

SOBRE O PRAZO DE PRESCRIÇÃO E OUTROS ASPETOS DA DIRETIVA 2014/104/UE

Catarina Varajão Borges, Inês Neves, Ricardo Tavares & Tiago Monfort

ABSTRACT: In this article, we intend to clarify the differences between Portuguese civil law and the new Directive 2014/104/EU in respect of limitation periods and the requirements for a right to compensation to arise. We will provide an explanation of why limitation for presenting private enforcement claims under Competition law requires a longer period than under the general regime; sum up several examples on how to concatenate the civil and European regimes, in particular in the period the Directive should have already been implemented (but was not); approach some of the grounds for suspension foreseen in the Directive as well as the ones foreseen in the Portuguese preliminary draft and consequences of their prediction; at last, a brief reflexion about the effect of a decision from a national competition authority for the purposes of an action for damages brought before their national courts under Article 101 or 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union or equivalent national provisions.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O ilícito concorrencial e a aplicação das normas da responsabilidade civil delitual. 3. O instituto da prescrição. 4. A contagem do prazo prescricional, à luz do que dispõem o artigo 10º da Diretiva e o artigo 6º do Projeto de Transposição. 5. Algumas hipóteses de aplicação da lei no tempo. 6. Causas de suspensão dos prazos e suas consequências jurídicas. 6.1. Suspensão ou interrupção?. 6.2. Considerações sobre as diferentes causas de suspensão. 7. A vinculatividade das decisões das autoridades da concorrência nacionais. 7.1. Decisões nacionais sobre práticas restritivas. 7.2. Decisões de outros Estados-membros. 7.3. Decisão da AdC favorável ao alegado infrator. 8. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

O artigo que apresentamos procura reunir uma súmula de algumas questões que nos surgiram no decorrer da nossa participação no *Moot Court* de Direito da Concorrência. Começaremos por explicar qual a necessidade de se prever um prazo prescricional diferente, no que respeita a ações indemnizatórias entre

particulares no Direito da Concorrência, face àquele de três anos previsto no Código Civil (doravante, CC). De seguida, abordaremos a questão da contagem do prazo da prescrição, questão esta, parece-nos, deveras importante: saber quando o prazo começa a correr, como se conta e quando se suspende. O artigo 10.º da Diretiva 2014/104/UE, visando esclarecer o hiato temporal dentro do qual é permitido aos lesados intentar uma ação de indemnização, prescreve que os Estados-Membros devem estabelecer regras aplicáveis àqueles prazos, que determinem o início da sua contagem, a duração, bem como as circunstâncias passíveis de gerar a sua interrupção ou suspensão.

A Diretiva 2014/104/UE não traduz apenas uma mudança de três para cinco anos no tempo que o lesado tem para exercer o seu direito, mudança já por si expressiva. Contém também alterações às regras na contagem no prazo, cuja relevância não é menor, pois se tivermos em conta não só a mudança dos pressupostos do início da contagem, mas também a previsão de várias causas de suspensão, a Diretiva traz influentes modificações do regime aplicável no *private enforcement* no Direito da Concorrência.

2. O ILÍCITO CONCORRENCIAL E A APLICAÇÃO DAS NORMAS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DELITUAL

A responsabilidade civil assume-se como um instrumento para a tutela ou promoção de uma certa ordem de bens, representando um desvio à máxima *casum sentit dominus*. No que respeita ao conceito de ilicitude, de cariz eminentemente histórico, a centralidade do direito da concorrência assume-se, na medida em que vem este adicionar um significado até então desconhecido.

Não obstante, não é sem colocar questões, dúvidas e desafios que este setor irrompe no seio de um ordenamento dotado de instrumentos jurídicos sedimentados no decurso de séculos. Pelo contrário, a concorrência vem desafiar-los, revelando os seus défices, no tratamento de uma realidade nova e provocadora. Não que isto implique uma rejeição *in limine* do valor daqueles... Talvez baste recuar à sua teleologia e tentar compreender a *ratio* inerente aos institutos, despidendo-os dos preconceitos da doutrina e da jurisprudência. Se todo o direito tem, também, como função, o dirimir de um conflito de interesses, as dificuldades multiplicam-se quando se contrapõe a liberdade económica à defesa de uma concorrência sã e leal. As situações de responsabilidade em causa não correspondem ao atentar de um direito absoluto, mas à violação de uma disposição legal destinada a proteger interesses de outrem.

É, com efeito, de suma importância, reinterpretar as noções de ilicitude, culpa, dano e relação de causalidade. Em primeiro lugar, porque o tratamento inicial da questão por entidades administrativas independentes levou, durante muito tempo, ao perspetivar das normas da concorrência pelo prisma da ilicitude contraordenacional¹, esquecendo a responsabilidade civil por facto ilícito e culposo, muito mais acessível ao particular lesado. Em segundo, porque o ilícito concorrencial é demasiado complexo: a extensão por diferentes fases do processo de produção, distribuição e comercialização leva a que aqueles comportamentos antijurídicos sejam imputados a múltiplos intervenientes. Na verdade, a matriz individualista veiculada pelo modelo napoleónico, e vertida no nosso CC, não está pensada para dar solução a comportamentos que envolvem uma pluralidade de atores (empresas, concorrentes e consumidores), para não mencionar já a forte relutância da generalidade da doutrina em aceitar uma função punitiva da responsabilidade civil, o que, no domínio concorrencial, cumpre elevar a objetivo, senão essencial, ao menos com dignidade e valor representativos (ainda que essa função não vá ínsita no *private enforcement*, competindo, antes, à atuação das autoridades de concorrência). Em terceiro, a barreira entre lícito e ilícito é, neste domínio, mais difícil de estabelecer: ao invés de uma fronteira estanque, assente na dignidade dos valores em jogo, eminentemente pessoais, surge a fluidez das opções políticas. Passemos a explicar: se, à luz do entendimento tradicional, o que é ilícito só deixa de o ser perante um leque restrito de causas justificativas, no domínio da concorrência, as justificações podem passar por “aspectos económicos que retiram segurança e carácter substantivo ao próprio princípio da livre concorrência”².

Também não se pode considerar existir qualquer abuso de direito por parte daquele que dispõe de uma liberdade genérica de agir como o é a liberdade de iniciativa económica ou de concorrência³. Cumpre, então, encontrar as normas de proteção que poderão fundamentar a tutela ressarcitória do lesado, ao abrigo do instituto da responsabilidade civil delitual por facto ilícito e culposo. As mesmas brotam dos artigos 9.º a 12.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, a qual disciplina o novo regime jurídico da concorrência (e igualmente dos artigos 101.º e 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia). Devidamente situados, devemos identificar quem é o titular dessas posições protegidas.

1 Leitão, 2009: 448.

2 Leitão, 2009: 451.

3 Carneiro da Frada, 1997: 50.

Se poderíamos, num primeiro momento, ser levados a pensar que apenas os interesses dos concorrentes são imediatamente tutelados, dado o objetivo aparente das normas em questão (manter a concorrência sã nos mercados), o certo é que tem vingado o entendimento contrário. E o *private enforcement* é, aliás, prova do papel ativo que o consumidor desempenha, recaindo as dúvidas, antes, sobre a eventual tutela dos concorrentes. Note-se, também, que o interesse tutelado não tem de ser o único a integrar o âmbito de proteção da norma, podendo nela figurar a par de outros interesses.

Já em *Nos v PT (II)*, o Tribunal da União foi perentório em afirmar essa dualidade: “Olhando para o Direito Comunitário, para a Constituição da República Portuguesa e para a lei ordinária, somos levados a concluir que estamos perante um conjunto de normas que visam tutelar um bem jurídico público – a concorrência – sendo tal tutela assegurada por um conjunto de normas de proibição e de normas sancionatórias e pela existência de uma entidade pública a quem cabe, no plano sancionatório, identificar e investigar as práticas suscetíveis de infringir a legislação da concorrência nacional e comunitária, proceder à instrução e decidir sobre os respetivos processos, aplicando, se for caso disso, as sanções previstas na lei. **Mas tais normas também tutelam interesses particulares**, tal como foi reconhecido pelo Tribunal de Justiça no acórdão *Courage c. Crehan*, ao afirmar que as práticas violadoras do direito comunitário da concorrência e, *mutatis mutandis*, pelas regras da concorrência nacionais, podem causar danos a particulares, sejam eles empresas ou pessoas singulares e que as mesmas têm, por isso, direito a ser indemnizados. E esta doutrina impõe-se no direito interno dado o primado do direito comunitário sobre aquele, sem prejuízo, o que também ficou referido, de caber a cada Estado-membro definir regras pormenorizadas para a introdução de pedidos de indemnização.”⁴

Também a Doutrina identifica os particulares como titulares do interesse legalmente protegido de não ver impropriamente restringida a concorrência, na sequência da adoção de comportamentos anticoncorrenciais por empresas. A proibição destas condutas tutela, com efeito, simultânea e diretamente (e de modo não meramente reflexo), interesses legítimos de terceiros.

Movimentando-nos no campo da responsabilidade civil delitual, faremos alusão a um instituto que vem demonstrar a ineficiência do modelo tradicional juscivilístico no tratamento dos comportamentos anticoncorrenciais: a prescrição.

4 ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 20 de setembro de 2001, Processo C-453/99,

3. O INSTITUTO DA PRESCRIÇÃO

A prescrição consiste na extinção da exigibilidade das obrigações, pelo facto de não haver sido operada nas condições e tempo determinados na lei. É, pois, um instituto geral do direito, que se funda no decurso do tempo e que concede ao beneficiário o poder ou faculdade de recusar, de modo lícito, a prestação devida (304.º, n.º 1, CC). É, a nível processual, quando invocada como meio de defesa, uma exceção material perentória, própria. A noção pressupõe, em suma, três notas características, segundo avança Ana Filipa Morais⁵:

- O efeito paralisador dos direitos;
- O não exercício do direito, pela inércia do respetivo titular;
- O decurso de um certo lapso de tempo.

À frente, no nosso trabalho, veremos como pode conhecer causas de interrupção (323.º a 327.º CC) e suspensão (318.º a 322.º CC), o que leva a concluir que o prazo nem sempre completa o seu curso de forma contínua.

No referente aos seus efeitos, a prescrição deve ser invocada por aquele a quem aproveita, nos termos do artigo 303.º CC, sem prejuízo de a invocação poder não ser viável, se desconforme com a boa fé ou em caso de abuso do direito.

Conforme nos propusemos *supra*, e na medida em que o prazo de prescrição é um dos temas debatidos no domínio das ações de *private enforcement*, cumpre despir o instituto de tudo aquilo que a Doutrina sobre ele fez impender, analisando os seus fundamentos. Na verdade, e com Vaz Serra, “trata-se de um instituto complexo, em que confluem razões várias e se debatem interesses contraditórios, cuja conciliação não é sempre fácil”⁶. Negamos, com ele, a existência de um só fundamento para a prescrição: seja a probabilidade de ter sido feito o pagamento, seja a presunção de renúncia do credor, a sanção da sua negligência, a consolidação de situações de facto ou a proteção do devedor contra a dificuldade de prova do pagamento, não esquecendo a necessidade social de segurança jurídica e certeza dos direitos e a promoção do seu exercício oportuno e tempestivo, o certo é que todos estes elementos são insuficientes.

Quanto à exceção de prescrição, uma vez invocada, o que ocorre é a sua subsistência enquanto obrigação natural, e já não como obrigação civil. E por isto não poderá a prestação realizada espontaneamente ser repetida (403.º CC).

⁵ Antunes, 2014: 25.

⁶ Vaz Serra, 1961.

Uma nota comparativa merece o tratamento dado ao prazo prescricional do direito de regresso entre diferentes obrigados à indemnização, conforme dispõe o n.º 2 do artigo 498.º do CC. Na medida em que a situação se verificará não raras vezes, atendendo ao carácter sobretudo plural das infrações anticoncorrenciais, cumpre aplicar aquele preceito, por força do disposto no n.º 1 do artigo 10.º da Diretiva. Considerando a posição de Vaz Serra, e na medida em que os inconvenientes relativos à prova para efeitos de ação de indemnização e de exercício do direito de regresso eram, por ele, vistos como similares, o nosso Código veio prever, em consonância, um prazo de três anos para ambas. Contudo, confrontando esta solução com o novo prazo consagrado na Diretiva, parece ficar a existir, agora, algum hiato entre as duas. É isto porque, não obstante o 2º parágrafo do n.º 4 do artigo 11.º da Diretiva apenas se referir à necessária fixação de 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, uma vez não conseguindo obter destes a devida compensação, poderem acionar, depois, e em tempo, aquele beneficiário), de acordo com a proposta de transposição, o referido prazo é fixado em 3 anos, começando a correr na data em que a incapacidade de pagamento dos restantes coinfratores seja constatada por decisão judicial (artigo 6.º, n.º 3). A disparidade não foi desconsiderada na discussão que se encetou: se, no que respeita à ação de indemnização, a tutela do interesse do lesado se sobrepõe e justifica a consagração de um prazo mais dilatado face ao de três anos, o exercício do direito de regresso, por seu turno, não se pauta pelas mesmas exigências. Prova adicional de que aquele fundamento assente na mesmíssima dificuldade de prova não vale quando em jogo está a efetivação de um direito que se sabe já existir, precisamente a partir do momento em que o responsável solidário assume a parte dos demais. Por outras palavras: uma coisa é a estorvo a que o lesado pode ficar sujeito no conhecimento efetivo do seu direito, em face de comportamentos de dimensão e conteúdo que o ultrapassam, pela complexidade dos esquemas, pela pluralidade de intervenientes e pela natureza iminentemente duradoura da prática; outra, bastante diferente, é o exercício expedito do direito de regresso, tanto mais sabendo que o cumprimento efetivo por um corresponsável marca o início da contagem do prazo, não se justificando um hiato superior ao já consagrado de três anos.

A encerrar o decurso, apenas referir que as regras especiais de prescrição previstas na proposta de transposição da Diretiva não afastam a aplicação do prazo de prescrição ordinário de vinte anos, a contar da ocorrência do facto

danoso, nos termos dos artigos 309.º e 498.º, n.º 1, do CC. Adiantando o que diremos à frente, se propendemos para exigir o conhecimento efetivo da prática lesiva para dar início à contagem do prazo prescricional, a manutenção do prazo ordinário não deixa de suscitar alguma perplexidade. De facto, em hipóteses concretas, pode dar-se o caso de o lesado não chegar a conhecer a infração, antes de decorridos vinte anos contados da mesma, e ver, não obstante, prescrito um direito que nem sequer soube existir. Tal pode contradizer, também, as indicações da Diretiva, onde se lê que *“Os Estados-Membros deverão poder manter ou introduzir os prazos de prescrição absoluta de aplicação geral, desde que a duração de tais prazos de prescrição absoluta não torne praticamente impossível ou excessivamente difícil o exercício do direito à reparação integral”*. Uma vez mais, o princípio da efetividade vem balizar a autonomia nacional.

Uma outra observação merece a compatibilização do exposto com a existência de diferentes prazos de prescrição ordinária nos vários Estados-Membros. A título de exemplo, se em Portugal esse prazo é de vinte anos, em Espanha, por virtude da lei n.º 42/2015 de 15 de outubro, o anterior prazo geral de quinze anos foi substituído por um outro de cinco. Ora, talvez possa vir, pois, a existir uma manifesta desigualdade entre um lesado português e um outro espanhol (no limite, havendo uma discriminação indireta em razão da nacionalidade).

4. A CONTAGEM DO PRAZO PRESCRICIONAL, À LUZ DO QUE DISPÕEM O ARTIGO 10º DA DIRETIVA E O ARTIGO 6º DO PROJETO DE TRANSPOSIÇÃO

Segundo o artigo 306.º do CC, parece que o início do decurso do prazo prescricional prescinde do conhecimento do titular relativo à existência do direito e à sua titularidade. Poderia, então, defender-se que a eventual ausência de negligência nunca apagaria a inércia condenável do autor, a qual não deve sobrepor-se à tutela da contraparte, cuja posição ficaria numa situação de instabilidade ilimitada.

Contrariamente a tal asserção, acreditamos que a lei não tem sempre de manter esta linha de pensamento, podendo e devendo fixar, para início da contagem do prazo, em situações em que tal se demonstre razoável (sobretudo, hipóteses de prescrições curtas), o momento em que o titular se acha em situação de facto que lhe permita exercer o seu direito. Mais do que isso: se esse conhecimento deve, como cremos, ser aferido à luz de um critério concreto e não meramente hipotético ou abstrato, não se pode confundir ou esquecer a outra face do problema – o modo como a existência daquela situação de facto

(propícia ou não ao conhecimento) é aferida na prática, pelos tribunais, isto é, a (in)exigibilidade de um conhecimento jurídico objetivo.

Em *Máquinas de Jogo*⁷, na sequência de uma decisão absolutória, os autores vieram exigir uma indemnização pelos prejuízos causados na sequência de uma ação injustificada, que os prejudicou gravemente no seu negócio. O Tribunal, contrariamente ao entendimento dos lesados (que defendiam que os prejuízos “foram surgindo e consolidaram-se à medida que o tempo passou”), entendeu que o seu direito prescrevera, na medida em que “*a providência cautelar de apreensão dos bens dos aqui autores, embora decidida em 15 de Março de 1999, ocorreu em 22 de Julho de 1999, e que a presente acção de indemnização foi intentada em 1 de Outubro de 2002, passados, portanto, mais de 3 anos.*”. Ou seja, o Tribunal fixou o termo *a quo* da contagem do prazo no momento da apreensão dos bens, por entender que se verificou aí a lesão dos interesses dos recorrentes (e, por inerência, que eles souberam aí o direito que lhes assistia), sem equacionar o momento em que foi proferida a decisão absolutória, na qual se confirmou a imprudência e desnecessidade da providência. Com efeito, é a partir do momento em que os bens são apreendidos que os prejuízos se iniciam.

Em *Onitelecom vs. PT*⁸, o Tribunal da Relação de Lisboa fixou o termo *a quo* na data da denúncia, pela lesada, à AdC. Aqui, e apesar de já ter dado um passo, ao não considerar alguns dos argumentos da Ré (que defendia o início da contagem do prazo ainda antes daquela denúncia, fixando-o ora na data de anúncio do novo tarifário, ora na data da sua entrada em vigor, ora na data do término do comportamento ilícito), o certo é que a lógica seguida acaba por confundir, precisamente, as duas questões que pretendemos distinguir: o conhecimento concreto e a sua correspondência ou não a um conhecimento jurídico objetivo. Ora, se a denúncia representa, no mínimo, uma suspeita quanto a um eventual comportamento anticoncorrencial, o Tribunal andou mal em considerar que a mesma basta, por si só, para preencher o conceito de “conhecimento efetivo” do direito. Não cremos que a “situação de facto” fosse propícia ao exercício do direito. Para além de que esta interpretação vem prejudicar o lesado mais prudente, colocando-o em pior situação do que um outro, mais incauto. De facto, os termos de uma queixa ou denúncia, apresentadas por aquele que se sente lesado, podem revelar-se claramente insuficientes para

7 ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DO PORTO, 10 de julho de 2006, Processo n.º 0653357

8 ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA, 31 de outubro de 2013, Processo n.º 2271/11.8 TVLSB. L1-8

permitir asseverar que o sujeito tinha, à data, consciência da verificação dos pressupostos da responsabilidade extracontratual, e tal é indispensável para o início da contagem do prazo prescricional⁹. Para além disso, numa mera suspeita, aquando da denúncia, os pressupostos nem sequer estarão devidamente identificados e concretizados.

A aplicação da Diretiva teria levado, certamente, a um desfecho diferente, na medida em que vem exigir a suspensão do prazo sempre que a prática esteja a ser investigada por uma autoridade da concorrência, prazo esse que não recomeça a contar senão pelo menos um ano após “a decisão em matéria de infração se ter tornado definitiva ou depois de o processo ter sido de outro modo concluído” (artigo 10.º, nº 4, da Diretiva).

A ideia de propugnar por um conhecimento de facto não é novidade nem atenta contra o regime civil. Basta verificarmos o que dispõem alguns preceitos do Código, como os respeitantes às ações de anulação e de confirmação por erro ou coação. Veja-se, a título exemplificativo, a fórmula usada no artigo 288.º do CC: “(a) *confirmação (...) só é eficaz quando for posterior à cessação do vício que serve de fundamento à anulabilidade e o seu autor tiver conhecimento do vício e do direito à anulação*”. Semelhante teleologia deve aplicar-se aos prazos constantes do artigo 498.º do CC e do artigo 10.º da Diretiva. O legislador elege, para eles, o critério do conhecimento da existência do direito, numa clara adesão ao sistema subjetivo, o qual protege melhor o credor¹⁰. Porquê? Ora, a particular importância do direito de indemnização impõe que este não deva prescrever sem que o seu titular tenha a possibilidade prática de o exercer.

Com efeito, parece que a Diretiva se orientou num duplo sentido, ao abraçar o propósito de introduzir algum reequilíbrio no esquema de interesses que o Direito da Concorrência não partilha com o Direito Civil tradicional. Em primeiro, no sentido da consagração de um prazo de prescrição mais alargado. Em segundo, na introdução de algumas nuances relativas ao início da contagem daquele.

O prazo agora previsto altera a regra especial do CC português. De facto, o artigo 498.º CC estabelece um prazo especial de prescrição de três anos para a indemnização decorrente de responsabilidade civil por facto ilícito e culposo. Segundo este regime, tal período começa a contar a partir do momento em que o lesado tenha conhecimento do direito que lhe pertence, sem prejuízo

9 Sousa Ferro, 2016a: 170.

10 Cordeiro, 2005: 166.

da prescrição ordinária, se tiver decorrido o respetivo prazo a contar do facto danoso. O anteprojeto¹¹ consagra, pois, um regime mais favorável ao credor, em comparação com o regime do CC.

Sem prejuízo de entendermos que o que releva é a fixação do termo *a quo* da contagem do prazo, cumpre aludir, *en passant*, ao novo prazo prescricional estabelecido na Diretiva.

Quando estipula regras como as referentes ao prazo prescricional, o sistema jurídico faz uma opção entre interesses conflituantes, buscando uma correta e justa composição entre, neste caso, a satisfação do direito de crédito do lesado e a proteção do agente em face de situações de arrastamento excessivo, geradoras de insegurança ou de maior risco de decisões materialmente injustas, provocadas pelo funcionamento dos mecanismos probatórios. Por isso, o lesado tem o ónus de agir judicialmente a partir da sua “perceção” dos pressupostos da responsabilidade civil.

Todavia, uma prescrição de três anos (cinco, se considerarmos o novo prazo previsto na Diretiva), contados da data em que “o lesado teve conhecimento do direito que lhe compete”, apresenta como principal inconveniente o poder traduzir-se, na prática, numa exclusão do direito de indemnização. De facto, parece que entre o interesse do lesado, que pode ver prescrito o seu direito antes de o ter podido exercer, e a vantagem em impedir que a questão se discuta passado longo tempo, deve prevalecer o primeiro.

Contrariamente ao regime da responsabilidade civil extracontratual, no âmbito obrigacional o prazo é de vinte anos. Cumpre, pois, aferir da relevância desta diferença: virá a mesma prejudicar o consumidor lesado em face daquele que contrata diretamente com um cartelizador? De facto, como justificar que o primeiro disponha apenas de cinco anos (uma vez aplicado o prazo previsto na Diretiva), ao passo que o segundo possa agir num hiato de vinte anos? Ora, aqui, cumpre interpretar devidamente os dados do problema. De facto, a entrada em vigor das soluções consagradas na Diretiva virá introduzir “algum” reequilíbrio nesta desproporcionalidade. Sendo um regime especial, aplicável às indemnizações decorrentes de comportamentos anticoncorrenciais lesivos, ele será extensível aos interessados diretos e mediatos, sem os distinguir.

Na verdade, nas hipóteses de *private enforcement*, a ilicitude resulta não do incumprimento contratual, mas da violação de normas de proteção. Assim interpretando, podemos orientar de uma outra forma os dados do problema,

11 Autoridade da Concorrência, 2016a.

não ficando o contraente em posição mais débil. O que há a fazer é, pois, estabelecer o conceito de ilícito. E como se disse *supra*, o direito da concorrência vem trazer, a esse respeito, algumas novidades.

Conforme se decidiu em *NOS v. PT (II)*¹², estamos perante um conjunto de normas que pretendem tutelar um bem jurídico público – a concorrência – e, por conseguinte, sempre que não esteja em causa a frustração de uma expectativa ligada ao vínculo obrigacional ou o desrespeito pelo programa contratual gizado, não podem convocar-se senão as regras da responsabilidade civil extra-obrigacional. É, pois, imprescindível proceder a uma interpretação correta dos dados, para que aquele reequilíbrio seja atingido. Se o que está em causa é a violação de uma norma da concorrência, então, ainda que haja aquela relação de contacto prévio entre contratantes, não podem os regimes prescricionais variar relativamente a um terceiro ao negócio. Apenas fará sentido aplicar o prazo ordinário de vinte anos quando o incumprimento seja pura e estritamente de origem contratual.

Com efeito, o anteprojecto de transposição indica que o “direito de indemnização prescreve no prazo de cinco anos”, sem diferenciar a condição daquele que contratou diretamente com o lesante face, por exemplo, à do consumidor. É de louvar a harmonização operada, na medida em que o legislador deve evitar soluções aberrantes, e que neste caso a desigualdade, surgiria, segundo nos parece, injustificada. Não seria tolerável que o particular consumidor, mesmo estando numa posição de afastamento mais pronunciada em face do ilícito, visse o seu direito sujeito a uma tutela bastante mais precária.

Todavia, há um aspeto que a Diretiva parece não conseguir solucionar. Imaginemos que, no seguimento de uma prática anticoncorrencial, o lesado, para além da indemnização a que tem direito, vem ainda requerer a restituição de uma parcela de preço que entende ter pago em excesso (situação que foi abordada em *Nos v PT (II)*). Qualificada que seja esta restituição como uma hipótese de repetição do indevido poderemos chegar, na prática, àquela diferenciação injustificada, que cremos condenável: o direito a obter a indemnização pode estar prescrito e já não o estar o direito a receber o preço pago em excesso.

A fim de encontrarmos o fundamento para as valorações próprias do domínio da concorrência, cumpre não esquecer o princípio da efetividade. Se impende sobre os Estados Membros o dever de prever vias de recurso judiciais cujas

12 AUTOS DA AÇÃO ORDINÁRIA VARAS CÍVEIS DE LISBOA, 7 de dezembro de 2012, Processo n.º 1774/11.9 TVLSB,

modalidades ou normas processuais não tornem praticamente impossível ou excessivamente difícil o exercício dos direitos conferidos pelo Direito da União Europeia, estando aqueles obrigados a garantir a sua plena aplicabilidade; e se, por conseguinte, se impõe uma tutela jurídica adequada e sem lacunas, visando atribuir ao lesado o direito à reparação integral dos danos; então, será contrário àquele propósito a previsão de um prazo de tal forma curto que, na prática, impeça o lesado de exercer o seu direito.

Em suma: a segurança jurídica é, sem dúvida, um valor a acautelar numa ordem que se pretende estável e perene. Todavia, não pode destabilizar aquele esquema de valores e interesses instituído pelo direito. Daí que a Diretiva venha estipular um prazo prescricional mais longo que o de três anos, estipulado no artigo 498.º do CC.

No anteprojeto refere-se, ainda, no n.º 2 do artigo 6.º, que o prazo só começa a correr a partir do momento em que cessa a infração ao direito da concorrência. Assim, pode até acontecer que o lesado tenha conhecimento da prática lesiva antes de esta terminar e sem que o prazo de prescrição comece a contar, exatamente porque o comportamento *antitrust* ainda não cessou.

Na verdade, a primeira via – o prazo mais alargado – aparenta uma importância que, afinal, não possui. Será que a dilação do prazo é assim tão importante para a tutela do lesado? Propendemos para a resposta negativa. Claro que a extensão do mesmo aumenta as possibilidades práticas de exercício do direito, mas a questão continuará a colocar-se, se não houver unanimidade no tratamento a dar ao início da sua contagem. Tudo passa, então, por saber quando será legítimo forçar o titular do direito a agir, e quando é que ultrapassará os limites da boa fé alimentar a crença do devedor de que o credor desistiu ou não deseja acionar a sua pretensão.

Só após averiguar qual o termo *a quo* mais consentâneo com os valores em jogo é que a figura da prescrição, com todas as notas que a doutrina lhe assinala, ganhará um peso significativo e poderá, finalmente, cumprir as funções que lhe incumbem.

Ora, para além da jurisprudência referida, a questão da prescrição já foi analisada em alguns processos, nomeadamente em *Blog*¹³ e em *NOS v. PT (I)*¹⁴.

13 ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 9 de junho de 2016, Processo n.º 1086/10.5 TVPRT. L1. S1

14 ...

Porém, cremos que é ao nível da fixação do momento do conhecimento efetivo que a jurisprudência se revela, no mínimo, insegura e, talvez, desadequada.

Se recordarmos o decidido em *Onitelecom v PT*, concluímos que a densificação dos conceitos de conhecimento “empírico” ou “efetivo” contrasta com referências a um “conhecimento que deve enraizar suficientemente nos factos noticiados e deve potenciar ao lesado o exercício do seu direito”; isto é, alude-se, ainda que sem a devida concretização, àquela situação de facto que cremos ter de se verificar para que o lesado possa exercer os seus direitos. Fixar o termo *a quo* na data de uma denúncia ou queixa apresentada é fomentar a negligência do lesado, e introduzir um fator negativo na proteção da concorrência. Por outra parte, não é seguro afirmar em abstrato, e sem atender aos dados do problema, que a apresentação de uma queixa tem subjacente o conhecimento efetivo dos pressupostos da responsabilidade civil extracontratual, até porque o lesado pode simplesmente ter uma suspeita (ainda que fundada em dados objetivos) de que uma determinada prática lhe causa prejuízos.

Com efeito, a aferição do momento de início da contagem do prazo prescricional não pode ser fixada aprioristicamente, sem que se analisem as respostas às questões que os Tribunais têm colocado, sem a coragem de as considerar profusamente. Com efeito, há que saber:

1. Quando é que o lesado está em situação que lhe permita conhecer o seu direito?
2. Quando é que ele adquire o conhecimento efetivo do direito que lhe assiste?

Podemos elencar exemplos e teorizar hipóteses académicas; porém, a resposta a tais questões deve, sobretudo, resultar da análise da matéria de facto. Só assim estarão os Tribunais em condições de preencher aqueles conceitos indeterminados.

Imagine-se o caso de um comportamento anticoncorrencial ser denunciado por uma empresa à Comissão Europeia, ou à autoridade da concorrência do respetivo Estado Membro. Qualquer uma dessas autoridades pode decidir pela existência de um ilícito. Se a empresa que apresentou a queixa detém, pelo menos aqui, um conhecimento de que foi lesada pela prática, o mesmo não se poderá dizer de uma outra sediada num Estado Membro diverso e também afetada por aquela prática, mas que não chegou a saber o que sucedeu (pelo menos nessa mesma data). Na verdade ele não teve, por qualquer

via, acesso à decisão, e não se pode presumir que, simplesmente por ter existido uma decisão de uma autoridade competente, o lesado tivesse o ónus de a conhecer.

Diferente seria a hipótese de uma decisão que, ainda que em abstrato não acessível a este lesado, visse o seu conteúdo amplamente divulgado pelos media (a nível europeu e não apenas nacional, pois isso equivaleria a criar uma situação de facto propícia ao conhecimento apenas dos cidadãos de um Estado Membro). Talvez aqui fosse de presumir um conhecimento empírico.

Outro caso pode ser o de haver uma ilicitude patente. Se nos cartéis a questão dificilmente poderá ser decidida nestes termos, na medida em que se trata de acordos ocultos, concluídos na base do secretismo e do conluio entre um grupo de membros determinado, o mesmo já poderá ocorrer num acordo de prestação de serviços com cláusulas manifestamente atentatórias das normas anticoncorrenciais. Por exemplo, um preço manifestamente abusivo pode constituir uma evidência de ilicitude, sem que se possa negar que há, desde logo, um circunstancialismo fático bastante para que se dê início à contagem do prazo.

Afinal, tudo passa por harmonizar os valores em jogo: se, por um lado, se pretende tutelar a posição do lesado, exigindo que ele adquira o conhecimento do direito que lhe assiste, por outro, não pode esquecer-se a importância da certeza e segurança jurídicas, e bem assim a necessidade de evitar laxismos ou negligências que apenas vêm em prejuízo dos valores em jogo.

Por último, importa reforçar que no domínio do direito da concorrência talvez se justifique, por vezes, exigir uma decisão condenatória transitada em julgado (ou seja, um conhecimento jurídico objetivo) que julgue a prática ilícita. E isto porque o consumidor lesado está, na maioria das vezes, demasiado alheado das características e especificidades deste setor normativo, só chegando a ter consciência do que está realmente em jogo quando surge uma decisão definitiva por uma autoridade competente.

Nas ações *stand-alone*, que continuam a representar uma grande parte dos casos de *private enforcement*, podemos fazer acrescer mais interrogações. Defender a necessidade de um conhecimento jurídico objetivo poderia, de facto, tornar o direito imprescritível... Assim, se o lesado conhece o direito que lhe assiste e detém as provas suficientes para avançar com uma pretensão indemnizatória, não pode afirmar-se que uma decisão de uma autoridade da concorrência ou de um tribunal (ainda que possa trazer força à pretensão do

autor) passe por cima do conhecimento necessário e efetivo do direito que aquele já possuía. Consequentemente, é importante aferir, aqui, do conhecimento subjetivo do sujeito. De facto, a exigência, em abstrato, de uma decisão da Comissão ou da autoridade da concorrência competente, ou até mesmo de uma decisão judicial, para dar início à contagem do prazo, equivaleria a premiar o sujeito mais imprevidente que, detendo um conhecimento jurídico “subjetivo” (isto é, conhecendo os pressupostos necessários à tutela indemnizatória do seu direito), não visse o seu direito prescrever simplesmente porque a autoridade competente optou por não investigar a prática.

Na verdade, exigir o conhecimento efetivo é um requisito basilar, do qual não prescindimos, quer nas ações *follow-on*, quer nas ações *stand-alone*. E isto, porque, seguindo Heck, “quem não sabe que existe um dever de indemnização não pode saber que alguém é responsável. Neste sentido vai também a *ratio legis*, pois o lesado só depois do conhecimento da existência da pretensão está em situação de decidir acerca do exercício dela”¹⁵.

Uma diferença estará em que, nas primeiras, a Diretiva vem prever que o prazo prescricional seja interrompido (ou suspenso) “se a autoridade da concorrência tomar medidas no âmbito de uma investigação ou de um processo relativo a uma infração ao direito da concorrência com a qual a ação de indemnização esteja relacionada”, apenas terminando a suspensão no mínimo, “um ano depois de a decisão em matéria de infração se ter tornado definitiva ou depois de o processo ter sido de outro modo concluído”.

Tudo exposto, analisando os parâmetros do n.º 1 do artigo 6º da proposta, não esquecendo a causa de suspensão prevista no mesmo artigo, no seu n.º 4, e considerando que a prática já teria cessado, o lesado teria cinco anos a partir do momento que:

- i. *Tivesse conhecimento ou fosse de presumir que conhecia que o comportamento em causa constituiria uma violação ao direito da concorrência.*

Parece que a nova lei, claramente, define como condição o conhecimento jurídico, *i.e.* exige-se que o prazo comece a contar a partir do momento em que o lesado tenha conhecimento, ou seja razoável presumi-lo, de que aquela prática violava o direito da concorrência. Parece ser, hoje, supérflua a discussão sobre se é bastante para o início do decurso do prazo o conhecimento empírico. O credor está, assim, mais protegido, uma vez

15 Vaz Serra, 1961.

que a violação do direito da concorrência é de mais difícil percepção do que a violação de normas que relevam de outras áreas do Direito;

ii. *Da identidade do infrator.*

É uma regra diferente da prevista no 498º CC, que prevê que o prazo comece a contar ainda que o lesado desconheça a identidade da pessoa responsável.

iii. *Tenha conhecimento de que a infração do direito da concorrência lhe causou danos, ainda que não saiba a extensão integral dos mesmos.*

Esta condição não difere daquela prevista no CC, no artigo 408º. É igualmente coincidente com a condenação genérica, prevista no artigo 569º CC. Em termos processuais, não levanta nenhum problema uma vez que o Código de Processo Civil, nomeadamente no artigo 609º, n.º 2, salvaguarda a possibilidade da condenação *in futurum*, caso em que a questão *sub iudice* é decidida quanto ao “*an*” mas não quanto ao “*quantum*”.

Estes três requisitos são cumulativos, pelo que só uma vez todos reunidos é que o prazo de cinco anos começa a contar. Todavia, este prazo pode não ser contado de modo contínuo, pois o n.º 4 do artigo 10.º da Diretiva prevê que, havendo uma investigação por parte da autoridade de concorrência, o prazo se suspenda, retomando a sua contagem um ano depois de finda a investigação ou de o processo se tornar *res judicata*.

5. ALGUMAS HIPÓTESES DE APLICAÇÃO DA LEI NO TEMPO

a) *Infrações de que o credor tenha tido conhecimento, e que cessaram no decurso dos três anos previstos no 498.º CC, tendo já prescrito ao abrigo desse regime (mas que não teriam prescrito, caso se aplicassem os cinco anos,)*

Decorre dos princípios gerais do direito a não retroatividade das normas substantivas, nas quais se enquadra a norma relativa à prescrição, pelo que, regra geral, o prazo prescrito assim se manterá. Neste mesmo sentido, também o artigo 24.º, n.º 1, do anteprojeto mencionado e o artigo 22.º da Diretiva 2014/104/UE.

b) *Infrações de que o credor tenha tido conhecimento e que cessaram na vigência do artigo 498.º CC, mas que ainda não prescreveram por aplicação das regras gerais*

Pode levantar-se a questão de saber se, não tendo o prazo ainda prescrito, este será alargado. Exemplificando: caso reste 1 mês para intentar a ação, ficará o credor ainda a dispor de 2 anos para além daquele mês?

O prazo começa a correr ao abrigo da lei anterior; é, portanto, com o prazo de três anos que tanto o credor como o devedor estão a contar. Sendo a norma relativa à prescrição pensada, sobretudo, em benefício do devedor, a segurança e certeza jurídicas imporiam que não fosse legítima a alteração da sua situação de um momento para o outro. Porém, o artigo 297.º, n.º 2, do CC prevê uma regra diferente, prescrevendo que a lei que fixe um prazo mais longo é igualmente aplicável aos prazos que já estejam em curso, computando-se neles todo o tempo decorrido desde o seu momento inicial. Neste sentido, por aplicação da regra de alteração dos prazos do CC, parece que o lesado teria 2 anos e 1 mês para intentar a ação.

c) *Infrações que tenham cessado aquando da aplicação do 498.º CC, mas de que o credor só tenha tido conhecimento em momento posterior à transposição da Diretiva*

Considerando que o prazo de prescrição só começa a contar após o conhecimento do lesado, parece que o prazo a aplicar é o de 5 anos e não o de 3. Apesar de o devedor, uma vez cessado o comportamento, contar com um prazo de três anos, a lei já vinha dispor (tal como faz, agora, a Diretiva) que o prazo só conta quando o lesado conhece o seu direito. E se isso acontecer no momento posterior à transposição da Diretiva, o prazo só começa a contar nesse momento. Podemos, de qualquer forma, colocar a hipótese (ainda que não muito plausível) de o devedor vir alegar que o direito a indemnização tem a sua causa em factos anteriores à transposição e, por isso, se tinha constituído na vigência da lei anterior.

d) *Infrações que venham a cessar já após a transposição da Diretiva, mas que o credor houvesse já conhecido durante a vigência do prazo do artigo 498.º CC*

Tanto o CC como, agora, o anteprojeto, referem que o prazo prescricional só começa a correr quando a infração cessa. Assim sendo, pese embora o lesado

já tenha tido conhecimento da mesma, o prazo a aplicar será o de 5 anos, uma vez que a lei claramente estabelece o fim da prática lesiva como o momento em que o prazo deve começar a correr.

e) *Direitos indemnizatórios que surgem no período em que a Diretiva já devia ter sido transposta mais ainda não o foi*

Esta questão parece-nos mais complexa do que as restantes. Dir-se-á que, uma vez que não há efeito direto horizontal (isto é, não podendo um particular invocar diretamente, numa ação contra outro particular, a norma da Diretiva), o prazo a contar será o de três anos, pois é esse o direito vigente e aplicável na relação entre particulares.

Por outro lado, o efeito direto horizontal não é o único princípio relevante para o efeito. Tal posição é antagónica ao esquema de valores trazidos pela situação, sendo aqui de invocar outros princípios integrantes do Direito da União Europeia, nomeadamente o princípio da efetividade, o princípio da interpretação conforme, o princípio da cooperação leal entre os Estados-Membros e com as instituições europeias e o princípio do primado do Direito Europeu.

De facto, ao não transpor a Diretiva atempadamente, o Estado Português está em incumprimento face à União Europeia. Esta mora reflete-se nas relações entre particulares, pois os credores saem prejudicados deste atraso do Estado. Simultaneamente, estes credores estão numa posição de desvantagem se comparados com os dos Estados-Membros cumpridores, saindo os devedores, por sua vez, beneficiados. Não parece justo que, por inércia do Estado, haja tamanha disparidade de tratamento entre particulares de diferentes Estados-Membros. Tanto a Jurisprudência como a Doutrina já se pronunciaram, aliás, neste sentido. É o caso do Acórdão *Adeneler*, no qual o Tribunal de Justiça sustentou que, caso uma Diretiva fosse transposta fora do prazo, haveria a obrigação geral de os tribunais nacionais interpretar o direito interno conforme à Diretiva¹⁶. Também Sofia Oliveira Pais, na obra *Princípios Fundamentais de Direito da União Europeia* sustenta que “a obrigação de interpretação conforme positiva, na falta de transposição da diretiva, só surgirá findo o prazo de transposição da mesma”¹⁷.

16 ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, de 4 de julho de 2006, *Konstantinos Adeneler and Others vs Ellinikos Organismos Galaktos (ELOG)*, processo C-212/04.

17 Pais, 2011: 94.

Todavia, o princípio da interpretação conforme tem como limite a interpretação *contra legem*. Poderemos dizer que onde a nossa lei prevê três anos quer dizer, afinal, cinco? Claro que não. O CC prevê expressamente três anos e, claramente, não quer dizer, com três, cinco. Assim, constitui uma interpretação *contra legem* interpretar o artigo 498.º CC no sentido dos cinco anos, previstos como tempo mínimo na Diretiva. Não parece, por isso, razoável, a aplicação do prazo de cinco anos por esta via.

Diferente será a obrigação de interpretação conforme quanto ao modo de contagem do prazo de prescrição, especialmente quanto à questão sobre quando deve começar a contagem deste, na medida em que a lei nacional seja suficientemente ambígua para poder ser interpretada no sentido pretendido pela Diretiva. Não nos referimos, aqui, a saber se onde o artigo 498.º, n.º 1 do CC refere que é desnecessário o conhecimento do infrator, quer afinal dizer que este conhecimento é necessário para ir de encontro à letra da Diretiva (a resposta é negativa); referimo-nos a outras questões que não são tão claras no nosso Direito, e que foram e são várias vezes levantadas pelas partes nos diferentes processos. Não raras são as ocasiões em que se alegam diferentes momentos para o início da contagem do prazo e que o Tribunal considera diferentes momentos do início da contagem. Na nossa opinião, isto é a demonstração de que esta matéria é suscetível de interpretação conforme à Diretiva, na medida em que é “suficientemente ambígua” para ser enquadrada segundo os parâmetros europeus, cumprindo os ditames do princípio da interpretação conforme, e, conseqüentemente, cumprindo o Direito da União Europeia. Assim, neste período em que a Diretiva devia ter sido transposta, mas ainda não o foi, parece-nos que apesar de o prazo de prescrição aplicável ser o de três anos, em cumprimento do CC, e o prazo dever começar a contar-se quando verificados os requisitos do artigo 498.º do CC, é interpretável que esta contagem se faça de acordo com aquilo que a Diretiva vem impor. Neste sentido, e em decorrência da execução do princípio da efetividade, será aplicável a causa de suspensão prevista no n.º 4 do artigo 10.º da Diretiva 2014/104/UE, pelo que, se o consumidor denunciar a prática anti-concorrencial à Autoridade da Concorrência, o prazo de prescrição deverá ser suspenso (isto se se considerar que com a mera denúncia se preenchem os requisitos para o início da contagem do prazo); será igualmente aplicável o capítulo relativo aos elementos de prova (capítulo II da Diretiva), na medida em que a interpretação conforme à Diretiva não contraria a lei civil, parecendo-nos que o particular poderá gozar das prerrogativas dos artigos 5.º

e 6.º, bem como das limitações previstas no artigo 7.º na prossecução dos seus interesses.

Concluindo, o prazo aplicável neste período será sempre o de 3 anos. Caso o lesado se sinta prejudicado pela omissão do Estado, terá ao seu dispor a via de responsabilização do Estado por incumprimento da obrigação de transposição. Mas não poderá alegar contra o credor o prazo de cinco anos da Diretiva, pois não há efeito direto horizontal no que respeita a normas de Diretivas.

f) Infrações que cessem após a publicação da lei que transpõe a Diretiva, e tenham surgido antes

Esta questão não levanta grandes dúvidas: o prazo de prescrição será o de cinco anos. É certo que pode defender-se que, quando surgiu a situação que dá causa ao direito de indemnização, o prazo de prescrição era diferente e mais favorável ao infrator e, por isso, três anos deveria ser o prazo aplicável. No entanto, esta expectativa não parece ser juridicamente tutelável, uma vez que a prescrição do direito de indemnização só começa a correr havendo a cessação daquela prática. Isto é, só neste momento, em que a prática anticoncorrencial cessa, pode dizer-se que nasce expectativa jurídica do devedor relativamente à prescrição :.

6. CAUSAS DE SUSPENSÃO DOS PRAZOS E SUAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS

6.1. Suspensão ou interrupção?

A Diretiva, na parte final do n.º 1 do seu artigo 10.º, em articulação com o trecho inicial do seu n.º 4, atribui uma margem de discricionariedade considerável aos Estados-Membros, na medida em que lhes permite prever a suspensão ou a interrupção do prazo prescricional.

Assim, e antes de mais, importa referir que tal amplitude conferida aos legisladores nacionais não se afigura como um mero pormenor de pouco relevo, porquantossas duas figuras possam assumir diferentes e importantes repercussões a nível processual. De facto, se a interrupção importa o reinício da contagem do prazo, uma vez finda a causa que deu origem a esse mesmo efeito interruptivo, a suspensão não o faz, aproveitando-se todo o prazo anteriormente verificado.

No que toca, particularmente, ao ordenamento jurídico português, pendemos claramente para a solução que aponta a suspensão como o instituto a aplicar ao caso, por forma a garantir a tutela jurisdicional efetiva e a utilidade prática da decisão judicial, que se quer em tempo útil: uma decisão tardia dificilmente acautela o fim de justiça a que o Direito aponta.

Aliás, tal entendimento tem-se como pacífico no seio doutrinal. Atente-se na Exposição de motivos anexa à proposta de anteprojecto submetida ao Governo¹⁸ pela AdC, em 2016: “A *ratio* da Diretiva é a de que o prazo de prescrição continue a correr no ponto em que tinha parado quando a autoridade da 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”.

Neste seguimento, tenha-se em conta, de igual modo, a sugestão avançada no Workshop Consultivo sobre o Anteprojecto de Transposição da Directiva 2014/104/UE¹⁹, conforme relatada por Miguel Sousa Ferro, de substituição da expressão “interrupção” por “alteração”, para não dar azo a qualquer tipo de querela doutrinária, privilegiando a certeza e segurança jurídicas.

6.2. Considerações sobre as diferentes causas de suspensão

A Diretiva, no n.º 4 do artigo 10.º, prevê como causa de suspensão a tomada de medidas pela AdC no contexto de uma investigação ou processo relativo a uma infração ao direito da concorrência com a qual a ação de indemnização esteja relacionada.

Importa, ainda, considerar a parte final do mesmo preceito, na qual se garante que: “A suspensão termina, no mínimo, um ano depois de a decisão em matéria de infração se ter tornado definitiva ou depois de o processo ter sido de outro modo concluído”. Deste modo, visa-se tutelar os interesses dos lesados, ao beneficiarem do alargamento do prazo em causa.

A esta junta-se uma segunda, plasmada no n.º 1 do artigo 18.º, e que consagra a obrigação que recai perante os demais Estados-Membros de garantirem a suspensão do prazo de prescrição durante qualquer processo de resolução “amigável” de litígios, com a ressalva logo a seguir apontada de que a mesma

18 Autoridade da Concorrência, 2016b.

19 Sousa Ferro, 2016b.

apenas se verifica face “às partes que participam ou participaram ou estão ou estiveram representadas na resolução amigável de litígios”.

Já o Anteprojeto de Transposição da Diretiva elenca as causas de suspensão do prazo prescricional nos n.ºs 4 a 7 do seu artigo 6.º, baseando-se no diploma europeu e não indo muito para além deste último. A única exceção a apontar será o n.º 7 do mesmo artigo 6.º (“O prazo de prescrição interrompe-se pela citação ou notificação judicial ao alegado infrator de quaisquer atos que exprimam a intenção de exercer o direito, nomeadamente os que decorrem dos artigos 13.º a 17.º do presente diploma”), ainda que não se consubstancie numa alteração radical face à Diretiva e que tal solução sempre resultasse de uma interpretação sistemática do direito nacional, com especial relevo para o artigo 323.º do CC. No fundo, este n.º foi apenas introduzido por uma questão de certeza jurídica.

Nesta questão, tenha-se novamente em conta o Workshop Consultivo sobre o Anteprojeto, onde foi avançada por um dos participantes a sugestão de redução deste prazos 2 anos inicialmente propostos para 1 ano, e que mereceu acolhimento na proposta de anteprojeto.

Após esta breve apresentação dos aspetos essenciais da temática, não poderemos deixar de manifestar uma dúvida que temos presente. Sendo certo que o n.º 4 do artigo 6.º do Anteprojeto prevê uma causa de suspensão do prazo de prescrição sempre que a AdC der início a uma investigação relativa à infração com a qual a ação de indemnização esteja relacionada, e que a pertinência de tal causa de suspensão seja por nós facilmente reconhecida, há uma outra questão que se levanta. É certo que o direito da concorrência é uma disciplina jurídica de particular complexidade, não só pela sua juventude e necessidade de construção mais acentuada, quer por via jurisprudencial como por via doutrinal, em relação a outras áreas do direito, mas também pela inerente interdisciplinaridade, exigindo recorrentemente o domínio de conhecimentos técnicos das demais áreas de saber ou pela dificuldade acrescida na prova dos factos em questão. Ora, se é sabido que todos os factos atrás elencados são elementos dificultadores da investigação muitas vezes realizada pela AdC, tarefa essa que se pode afigurar hercúlea, preocupa-nos a possibilidade de uma extensão excessiva no prazo de suspensão da prescrição do direito indemnizatório. Para tal, considere-se o prazo de prescrição avançado pelo Anteprojecto, que cumulativamente com o prazo de prescrição máximo do procedimento contraordenacional, pode perfazer um total de 11 anos.

7. A VINCULATIVIDADE DAS DECISÕES DAS AUTORIDADES DA CONCORRÊNCIA NACIONAIS

O n.º 1 do artigo 9.º da Diretiva prescreve que sempre que a Autoridade da Concorrência nacional ou um tribunal de recurso declare a existência de uma infração, essa passa a ser uma matéria subtraída à apreciação do tribunal no âmbito de uma ação de indemnização. Isto é, a pronúncia pela existência da infração vincula os tribunais nacionais no sentido de dar por verificado um facto ilícito causador de danos, constituindo assim uma presunção *iuris et de iure*. Trataremos a questão separadamente, mas importa, desde já, realçar que o n.º 2 do artigo 7.º do Anteprojeto atribui efeito de presunção ilidível às decisões de outros Estados Membros.

Em primeiro lugar, importa referir que, em sentido amplo, esta ideia já conhecia alguma concretização: nos casos em que a Comissão Europeia (CE) tivesse declarado, definitivamente, a existência de uma infração aos artigos 101.º e 102.º do Tratado do Funcionamento da União Europeia (TFUE), **os tribunais nacionais não poderiam tomar decisões contrárias à decisão aprovada pela Comissão**²⁰. É, aliás, o estipulado no artigo 16.º, n.º 1, do Regulamento 1/2003 relativo às regras de execução da concorrência. Os próprios considerandos (8, 22) apontam no sentido de deverem ser evitados os conflitos de decisões, a fim de aplicar uniformemente as regras comunitárias de concorrência. Além do referido, a Comunicação da Comissão sobre a cooperação entre a Comissão e os tribunais dos Estados-Membros da UE reforça e fornece elementos no sentido de uma decisão prévia vincular os tribunais na aplicação das regras de concorrência a um caso específico. Por forma a evitar um controlo descentralizado da validade dos atos das instituições da UE, o tribunal nacional pode recorrer ao mecanismo de reenvio prejudicial para o TJUE nos termos do artigo 267.º, alínea b) do TFUE, uma herança do acórdão *Foto-Frost*²¹.

Assim sendo, em bom rigor, aquilo de que estamos aqui a tratar é de um alargamento deste efeito vinculativo às decisões das autoridades da concorrência de todos os Estados-Membros com o fim de “reforçar a segurança jurídica, evitar incoerências, aumentar a efetividade e a eficácia processual nas ações de indemnização” (considerando 34 da Diretiva 2014/104/UE). Importa, agora,

20 Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 14 de dezembro de 2000, *Masterfoods Lda vs HB Ice Cream Lda*, processo C-344/98

21 Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 22 de outubro de 1987, *Foto-Frost vs. Hauptzollamt Lübeck-Ost*, processo C- 314/85

responder à questão de saber como e em que termos esta força de uma decisão prévia pode ser aceitável.

7.1. Decisões nacionais sobre práticas restritivas

A declaração da existência de uma infração por parte da Autoridade da Concorrência constitui “presunção inilidível” para efeitos de ações de indemnização; ou, no dizer da Diretiva, é considerada irrefutavelmente estabelecida. O que a decisão traz é a confirmação de que existe um facto ilícito, culposo e danoso. No entanto, em cada processo, deve o concreto lesado provar que sofreu danos emergentes e/ou lucros cessantes, e o nexo de causalidade entre a prática anticoncorrencial e os danos sofridos. Deverá, ainda, provar a extensão dos mesmos, com ressalva dos princípios da efetividade e da equivalência, dada a dificuldade de os quantificar e a possibilidade de condenação *in futurum*, como referimos *supra*. No que se prende com este ponto, importa esclarecer que pode o infrator contraditar a existência e/ou a repercussão dos danos, conforme prevê o artigo 13.º da Diretiva mencionada, bem como pode negar o nexo de causalidade, argumentando que os eventuais danos sofridos não se deram em virtude da prática em questão.

Esta opção traz algumas vantagens: afasta a insegurança jurídica e a contração de decisões, promove o bom funcionamento do mercado interno para as empresas e os consumidores, evitando ainda uma duplicação de análise da matéria de facto por parte dos tribunais, podendo estes aproveitar o processo prévio da autoridade da concorrência, que estará até, à partida, melhor posicionada para averiguar da existência de alguma das práticas dos artigos 101.º e 102.º do TFUE, assim contribuindo para a eficácia e celeridade processual.

Todavia, há ressalvas e críticas a fazer: poder-se-á considerar que a Autoridade da Concorrência sofrerá uma maior pressão para adotar uma boa decisão, o que pode levar a atitudes precaucionais, uma vez que passam a decidir não só o desfecho do procedimento administrativo, mas também a ter uma influência significativa no processo cível, que correrá subsequentemente. As decisões passam, pois, a atuar em dois planos, havendo como que um duplo efeito da decisão das AdC.

A consagração desta opção pode colocar algumas questões em face do exposto nos artigos 47º e 48º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, nomeadamente o direito a um tribunal imparcial e à presunção de inocência. Ora, seguindo o exposto na Diretiva, o infrator partirá, no início do processo,

numa posição muito mais débil, tendo logo contra si a confirmação de um facto ilícito, situação esta que, numa primeira leitura poderia configurar um antagonismo para com os direitos supra enunciados. Porém, olhando melhor os dados do problema, e sem que neguemos a cautela que sempre se imporá na aplicação desta norma, cumpre dar nota de que não existirá, verdadeiramente, uma sentença condenatória antecipada. É certo que o autor da ação beneficia de uma situação de vantagem processual, na medida em que a matéria probatória *de facto et de iure* está amplamente fixada; todavia a condenação sempre dependerá de um conjunto de outros fatores, entre eles, e como referido supra, a demonstração do nexo de causalidade e a prova dos danos.

7.2. Decisões de outros Estados-Membros

Se já se apontavam algumas críticas quanto ao tratamento dado às decisões tomadas pela AdC, essas preocupações ganham maior magnitude quando falamos de decisões tomadas por autoridades da concorrência de outros Estados-Membros.

O n.º 2 do artigo 9.º da Diretiva dá ao legislador nacional uma margem de conformação maior na transposição do diploma legislativo do que o n.º 1 do mesmo artigo. Ao passo que o n.º 1 refere que as decisões nacionais são indubitavelmente presunções inilidíveis em processos de *private enforcement*, o n.º 2, quando se reporta a decisões de autoridades de concorrência de outros Estados-Membros, menciona que estas podem servir “pelo menos, como elemento de prova *prima facie* de uma infração ao direito da concorrência.”

Parece-nos que a exigência de as decisões de autoridades da concorrência de outros Estados-Membros serem consideradas, “pelo menos”, provas *prima facie* não vincula o legislador nacional a acolher a figura da presunção ilidível, sendo uma das diferenças principais a inversão do ónus da prova que ocorre nas presunções.

Desta forma, o anteprojeto de transposição consagra uma alteração não de somenos importância, na medida em que o legislador nacional, dentro da liberdade que a Diretiva lhe confere, acolhe no artigo 7.º, n.º 2 uma presunção ilidível em relação às decisões de outras autoridades da concorrência.

Esta questão parece adquirir especial relevo quando reconhecemos que as infrações ao direito da concorrência têm, muitas vezes, uma dimensão supranacional, que influi de forma significativa em vários Estados-Membros. Isto é, de resto, referido no considerando 9 Diretiva.

8. CONCLUSÃO

De facto, o prazo prescricional assume uma importância central na hora de atribuir ao lesado uma tutela indemnizatória, resultante de uma infração ao Direito da Concorrência. Ciente dessa centralidade, a Diretiva 2014/104/UE (ainda não transposta para o ordenamento jurídico português) e o respetivo Anteprojeto de Transposição dedicam à prescrição a atenção devida. É certo que a harmonização legislativa no seio da UE sempre levantará interrogações e perplexidades. Porém, algumas podem ser facilmente ultrapassadas se atentarmos na *ratio* das normas, sem que fiquemos presos ao seu elemento literal.

É assim que, num primeiro momento, localizamos sistematicamente as normas de proteção capazes de conferir tutela ao lesado. Porque nos situamos, sem dúvida, no âmbito da responsabilidade civil delitual, poderíamos cair na tentação de olhar tão só ao que propugna o Direito Civil, esquecendo a especificidade que inere ao Direito da Concorrência. Tal ideia está em completo antagonismo com o pensamento que nos propusemos fazer atravessar a integralidade do nosso estudo. Porque diferente, a Concorrência reclama soluções diferentes, em ordem à justiça material. Nessa senda, levantámos as nossas dúvidas relativamente aos efeitos que o incumprimento do Estado Português (na não transposição atempada da Diretiva) pode surtir na tutela efetiva dos direitos do lesado. As nossas respostas traduzem a nossa sensibilidade jurídica; porém, e acima de tudo, o que pretendemos é acicatar o diálogo e o debate entre aqueles que, melhor do que nós, se munem do conhecimento necessário para atingir os resultados mais justos. Em seguida, deslocamos a nossa ótica para as causas de suspensão daquele prazo prescricional, apenas evidenciando o que nos suscita mais reflexão, sem pretender referir aquilo que o leitor atento é capaz de apreender. Terminamos o nosso excurso com uma referência à força probatória das decisões das Autoridades da Concorrência nos vários Estados-Membros, abordando o seu modo de funcionamento e o que está realmente em causa, positiva e negativamente, sem esquecer uma nota crítica ao Anteprojeto de Transposição.

Per summa capita, o nosso propósito é, sobretudo, o de incitar à discussão sobre os pontos controversos. Aqueles que, muitas vezes, restam na penumbra e no silêncio, porque demasiado difíceis de resolver.

BIBLIOGRAFIA

ANTUNES, Ana Filipa Morais

2014 *Prescrição e Caducidade – Anotação aos artigos 296.º a 333.º do Código Civil* (“O tempo e sua repercussão nas relações jurídicas”), 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora.

AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA

2016a “Proposta de Anteprojeto de transposição da Diretiva *Private Enforcement*”, in *Revista da Concorrência e Regulação*, vol. VII, nº 26, pp. 15-36.

2016b “Exposição de motivo anexa à Proposta de Anteprojeto submetida ao Governo”, in *Revista da Concorrência e Regulação*, vol. VIII, nº 26, pp. 103-129

CARNEIRO DA FRADA, Manuel A.

1997 *Uma “Terceira Via” no Direito da Responsabilidade Civil?*, 1ª ed., Coimbra: Almedina.

CORDEIRO, António Menezes

2005 *Tratado de Direito Civil I*, T. IV, 2ª ed., Coimbra: Almedina.

LEITÃO, Adelaide Menezes

2009 *Normas de Protecção e Danos Puramente Patrimoniais*, 1ª ed., Coimbra: Almedina.

PAIS, Sofia Oliveira

2011 *Princípios Fundamentais de Direito da União Europeia*, 1ª ed., Coimbra: Almedina.

VAZ SERRA, Adriano

1961 “Prescrição extintiva e caducidade”, in *Boletim do Ministério Jurídico*, n.º 105, pp.5-248.

SOUSA FERRO, Miguel

2016a “Jurisprudência de private enforcement”, disponível em: http://www.cideeff.pt/xms/files/Projeto_4_grupo_III/Jurisprudencia_de_Private_Enforcement.pdf

2016b “Workshop consultivo sobre o anteprojeto de transposição da Diretiva 2014/104/EU – Relatório Síntese”, in *Revista da Concorrência e Regulação*, vol. VII, nº 26, pp. 51-67.