no que respeita à estabilidade da sua permanência neste tribunal.

Chamou-se a atenção para o facto de a opção legislativa proposta deixar de fora, potencialmente, várias ações judiciais que incluirão um elemento de *private enforcement* do direito da concorrência (o que acontecerá sempre que este seja invocado em conjunto com outros argumentos jurídicos, e.g. de direito civil). Estas ações “mistas” continuarão a ser intentadas e a correr junto dos tribunais cíveis. Isto dito, a solução foi vista como positiva, não se sugerindo uma alternativa.

18. APLICAÇÃO DA LEI NO TEMPO

Sugeriu-se que seria esclarecedor especificar, na medida do possível, quais são as disposições substantivas, a que se refere o artigo 23.º, n.º 1, do Anteprojeto.

Um participante questionou se a norma constante do artigo 23.º, n.º 3, do Anteprojeto não violaria o direito da União Europeia, na medida em que a proteção absoluta de documentos anteriores anexos a pedidos de clemência (atualmente consagrada na LdC e que o Anteprojeto pretende salvaguardar para pedidos anteriores à entrada em vigor deste novo regime) não parece ser

compatível com a jurisprudência do TJUE sobre direitos de acesso quando esteja em causa o direito europeu da concorrência.

19. OUTRAS QUESTÕES

Alguns participantes recordaram que o Anteprojeto consolida a desigualdade atualmente existente ao nível do regime de recurso. Ações de *private enforcement*, de valor possivelmente muito inferior, decididas pelo TCRS, serão passíveis de recurso até ao STJ, ao passo que ações de *public enforcement*, com um impacto económico potencialmente muito superior, decididas pelo mesmo tribunal, só são passíveis de recurso até ao TRL. Recomendou-se que se aproveitasse este processo de transposição para repensar esta situação.

Foram também evidenciadas preocupações de vários participantes quanto à tendência acentuada dos tribunais portugueses de entenderem que não têm dúvidas quanto à interpretação do Direito da União Europeia e, consequentemente, de raramente submeterem questões prejudiciais ao TJUE. Em resposta à ideia de explorar uma concretização destas obrigações no Anteprojeto, foi recordado que esta questão é dificultada por se ter de atender à proibição de repetir no ordenamento interno regras que decorrem e vigoram diretamente no nosso ordenamento por força do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

Um participante suscitou a discussão de saber se se justificaria a criação de uma tramitação especial para este tipo de processos, tendo o CPC como regime subsidiário.

Suscitou-se a dúvida de saber se, uma vez transposta a Diretiva, este novo regime teria algum impacto sobre o conteúdo das decisões de práticas restritivas que venham a ser adotadas pela AdC, no sentido em que possam ter de vir a identificar ou especificar elementos que até agora nem sempre foram incluídos.

Um participante expressou a opinião de que a transposição desta Diretiva é uma oportunidade para se repensar e alterar a norma da LdC que estabelece o efeito meramente devolutivo dos recursos das decisões da AdC, indicando que o TCRS terá declarado a constitucionalidade desta norma num caso recente. A mesma observação foi alargada ao repensar da permissão da *reformatio in pejus*.

Chamou-se a atenção para o facto de a definição de cartel no artigo 2.º, alínea *c*), do Anteprojeto não abranger apenas os ditos *hardcore cartels*, mas também outro tipo de práticas, tais como acordos horizontais de troca de informação.

Sugeriu-se que se harmonizasse ao longo de todo o documento a referência a infrações ao direito da concorrência, usando-se sempre o termo “infração”, que é definido no Anteprojeto, em vez de “violação”, que pode suscitar dúvidas interpretativas.

Sugeriu-se que o conceito de PME do Anteprojeto passasse a ser por remissão para a Recomendação da Comissão Europeia de 6 de maio de 2003 (2003/361/CE).

Sugeriu-se que o artigo 94.º-A, n.º 1, utilize a expressão “proferir” sentenças, em vez de “adotar”.

Sugeriu-se que, sempre que se fale no envio de peças processuais ou de atos judiciais por um tribunal à AdC se utilize a expressão “notificar”.

20. CONCLUSÃO

Realizada esta aprofundada reflexão com um grupo alargado de *stakeholders*, e reunidos contributos e sugestões concretas que visam o aperfeiçoamento do Anteprojeto, a AdC comunicou tencionar proceder à revisão do Anteprojeto, submetendo a nova versão a uma consulta pública em abril/maio de 2016, naquela que será a 4.ª fase do processo de redação do projeto de diploma de transposição da Diretiva.

De acordo com a planificação temporal da AdC, espera-se que seja possível apresentar ao Governo uma proposta de diploma de transposição da Diretiva em agosto de 2016.