

REVISTA  
DE CONCORRÊNCIA  
E REGULAÇÃO



ANO VII • NÚMERO 26  
ABRIL – JUNHO 2016

# REVISTA DE CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO

*direção*

PAULO DE SOUSA MENDES • MIGUEL SOUSA FERRO

*presidência do conselho científico*

ANTÓNIO FERREIRA GOMES • EDUARDO PAZ FERREIRA

*presidência do conselho de redação*

CATARINA ANASTÁCIO

*conselho consultivo*

JOÃO E. GATA • JORGE SIMÕES • NUNO CUNHA RODRIGUES



INSTITUTO  
DE DIREITO  
ECONÓMICO  
FINANCEIRO  
E FISCAL FDL

  
ALMEDINA



AUTORIDADE DA  
**CONCORRÊNCIA**

**REVISTA DE CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO**

Ano VII • Número 26

abril – junho 2016

**DIRETORES**

**PAULO DE SOUSA MENDES • MIGUEL SOUSA FERRO**

**PROPRIETÁRIOS**

**AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA**

Av. de Berna, 19

1050-037 Lisboa

NIF: 506557057

**IDEFF**

**FACULDADE DE DIREITO**

Alameda da Universidade

1649-014 LISBOA

NIF: 506764877

**SEDE DA REDAÇÃO**

Avenida de Berna, 19

1050-037 Lisboa

**EDITOR**

**EDIÇÕES ALMEDINA, SA**

Rua Fernandes Tomás, n.º 76-80

3000-167 Coimbra, Portugal

T: 239 851 904

F: 239 851 901

editora@almedina.net

www.almedina.net

**EXECUÇÃO GRÁFICA**

**EDIÇÕES ALMEDINA, SA**

Preço avulso desta Revista €25,00

Assinatura anual da Revista (4 números) €90 (desconto de 10%)

**MARÇO 2017**

**DEPÓSITO LEGAL**

304538/10

**N.º DE REGISTO NA ERC**

126126

**TIRAGEM**

500 EXEMPLARES

**ESTATUTO EDITORIAL**

[http://www.concorrencia.pt/vPT/Estudos\\_e\\_Publicacoes/Revista\\_CR/Paginas/Revista-CR.aspx](http://www.concorrencia.pt/vPT/Estudos_e_Publicacoes/Revista_CR/Paginas/Revista-CR.aspx)

Os dados e as opiniões inseridos na presente publicação  
são da exclusiva responsabilidade do(s) seu(s) autor(es).

Toda a reprodução desta obra, por fotocópia ou outro  
qualquer processo, sem prévia autorização escrita do editor,  
é ilícita e passível de procedimento judicial contra o infrator.

# ÍNDICE

7 EDITORIAL

11 DOUTRINA

13 Dossier especial

15 *Anteprojeto de Transposição da Diretiva 2014/104/UE*

37 Maria João Melícias – *The art of consistency between public and private antitrust enforcement: practical challenges in implementing the Damages Directive in Portugal*

51 Miguel Sousa Ferro – *Workshop consultivo sobre o anteprojeto de transposição da diretiva 2014/104/UE – Relatório Síntese*

69 Autoridade da Concorrência – *Enquadramento da consulta pública da proposta de anteprojeto de transposição da Diretiva Private Enforcement*

91 Autoridade da Concorrência – *Relatório sobre a consulta pública da proposta de anteprojeto de transposição da Diretiva Private Enforcement*

103 Autoridade da Concorrência – *Exposição de motivos anexa à Proposta de Anteprojeto submetida ao Governo*

131 Doutrina geral

133 Miguel Moura e Silva – *As operações sobre valores mobiliários e o direito da concorrência*

157 Francisco Hernández Rodríguez/José Antonio Rodríguez Miguez – *La aplicación descentralizada del derecho de la competencia: la experiencia española*

193 João E. Gata – *A economia de partilha*

221 Joana Campos Carvalho – *Enquadramento jurídico da atividade da Uber em Portugal*

239 LEGISLAÇÃO

241 Legislação nacional

241 Legislação nacional de regulação – abril a junho de 2016

245 JURISPRUDÊNCIA

247 Comentário de Jurisprudência

247 Margarida Caldeira – *Acórdão do Tribunal Constitucional de 8 de junho de 2016, Peugeot Portugal Automóveis, S.A. contra Autoridade da Concorrência – Efeito devolutivo da interposição do recurso de impugnação judicial*

**255 Jurisprudência Geral**

255 Jurisprudência nacional de concorrência – abril a junho de 2016

263 Jurisprudência de concorrência da União Europeia – abril a junho de 2016

**267 BIBLIOGRAFIA**

**269 Novidades Bibliográficas**

**271 RECENSÃO**

271 Miguel Sousa Ferro, *A Definição de Mercados Relevantes no Direito Europeu e Português da Concorrência: Teoria e Prática*, Almedina, 2014 – Nuno Cunha Rodrigues

**275 EVENTOS**

**277 NOTAS CURRICULARES**

281 Colaboração com a *Revista de Concorrência e Regulação*

283 Órgãos Sociais

## EDITORIAL/EDITORIAL NOTE

*Paulo de Sousa Mendes*

*Miguel Sousa Ferro*

O número 26 da Revista de Concorrência e Regulação abre com um dossier especial sobre o processo de transposição da Diretiva 2014/104/UE.

Neste momento histórico, neste ponto de viragem do direito da concorrência em Portugal, com a drástica reformulação em curso da realidade da aplicação privada deste ramo do direito, a C&R não podia deixar de dedicar as suas páginas ao registo do extenso debate que se tem verificado. É um esforço que continuará, seguramente, em número subsequentes, à medida que o processo de transposição da Diretiva for concluído e a nova lei começar a ser aplicada nos tribunais.

Os documentos que aqui são publicados, para memória futura, descre-

*Issue 26 of the Competition & Regulation Review opens with a special dossier on the transposition process of Directive 2014/104/EU.*

*In this historic moment, in this turning point for competition law in Portugal, with the ongoing drastic reformulation of the reality of private enforcement of this branch of the law, the Competition & Regulation Journal couldn't but dedicate its pages to recording the extensive debate which has been taking place. This is an effort which will surely continue in subsequent issues, as the transposition process is concluded and the new law starts being applied by our national courts.*

vem de modo aprofundado as várias fases e os argumentos que foram apresentados pelas partes interessadas desde o primeiro esboço da lei de transposição até ao draft que a AdC enviou para o Governo, depois de múltiplas revisões.

O dossier começa com o anteprojeto de transposição que foi submetido pela AdC ao Governo a 22 de junho de 2016. Seguem-se dois artigos que descrevem as grandes questões discutidas ao longo das várias fases.

Maria João Melícias aborda um grande número de questões substantivas e adjetivas, bem como o próprio processo de redação do anteprojeto, num texto da maior utilidade para a discussão dos motivos e prós e contras das diferentes opções expressas na proposta.

Miguel Sousa Ferro relata, de modo resumido, as várias posições expressas pelos participantes no Workshop consultivo realizado na AdC a 16 de março de 2016.

Publicam-se ainda os documentos de enquadramento prévio e de relatório da consulta pública promovida pela AdC, bem como a exposição de motivos que foi anexa ao anteprojeto de transposição da Diretiva.

A Revista segue com um artigo de Miguel Moura e Silva que é o resultado de vários anos de reflexão amadurecida sobre o enquadramento das

*The documents which are published here, for future memory, describe in an in-depth manner the several phases and the arguments which were put forward by interested parties from the first sketch of the transposition Act up to the draft which the PCA submitted to the Government, after a large number of revisions.*

*The dossier begins with the draft proposal of transposition submitted by the PCA to the Government on 22 June 2016. This is followed by two papers which describe the large issues discussed throughout the different phases.*

*Maria João Melícias tackles a large number of substantive and adjective issues, as well as the proposal's drafting procedure itself, in a text which will be very useful for the discussion of the reasons and pros and cons of the different options expressed in the proposal.*

*Miguel Sousa Ferro describes, in summarized form, the different positions expressed by the participants in the consultative Workshop carried out at the PCA on 16 March 2016.*

*Also published are the documents of prior framing and of report of the public consultation carried out by the PCA, as well as the justifying document annexed to the draft proposal for transposition of the Directive.*

*The issue continues with a paper by Miguel Moura e Silva which is the result*

operações sobre valores mobiliários à luz do direito das práticas restritivas da concorrência e do controlo de concentrações. Para todos aqueles que trabalham, no setor privado ou público, com valores mobiliários que pretendam compreender o impacto do direito da concorrência na sua atividade profissional, este é o texto ideal por onde começar.

Francisco Hernández Rodríguez and José Antonio Rodríguez Miguez, Professores de Direito e, respetivamente, Presidente e Diretor de Investigações da Autoridade de Concorrência da Galiza, trazem-nos uma reflexão sobre a importância e impacto da descentralização da aplicação do direito da concorrência ao nível infra-nacional. Com uma visão geralmente otimista, que sublinha alguns sucessos das autoridades de concorrência regionais, a sua posição privilegiada para a promoção de uma cultura de concorrência e o alto nível de cooperação com outras autoridades, estes autores não deixam de criticar o modelo legislativo vigente, realçando os contrastes com as opções feitas no Regulamento (CE) n.º 1/2003. Trata-se de um debate com o maior interesse para Portugal, em que o *public enforcement* da concorrência está completamente centralizado e são absolutamente excepcionais os casos com âmbitos regionais ou locais,

*of several years of matured reflection on the framing of securities operations in light of antitrust rules and of merger control rules. For all those who, in the public sector or in the private sector, work with securities and who wish to understand the impact of competition law upon their professional activity, this text is the ideal place to start from.*

Francisco Hernández Rodríguez and José Antonio Rodríguez Miguez, Professors of Law and, respectively, President and Director of Investigations of the Competition Authority of Galicia, bring us their thoughts on the importance and impact of the decentralization of the enforcement of competition law, at a subnational level. With a generally positive view, which underlines some of the successes of regional competition authorities, their privileged position for competition advocacy and a high level of cooperation with other authorities, these authors nonetheless present some criticism of the legislative model in force, highlighting the contrasts with the options made in Regulation (EC) 1/2003. This is a debate which is of the utmost interest for Portugal, in which the public enforcement of competition law is completely centralized and only exceptionally are there cases with a regional or local scope, or even which deal with

ou sequer que respeitam a relações comerciais diretas entre empresas e consumidores.

Seguem-se dois artigos sobre um tema quente da atualidade nacional: os desafios económico-jurídicos colocados pela realidade das plataformas online que promovem a economia de partilha, das quais o exemplo mais premente é a Uber e o seu conflito com o setor dos táxis. João Gata aborda a problemática da perspetiva económica e Joana Campos Carvalho, que se encontra a concluir uma tese de doutoramento sobre estas temáticas, segue a perspetiva jurídica.

O primeiro destaca a necessidade de se reformar a regulação estatal das várias atividades económicas que têm sido afetadas por estas novas realidades, de modo a garantir um “*level playing field*”. Mostra-se a favor de uma liberalização e defende que uma desregulação bem pensada, tendo em conta preço e qualidade do serviço, pode ser a melhor opção para um aumento do bem-estar social.

A segunda entende que, juridicamente, os contratos dos passageiros da Uber são celebrados com esta, não com os condutores tendo aquela por intermediária. Tal leva a autora à conclusão da ilegalidade da atividade desta empresa em Portugal, à luz do direito em vigor à data da redação deste artigo.

*commercial relations directly between undertakings and consumers.*

*Two papers follow about a very hot topic in Portugal presently: the economic-legal challenges posed by the reality of online platforms which promote the so-called sharing economy, of which the most outstanding example is Uber and its ongoing conflict with the taxi sector. João Gata looks at this issue from an economic perspective, while Joana Campos Carvalho, which is concluding a doctorate on these topics, takes a legal perspective.*

*The first stresses the need to reform State regulation of the various economic activities which have been affected by these new realities, so as to ensure a level playing field. He speaks out in favour of liberalization and argues that a well thought out process of deregulation, which takes into account the price and quality of the service, may be the best way to promote an increase of social well-being.*

*The second considers that, legally, the contracts of Uber passengers are carried out with Uber, and not with its drivers, through the intermediation of Uber. This then leads the author to the conclusion that the activity of this company in Portugal is unlawful, in light of the law in force at the time this paper was written.*



# DOUTRINA

*Dossier Especial  
Doutrina Geral*



# DOSSIER ESPECIAL



# PROPOSTA DE ANTEPROJETO DE TRANSPOSIÇÃO DA DIRETIVA PRIVATE ENFORCEMENT

*Autoridade da Concorrência*

22 de junho de 2016

## CAPÍTULO I DO DIREITO DE INDEMNIZAÇÃO POR INFRAÇÃO AO DIREITO DA CONCORRÊNCIA

### **Artigo 1.º (Objeto e âmbito de aplicação)**

1 – O presente diploma estabelece regras relativas a pedidos de indemnização por infração ao direito da concorrência, transpondo para a ordem jurídica nacional a Diretiva 2014/104/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de novembro de 2014, relativa a certas regras que regem as ações de indemnização no âmbito do direito nacional por infração às disposições do direito da concorrência dos Estados-Membros e da União Europeia.

2 – O presente diploma é aplicável independentemente de a infração ao direito da concorrência que fundamenta o pedido de indemnização já ter sido declarada por alguma autoridade de concorrência ou tribunal, nacional ou de qualquer Estado-Membro da União, pela Comissão Europeia ou pelo Tribunal de Justiça da União Europeia.

### **Artigo 2.º (Definições)**

Para efeitos do presente diploma, entende-se por:

- a) «Acordo extrajudicial», um acordo ou uma decisão resultantes de uma resolução extrajudicial de litígios;

- b) «Autoridade de concorrência», a Comissão Europeia ou uma autoridade nacional de concorrência designada por um Estado-Membro nos termos do artigo 35.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003, de 16 de dezembro de 2002, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81.º e 82.º do Tratado, como responsável pela aplicação dos artigos 101.º e 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (“TFUE”), ou ambas, conforme o contexto o exija;
- c) «Autoridade da Concorrência», a Autoridade criada pelo artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de janeiro, com os Estatutos aprovados pelo Decreto-Lei n.º 125/2014, de 18 de agosto;
- d) «Cartel», o acordo ou prática concertada entre duas ou mais empresas concorrentes que vise coordenar o seu comportamento concorrencial no mercado ou influenciar os parâmetros relevantes da concorrência, através de condutas como, nomeadamente, fixar ou coordenar os preços de aquisição ou de venda ou outras condições de transação, incluindo relativamente a direitos de propriedade intelectual, atribuir quotas de produção ou de venda, repartir mercados e clientes, incluindo a concertação em leilões e concursos públicos, restringir importações ou exportações ou conduzir ações anticoncorrenciais contra outros concorrentes, tal como proibido pelo artigo 9.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, e, se aplicável, pelo artigo 101.º do TFUE;
- e) «Cliente ou fornecedor direto», uma pessoa singular ou coletiva que, respetivamente, adquiriu de ou forneceu a um infrator, diretamente, bens ou serviços objeto de uma infração ao direito da concorrência;
- f) «Cliente ou fornecedor indireto», uma pessoa singular ou coletiva que, respetivamente, adquiriu de ou forneceu a um infrator, através de cliente ou fornecedor direto ou subsequente, bens ou serviços objeto de uma infração ao direito da concorrência ou bens ou serviços que os contêm ou que deles derivam;
- g) «Custo adicional», a diferença entre o preço efetivamente pago e o preço que teria sido pago na ausência de infração ao direito da concorrência;
- h) «Decisão definitiva», uma decisão de uma autoridade de concorrência que não é suscetível ou já não pode ser objeto de recurso ordinário;
- i) «Declaração para efeitos de dispensa ou redução de coima», qualquer comunicação oral ou escrita apresentada voluntariamente por uma pessoa singular ou por uma empresa, ou em seu nome, a uma autoridade de concorrência, ou um registo dessa comunicação, que descreve as informações

de que essa pessoa singular ou empresa tem conhecimento sobre um cartel secreto, e o papel que nele desempenha, elaborada especificamente para apresentação a uma autoridade de concorrência a fim de obter dispensa ou redução da coima aplicável, nomeadamente nos termos e para os efeitos do capítulo VIII da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, excluindo meios de prova preexistentes;

- j) «Empresa», uma unidade económica tal como definida no artigo 3.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio;
- k) «Infração ao direito da concorrência», uma violação das disposições previstas nos artigos 9.º, 11.º e 12.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, em normas correspondentes de outros Estados-Membros e/ou nos artigos 101.º e 102.º do TFUE;
- l) «Infrator», a empresa ou a associação de empresas que cometeu uma infração ao direito da concorrência;
- m) «Lesado», uma pessoa singular ou coletiva que sofreu danos causados por uma infração ao direito da concorrência;
- n) «Meios de prova», todos os tipos de provas legalmente admissíveis em ações de indemnização, incluindo documentos e outros objetos que contenham informações, independentemente do suporte em que essas informações sejam armazenadas;
- o) «Meios de prova preexistentes», meios de prova que existem independentemente de uma investigação de uma autoridade de concorrência, quer constem ou não do processo da autoridade de concorrência;
- p) «PME (Pequena e média empresa)», uma empresa tal como definida no artigo 2.º da Recomendação n.º 2003/361/CE, da Comissão Europeia, de 6 de maio, relativa à definição de micro, pequenas e médias empresas;
- q) «Proposta de transação», qualquer comunicação voluntária apresentada por uma pessoa singular ou por uma empresa, ou em seu nome, a uma autoridade de concorrência na qual essa pessoa singular ou empresa reconheça ou renuncie a contestar a sua participação numa infração ao direito da concorrência e a sua responsabilidade por essa infração, e elaborada especificamente para que a autoridade de concorrência possa aplicar um procedimento simplificado ou acelerado, nomeadamente nos termos e para os efeitos dos artigos 22.º e 27.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio;
- r) «Resolução extrajudicial de litígios», qualquer mecanismo que permita às partes resolverem extrajudicialmente o litígio respeitante ao pedido de

indemnização, nomeadamente a mediação, a conciliação, a arbitragem e a transação prevista no artigo 1248.º do Código Civil;

- s) «Tribunal de recurso», um tribunal de um Estado-Membro, na aceção do artigo 267.º do TFUE, competente para, em sede de recurso ordinário, apreciar decisões de uma autoridade de concorrência ou decisões judiciais proferidas sobre essa decisão, independentemente da competência desse tribunal para declarar a existência de uma infração ao direito da concorrência.

### **Artigo 3.º (Responsabilidade civil)**

1 – A empresa ou associação de empresas que cometer uma infração ao direito da concorrência fica obrigada a indemnizar integralmente os lesados pelos danos resultantes de tal infração.

2 – Quando uma empresa incluir uma pluralidade de pessoas coletivas, a atuação de uma pessoa é igualmente imputável à pessoa ou pessoas que sobre ela exerçam influência determinante, a qual pode decorrer, nomeadamente, de uma das situações referidas nas alíneas a) a c) do n.º 3 do artigo 36.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio.

3 – Presume-se que uma pessoa exerce influência determinante sobre outra quando detém 90% ou mais do seu capital social, salvo prova em contrário.

### **Artigo 4.º (Cálculo da indemnização)**

O dever de indemnizar compreende os danos emergentes e os lucros cessantes calculados desde o momento da ocorrência do dano e sujeitos a atualização nos termos do artigo 566.º, n.º 2, do Código Civil, sem prejuízo da condenação no pagamento de juros moratórios contados desde o momento da decisão atualizadora e até efetivo e integral pagamento.

### **Artigo 5.º (Responsabilidade solidária entre coinfratores)**

1 – Se a infração ao direito da concorrência corresponder a um comportamento conjunto de duas ou mais empresas, é solidária a sua responsabilidade, salvo o disposto nos números seguintes.

2 – Se o dano tiver sido causado por uma PME, esta apenas responde:

- a) Perante os seus próprios clientes ou fornecedores, diretos ou indiretos, se:
  - i. A sua quota em cada um dos mercados afetados pela infração ao direito da concorrência tiver sido inferior a 5% ao longo de toda a duração da infração; e
  - ii. A aplicação das regras de responsabilidade solidária prejudicar de forma irremediável a sua viabilidade económica e desvalorizar totalmente os seus ativos;
- b) Perante quaisquer outros lesados, se estes não puderem obter das outras empresas infratoras a reparação integral dos danos sofridos.

3 – O disposto no número anterior não se aplica se a PME:

- a) Tiver liderado uma infração ao direito da concorrência ou coagido outras empresas a participarem na infração; ou
- b) Tiver sido anteriormente condenada, por decisão definitiva, por outra infração ao direito da concorrência.

4 – Se o dano tiver sido causado por uma empresa beneficiária de dispensa de coima, nomeadamente ao abrigo do artigo 77.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, esta apenas responde:

- a) Perante os seus próprios clientes ou fornecedores, diretos ou indiretos; e
- b) Perante quaisquer outros lesados, se estes não puderem obter das outras empresas infratoras a reparação integral dos danos sofridos.

5 – O direito de regresso entre infratores existe na medida da sua responsabilidade relativa pelos danos causados pela infração, presumindo-se tal responsabilidade equivalente à média das suas quotas nos mercados afetados pela infração, durante a sua participação nesta, salvo prova em contrário.

6 – O disposto no número anterior é aplicável relativamente aos montantes pagos a título de indemnização a lesados que não sejam clientes ou fornecedores, diretos ou indiretos, de qualquer dos infratores.

7 – Em derrogação ao disposto no n.º 5, o montante a ser pago a título de direito de regresso por uma empresa beneficiária de dispensa de coima não pode exceder o montante dos danos que causou aos seus próprios clientes ou fornecedores, diretos ou indiretos.

### **Artigo 6.º (Prazo de prescrição)**

1 – Sem prejuízo da prescrição ordinária a contar da ocorrência do facto danoso, o direito de indemnização prescreve no prazo de cinco anos a contar da data em que o lesado teve conhecimento, ou da data em que se possa razavelmente presumir que teve conhecimento:

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

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

3 – Para efeitos da alínea b) do n.º 2 e da alínea b) do n.º 4 do artigo 5.º, o prazo de prescrição do direito de indemnização, perante uma PME ou uma empresa beneficiária de dispensa de coima, dos lesados que não sejam seus clientes ou fornecedores, é de 3 anos e começa a correr na data da declaração de insolvência, da extinção da ação executiva por falta de bens penhoráveis ou de qualquer outra decisão judicial definitiva que constate a incapacidade de pagamento dos restantes coinfratores.

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

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

6 – O prazo de prescrição para intentar uma ação de indemnização suspende-se em relação às partes que participam, participaram, estão ou estiveram representadas num procedimento de resolução extrajudicial de litígios, durante o período de tempo em que tal procedimento decorrer, sem prejuízo da interrupção da prescrição por força de compromisso arbitral, nos termos do artigo 324.º do Código Civil.

7 – O prazo de prescrição interrompe-se pela citação ou notificação judicial ao alegado infrator de quaisquer atos que exprimam a intenção de exercer o

direito, nomeadamente os que decorrem dos artigos 13.º e 17.º do presente diploma.

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

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

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

3 – A declaração por um tribunal de recurso de outros Estados-Membros da União, através de decisão transitada em julgado da existência de uma infração ao direito da concorrência constitui presunção ilidível da existência, natureza e âmbito material, pessoal, temporal e territorial dessa infração, para efeitos da ação de indemnização pelos danos dela resultantes.

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

### **Artigo 8.º (Repercussão de custos adicionais)**

1 – Nas ações de indemnização o réu pode invocar como meio de defesa o facto de o autor ter repercutido total ou parcialmente os custos adicionais resultantes da infração ao direito da concorrência no preço praticado a jusante na cadeia de produção ou de distribuição, cabendo-lhe o respetivo ónus da prova.

2 – Nas ações de indemnização cujo pedido seja fundado na repercussão dos custos adicionais num cliente indireto cabe a este o ónus da prova da existência e do âmbito dessa repercussão.

3 – Salvo prova em contrário, presume-se que os custos adicionais foram repercutidos no cliente indireto, sempre que este demonstre que:

- a) O réu cometeu uma infração ao direito da concorrência;
- b) Essa infração teve como consequência um custo adicional para o cliente direto do réu; e
- c) Adquiriu os bens ou serviços afetados pela infração, ou bens ou serviços derivados dos bens ou serviços afetados pela infração, ou que os contêm.

4 – O disposto no presente artigo aplica-se, com as devidas adaptações, quando o lesado é fornecedor do réu.

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

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

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

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

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

1 – A fim de evitar que as ações de indemnização intentadas por autores situados em diferentes níveis da cadeia de produção ou distribuição conduzam

a uma compensação excessiva ou à ausência de compensação dos lesados, o tribunal pode ter em conta:

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

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

3 – O disposto nos números anteriores não prejudica os direitos e obrigações decorrentes do artigo 30.º do Regulamento (UE) n.º 1215/2012, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2012, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial.

### **Artigo 11.º (Efeitos da resolução extrajudicial de litígios em ações de indemnização)**

1 – Caso duas ou mais partes participem em um procedimento de resolução extrajudicial de litígios relativamente ao pedido apresentado numa ação de indemnização, suspende-se a instância em relação a essas partes, por um período não superior a um ano, sem prejuízo da extinção da instância por compromisso arbitral, nos termos da alínea b) do artigo 277.º do Código de Processo Civil.

2 – No âmbito de uma ação de indemnização subsequente a um acordo extrajudicial relativo à mesma infração, o pedido de indemnização de um lesado que participou nesse acordo, dirigido aos coíncipos que não participaram no mesmo, não pode exceder o montante do dano que sofreu, deduzido do montante correspondente à responsabilidade relativa do infrator que participou no acordo extrajudicial, calculado nos termos do n.º 5 do artigo 5.º.

3 – O lesado que participou num acordo extrajudicial não pode pedir a indemnização remanescente ao infrator que com ele participou nesse acordo, salvo nos casos em que os coíncipos que não participaram no acordo se encontrarem impossibilitados de ressarcir o lesado, sendo nesse caso o montante

em causa exigível a partir da declaração de insolvência, da extinção da ação executiva por falta de bens penhoráveis ou de qualquer outra decisão judicial definitiva que declare a incapacidade de pagamento.

4 – A ressalva prevista no número anterior pode ser expressamente excluída no acordo extrajudicial.

5 – Os coinfratores que não participaram num acordo extrajudicial não dispõem de direito de regresso em relação ao infrator que participou nesse acordo, quando os primeiros paguem a indemnização remanescente ao lesado com o qual o infrator tenha chegado a um acordo extrajudicial.

6 – Ao determinar o montante do direito de regresso que um coinfrator pode exigir a qualquer outro coinfrator de acordo com a responsabilidade relativa de cada um deles pelos danos causados pela infração ao direito da concorrência, o tribunal competente deve ter em conta quaisquer indemnizações pagas em virtude de um acordo extrajudicial anterior em que participe o coinfrator de quem é exigido o montante.

## CAPÍTULO II

### ACESSO A MEIOS DE PROVA

#### **Artigo 12.º (Apresentação de meios de prova no âmbito da ação de indemnização)**

1 – O tribunal pode, a pedido de qualquer parte na ação de indemnização, ordenar à outra parte ou a um terceiro, incluindo a entidades públicas, a apresentação de meios de prova que se encontrem em seu poder, com as limitações estabelecidas no presente capítulo.

2 – O pedido referido no número anterior é fundamentado com factos e meios de prova razoavelmente disponíveis e suficientes para corroborar a plausibilidade do pedido de indemnização ou da defesa e indica os factos que se quer provar.

3 – O pedido identifica de forma tão precisa e estrita quanto possível os meios de prova ou as categorias de meios de prova cuja apresentação é requerida, com base nos factos que o fundamentam.

4 – O tribunal ordena a apresentação dos meios de prova caso considere que a mesma é proporcional e relevante para a decisão da causa, sendo recusados os pedidos que pressuponham pesquisas indiscriminadas de informação.

5 – Ao determinar a proporcionalidade do pedido de apresentação de meios de prova, o tribunal pondera os interesses legítimos de todas as partes e dos terceiros interessados, tendo nomeadamente em conta:

- a) A medida em que o pedido de indemnização ou a defesa são fundados em factos e meios de prova disponíveis que justificam o pedido de apresentação de documentos;
- b) O âmbito e os custos da apresentação dos meios de prova, em especial para os terceiros interessados, tendo designadamente em conta a necessidade de evitar pesquisas indiscriminadas de informação de relevância improvável para as partes;
- c) A existência de informações confidenciais nos meios de prova cuja apresentação é requerida, em especial no que respeita a terceiros, e a natureza dos procedimentos adotados para proteger tais informações.

6 – Para efeitos dos n.ºs 4 e 5, o interesse em evitar ações de indemnização na sequência de uma infração ao direito da concorrência não constitui interesse que justifique proteção.

7 – Sem prejuízo do disposto no número seguinte, o tribunal ordena a apresentação de meios de prova que contenham informações confidenciais quando as considerar relevantes para a ação de indemnização, mediante a adoção de medidas eficazes para as proteger, nomeadamente:

- a) Ocultar excertos sensíveis de documentos;
- b) Conduzir audiências à porta fechada;
- c) Restringir o número de pessoas autorizadas a ter acesso aos meios de prova, nomeadamente, limitando o acesso aos representantes legais e defensores das partes ou a peritos sujeitos a obrigação de confidencialidade;
- d) Solicitar a elaboração por peritos de resumos da informação de forma agregada ou de outra forma não confidencial.

8 – O tribunal não ordena a divulgação de informações abrangidas pelo sigilo profissional do advogado, nos termos do direito nacional ou do direito da União Europeia.

9 – O tribunal não ordena a apresentação de meios de prova sem que o possuidor tenha oportunidade de se pronunciar.

**Artigo 13.º (Acesso a meios de prova antes de intentada a ação de indemnização)**

1 – Aquele que, nos termos e para os efeitos dos artigos 573.º a 576.º do Código Civil, pretenda obter informações ou a apresentação de meios de prova, incluindo os que o possuidor não lhe queira facultar pode, mediante justificação da necessidade da diligência e com as demais limitações estabelecidas no presente capítulo, requerer ao tribunal competente a citação do recusante para os apresentar no dia, hora e local que o juiz designar, nos termos previstos nos artigos 1045.º a 1047.º do Código de Processo Civil.

2 – Aos pedidos de acesso referidos no número anterior é aplicável, com as devidas adaptações, o disposto nos n.ºs 2 a 9 do artigo anterior.

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

1 – Aos pedidos de apresentação de meios de prova constantes de um processo de uma autoridade de concorrência são aplicáveis, para além do artigo 12.º, as disposições seguintes.

2 – O tribunal apenas pode determinar a apresentação de meios de prova constantes de um processo de uma autoridade de concorrência caso nenhuma parte ou terceiro os possa fornecer de modo razoável.

3 – Ao avaliar a proporcionalidade do pedido de apresentação de meios de prova de acordo com o n.º 5 do artigo 12.º, o tribunal pondera também o seguinte:

- a) Se o pedido foi formulado especificamente quanto à natureza, ao objeto e ao conteúdo dos meios de prova constantes de um processo de uma autoridade de concorrência ou se se trata de um pedido indiscriminado relativo a meios de prova constantes de tal processo;
- b) Se a parte requer a divulgação no âmbito de uma ação de indemnização já intentada;
- c) Nas situações previstas nos n.ºs 2 e 4 ou a pedido de uma autoridade de concorrência nos termos do n.º 10, se é necessário salvaguardar a efetividade da aplicação pública do direito da concorrência, designadamente por estar em causa a proteção dos interesses da investigação nos termos do artigo 32.º da Lei n.º 19/2012, de 19 de maio.

4 – A apresentação dos seguintes meios de prova só pode ser ordenada pelo tribunal depois de uma autoridade de concorrência ter concluído o seu processo:

- a) Documentos especificamente preparados por uma pessoa singular ou coletiva para um processo de uma autoridade de concorrência;
- b) Documentos elaborados por uma autoridade de concorrência e enviados às partes no decurso de um processo;
- c) Propostas de transação revogadas.

5 – O tribunal não pode ordenar a apresentação de meios de prova dos quais constem:

- a) Declarações para efeitos de isenção ou redução de coima;
- b) Propostas de transação.

6 – Se um elemento de prova for parcialmente abrangido pelo n.º 5, é aplicável ao restante conteúdo as disposições relevantes do presente artigo, conforme a categoria a que pertençam.

7 – A parte que requereu a apresentação de meios de prova pode apresentar um pedido fundamentado de acesso pelo tribunal aos documentos a que se refere o n.º 5 exclusivamente para o efeito de assegurar que os mesmos correspondem às exceções aí contempladas.

8 – Na apreciação do pedido a que se refere o número anterior o tribunal pode solicitar a assistência da autoridade de concorrência e ouvir os autores dos documentos em causa, não podendo permitir o acesso de outras partes ou de terceiros a esses documentos.

9 – Sem prejuízo do disposto nos n.ºs 1 a 3, a apresentação de documentos constantes de um processo de uma autoridade de concorrência não abrangidos pelas categorias mencionadas nos n.ºs 4 e 5 pode ser ordenada pelo tribunal a qualquer momento.

10 – O disposto no presente artigo não prejudica:

- a) As normas de direito nacional relativas ao acesso aos processos da Autoridade da Concorrência;
- b) As normas em matéria de acesso público aos documentos ao abrigo do Regulamento (CE) n.º 1049/2001, do Parlamento Europeu e do Conselho de 30 de maio de 2001, relativo ao acesso aos documentos do Parlamento Europeu, do Conselho e da Comissão;
- c) As normas de direito nacional ou de direito da União em matéria de proteção dos documentos internos das autoridades de concorrência e da correspondência entre as autoridades de concorrência.

### **Artigo 15.º (Observações escritas)**

1 – Qualquer autoridade de concorrência pode, por iniciativa própria, apresentar observações escritas ao tribunal sobre a proporcionalidade dos pedidos de apresentação de meios de prova incluídos nos seus processos.

2 – Para efeitos do número anterior, o tribunal competente junto do qual seja apresentado pedido de acesso a meios de prova nos termos previstos no artigo 14.º notifica a autoridade de concorrência em causa desse facto, mediante envio de cópia do respetivo requerimento, para que esta, querendo, apresente observações escritas.

3 – As observações referidas nos números anteriores podem ser apresentadas no prazo razoável que para o efeito for fixado pelo tribunal, o qual não será inferior a 10 dias.

### **Artigo 16.º (Limites à utilização de meios de prova obtidos exclusivamente através do acesso a um processo de uma autoridade de concorrência)**

1 – Os meios de prova referidos no n.º 5 do artigo 14.º que tenham sido obtidos exclusivamente através do acesso a um processo de uma autoridade de concorrência não são admissíveis como meios de prova em ações de indemnização por infração ao direito da concorrência.

2 – Os meios de prova referidos no n.º 4 do artigo 14.º que tenham sido obtidos exclusivamente através do acesso a um processo de uma autoridade de concorrência não são admissíveis como meios de prova em ações de indemnização por infração ao direito da concorrência enquanto o referido processo não for concluído pela autoridade em causa.

3 – Os meios de prova que tenham sido obtidos exclusivamente através do acesso a um processo de uma autoridade de concorrência e que não se enquadrem em nenhuma das categorias referidas nos n.ºs 4 e 5 do artigo 14.º apenas podem ser utilizados como meios de prova em ações de indemnização por infração ao direito da concorrência pela pessoa que os obteve ou por uma pessoa que seja sucessora nos seus direitos, bem como pela pessoa que tenha adquirido o direito à indemnização.

### **Artigo 17.º (Medidas para preservação de meios de prova)**

Sempre que haja indícios sérios de infração ao direito da concorrência suscetíveis de causar danos, pode o alegado lesado requerer ao tribunal medidas provisórias urgentes e eficazes que se destinem a preservar meios de prova da alegada infração, com as limitações estabelecidas no presente capítulo.

### **Artigo 18.º (Sanções em matéria de acesso a meios de prova)**

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

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

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

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

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

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

## CAPÍTULO III PROTEÇÃO DOS CONSUMIDORES

### **Artigo 19.º (Ação popular)**

1 – Podem ser intentadas ações de indemnização por infração ao direito da concorrência ao abrigo da Lei n.º 83/95, de 31 de agosto, alterada pelo Decreto-Lei n.º 214-G/2015, de 2 de outubro, sendo-lhes ainda aplicável o disposto nos números seguintes.

2 – Têm legitimidade para intentar ações de indemnização por infração ao direito da concorrência ao abrigo da Lei n.º 83/95, de 31 de agosto, alterada pelo Decreto-Lei n.º 214-G/2015, de 2 de outubro, para além das entidades nela referidas:

- a) As associações e fundações que tenham por fim a defesa dos consumidores; e
- b) As associações de empresas cujos associados sejam lesados pela infração ao direito da concorrência em causa, ainda que os respetivos objetivos estatutários não incluam a defesa da concorrência.

3 – A sentença condenatória determina os critérios de identificação dos lesados pela infração ao direito da concorrência e de quantificação dos danos sofridos por cada lesado que seja individualmente identificado.

4 – Caso não estejam individualmente identificados todos os lesados, o juiz fixa um montante global da indemnização, nos termos do n.º 2 do artigo 9.º.

5 – Quando se venha a concluir que o montante global da indemnização fixado nos termos do n.º 3 não é suficiente para compensar os danos sofridos pelos lesados que foram entretanto individualmente identificados, o mesmo será distribuído por esses lesados proporcionalmente aos respetivos danos.

6 – A sentença condenatória indica a entidade responsável pela receção, gestão e pagamento das indemnizações devidas a lesados não individualmente identificados, podendo ser designados para o efeito, designadamente, o autor, um ou vários lesados identificados na ação.

7 – As indemnizações que não sejam reclamadas pelos lesados num prazo razoável fixado pelo juiz da causa, ou parte delas, serão afetas ao pagamento das custas, encargos, honorários e demais despesas incorridos pelo autor por força da ação.

8 – As indemnizações remanescentes que não sejam pagas em consequência de prescrição, ou de impossibilidade de identificação dos respetivos titulares revertem para o Ministério da Justiça, nos termos do n.º 5 do artigo 22.º da Lei n.º 83/95, de 31 de agosto, alterada pelo Decreto-Lei n.º 214-G/2015, de 2 de outubro.

## CAPÍTULO IV ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS

### **Artigo 20.º (Alteração à Lei n.º 19/2012, de 8 de maio)**

Os artigos 22.º, 27.º, 33.º, 69.º e 81.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, que aprova o novo regime jurídico da concorrência, passam a ter a seguinte redação:

#### **«Artigo 22.º (Procedimento de transação no inquérito)**

1 – (...).

2 – (...).

3 – (...).

4 – (...).

5 – (...).

6 – (...).

7 – (...).

8 – (...).

9 – (...).

10 – (...).

11 – A proposta de transação apresentada nos termos do n.º 7 é considerada sem efeito decorrido o prazo referido no n.º 9 sem manifestação de concordância do visado pelo processo, e não pode ser utilizada como elemento de prova contra nenhum visado no procedimento de transação.

12 – (...).

13 – (...).

14 – (...).

15 – (...).

16 – (...).»

**«Artigo 27.º (Procedimento de transação na instrução)**

1 – (...).

2 – (...).

3 – (...).

4 – (...).

5 – (...).

6 – A proposta de transação apresentada nos termos do n.º 1 é considerada sem efeito decorrido o prazo referido no n.º 4 sem manifestação de concordância do visado pelo processo, e não pode ser utilizada como elemento de prova contra nenhum visado no procedimento de transação.

7 – (...).

8 – (...).

9 – (...).

10 – (...).

11 – (...).»

**«Artigo 33.º (Acesso ao processo)**

1 – (...).

2 – (...).

3 – (...).

4 – O acesso a documentos contendo informação classificada como confidencial é permitido apenas ao advogado ou ao assessor económico externo do visado e estritamente para efeitos do exercício de defesa nos termos do n.º 1 do artigo 25.º e da impugnação judicial da decisão da Autoridade da Concorrência, não sendo permitida a sua reprodução, total ou parcial por qualquer meio, nem a sua utilização para qualquer outro fim, sem prejuízo do disposto no n.º 7 do artigo 12.º, e nos artigos 14.º e 16.º do [DIPLOMA DE TRANSPOSIÇÃO].»

**«Artigo 69.º (Determinação da medida da coima)**

1 – (...):

a) (...);

b) (...);

c) (...);

- d) (...);
- e) (...);
- f) O comportamento do visado pelo processo na eliminação das práticas restritivas e na reparação dos prejuízos causados à concorrência, nomeadamente através do pagamento de indemnização aos lesados na sequência de acordo extrajudicial;
- g) (...);
- h) (...);
- i) (...).
- 2 – (...).
- 3 – (...).
- 4 – (...).
- 5 – (...).
- 6 – (...).
- 7 – (...).
- 8 – (...).»

#### **«Artigo 81.º (Documentação confidencial)**

1 – A Autoridade da Concorrência classifica como confidencial o pedido de dispensa ou de redução da coima, bem como todos os documentos e informações apresentados para efeitos de dispensa ou redução de coima, sem prejuízo do disposto no n.º 5.

- 2 – (...)
- 3 – (...)
- 4 – (...)

5 – Aos pedidos de apresentação de meios de prova constantes de um processo da Autoridade da Concorrência dirigidos a um tribunal para efeitos de uma ação de indemnização por infração ao direito da concorrência é aplicável o disposto no artigo 14.º, n.º 5, alínea a) do [DIPLOMA DE TRANSPOSIÇÃO].»

#### **Artigo 21.º (Aditamento à Lei n.º 19/2012, de 8 de maio)**

É aditado um novo artigo 94.º-A à Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, que aprova o novo regime jurídico da concorrência, com a seguinte redação:

**«Artigo 94.º-A (Informação da Autoridade da Concorrência pelos tribunais)**

1 – O tribunal competente que julgue uma ação na qual seja invocada uma infração aos artigos 9.º, 11.º e 12.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, e/ou aos artigos 101.º e 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, notifica a Autoridade da Concorrência desse facto mediante envio de cópia da petição inicial, contestação ou pedido reconvencional.

2 – O tribunal competente que profira uma sentença, acórdão ou decisão no âmbito de um processo judicial no qual seja invocada uma infração aos artigos 9.º, 11.º e 12.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, e/ou aos artigos 101.º e 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, notifica a Autoridade da Concorrência desses factos, mediante envio de cópia da respetiva sentença, acórdão ou decisão.

3 – A Autoridade da Concorrência assegura o cumprimento da obrigação prevista no artigo 15.º, n.º 2 do Regulamento (CE) n.º 1/2003, de 16 de dezembro de 2002, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81.º e 82.º do Tratado e procede à divulgação no seu sítio de internet das sentenças, acórdãos ou decisões referidas no número anterior.»

**Artigo 22.º (Alterações à Lei da Organização do Sistema Judiciário, aprovada pela Lei n.º 62/2013, de 26 de agosto)**

Os artigos 54.º, 67.º e 112.º da Lei da Organização do Sistema Judiciário, aprovada pela Lei n.º 62/2013, de 26 de agosto, passam a ter a seguinte redação:

**«Artigo 54.º (Especialização das secções)**

1 – (...).

2 – As causas referidas nos artigos 111.º, 113.º e 128.º são sempre distribuídas à mesma secção cível.

3 – As causas referidas no artigo 112.º são sempre distribuídas à mesma secção criminal, com exceção das causas referidas nos n.ºs 2 a 4 do artigo 112.º, que são sempre distribuídas à mesma secção cível.

**«Artigo 67.º (Definição, organização e funcionamento)**

1 – (...).

2 – (...).

3 – (...).

4 – (...).

5 – Até à instalação da secção de concorrência, regulação e supervisão, as causas referidas no artigo 112.º são sempre distribuídas à mesma secção.

6 – [anterior n.º 5].

**«Artigo 112.º (Competência)**

1 – (...).

2 – (...).

3 – Compete ao tribunal julgar ações de indemnização cujo pedido se fundamente exclusivamente em infrações ao direito da concorrência, ações destinadas ao exercício do direito de regresso entre coinfratores, bem como pedidos de acesso a meios de prova relativos a tais ações, nos termos previstos no [DIPLOMA DE TRANSPOSIÇÃO].

4 – Compete ainda ao tribunal julgar todas as demais ações civis cujo pedido se fundamente exclusivamente em infrações ao direito da concorrência previstas nos artigos 9.º, 11.º e 12.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, e/ou nos artigos 101.º e 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

5 – [anterior n.º 3].»

**CAPÍTULO V**  
**DISPOSIÇÕES FINAIS**

**Artigo 23.º (Direito aplicável)**

1 – Em tudo o que não for contrário ao presente diploma, são aplicáveis as normas substantivas e processuais constantes, respetivamente, do Código Civil e do Código de Processo Civil.

2 – A aplicação das regras substantivas e processuais relativas a ações de indemnização por danos resultantes de infrações ao direito da concorrência

não podem tornar praticamente impossível ou excessivamente difícil o exercício do direito à indemnização.

3 – A aplicação das regras substantivas e processuais relativas a ações de indemnização por infração ao disposto nos artigos 101.º e 102.º do TFUE não pode ser menos favorável para os alegados lesados do que as regras relativas a ações de indemnização análogas relativas a violações do direito nacional.

### **Artigo 24.º (Aplicação no tempo)**

1 – As disposições substantivas da presente lei, incluindo as relativas ao ónus da prova, não se aplicam retroativamente.

2 – As disposições processuais da presente lei não se aplicam a ações de indemnização intentadas antes de 26 de dezembro de 2014.

3 – O artigo 22.º da presente lei aplica-se a ações intentadas após a sua entrada em vigor.

### **Artigo 25.º (Entrada em vigor)**

O presente diploma entra em vigor no dia 27 de dezembro de 2016.

# THE ART OF CONSISTENCY BETWEEN PUBLIC AND PRIVATE ANTITRUST ENFORCEMENT: PRACTICAL CHALLENGES IN IMPLEMENTING THE DAMAGES DIRECTIVE IN PORTUGAL

*Maria João Melícias\**

**ABSTRACT:** *The AdC was entrusted with the mission of submitting a draft legislation to the Portuguese Government for the purposes of implementing the Damages Directive. This article shares the AdC's experience in this regard, by reflecting, with minor adjustments, the speech made at the occasion of the XII Treviso Antitrust Conference, which was held in May 18, 2016. On the one hand, it describes the strategy adopted by the AdC throughout the transposition process, its underlying goals and the steps undertaken to achieve it. On the other hand, it discusses some of the public policy challenges faced in this context, by highlighting the main substantive solutions established in the draft legislation, in particular those aspects where options were exercised and innovations were envisaged in comparison with the regime laid down in the Directive.*

**SUMÁRIO:** 1. Introduction. 1.1. Why the AdC? 2. Strategic goals of the transposition process. 2.1. Project planning. 2.2. Engaging stakeholders. 3. Substantive solutions of the draft legislation: going beyond the Damages Directive. 3.1. Extension of the scope. 3.2. Who's liable? Notion of undertaking and imputability. 3.3. Joint and several liability. 3.4. Binding effect of decisions of competition authorities and courts of other Member States. 3.5. Enabling access to evidence: "pre-trial discovery" and interim measures to preserve evidence. 3.6. Setting up an information system to monitor private enforcement. 3.7. Collective redress: fostering the Portuguese opt-out system. 3.8. Specialised court. 3.9. Leniency statements: excluding pre-existing information. 3.10. Ensuring absolute protection of settlement talks that fail. 4. Conclusion

## 1. INTRODUCTION

This article reproduces the speech made at the occasion of the XII Treviso Antitrust Conference that took place in May 18, 2016. Rather than focusing

---

\* Member of the Board, Autoridade da Concorrência (Portuguese Competition Authority).

on the many procedural and substantive law hurdles potentially raised by private enforcement *per se*, this article reflects on the experience in implementing the Damages Directive<sup>1</sup> in Portugal from the standpoint of a public enforcer, including on some of the public policy challenges faced therein.

One of the original features of the implementation process in Portugal was the fact that it was the competition enforcer – i.e. the ‘*Autoridade da Concorrência*’ (hereinafter, the “AdC”) – that was entrusted with the mission of submitting a draft legislation to the Portuguese Government for the purposes of implementing the Damages Directive.

This article is structured as follows: on the one hand, it describes the strategy adopted by the AdC throughout the transposition process, its underlying goals and the steps undertaken to achieve it. On the other hand, it highlights some of the solutions that have been proposed in the draft legislation meant to transpose the Damages Directive into Portuguese law, in particular those where innovations were envisaged in comparison with the regime laid down in the Directive.

Despite the national approach of the article, other jurisdictions may also be able to easily relate to some of the challenges faced in Portugal, which may help to stir the ongoing international debate on the matter. In any event, the usual cross-border nature of antitrust damages litigation accentuates the interplay (not to say competition) between jurisdictions and, therefore, the inevitable international dimension of the discussion.

## 1.1. Why the AdC?

One might question whether the decision to ‘outsource’ to the public enforcer the project of transposing the Damages Directive or, in other words, the mission of helping to boost private enforcement in Portugal, was a sound policy decision, since this might be said to encompass a potential conflict of interest (which might hypothetically encourage the public enforcer to undermine the damages actions regime in order to shield its public enforcement tools). In theory, the task could have been accomplished, alternatively, within the government, by a working group of experts or through the academia, as it usually occurred in other jurisdictions. There was indeed a previous political

---

<sup>1</sup> Directive 2014/104 on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union, OJ 2014 L349/1 (the “Damages Directive”).

choice in this regard. Moreover, this option was kept between two legislatures, despite the political changes in the government administration that occurred in the meantime.

In effect, the public enforcer is well placed to fine tune the appropriate solutions in order to safeguard one of the key goals of the Damages Directive, notably, achieving a proper balance between public and private enforcement, with a view to ensure the maximum effectiveness of antitrust rules. In addition, the AdC had actively participated in the preparatory works that led to the approval of the Directive, in particular in the negotiations at the level of the European Council on behalf of the Portuguese government, thus gathering extensive know-how on the matter, which the government thus seek to build upon.

## 2. STRATEGIC GOALS OF THE TRANSPOSITION PROCESS

### 2.1. Project planning

Once the AdC accepted this project from the government, it chose to launch a public debate on the topic, in order to engage stakeholders. The AdC thus strategically decided that the transposition process should be open, transparent and inclusive. In light of this goal, the AdC essentially carried out three initiatives:

First, it invited a solid working group of external experts to join it in the discussion, which functioned as a ‘sounding board’ on the ongoing legislative work. This group was comprised of representatives from the judiciary (a justice of the Portuguese Supreme Court of Justice), academia (a professor from the University of Lisbon School of Law) and law practice (including one representative of the Portuguese Circle of Antitrust Lawyers and one experienced cross-border litigator/arbitrator and former President of the Portuguese Bar Association, in order to help broaden the range of the discussion to outside the scope of the usual competition experts).

Second, the AdC organized a consultative workshop on the draft legislation, with the aim of ‘market testing’ some of the proposed solutions that had already been assessed within the working group, before actually launching a wider public consultation. To this effect, the AdC circulated beforehand between workshop participants a very preliminary draft while it was still ‘work in progress’. The workshop was participated by a broad variety of stakeholders,

representing around thirty organizations, including, *inter alia*, the courts, the public prosecutor, government departments, consumer and business associations, together with law firms.

Third, by taking on board many of the comments and suggestions voiced therein, the AdC concluded a version of the draft legislation, which was submitted to public consultation. This also proved to be a fruitful exercise. Building on the many helpful contributions received during public consultation, the AdC finished the draft legislation that was presented to the government for further parliamentary approval.

All main work products of this transposition project were posted on the AdC's website. Together with the transposition work, the AdC held several rounds of meetings and contacts with the European Commission and different government departments, notably from the areas of Justice, Economy Affairs, Consumers and the Presidency, in order to ensure the appropriate following buy-in of the project.

## **2.2. Engaging stakeholders**

With these initiatives, the AdC certainly strived to take advantage of the operational know-how of expert stakeholders, in view of the fact that the Directive deals largely with civil litigation law and procedure, that is to say, with matters that the AdC is not so familiar with.

But most importantly, the AdC's key goal was to reach-out to the community and get a variety of interested parties engaged in the discussion, so that they might feel the new private enforcement regime as their own and, thus, be actually encouraged to field-test it once implemented. The underlying thinking of course was that an open, transparent and participated implementation process would more likely bring about a higher quality draft, even if with the tradeoff that the AdC might thus be less likely to enforce its own preferred solutions, but instead those resulting from broader compromise. In truth, the AdC's ultimate objective here was not only to produce a more robust legislative piece, but, above all, for the regime to gain traction once implemented.

## **3. SUBSTANTIVE SOLUTIONS OF THE DRAFT LEGISLATION: GOING BEYOND THE DAMAGES DIRECTIVE**

The Damages Directive, like any other, is a relatively flexible legal instrument that requires Member States to achieve certain results or fulfill certain minimum requirements but frequently leaving them free, to a certain extent, to choose

how to do so. In many instances, Member States may decide to go beyond the minimum necessary to duly implement it, for instance by extending its scope or by adopting further measures deemed to be useful to the fulfillment of its overall objectives.

There is indeed some “room for creativity”, which is mostly addressed below. The article’s next section illustrates some of the aspects whereby options were exercised in the implementing draft legislation and where improvements were contemplated in relation to the regime laid down in the Damages Directive.<sup>2</sup>

### 3.1. Extension of the scope

The scope of the regime was extended to cover infringements that are purely domestic in nature, in other words, that do not affect trade between Member States, even though the Directive only applies to infringements of Articles 101 or 102 TFUE or to the equivalent provisions of national law when applied in parallel with those articles, i.e. when the requirement regarding interstate trade is met.

This solution was based on the following reasoning: (i) the Damages Directive’s main objectives are equally valid for damages actions resulting from purely domestic infringements, maybe with the exception of the reasons related to market integration –i.e., to ensure the victims’ right to compensation and, as a result, to reinforce the level of deterrence in Portugal; (ii) this solution also better ensures the overall coherence of the legal system; (iii) it guarantees equal treatment between infringers and between victims, regardless of the infringement’s potential to cause effects on trade; (iv) it provides legal certainty, since the “inter-state trade” requirement is a very wide notion, which can be significantly contentious, namely, it can give rise to litigation as to whether or not that requirement is met in a particular case. This could ultimately make it harder for victims to obtain compensation even with regard to infringements of Articles 101 and 102; finally (iv) this solution also allows for the automatic compliance with the principle of equivalence.

---

<sup>2</sup> This article reflects the status of the draft legislation meant to transpose the Damages Directive as it stood at the time of the XII Treviso Antitrust Conference, in May 18, 2016, that is, when it was submitted to public consultation. Further adjustments were made afterwards building on the results of the public consultation, which are identified below where appropriate. Moreover, the final normative solutions, as approved by the legislator, might naturally somewhat differ from the draft legislation that was proposed to the Portuguese government.

### 3.2. Who's liable? Notion of undertaking and imputability

It is a well-known fact that competition law typically refers to the activities of undertakings, not legal entities or individuals. The notion of undertaking has an autonomous meaning under EU competition law: it is an economic concept rather than a legal one. An undertaking, within the meaning of competition rules, may be comprised of several legal entities, notably, in the quite common case of a group of companies. “Undertakings” or “associations of undertakings” can thus be held to have committed an infringement and, pursuant to the Damages Directive, they are equally liable to pay damages.

However, “undertakings” do not exist in the legal world.

In order to solve this mismatch between the subject of competition rules and civil liability, in the context of a group of companies, the draft legislation identifies which legal entities within an undertaking may be held liable to pay damages, in line with the case law of the ECJ on parental liability<sup>3</sup> and in accordance with the very notion of undertaking as an economic unit, thus ensuring consistency between public and private enforcement.

Pursuant to the draft legislation, both the legal entity that has directly committed the infringement and any of its parent companies that have exercised decisive influence over that entity's business may be held liable to pay damages. The exercise of decisive influence may be inferred, *inter alia*, from any of the powers listed in the Portuguese competition act with respect to the notion of *control*.<sup>4</sup> Furthermore, the draft legislation sets forth a rebuttable presumption that a parent company holding 90% or more<sup>5</sup> of the share capital of a subsidiary exercises decisive influence over this entity's business.

### 3.3. Joint and several liability

Article 11 (5) of the Damages Directive provides that Member States shall ensure that an infringer may recover a contribution from any other infringers,

---

3 V, for example, Case C-97/08 *Akzo Nobel NV and Others v Commission*.

4 Article 36 (3) (a) to (c) of the Portuguese Competition Act, that is, *inter alia*: the acquisition of the whole or part of the share capital; the acquisition of ownership rights, or rights to use the whole or part of the assets of an undertaking; and the acquisition of rights or the signing of contracts which confer a decisive influence on the composition, voting or decisions of an undertaking's corporate bodies.

5 Though the initial threshold of this presumption was set at 100%, it was lowered to 90% as a result of the suggestions submitted during public consultation, in line with the rationale of the Portuguese Corporate Code with regard to scenarios deemed to lead to total dominance.

the amount of which being determined in light of their *relative responsibility* for the harm caused by the infringement.

Relative responsibility of the infringers is to be determined in light of national rules. In this respect, the Portuguese Civil Code establishes a rebuttable presumption according to which relative responsibility is based on the co-infringers respective fault, which is presumed equal.

Instead of applying this presumption, which would lead, as a default rule, to equal relative shares between co-infringers, the draft legislation lays down a rebuttable presumption to measure contribution on the basis of the co-infringers average market share throughout the duration of the infringement. This alternative proxy<sup>6</sup> was found to be more proportionate to the ability of each of the co-infringers to harm the competitive process and also to gain from the infringement (which, in turn, is a proxy of their market power). This provision is also in line with public enforcement, since the setting of the basic amount of antitrust fines is usually grounded on the each of the infringers' sales in the affected market. Notwithstanding, one should bear in mind that this presumption is rebuttable, that is to say, it should apply in a scenario of "all things being equal", i.e. when co-infringers are found to have been similarly involved in the temporal and geographical scope of the infringement.

### **3.4. Binding effect of decisions of competition authorities and courts of other Member States**

Pursuant to the Damages Directive, infringement decisions by competition authorities and review courts of other Member States are taken at least as *prima facie* evidence that an infringement occurred, for the purposes of bringing a follow-on damages action.

The draft legislation submitted to public consultation proposed to go beyond the minimum required by the Directive, by treating exactly the same way said decisions and those taken by the AdC and Portuguese review courts, that is, as irrefutable proof of the existence of the infringement, with regard to the nature of the infringement, together with its material, personal, temporal and territorial scopes.

The underlying thinking in this respect was that the reasons for granting binding effect to decisions of competition authorities and review courts of the "State of origin" are also perfectly valid where those competition authorities

---

<sup>6</sup> Which was also recommended by the US *Antitrust Modernization Commission* in its 2007 Report and Recommendations (v. p 254).

and courts happen to be based on a different Member State, notably: (i) the need to avoid duplicating administrative costs that would burden the judicial system and the community as a whole (by allowing to litigate again the same set of facts that might have already taken many years of continuous litigation to establish); (ii) the interest in preventing contradictory decisions between the public and private enforcement forefronts; and (iii) to facilitate the victims' right of compensation.

Moreover, Member States share common legal traditions and are all bound by the Human Rights Convention, notably by the principles of due process and the right to a fair trial included therein. Infringement decisions by national competition authorities are always subject to judicial scrutiny in any Member State, even if the respective antitrust models of judicial review might somewhat differ in nature (some are more administrative-based, while others include quasi-criminal features, with principles and rules of criminal procedure having a more prevalent presence). Therefore, no sufficiently persuading reason was found to doubt that those systems comply with basic principles of due process, which might justify raising obstacles to the evidentiary value of decisions taken by competition authorities and courts of other Member States.<sup>7</sup>

### **3.5. Enabling access to evidence: “pre-trial discovery” and interim measures to preserve evidence**

The AdC's draft legislation includes several provisions intended to assist the plaintiffs' access to evidence, notably, provisions on: (i) pre-trial discovery; (ii) interim measures; and (iii) sanctions.

Although the stipulation on pre-trial discovery does not lead, in material terms, to a wider disclosure of evidence than that which is provided for in the Damages Directive, it does extend – by anticipating – its temporal scope, with the aim of enabling a potential plaintiff to ascertain whether or not to bring an action for damages.

---

<sup>7</sup> Notwithstanding, the public consultation revealed this point to be contentious. For example, suggestions were made that the constitutionality of this provision could be put into question. The litigation that might thus ensue with regard to this ancillary aspect could ultimately make it harder for victims to actually obtain compensation. Therefore, in order to mitigate the potential for ancillary litigation regarding the damages actions' regime itself, the AdC found it more sensible to adjust the evidentiary value of decisions by competition authorities and review courts of other Member States as follows: these decisions are to be taken as rebuttable presumption that an infringement occurred, including as regards the nature of the infringement, and its material, personal, temporal and territorial scopes.

Accordingly, anyone who wishes to obtain information or documents to which the holder does not want to give access, may request the court to order disclosure, provided that certain requirements are observed, including those laid down in the Directive on disclosure of evidence.

Similarly, an alleged injured party may request the court to order immediate and effective provisional measures to preserve evidence of the infringement, when there are strong indications that it has taken place.

Penalty payments for delays in delivering evidence and fines of up to 500.000 euros to deter behavior, such as destruction of relevant evidence and failure or refusal to comply with a court disclosure order, are also laid down in the draft legislation.

### **3.6. Setting up an information system to monitor private enforcement**

The draft legislation sets up an information system meant to enable the AdC to monitor the level of private enforcement in the country and to intervene in private enforcement proceedings, either as *amicus curiae* or in relation to requests for disclosure of evidence included in its investigation files.

Civil courts are thus required to notify the AdC both of the filing of any civil action or defense which mainly relies on the breach of competition rules and with respect to any ruling or judgment where an infringement of Articles 101 and 102 or the corresponding national provisions is considered. Furthermore, the competent court is also required to notify the AdC of any request for disclosure of evidence included in its files, in order to enable it to submit observations for the purpose of assessing the proportionality of such a request, pursuant to Article 6 (11) of the Damages Directive.

Once again, this information system is meant to ensure consistency between public and private enforcement and compliance with Article 15 (2) of Regulation 1/2003 relating to the obligation of Member States to forward to the European Commission a copy of any written national ruling where Articles 101 and 102 are applied. Indeed, since it appeared that national courts were not complying with this requirement, the AdC is thus seeking to centralize this information in order to ensure compliance with said provision, by informing the European Commission, besides releasing it in its website.

### **3.7. Collective redress: fostering the Portuguese opt-out system**

The Portuguese legal system encompasses a very ancient and rare collective redress regime, when compared to other European jurisdictions, because it

is based on an “opt-out class action” system. This regime is said to be rooted in Roman law, which included the “actio popularis”, an action brought by a member of the public in the interest of public order. In effect, the Portuguese regime is named “ação popular”, which roughly translates as “the peoples’ action”. This regime has even been labelled a “hippie law”, because it is full of good intentions, though perhaps lacking some pragmatism. Furthermore, the right to initiate such an action was enshrined in the Portuguese Constitution of the 70’s.

Indeed, this collective action may be initiated by any citizen, even if not personally affected, to protect public interests, the protection of competition obviously being considered a public interest within the meaning of this law. In particular, compensation for harm suffered as a result of an antitrust infringement may be claimed under this law.

The AdC’s draft legislation contains a number of provisions designed to overcome some of the practical difficulties raised by the collective redress regime and, therefore, to encourage its use both by businesses and individuals.

These provisions basically concern: (i) the identification of the possible victims or injured parties; (ii) quantification of the overall damages; and (iii) management and payment of compensation.<sup>8</sup>

The goal in this regard is naturally to enhance consumer protection in the field of competition law, by encouraging “class actions” for damages. Because of the overall costs of “normal” damages actions, individuals and small and medium sized enterprises, in particular, may more likely resort to this instrument of collective redress and obtain compensation more effectively.

### 3.8. Specialised Court

The draft legislation proposes to grant jurisdiction to the already existing specialized Competition and Regulation Court to hear damages actions or any other civil action, whose claim is solely based on antitrust infringements, instead of leaving the respective competence with common civil courts, as it would be the default rule.

---

<sup>8</sup> Further to the public consultation, a couple of additional rules were introduced in this respect, namely: (i) a provision making clear than both consumer and business associations enjoy standing to initiate such an action; (ii) a provision, inspired by the UK 2015 Consumer Rights Act, allowing the competent court to order that all or part of the damages not claimed by the victims within a specified period may revert to the plaintiff to cover for all or part of the costs or expenses incurred by the plaintiff in connection with the proceedings.

In the public enforcement forefront, this specialized court (“Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão”) already reviews the AdC’s decisions both in relation to antitrust and merger control. In fact, as regards antitrust, the Court holds powers of full jurisdiction in all respects: it does not merely annul or uphold the AdC’s decisions; it also holds powers to acquit or convict the defendants. The evidence gathered in the investigation stage is reheard before the Court: witnesses are examined and cross examined before a judge, with a view to adversarial argument, such as in a criminal trial. Moreover, rules and principles of criminal procedure are applied as subsidiary law. Hence, in this respect, the Court is more than an appeals court, since it acts to a large extent as a true trial court.

The draft legislation proposes that whenever competition law is at issue regardless of the enforcement tool that is being used – namely, antitrust, merger control or private enforcement (with regard to both follow-on and stand-alone actions, including collective redress) – all corresponding cases are ruled by the same court.

This solution seeks to take advantage of the usual benefits of specialisation, including to prevent contradictory judicial decisions and to avoid that antitrust damages actions be decided by civil judges spread throughout the country, most of which would have dealt with competition law, at best, once or twice beforehand in their entire legal careers.

While being conscious that this proposal entails an increased empowerment and importance to be granted precisely to the Court that scrutinises its own activity, the AdC considered this solution to be sound and in the best interest of the consolidation of a legal culture of competition in Portugal.

### **3.9. Leniency statements: excluding pre-existing information**

The implementation of the Directive forced the AdC to propose amendments to the Competition Act concerning its leniency program.

In effect, the Portuguese leniency regime so far protects both leniency statements and evidence submitted by leniency applicants together with their application. As a result, disclosure of those materials is only allowed to other co-defendants for the purposes of exercising their rights of defense.

Under Article 6(6) of the Damages Directive, leniency statements are included in the so-called “black list”, which means that their disclosure can never be ordered by the competent court. However, so-called preexisting information, that is, any documents attached to a leniency statement that exist irrespective of

the proceedings of the competition authority are not to be protected according to the Directive and may thus be disclosed to those seeking compensation for harm suffered as a result of antitrust infringements.

This means that the Portuguese Competition Act currently grants a broader protection to leniency documents than that provided for in the Damages Directive.

Since this is an aspect that is totally binding for Member States, in the sense that neither a wider or stricter protection of leniency documents is allowed, the AdC was thus required to propose an amendment to the Competition Act in order to harmonize it with the Directive, by excluding the protection of pre-existing documents, only in so far as access is requested pursuant to the regime laid down in the Damages Directive and for the purposes of a damages action.

This is a clear example of a situation whereby the AdC was required to fully assume a role of an objective and unbiased legislator, and resist the temptation of maximizing the protection of its leniency program.

### **3.10. Ensuring absolute protection of settlement talks that fail**

In turn, the draft legislation introduces amendments to the Competition Act in order to make clear that the submissions filed during settlement talks that for some reason fail and thus become ineffective are absolutely protected from disclosure to third parties, including to those seeking redress. These submissions are not “withdrawn”, within the meaning of the Damages Directive. In effect, the Competition Act does not allow for a settlement submission to be withdrawn by its applicant. Those submissions may, nonetheless, become ineffective in case of unsuccessful settlement talks and, therefore, remain in the file, while possibly entailing an admission of wrongdoing.

Because the Competition Act might be said to be ambiguous in this regard, since doubts could be raised as to the distinction between “ineffective” and “withdrawn” settlement submissions and as to the corresponding scope of protection, these amendments were deemed necessary to avoid discouraging businesses to resort to this strategic procedural tool.

## **4. CONCLUSION**

This article provides an overview of the transposition process of the Damages Directive in Portugal, whose preliminary draft legislation was entrusted to the AdC.

By engaging stakeholders through an open, transparent and inclusive implementation process, the AdC has seek to bring about a more robust legislative piece that stakeholders may actually use to enhance private enforcement in the country.

The draft legislation has been designed to achieve a proper balance between public and private enforcement, under the belief that these tools are mutually reinforcing. At the end of the day, the AdC is interested first and foremost in maximizing the effectiveness of competition policy: the prospect of compensation helps to engage the community at large in fighting anticompetitive behavior. Therefore, it contributes to disseminate a culture of competition, even in relation to the common citizen. And of course it creates additional deterrence; it produces stronger incentives for companies to compete on the merits, thus maximising consumer welfare, through prices, innovation and choice, which is the ultimate goal of modern competition policy.



# 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<sup>a</sup> 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.<sup>a</sup> 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* (inaudito 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.



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

*Autoridade da Concorrência*

21 de abril de 2016

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

## 1. INTRODUÇÃO

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

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

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

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

## **2. ÂMBITO DE APLICAÇÃO**

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

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

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

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

---

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

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

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

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

- (i) Unidade do sistema jurídico, evitando-se a criação de dois conjuntos diferentes de regras para a obtenção de uma indemnização por infração às regras de concorrência em função da natureza puramente nacional ou, ao invés, transfronteiriça, da infração em causa;
- (ii) Aplicabilidade, à compensação por danos decorrentes de infrações com impacto estritamente nacional, das razões que presidiram à adoção da Diretiva, com exceção das relacionadas com a realização do mercado interno;
- (iii) Igualdade de tratamento entre infratores que causem danos decorrentes de infrações puramente domésticas e infrações transfronteiriças;
- (iv) Certeza jurídica, atento o facto de o critério sobre a aplicação dos artigos 101.º e 102.º do TFUE (suscetibilidade de afetação do comércio entre Estados-membros) ser significativamente elástico, o que é suscetível de aumentar a litigiosidade relacionada com o seu preenchimento, dificultando, no limite, a própria compensação de danos decorrentes de infrações às regras de concorrência da União Europeia (“UE” ou “União”) que a Diretiva visa assegurar;
- (v) Cumprimento automático do princípio da equivalência<sup>3</sup>.

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

---

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

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

### **3. RESPONSABILIDADE CIVIL E CONCEITO DE EMPRESA**

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

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

Considerando que os sujeitos da infração que fundamenta o pedido de indemnização são empresas<sup>4</sup>, torna-se necessário clarificar, por um lado, o conceito de empresa para esse efeito e, por outro lado, o sujeito de imputação da responsabilidade civil.

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

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

---

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

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

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

#### 4. CÁLCULO DA INDEMNIZAÇÃO

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

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

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

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

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

## 5. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA

### 5.1. PME – Requisito da quota de mercado

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

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

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

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

## 5.2. PME – Requisito do prejuízo à viabilidade económica

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

Esta formulação é semelhante à que consta do parágrafo 35 das Orientações para o cálculo das coimas aplicadas por força do n.º 2, alínea *a*), do artigo 23.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003 (2006/C 210/02), devendo ser interpretada à luz das mesmas, bem como dos instrumentos que as interpretam<sup>5</sup>.

## 5.3. Direito de regresso

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

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

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

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

## 6. PRAZO DE PRESCRIÇÃO

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

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

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

### 6.2. Suspensão do prazo de prescrição

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

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

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

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

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

#### **6.4. Prescrição do direito de regresso**

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

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

#### **7.1. Autoridade da Concorrência e tribunais nacionais**

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

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

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

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

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

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

As preocupações que se poderiam suscitar sobre o respeito integral dos direitos processuais dos infratores são dissipadas se considerarmos, por um lado, que as decisões das autoridades de concorrência dos Estados-Membros da União estão sempre sujeitas a impugnação judicial e, por outro lado, que o reconhecimento automático de sentenças proferidas por tribunais de recurso desses Estados-Membros tem como pressuposto a observância das condições impostas pelos instrumentos legais internacionais relevantes, designadamente o princípio do reconhecimento mútuo (a que, embora tal não fosse necessário, fazemos referência).

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

## 8. QUANTIFICAÇÃO DOS DANOS

### 8.1. Competência dos tribunais para fazerem estimativas aproximadas de danos

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

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

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

Na sua Comunicação sobre a quantificação dos danos nas ações de indemnização que tenham por fundamento as infrações aos artigos 101.º e 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia e no “Guia Prático” que a acompanha (e com o qual se pretende “oferecer apoio aos órgãos jurisdicionais e às partes envolvidas nas ações de indemnização”), a Comissão Europeia faz referência às “regras simplificadas de cálculo” e à competência dos tribunais para “quantificar os danos sofridos com base nas melhores estimativas aproximadas”.

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

## 8.2. Presunção de dano

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

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

## 9. AÇÕES SITUADAS EM DIFERENTES NÍVEIS DA CADEIA DE ABASTECIMENTO

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

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

## 10. RESOLUÇÃO EXTRAJUDICIAL DE LITÍGIOS

### 10.1. Conceito de “resolução amigável de litígios”

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

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

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

### **10.2. Efeito suspensivo das resoluções extrajudiciais de litígios**

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

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

## **11. ACESSO A MEIOS DE PROVA**

### **11.1. Proteção de informação confidencial**

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

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

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

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

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

### **11.3. Medidas para preservação de meios de prova**

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

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

### **11.4. Sanções**

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

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

## 12. INFORMAÇÃO À AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA

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

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

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

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

### **13. Ação popular**

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

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

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

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

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

## 14. ALTERAÇÕES À LEI DA CONCORRÊNCIA

### 14.1. Procedimento de transação

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

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

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

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

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

### **14.2. Acesso ao processo**

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

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

### **14.3. Circunstância atenuante**

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

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

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

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

Diretiva apenas protege a declaração de clemência, e já não a “informação preexistente” (artigo 2.º, n.os 16 e 17 e considerandos 26 e 28).

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

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

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

## 15. ADITAMENTO À LEI DA CONCORRÊNCIA

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

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

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

## **16. ALTERAÇÕES À LEI DA ORGANIZAÇÃO DO SISTEMA JUDICIÁRIO**

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

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

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

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

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

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

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

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



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

*Autoridade da Concorrência*

13 de julho de 2016

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

## 1. INTRODUÇÃO

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

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

## 2. PROCESSO DE CONSULTA

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

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

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

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

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

## 3. OBJETO DO RELATÓRIO

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

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

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

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

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

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

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

### **3.1. Artigo 2.º – Definições**

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

### **3.3. Artigo 4.º – Cálculo da indemnização**

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

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

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

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

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

### 3.4. Artigo 5.º – Responsabilidade solidária

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

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

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

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

### **3.5. Artigo 6.º – Prescrição**

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

### **3.7. Artigo 9.º – Quantificação do dano**

#### *3.7.1. Presunção de dano/nexo de causalidade*

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

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

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

### *3.7.2. Estimativa aproximada*

O n.º 2 do artigo 9.º da Proposta suscitou diversos tipos de comentários no que respeita, por um lado, à expressão “cálculo por recurso a uma estimativa aproximada” e, por outro, à referência à Comunicação da Comissão sobre a quantificação dos danos nas ações de indemnização que tenham por fundamento as infrações aos artigos 101.º e 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

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

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

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

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

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

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

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

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

### **3.10. Artigo 19.º – Ação popular**

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

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

### **3.11. Alterações à LdC**

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



# EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS ANEXA À PROPOSTA DE ANTEPROJETO SUBMETIDA AO GOVERNO

*Autoridade da Concorrência*

22 de junho de 2016

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Âmbito de aplicação. 3. Responsabilidade civil e conceito de empresa. 4. Cálculo da indemnização. 5. Responsabilidade solidária. 6. Prazo de prescrição. 7. Força probatória das decisões das autoridades de concorrência e tribunais. 8. Quantificação dos danos. 9. Ações situadas em diferentes níveis da cadeia de abastecimento. 10. Resolução extrajudicial de litígios. 11. Acesso a meios de prova. 12. Ação popular. 13. Alterações à Lei da Concorrência. 14. Aditamento à Lei da Concorrência – Informação à Autoridade da Concorrência pelos tribunais. 15. Alterações à Lei da Organização do Sistema Judiciário. 16. Aplicação no tempo

## 1. INTRODUÇÃO

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

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

Estados-Membros, no interesse da maximização do bem-estar dos cidadãos e da competitividade da economia.

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

## **2. ÂMBITO DE APLICAÇÃO**

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

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

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

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

---

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

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

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

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

- (i) Unidade do sistema jurídico, evitando-se a criação de dois conjuntos diferentes de regras para a obtenção de uma indemnização por infração às regras de concorrência em função da natureza puramente nacional ou, ao invés, transfronteiriça, da infração em causa;
- (ii) Aplicabilidade, à compensação por danos decorrentes de infrações com impacto estritamente nacional, das razões que presidiram à adoção da Diretiva, com exceção das relacionadas com a realização do mercado interno;
- (iii) Igualdade de tratamento entre infratores que causem danos decorrentes de infrações puramente domésticas e infrações com potencial impacto no comércio transfronteiriço;
- (iv) Certeza jurídica, atento o facto de o critério sobre a aplicação dos artigos 101.º e 102.º do TFUE – i.e. a suscetibilidade de afetação do comércio entre Estados-Membros – ser significativamente elástico, o que poderá aumentar a litigiosidade relacionada com o seu preenchimento, dificultando, no limite, a própria compensação de danos decorrentes de infrações às regras de concorrência da União Europeia (adiante também designada “UE” ou “União”) que a Diretiva visa assegurar;
- (v) Cumprimento automático do princípio da equivalência<sup>3</sup>.

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

---

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

prática a nível de *enforcement* público, considera-se que razões de coerência sistemática justificam a sua inclusão no diploma de transposição da Diretiva, constando por isso da presente proposta.

### 3. RESPONSABILIDADE CIVIL E CONCEITO DE EMPRESA

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

O ordenamento jurídico nacional consagra um conceito de empresa para efeitos de aplicação do direito da concorrência, constante do artigo 3.º da LdC, que é conforme ao direito da União, nos termos do qual uma única empresa, enquanto unidade económica, pode ser composta por uma pluralidade de pessoas jurídicas.

Assim, considerando que os sujeitos da infração que fundamenta o pedido de indemnização são empresas<sup>4</sup>, torna-se necessário clarificar, por um lado, o conceito material de empresa para esse efeito e, por outro lado, o sujeito de imputação da responsabilidade civil.

Por conseguinte, da presente proposta consta uma definição de empresa [artigo 2.º, alínea j)] que remete para o artigo 3.º da LdC, a fim de garantir a consistência sistemática do direito da concorrência, de harmonia com a prática decisória e jurisprudência da União em sede de *public enforcement*.

No que respeita à imputação, quando uma empresa corresponde a uma única pessoa, singular ou coletiva, é naturalmente a esta que é feita a imputação para efeitos de responsabilidade civil, não se suscitando aqui dificuldades de aplicação prática. Quando uma empresa é composta por uma pluralidade de pessoas coletivas, consubstanciando aquilo que comumente se designa como grupo económico, a responsabilidade civil é imputada à pessoa que diretamente a cometeu e, igualmente, à pessoa ou pessoas que sobre ela exerçam influência determinante (artigo 3.º, n.º 2 da presente proposta), desde que, do ponto de vista material, se trate ainda de empresas, na aceção do artigo 3.º,

---

<sup>4</sup> Cf. conceito de infrator [artigo 2.º, n.º 2 da Diretiva, transposto na presente proposta pelo artigo 2.º, alínea f)].

n.º 1 da LdC. O conceito de exercício de influência determinante ou decisiva é um conceito próprio e recorrente em direito da concorrência. Para efeitos da presente proposta, remete-se, de forma exemplificativa, para as alíneas a) a c) do n.º 3 do artigo 36.º da LdC, nas quais são elencadas algumas situações possíveis de influência determinante.

Ainda em linha com a jurisprudência assente da União, consagra-se a presunção ilidível segundo a qual uma pessoa exerce influência determinante sobre outra quando controla “a quase totalidade do seu capital social”, a qual se fixou, por razões de segurança jurídica, em 90% (artigo 3.º, n.º 3 da presente proposta), solução também consistente com o cenário de aquisições tendentes a domínio total, nos termos do Código das Sociedades Comerciais (CSC).

Assim se dá expressão à jurisprudência da União sobre responsabilidade das sociedades-mãe pelas infrações ao direito da concorrência cometidas pelas suas subsidiárias, garantindo-se a coerência entre a aplicação pública e privada do direito da concorrência.

De notar que semelhante imputação de responsabilidade civil pode igualmente operar na ausência daquela presunção, i.e. abaixo do limiar de 90%, caso sejam aduzidos indicadores suficientes no caso concreto do exercício de influência determinante sobre a atividade de uma subsidiária.

Cumpre, enfim, salientar que esta solução respeita à imputação para efeitos de responsabilidade civil e não prejudica a aplicação do regime especial da responsabilidade por dívidas, constante do artigo 501.º do CSC.

#### 4. CÁLCULO DA INDEMNIZAÇÃO

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

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

Estes “juros materiais” ou “juros compensatórios” não existem com o nome expresso de “juros” no regime nacional de direito civil. O que existe e cumpre o mesmo objetivo é a possibilidade de atualização da indemnização (através, por exemplo, mas não exclusivamente, de correções monetárias), ao abrigo da teoria da diferença consagrada no artigo 566.º, n.º 2 do Código Civil (CC), e que visa justamente assegurar a reparação integral do dano. Tal não se confunde, e é de aplicação cumulativa, com o pagamento de juros moratórios (ou processuais) previstos no artigo 806.º do CC.

Se o artigo 4.º, por um lado, nada acrescenta à solução substantiva que resulta da aplicação conjugada dos artigos 562.º, 564.º, n.º 1, 566.º, n.º 2 e 805.º e 806.º do CC, por outro lado visa dar expressão ao Assento n.º 4/2002, do Supremo Tribunal de Justiça, que procedeu à uniformização de jurisprudência no que respeita à questão da determinação do momento de início da contagem de juros de mora sobre os quantitativos da indemnização arbitrada a título de responsabilidade civil por facto ilícito. Nos termos de tal Assento: “[s]empre que a indemnização pecuniária por facto ilícito ou pelo risco tiver sido objeto de cálculo atualizado, nos termos do n.º 2 do artigo 566.º do CC, vence juros de mora, por efeito do disposto nos artigos 805.º, n.º 3 (interpretado restritivamente), e 806.º, n.º 1, também do CC, a partir da decisão atualizadora, e não a partir da citação”.

Assim, o artigo 4.º da presente proposta, cuja formulação decorre do referido Assento, embora em rigor não seja necessário para transpor a Diretiva, uma vez que as soluções aí impostas já se encontram consagradas no ordenamento jurídico nacional, tem um intuito pedagógico, garantindo uma correta interpretação e aplicação do princípio da reparação integral ali consagrado, e assim assegurando uma maior clareza e segurança jurídicas.

## 5. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA

### 5.1. PME – Requisito da quota de mercado

O n.º 2 do artigo 11.º da Diretiva consagra uma derrogação ao princípio da responsabilidade solidária, aplicável mediante o preenchimento das duas condições constantes das suas duas alíneas. Uma das derrogações respeita à responsabilidade da PME perante os seus próprios clientes [alínea *a*)] e a outra a quaisquer outros lesados [alínea *b*]).

A primeira derrogação exige o cumprimento cumulativo de duas condições [constantes das subalíneas i. e ii. da alínea *a*) do artigo 5.º da presente proposta].

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

A interpretação correta é a primeira, i.e., deve exigir-se, para que uma empresa mereça a qualificação de PME para efeitos da Diretiva, que a sua quota seja sempre inferior a 5% enquanto durar a infração. Tratando-se de uma exceção às regras gerais da responsabilidade civil, ela deve ser objeto de interpretação estrita. Esta interpretação é também a mais consentânea com o objetivo da Diretiva de proteção das PME genuínas das consequências financeiras decorrentes do pagamento de montantes indemnizatórios elevados, resultantes da aplicação das regras da solidariedade. Por este motivo, a presente proposta utiliza a expressão “ao longo de toda a duração da infração” [artigo 5.º, n.º 2, alínea *a*), *i*)].

### 5.2. PME – Requisito do prejuízo à viabilidade económica

A segunda condição está consagrada na alínea *b*) do n.º 2 do artigo 11.º da Diretiva, nos termos da qual a PME apenas responde se a aplicação das regras de responsabilidade solidária “prejudicar de forma irremediável a sua viabilidade económica e desvalorizar totalmente os seus ativos” (correspondendo ao artigo 5.º, n.º 2, alínea *a*), ii. da presente proposta.

Esta formulação é semelhante à que consta do parágrafo 35 das Orientações para o cálculo das coimas aplicadas por força do n.º 2, alínea *a*), do artigo 23.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003 (2006/C 210/02), devendo ser interpretada à luz das mesmas, bem como dos instrumentos que as interpretam<sup>5</sup>.

### 5.3. PME – Salvaguarda da reparação integral

Ainda nos termos do n.º 2 do artigo 11.º da Diretiva, as derrogações à responsabilidade solidária não prejudicam o direito dos lesados à reparação integral. Como forma de concretizar essa salvaguarda, criou-se uma regra paralela à que a Diretiva consagra, com o mesmo objetivo, para o beneficiário de dispensa de coima [alínea *b*] do n.º 4 do artigo 11.º da Diretiva].

Assim, nos termos da alínea *b*) do n.º 2 do artigo 5.º da presente proposta, as PME apenas respondem perante outros lesados (que não os seus próprios clientes) se estes não puderem obter das outras empresas infratoras a reparação integral dos danos sofridos.

### 5.4. Direito de regresso

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

A presente proposta consagra uma presunção (ilidível) distinta no que respeita à distribuição da responsabilidade relativa, medida pelas quotas das empresas coinfratoras nos mercados afetados durante a sua participação na infração (artigo 5.º, n.º 5). Trata-se de uma presunção mais consentânea, à luz da experiência, com infrações ao direito da concorrência, por se mostrar

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

proporcional, em regra, à capacidade relativa de cada empresa infratora para causar prejuízos ao processo competitivo e ao bem-estar dos consumidores (bem como mais proporcional aos respetivos ganhos) do que a regra das responsabilidades iguais que resultaria da aplicação do CC). Adicionalmente, refira-se que é esta a solução recomendada pela *Antitrust Modernization Commission* norte-americana no seu Relatório e Recomendações de 2007 (v. p 254). De notar, em todo o caso, que se trata de uma presunção ilidível, destinada a ser aplicada *ceteris paribus*, i.e. em cenários em que os coinfratores participam de forma similar na infração, nomeadamente em termos geográficos e temporais.

## 6. PRAZO DE PRESCRIÇÃO

**6.1. Prazo de prescrição perante PME ou beneficiário de dispensa de coima**  
Nos termos do 2.º parágrafo do n.º 4 do artigo 11.º da Diretiva, é necessário fixar um “prazo de prescrição razoável e suficiente” para permitir que os lesados que não são adquirentes do beneficiário de dispensa de coima intentem ações contra os outros infratores e, caso não consigam obter destes a compensação devida dada a sua comprovada incapacidade de pagamento, acionem depois, em tempo útil, aquele beneficiário. A Diretiva é, porém, omissoa em relação ao *dies a quo* de tal prazo de prescrição.

De acordo com a presente proposta, o referido prazo de prescrição é de 3 anos e começa a correr na data em que a incapacidade de pagamento dos restantes coinfratores for constatada por decisão judicial (artigo 6.º, n.º 3). Para efeitos de clarificação, incluíram-se na presente proposta dois exemplos de modalidades de decisão judicial relevantes para este efeito (declaração de insolvência e de extinção da ação executiva por falta de bens penhoráveis), as quais não esgotam, contudo, o elenco de decisões possíveis.

### 6.2. Suspensão do prazo de prescrição

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

A *ratio* da Diretiva é a de que o prazo de prescrição continue a correr no ponto em que tinha parado quando a autoridade de concorrência tomou medidas de investigação e não que recomece de novo, uma vez que esta última opção provocaria uma demora excessiva no processo, o que seria contrário ao objetivo

de facilitar a compensação de danos por infrações ao direito da concorrência. Como tal, optou-se, na presente proposta, pela suspensão do prazo de prescrição, por assim se garantir, à luz do direito nacional, aquele efeito (artigo 6.º, n.º 4).

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

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

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

### **6.4. Interrupção da prescrição por atos que exprimam a intenção de exercer o direito**

Prevê-se na presente proposta a interrupção do prazo de prescrição pela citação ou notificação judicial ao alegado infrator de quaisquer atos que exprimam a intenção de exercer o direito, nomeadamente os que decorrem dos artigos 13.º e 17.º do presente diploma. Trata-se de uma causa de interrupção que já decorre, em termos gerais, do artigo 323.º do CC, tendo-se optado por referir expressamente o regime, por forma a alertar de uma forma específica para os atos que decorrem quer do acesso aos meios de prova antes de intentada a ação de indemnização (artigo 13.º) quer do recurso a mecanismos de preservação de meios de prova (artigo 17.º).

### **6.5. Prazo ordinário**

As regras especiais de prescrição previstas na presente proposta não prejudicam 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.

## **7. FORÇA PROBATÓRIA DAS DECISÕES DAS AUTORIDADES DE CONCORRÊNCIA E TRIBUNAIS**

### **7.1. Autoridade da Concorrência e tribunais nacionais**

Nos termos do artigo 9.º da Diretiva, a infração ao direito da concorrência declarada por uma decisão definitiva da Autoridade da Concorrência (“AdC”)

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

Nos termos do considerando 34 da Diretiva, “o efeito da declaração só deverá abranger a natureza da infração e o seu âmbito material, pessoal, temporal e territorial, tal como determinado pela autoridade da concorrência ou pelo tribunal de recurso no exercício da sua competência”. Por uma questão de clareza e segurança jurídicas, optou-se por delimitar expressamente o âmbito da presunção nos termos referidos no considerando, sendo certo que o âmbito “pessoal” se refere às empresas em causa, enquanto sujeitos e destinatários primordiais do direito da concorrência, e não às pessoas a quem porventura a decisão haja sido notificada, já que também as empresas-mãe podem ser demandadas para efeitos de responsabilidade civil, nos termos do artigo 3.º.

Tal força probatória das decisões da AdC e tribunais de recurso em sede de ações de responsabilidade civil subsequentes visa prevenir a duplicação de custos administrativos para o sistema de justiça e para a sociedade, evitar a contradição de decisões para efeitos sancionatórios e civis, bem como facilitar a compensação por danos decorrentes de infrações ao direito da concorrência.

No que respeita à salvaguarda dos direitos de defesa dos infratores, cumpre recordar que lhes são dadas amplas e reiteradas possibilidades de os exercerem ao longo do processo sancionatório (que não raro se poderá, por isso, arrastar por mais de uma década)<sup>6</sup>. Acresce que o âmbito da infração que seja constatada em sede sancionatória e sobre o qual operará a presunção em sede civil é limitada ao que seja suportado pela prova ali aduzida, interpretada à luz mais favorável aos infratores (nos termos do princípio *in dubio pro reo*). Nestas condições, seria excessivamente oneroso para o sistema de justiça e

---

<sup>6</sup> Designadamente, ao longo da fase administrativa, através de defesa escrita em resposta à comunicação de acusações, audição oral perante a Autoridade da Concorrência, arguição de nulidades ou interposição de recursos judiciais interlocutórios; e, ao longo da fase judicial, mediante impugnação da decisão final que imponha uma sanção, junto do Tribunal de Concorrência, Regulação e Supervisão (o qual, por seu turno detém poderes de plena jurisdição e procede ao julgamento e revisitação de toda a prova), interposição de recurso para o Tribunal da Relação da sentença condenatória e, não raro, para o Tribunal Constitucional, entre outros meios processuais.

para a sociedade admitir que esses mesmos factos pudessem ser novamente pleiteados em sede civil.

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

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

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

Cumpre ter presente que as vantagens em atribuir às decisões de autoridades de concorrência ou tribunais de recurso de outros Estados-Membros da União uma força probatória mais elevada do que a de um mero “princípio de prova” – cujo efeito operacional se afigura, de resto, ambíguo – são similares às que estão subjacentes à presunção inilidível da existência de infração declarada por uma autoridade nacional ou tribunal do próprio Estado-Membro, acima ilustradas. Como tal, optou-se, na presente proposta, por considerar as decisões definitivas de autoridades de concorrência ou tribunais de outros Estados-Membros como presunção ilidível da existência da infração para efeitos de ações de indemnização subsequentes (níumeros 2 e 3 do artigo 7.º). Muito embora um valor probatório superior para estas decisões, equivalente ao das decisões nacionais, se afigurasse adequado, reforçando a atratividade do foro e lei material portuguesas para a propositura de ações desta natureza (sendo, de resto, a solução vigente noutras jurisdições igualmente garantísticas, como é o caso da Alemanha), julgou-se mais prudente a presente solução intermédia, a fim de mitigar a litigiosidade potencialmente relacionada com este aspeto e, assim, evitar prejudicar a compensação dos lesados.

Os direitos processuais dos infratores são também aqui adequadamente salvaguardados tanto mais que, por um lado, as decisões das autoridades de concorrência dos Estados-Membros estão invariavelmente sujeitas a impugnação judicial de acordo com os princípios de um processo justo e equitativo, obedecendo a tradições jurídicas comuns e, por outro lado, o reconhecimento automático de sentenças proferidas por tribunais de recurso desses Estados-Membros tem por pressuposto a observância das condições impostas pelos

instrumentos legais aplicáveis de direito da União, designadamente o princípio do reconhecimento mútuo.

## 8. QUANTIFICAÇÃO DOS DANOS

### 8.1. Competência dos tribunais para fazerem estimativas aproximadas de danos

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

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

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

Na sua Comunicação sobre a quantificação dos danos nas ações de indemnização que tenham por fundamento as infrações aos artigos 101.º e 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia e no “Guia Prático” que a acompanha (e com o qual se pretende “oferecer apoio aos órgãos jurisdicionais e às partes envolvidas nas ações de indemnização”), a Comissão Europeia faz referência às “regras simplificadas de cálculo” e à competência dos tribunais para “quantificar os danos sofridos com base nas melhores estimativas aproximadas”.

Uma vez que a competência dos tribunais para calcularem danos por recurso a uma “estimativa aproximada” não é usual no ordenamento nacional, nem corresponde, em rigor, a uma decisão exclusivamente baseada em critérios de

equidade, entendeu-se fazer uma referência expressa, na presente proposta (artigo 9.º, n.º 2), à referida Comunicação da Comissão, por forma a facilitar a interpretação e exercício daquela competência judicial. Tal referência não vincula o tribunal e não o exime, naturalmente, de fazer uso de outros instrumentos, de direito nacional ou da União Europeia, que o orientem em matéria de cálculo dos danos causados por infrações anticoncorrenciais, nomeadamente todos os que resultem da evolução legislativa, jurisprudencial ou doutrinária que venha a ocorrer nesta matéria.

## **8.2. Presunção de dano e nexo de causalidade**

O n.º 2 do artigo 17.º da Diretiva cria uma presunção ilidível de que os cartéis “causam danos”. Trata-se de uma presunção inédita no ordenamento jurídico português e que pode suscitar diversas dificuldades dogmáticas, nomeadamente quanto ao âmbito e às consequências exatas desta presunção.

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

A consagração de uma presunção correspondente à regra da experiência segundo a qual os cartéis, em princípio, causam efeitos negativos, em particular sobre os preços, não dispensa o alegado lesado da necessidade de provar o nexo de causalidade, i.e., de demonstrar que os danos concretos que alega foram causados pelo cartel em causa. Efetivamente, o facto de um cartel causar danos não significa que o alcance desses danos seja ilimitado ou que o lesado os tenha parcial ou integralmente suportado. É necessário delimitar o círculo de danos que tiveram efetivamente origem na conduta anticoncorrencial e demonstrar que tais danos se concretizaram na esfera jurídica do lesado (sob pena de ter que se admitir um universo infinito de lesados e pretensões indemnizatórias ilimitadas). Isto não significa que, relativamente a certas tipologias de lesados ou a determinados cenários, não se possa recorrer a mecanismos indiciários que porventura facilitem a prova do nexo de causalidade (nomeadamente presunções legais, o que, aliás, a Diretiva faz, no artigo 14.º, n.º 2).

Porém, a Diretiva não consagra uma presunção geral de causalidade entre cartéis e danos em abstrato, conforme resulta claro, aliás, do seu considerando

11<sup>7</sup>. Em contrapartida, a Diretiva facilita a demonstração dos demais pressupostos da responsabilidade civil, a saber: o facto ilícito (tido por estabelecido no caso de ações “follow-on”) e a ocorrência, salvo prova em contrário, de danos.

Porque a presunção consagrada na Diretiva é, apenas, uma presunção de dano, e não de nexo de causalidade, mas, não obstante, a formulação do artigo 17.º, n.º 2, da Diretiva pode ser considerada ambígua, optou-se, na presente proposta (artigo 9.º, n.º 1), por salvaguardar expressamente a necessidade de prova do nexo de causalidade pelo alegado lesado.

### **8.3. Assistência ao tribunal por parte da AdC na quantificação dos danos**

Nos termos do artigo 17.º, n.º 3, da Diretiva, as autoridades de concorrência podem, a pedido do tribunal nacional, prestar-lhe assistência na quantificação dos danos, caso considerem essa assistência adequada.

A solução constante da presente proposta, a este respeito, é a que é prescrita pela Diretiva, tendo sido acrescentado o vocábulo “possível”, a fim de delimitar o âmbito de discricionariedade que cabe à AdC perante tal pedido de assistência.

Com efeito, no âmbito da sua atividade sancionatória, as autoridades de concorrência não necessitam normalmente de proceder a uma quantificação dos danos concretos infligidos aos consumidores, na aceção da Diretiva, ou a um cálculo estimado da perda de bem-estar decorrente de uma prática anticoncorrencial (*maxime* estando em causa comportamentos proibidos per se). Mesmo quando são investigados comportamentos anticoncorrenciais cuja teoria do dano se alicerça na demonstração de efeitos anticoncorrenciais sobre o mercado, a análise jus concorrencial levada a cabo nesse contexto pode bastar-se com a mera prova de efeitos potenciais sobre os parâmetros ou a estrutura da concorrência ou com a verificação de um encerramento anticoncorrencial do mercado, o que difere analiticamente de uma quantificação de prejuízos ou de perda de bem-estar, em particular se referidos a uma esfera jurídica em concreto. Assim, muito embora a AdC, como qualquer autoridade administrativa, esteja, no âmbito das suas competências, vinculada a um dever de colaboração com os órgãos jurisdicionais, pode não dispor, face ao teor do pedido e/ou às circunstâncias do caso concreto, da experiência ou informação necessárias para assegurar essa assistência de forma efetiva e fiável.

---

<sup>7</sup> E já decorria, igualmente, da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (v. acórdão de 13 de julho de 2006, C-295/04 a C-298/04, Manfredi, ECLI:EU:C:2006:461, considerandos 61 a 64).

## 9. AÇÕES SITUADAS EM DIFERENTES NÍVEIS DA CADEIA DE ABASTECIMENTO

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

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

## 10. RESOLUÇÃO EXRAJUDICIAL DE LITÍGIOS

### 10.1. Conceito de “resolução amigável de litígios”

O capítulo VI da Diretiva regula as consequências, ao nível das ações de indemnização por infrações ao direito da concorrência, da denominada “resolução amigável de litígios”, definida no ponto 21) do artigo 2.º como “qualquer mecanismo que permita às partes chegarem a uma resolução extrajudicial do litígio respeitante ao pedido de indemnização”. O considerando 48 dá como exemplos de “resolução amigável de litígios” as transações extrajudiciais (incluindo aquelas em que um juiz pode declarar uma transação vinculativa), a arbitragem, a mediação e a conciliação.

Na presente proposta [artigo 2.º, alínea *m*)] optou-se, por um lado, por utilizar a expressão “resolução extrajudicial de litígios”, dado ser mais consensual com a terminologia normalmente empregue no ordenamento jurídico português e, por outro lado, por elencar de forma não taxativa alguns dos institutos suscetíveis de integrar aquele conceito, como a mediação, a conciliação, a arbitragem e a transação a que se refere o artigo 1248.º do CC.

### 10.2. Efeito suspensivo das resoluções extrajudiciais de litígios

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

Na presente proposta (artigo 11.º, n.º 1) optou-se por consagrar a suspensão da instância por um período máximo de 1 ano, para evitar encorajar atrasos indevidos no andamento da ação de indemnização, caso esta seja retomada. Tal prazo não impede, naturalmente, que o tribunal decida suspender a instância por um período de tempo mais curto, de forma a garantir a celeridade do processo. Além disso, ressalva-se a extinção da instância resultante de compromisso arbitral, nos termos da alínea *b*) do artigo 277.º do Código de Processo Civil (CPC).

## 11. ACESSO A MEIOS DE PROVA

### 11.1. Proteção de informação confidencial

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

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

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

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

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

### **11.3. Acesso a meios de prova constantes do processo de uma autoridade de concorrência**

O artigo 6.º da Diretiva regula o acesso a meios de prova constantes do processo de uma autoridade da concorrência, designadamente impondo determinadas restrições à divulgação de alguns tipos de meios de prova. Tais restrições visam, por um lado, proteger a própria investigação levada a cabo por aquelas autoridades, e, por outro, assegurar que o acesso a meios de prova constantes do processo não diminui a atratividade e a eficácia de alguns instrumentos de que as mesmas autoridades lançam mão para detetar e sancionar práticas anticoncorrenciais. Esses instrumentos são os programas de imunidade ou clemência e a transação, previstos e regulados, no que ao ordenamento jurídico português diz respeito, nos artigos 75.º a 82.º e 22.º e 27.º da LdC, respetivamente.

As propostas de transação apresentadas pelas empresas alegadamente infratoras são um dos tipos de documentos cuja divulgação é objeto de restrições. Se a proposta tiver sido revogada pelo proponente, a sua divulgação só pode ser ordenada pelo tribunal depois de concluído o processo da autoridade de concorrência no âmbito do qual tinha sido apresentada, nos termos do artigo 6.º, n.º 5, alínea c) da Diretiva e do artigo 14.º, n.º 4, alínea c) da presente proposta.

Cumpre salientar que o ordenamento jurídico português não admite a revogação de propostas de transação, conforme resulta dos artigos 22.º, n.º 7 e 27.º, n.º 1, da LdC (situação que se distingue de propostas de transação ineficazes, as quais são absolutamente protegidas). Não obstante, a referência à revogação é mantida na presente proposta para incluir as situações em que esteja em causa o acesso a um processo de uma autoridade de concorrência de outro Estado-Membro, cuja legislação admita a revogação de propostas de transação.

### **11.4. Observações escritas pela Autoridade da Concorrência**

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

terceiro a divulgação de um elemento que está na posse dessa parte ou desse terceiro mas que se encontra igualmente incluído num processo da autoridade.

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

Na presente proposta (artigo 15.º) é consagrada a obrigação, para o tribunal junto do qual seja apresentado pedido de acesso a documentos incluídos num processo da AdC, de notificar tal facto a esta Autoridade, dessa forma permitindo-lhe, se assim o entender, apresentar observações para efeitos de pedidos de acesso a meios de prova. Adicionalmente, é consagrado um prazo mínimo para que a AdC apresente, querendo, as respetivas observações.

### **11.5. Medidas para preservação de meios de prova**

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

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

### **11.6. Sanções**

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

O artigo 18.º da presente proposta prevê multas processuais específicas para sancionar as condutas aí elencadas, que são, em geral, mais elevadas do que as

previstas no CPC para situações semelhantes, para que se mostrem suficientemente dissuadoras na aceção da Diretiva. Prevê-se, com a mesma finalidade, sanções pecuniárias compulsórias. Para os casos em que as condutas são imputáveis a uma parte, prevê-se a possibilidade de o tribunal apreciar livremente o seu valor para efeitos probatórios, assim se dando cumprimento à Diretiva de uma forma consistente com a solução vigente, para situações semelhantes, no CPC. Prevê-se, por fim, a condenação no pagamento das custas relativas ao requerimento de apresentação de meios de prova, independentemente do resultado da ação de indemnização.

## 12. AÇÃO POPULAR

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

Em Portugal, tais ações podem ser intentadas ao abrigo da lei de ação popular (Lei n.º 83/95, de 31 de agosto), uma vez que a concorrência é um interesse geral merecedor de tutela coletiva, o que a presente proposta vem clarificar (n.º 1 do artigo 19.º).

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

Neste sentido, e com o intuito de facilitar a compensação de danos sofridos por consumidores ou empresas (e.g. pequenas e médias empresas) por infrações ao direito da concorrência de que tenham sido vítimas, propõe-se a criação de algumas regras específicas, a aplicar exclusivamente para efeitos de ações de indemnização por infrações ao direito da concorrência (artigo 19.º).

A primeira regra refere-se à legitimidade para intentar uma ação popular neste domínio. Considerando que os lesados por infrações concorrenciais são, com muita frequência, empresas (em particular, pequenas e médias empresas) que adquiriram ou forneceram aos infratores os bens objeto da infração, considerou-se adequado atribuir expressamente legitimidade também às associações de empresas representativas dos seus interesses, quando os respetivos associados hajam sidos lesados pela infração em causa.

Propõe-se ainda a criação de algumas regras específicas de ordem prática, tendo em vista facilitar a exequibilidade das ações populares de concorrência (artigo 19.º). De facto, tem-se verificado a existência de alguns obstáculos ao

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

Estas regras, que em parte são inspiradas em algumas soluções já existentes no ordenamento português no domínio dos valores mobiliários, respeitam essencialmente à identificação dos lesados, à quantificação dos danos, à receção, gestão e pagamento das indemnizações e à hipótese de reembolso ao autor dos custos incorridos em virtude da propositura da ação.

## 13. ALTERAÇÕES À LEI DA CONCORRÊNCIA

### 13.1. Procedimento de transação

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

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

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

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

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

### **13.2. Acesso ao processo**

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

Importa que a referida condição não inviabilize o acesso aos meios de prova constantes de um processo da AdC através das formas de acesso previstas na presente proposta, pelo que se propõe se salvaguardem as disposições relevantes, isto é, os artigos 12.º, n.º 7, 14.º e 16.º (artigo 20.º da presente proposta, alterando o artigo 33.º da LdC). Uma vez que os lesados podem, em determinadas condições, designadamente com recurso às medidas de proteção previstas na Diretiva e na presente proposta, ter acesso a tal informação confidencial independentemente da forma ou finalidade para que a mesma foi utilizada no processo contraordenacional, considera-se que as covisadas dispõem, quando o requeiram, por maioria de razão, de direito de consulta similar, para exercício dos seus direitos de defesa.

### **13.3. Circunstância atenuante**

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

medida da coima (artigo 20.º da presente proposta, alterando o artigo 69.º, n.º 1, alínea *f*), da LdC).

### **13.4. Acesso a meios de prova constantes de um processo de uma autoridade de concorrência**

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

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

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

Considerando que a Diretiva (e o diploma que a vier a transpor) apenas regula pedidos de divulgação de elementos de prova constantes do processo de uma autoridade de concorrência para efeitos de uma ação de indemnização por infração ao direito da concorrência, não é necessário alterar o artigo 81.º da LdC na sua totalidade, uma vez que este tem um âmbito de aplicação mais amplo (abrangendo o acesso direto aos processos da autoridade para qualquer efeito).

Assim, de acordo com a presente proposta, a compatibilização entre o artigo 81.º da LdC e o disposto da Diretiva é feito através da inserção de uma salvaguarda ao regime que vier a constar do diploma de transposição, respeitante apenas aos pedidos de divulgação de elementos de prova constantes do processo da AdC, para efeitos de ação de indemnização por infração ao direito da concorrência (novo n.º 5 do artigo 81.º da LdC). Em todas as outras situações, mantém-se em vigor o disposto no artigo 81.º, n.º 1, da LdC.

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

#### **14. ADITAMENTO À LEI DA CONCORRÊNCIA – INFORMAÇÃO À AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA PELOS TRIBUNAIS**

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

Considerando-se útil a criação de um sistema que garanta um cumprimento efetivo e consistente desta obrigação a cargo dos tribunais, propõe-se o aditamento de uma disposição à LdC (artigo 94.º-A, aditado através do artigo 21.º da presente proposta) nos termos do qual: (i) o tribunal competente envia à AdC cópia de todas as sentenças, acórdãos ou decisões proferidas no âmbito de um processo judicial no qual seja invocada uma infração ao direito da concorrência (n.º 2); (ii) a AdC assegura a transmissão dessas sentenças, acórdãos ou decisões à Comissão Europeia, assim dando cumprimento à obrigação plasmada no n.º 2 do artigo 15.º do Regulamento n.º 1/2003, e procede igualmente à respetiva divulgação no seu sítio de internet, à luz das boas práticas administrativas (n.º 3).

Acresce que, nos termos do artigo 15.º, n.º 3, do Regulamento 1/2003, as autoridades de concorrência podem, por sua própria iniciativa, apresentar observações escritas aos tribunais do respetivo Estado-Membro sobre questões relacionadas com a aplicação dos artigos 101.º e 102.º do TFUE (*amicus*

*curiae*). Também aqui uma autoridade de concorrência só pode apresentar observações escritas se tiver conhecimento da existência de ações relacionadas com a aplicação dos referidos artigos. Para esse efeito, é consagrada a obrigação, para o tribunal competente que julgue uma ação na qual seja invocada uma infração aos artigos 9.º, 11.º e 12.º da LdC, e/ou aos artigos 101.º e 102.º do TFUE, de notificar a AdC desse facto mediante envio de cópia da petição inicial, contestação ou pedido reconvencional.

## **15. ALTERAÇÕES À LEI DA ORGANIZAÇÃO DO SISTEMA JUDICIÁRIO**

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

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

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

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

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

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

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

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

## 16. APLICAÇÃO NO TEMPO

Nos termos do artigo 12.º do CC, a lei só dispõe para o futuro. Esta é uma regra que decorre de princípios gerais de direito (nomeadamente, da segurança jurídica e da proteção das legítimas expectativas dos sujeitos) e faz parte da tradição jurídica de todos os Estados de Direito. É também essa a regra firmada há muito tempo pela jurisprudência da União Europeia no que respeita à aplicação no tempo dos instrumentos legislativos da UE e assenta, como o TJUE vem afirmando reiteradamente, nos princípios gerais da União e nas tradições constitucionais comuns dos Estados-Membros.

Decorre da referida regra que as chamadas “normas materiais” ou “substantivas” apenas se aplicam para futuro (isto é, a situações geradas após a entrada em vigor da lei que as estabelece), não podendo, salvo algumas situações excepcionais, ter efeitos retroativos. Quanto às “normas processuais”, as mesmas

aplicam-se apenas depois da entrada em vigor da lei que as consagra, mas com efeitos imediatos relativamente aos processos em curso, independentemente da data em que tal processo tiver tido início.

A Diretiva contém, no artigo 22.º, duas regras relativas à aplicação no tempo das disposições nacionais que operarem a sua transposição.

Nos termos do n.º 1, as disposições substantivas não se aplicam retroativamente. Esta é a regra geral nos ordenamentos dos Estados-Membros e nos termos do direito da União, pelo que, em rigor, não necessitaria de estar expressamente consagrada.

O n.º 2, contudo, afasta-se da regra geral relativa à aplicação das normas processuais no tempo. Por forma a proteger as legítimas expectativas de todas as partes que, de uma ou outra forma, são afetadas por uma ação de indemnização por infração ao direito da concorrência, com especial realce para os requerentes de dispensa ou redução de coima e para os envolvidos em procedimentos de transação, estabelece-se que as normas processuais não se aplicam a ações de indemnização intentadas antes de 26 de dezembro de 2014, isto é, antes da entrada em vigor da Diretiva. Caso esta norma não existisse, as regras processuais aplicar-se-iam imediatamente a todas as ações pendentes, independentemente da data da sua propositura.

A presente proposta (artigo 24.º) consagra as regras do artigo 22.º da Diretiva e pronuncia-se expressamente sobre a qualificação das regras sobre ónus da prova como normas substantivas, para eliminar eventuais incertezas a esse propósito.

Quanto às disposições de natureza processual, incluindo as relativas ao acesso ao processo, apenas se aplicam a ações de indemnização intentadas após a entrada em vigor da Diretiva, em consonância com o disposto no n.º 2 do artigo 22.º da Diretiva.

A presente proposta consagra ainda uma regra especial, aplicável às normas que introduzem alterações à LOSJ (que não decorrem da transposição da Diretiva), determinando que as mesmas apenas se aplicam a ações intentadas após a sua entrada em vigor. Tal significa, nomeadamente, que apenas as ações intentadas após a entrada em vigor do diploma de transposição serão julgadas pelo Tribunal de Concorrência, Regulação e Supervisão.



# DOUTRINA GERAL



# AS OPERAÇÕES SOBRE VALORES MOBILIÁRIOS E O DIREITO DA CONCORRÊNCIA

*Miguel Moura e Silva<sup>1</sup>*

**ABSTRACT:** *Competition rules protect competition as a process that safeguards consumer welfare. These rules often come into contact with securities regulation. Historically, securities markets have developed on the basis of self-regulation and co-regulation, thus bringing the “rules of the game” under the purview of competition rules. This paper identifies the main categories of competition rules and their relevance to the functioning of security markets, further elaborating on the enforcement of conduct rules (rules on agreements, concerted practices and decisions of associations of undertakings and rules on unilateral conduct) and on merger control as it has been applied to recent cross border mergers between securities exchanges.*

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. As categorias de regras de concorrência. 3. Os acordos entre empresas. 4. O abuso de posição dominante. 5. O controlo de concentrações. 6. Conclusão.

## 1. INTRODUÇÃO

A finalidade das regras de concorrência consiste em proteger o processo concorrencial, de modo a salvaguardar os benefícios que a concorrência produz para os consumidores e para o aumento do bem-estar geral. De entre as várias interações entre as regras de concorrência e o direito dos valores mobiliários, a mais conhecida é a que resulta da articulação das intervenções destes dois normativos na realização de operações de concentração por aquisição em bolsa. Neste trabalho iremos privilegiar outros aspetos da aplicação do direito da concorrência às operações sobre valores mobiliários.

---

<sup>1</sup> Todas as opiniões expressas neste texto são estritamente pessoais. O presente texto é baseado na apresentação do autor sobre o mesmo tema no XVI.º Curso de Pós-Graduação em Direito dos Valores Mobiliários, organizado pelo Instituto de Valores Mobiliários da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, realizada a 6 de maio de 2012.

Historicamente, as origens do direito da concorrência ligam-se aos aspectos de organização dos mercados medievais; podemos ainda retirar daí ensinamentos sobre a estrutura dos modernos mercados de valores mobiliários?

Na secção 2 iremos identificar as principais categorias das regras de concorrência e a sua potencial relevância para os diversos aspectos do funcionamento dos mercados de valores mobiliários. Na secção 3 trataremos da aplicação das regras relativas a acordos, práticas concertadas e decisões de associação de empresas à organização e funcionamento dos mercados de valores mobiliários, bem como à conduta dos agentes que neles operam. Na secção 4 serão apresentados alguns casos de aplicação das regras de concorrência a comportamentos unilaterais, ligados aos abusos de poder de mercado. A secção 5 será dedicada à análise da compatibilidade dos movimentos de integração de mercados através de operações de concentração. Na secção 6 faremos um balanço global sobre a aplicação das regras de concorrência às operações sobre valores mobiliários.

## 2. AS CATEGORIAS DE REGRAS DE CONCORRÊNCIA

A matriz europeia do direito da concorrência associa a estrutura das respetivas regras e princípios ao objetivo de promoção e salvaguarda do processo de integração económica. Daí que a redação original do Tratado de Roma, que instituiu a Comunidade Económica Europeia, um dos elementos nucleares da atual União Europeia, integre as normas relativas à concorrência num conceito mais amplo de “distorção da concorrência”. Ia neste sentido a alínea *g*) do artigo 3.º do Tratado que institui a Comunidade Europeia: “a ação da Comunidade implica”, entre outras medidas, “um regime que garanta que a concorrência não seja falseada no mercado interno”. Com o Tratado de Lisboa, e refletindo uma cedência à posição da França no sentido da relativização teleológica da concorrência no contexto dos fins da integração europeia, tal objetivo foi relegado para um mero protocolo anexo ao Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (o Protocolo relativo ao mercado interno e à concorrência), onde se refere que “o mercado interno, tal como estabelecido no artigo 2.º do Tratado da União Europeia, inclui um sistema que assegura que a concorrência não seja falseada”<sup>2</sup>.

Independentemente da questão de saber se tal modificação constitui ou não um “downgrading” do valor da defesa da concorrência no contexto dos princípios que presidem ao funcionamento da nova União Europeia, a sua

---

2 Riley, 2007: 703.

dimensão operativa continua a residir nas regras que concretizam aquele princípio. Deixando de lado as questões relativas aos auxílios públicos e às medidas estatais passíveis, elas próprias, de atentar contra as regras de concorrência, iremos centrar a nossa atenção nas regras relativas ao comportamento das empresas, ou seja, aos artigos 101.º e 102.º do TFUE, bem como às concentrações de empresas.

Como é natural, está fora do escopo deste trabalho dar conta das intrincadas questões suscitadas pela aplicação daquelas regras<sup>3</sup>; o propósito desta secção é fornecer alguns elementos de contexto para as reflexões que se lhe seguem, situando os vários institutos que enformam o direito da concorrência em termos da sua função e principais requisitos de aplicação.

Como questão prévia, importa definir o âmbito subjetivo de aplicação das regras de concorrência. Assimilando as orientações decorrentes da jurisprudência europeia, o legislador nacional de 2012, na linha dos anteriores diplomas de 1983, 1993 e 2003, define empresa como “qualquer entidade que exerça uma atividade económica que consista na oferta de bens ou serviços num determinado mercado, independentemente do seu estatuto jurídico e do modo de financiamento” (artigo 3.º, n.º 1, da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio)<sup>4</sup>. Acresce ainda um requisito quanto à autonomia com que a atividade económica é exercida – só uma entidade com o poder de determinar autonomamente o seu comportamento no mercado pode ser considerada uma empresa. Um dos corolários deste requisito é a qualificação de várias entidades com personalidade jurídica distinta como integrando uma única empresa, caso existam entre elas relações de subordinação a um único centro de controlo. Esta posição é expressamente assumida no ordenamento português, sendo que o n.º 2 do artigo 3.º da Lei n.º 19/2012 define como uma única empresa “o conjunto de empresas que, embora juridicamente distintas, constituem uma unidade económica ou que mantêm entre si laços de interdependência”. Estes últimos podem resultar das situações descritas nas três alíneas daquele número, ou seja, a detenção de uma participação maioritária no capital; a detenção de mais de metade dos votos; a possibilidade de designar mais de metade dos membros do órgão de administração ou de fiscalização; e o poder de gerir os negócios da empresa.

3 V. Moura e Silva, 2008.

4 A Lei n.º 19/2012 corrigiu um lapso da redação do artigo 2.º, n.º 1, da Lei n.º 18/2003, de 11 de junho. Esta última referia-se a “modo de financiamento”. Tratava-se da reprodução de uma tradução errada na versão portuguesa do considerando 21 do acórdão *Höfner*. Acórdão do Tribunal de Justiça (Sexta Secção) de 23.4.1991, Proc. C-41/90, *Höfner e Elser c. Macroton GmbH*, Colet. 1991, p. I-1979.

Simplificando, podemos reconduzir aquelas regras, ainda seguindo a matriz europeia, a três categorias: as regras relativas a comportamentos de coordenação explícita da conduta de duas ou mais empresas (correspondendo ao artigo 101.º, n.º 1 do TFUE e ao artigo 9.º, n.º 1, da Lei n.º 19/2012), regras relativas à conduta de empresas que assumem uma posição qualificada num determinado mercado relevante (reguladas pelo artigo 102.º do TFUE e pelo artigo 11.º da Lei n.º 19/2012<sup>5</sup>) e regras que têm por objeto o controlo prévio e preventivo de alterações estruturais do mercado, ou seja, o controlo de concentrações entre empresas (Regulamento n.º 139/2004 e artigos 36.º e ss. da Lei n.º 19/2012).

### 3. OS ACORDOS ENTRE EMPRESAS

A principal especificidade dos mercados de valores mobiliários é a sua dependência de uma prévia definição pelos agentes que nele participam de um conjunto de “regras do jogo”<sup>6</sup>. Numa visão superficial, a sua origem e o seu funcionamento assentam em acordos entre empresas, para mais empresas que irão rivalizar entre si pela realização de transações – seja como intermediários dos vendedores ou dos compradores.

A necessidade de um acordo entre concorrentes para a definição da própria estrutura do mercado foi analisada no acórdão *Chicago Board of Trade*, proferido pelo Supremo Tribunal de Justiça dos Estados Unidos a 4 de março de 1918<sup>7</sup>. Em causa estava a adoção pelo *Chicago Board of Trade* de uma regra relativa à compra de cereais em trânsito para o mercado de Chicago, já à época o principal mercado de cereais a nível mundial. A regra controvertida, a chamada “call rule”, proibia os membros do *Chicago Board of Trade* de, durante o período temporal que ia desde o encerramento da sessão especial em que eram

5 Note-se que a legislação portuguesa contempla, desde o Decreto-Lei n.º 371/93, de 28 de outubro, a proibição do abuso de dependência económica, que não encontra paralelo no TFUE. Atualmente a disposição relevante é o artigo 12.º da Lei n.º 19/2012.

6 Todavia, esta característica não é exclusiva destes mercados; no caso de eventos desportivos profissionais, também eles o centro de vários mercados associados às formas de exploração económica dos mesmos, é necessária uma definição das regras nucleares de cada competição, o que pressupõe um entendimento entre os participantes, tais como o número de jogadores em cada equipa, a duração de cada jogo, etc. Naturalmente, não é da competição desportiva em si que cuidam as regras de concorrência e sim da rivalidade entre agentes que exercem uma atividade económica associada a essa competição.

7 *Chicago Board of Trade v. U.S.*, 246 U.S. 231 (1918). Ver Bork, 1993: 41-47. Ver Hovenkamp, 2005: 255, “Justice Brandeis’ statement of the rule of reason in *Chicago Board of Trade* (...) has been one of the most damaging in the annals of antitrust. (...) It never tells us what facts are decisive for determining whether a practice merely ‘regulates’ and thus ‘promotes’ competition, or whether it may ‘suppress’ or even ‘destroy’ competition”.

negociados cereais “to arrive” e a abertura das sessões de bolsa normais (onde eram transacionados cereais no mercado à vista e no mercado de futuros), comprar ou fazer ofertas de compra a um preço diferente daquele que resultaria do encerramento da sessão especial. O Governo federal considerou que esta regra era contrária ao *Sherman Act*, na medida em que levaria à imposição de um preço de transação durante o período em causa. Por outras palavras, a referência a um preço obrigatório durante o período entre sessões de bolsa corresponderia a um acordo horizontal sobre preços e, como tal, proibido *per se* pelo *Sherman Act*, tal como se de um cartel se tratasse:

“An agreement between men occupying a position of such strength and influence in any branch of trade to fix the prices at which they shall buy or sell during an important part of the business day is an agreement in restraint of trade within the narrowest definition of the term”.

O acórdão do Supremo Tribunal, relatado pelo Juiz Brandeis, rejeita a qualificação deste comportamento, sem mais, como uma restrição da concorrência:

“But the legality of an agreement or regulation cannot be determined by so simple a test, as whether it restrains competition. Every agreement concerning trade, every regulation of trade, restrains. To bind, to restrain is of their very essence. The true test of legality is whether the restraint imposed is such as merely regulates, and perhaps thereby promotes competition, or whether it is such as may suppress or even destroy competition”.

A preocupação central, na ótica do acórdão, consiste em determinar qual o impacto, atual ou potencial, da restrição em apreço nas condições de concorrência. Para o efeito é seguida uma metodologia assente em três vetores: a natureza da “call rule”, o seu âmbito e o seu efeito.

Quanto à natureza da regra, a sua função de organização do mercado parece ser essencial para a apreciação favorável do acórdão: a regra obrigava os membros do *Chicago Board of Trade* a decidir quanto estavam dispostos a pagar antes de encerrada a sessão e a estar presentes na mesma – aí se concentrando as ordens de compra. O âmbito da regra era limitado às compras de cereais “to arrive”, podendo os compradores adquirir livremente cereais já entregues em Chicago e os fornecedores colocar cereais noutras mercados regionais, além de limitar o preço apenas durante o período entre sessões. Por

último, o acórdão sublinha o papel positivo da regra ao melhorar as condições de comercialização, tornando as transações mais transparentes, uma vez que o preço era determinado em sessão pública, concentrava as transações nessas sessões e, em especial, permitia contornar o poder de um grupo de quatro ou cinco armazenhistas de Chicago que até aí dominava estas compras.

Após o “crash” de 1929, o espaço de autorregulação dos mercados de valores mobiliários foi substancialmente reduzido devido à criação de um enquadramento de supervisão estatal do sector que, nos Estados Unidos, teve como principal símbolo o *Securities Exchange Act* de 1934 e a instituição em 1934 da *Securities and Exchange Commission*. No entanto, quanto às regras de organização dos mercados os operadores do mercado mantiveram um amplo poder de decisão, adotando regras de natureza técnica. Foi precisamente nesse âmbito que se viria a dar uma nova intervenção das regras de concorrência, suscitando uma questão que ainda hoje é pertinente: até que ponto podem as regras sectoriais limitar o campo de aplicação das normas de defesa da concorrência.

No acórdão *Silver v. NYSE*, o Supremo Tribunal apreciou um caso em que duas sociedades de intermediação (detidas pelo Sr. Silver) que não eram membros da NYSE pediram acesso a uma linha telefónica direta junto de membros daquela bolsa, de forma a aí transacionar valores mobiliários<sup>8</sup>. Alguns meses após o pedido, a NYSE decidiu indeferir o pedido e desligou essa linha, sem aviso prévio e sem comunicar às requerentes o fundamento dessa decisão. Não tendo a possibilidade de obter cotações em tempo real, as empresas do Sr. Silver sofreram perdas significativas de negócio, tendo uma delas acabado por encerrar.

No recurso interposto por Silver perante o Supremo Tribunal colocavam-se duas questões relativas à aplicação do *Sherman Act* a esta conduta da NYSE. Em primeiro lugar, saber se existia um acordo ou uma prática concertada (“agreement or conspiracy”) no sentido de afastar as empresas do Sr. Silver, enquanto concorrentes dos membros da NYSE. Em segundo lugar, mesmo admitindo a existência de um comportamento coordenado, era necessário determinar se o mesmo não seria autorizado pela legislação sectorial, assim se afastando a sua ilicitude.

Relativamente à existência de um comportamento coordenado, o Supremo Tribunal concluiu existir uma atuação concertada da NYSE e dos seus membros que configurava um boicote contrário *per se* ao artigo 1.º do *Sherman Act*, privando as empresas do Sr. Silver de um serviço necessário para concorrer

8 *Silver v. NYSE*, 373 U.S. 341 (1963).

no mercado de intermediação *over the counter* de valores mobiliários. Mais complexa é a resposta à segunda questão, sobretudo se partirmos do princípio que existe um espaço necessário de autorregulação a um nível básico de organização dos mercados de valores mobiliários:

“The difficult problem here arises from the need to reconcile pursuit of the antitrust aim of eliminating restraints on competition with the effective operation of a public policy contemplating that securities exchanges will engage in self-regulation which may well have anticompetitive effects in general and in specific applications”.

Daqui parece resultar que essa faculdade auto-organizativa não deve levar a uma isenção genérica quanto à aplicação das regras da concorrência; todavia, também não são fornecidos critérios pragmáticos de resolução do conflito entre uma disciplina que o mesmo tribunal qualificara como de natureza para-constitucional – as regras do *Sherman Act* – com um espaço de autorregulação<sup>9</sup>. A solução para esta questão passa pela sua recondução aos objetivos de política pública subjacentes às disciplinas legais em causa. Somente a esse nível podem ser adequadamente sopesados os valores e interesses legalmente protegidos e determinada a real zona de conflito entre eles:

“The fundamental issue confronting us is whether the Securities Exchange Act has created a duty of Exchange self-regulation so pervasive as to constitute an implied repealer of our antitrust laws, thereby exempting the Exchange from liability in this and similar cases”.

Ora, o reconhecimento da necessidade de as bolsas de valores terem um número limitado de membros – pressupondo, por isso, o poder de excluir outros do seu “clube”<sup>10</sup> – não implica que daí se possa extrair uma ampla exceção a regras tão fundamentais para o funcionamento de mercados competitivos como

---

9 *Northern Pacific Railway v. U.S.*, 356 U.S. 1 (1958).

10 A analogia com os clubes sociais é assumida na jurisprudência norte-americana, em particular no acórdão em análise: “The exchanges are, by their nature, bodies with a limited number of members, each of which plays a certain role in the carrying out of an exchange’s activities. The limited-entry feature of exchanges led historically to their being treated by the courts as private clubs (...) and to their being given great latitude by the courts in disciplining errant members (...). As exchanges became a more and more important element in our Nation’s economic and financial system, however, the private club analogy became increasingly inapposite, and the ungoverned self-regulation became more and more obviously inadequate, with acceleratingly grave consequence”. *Silver v. NYSE*, 373 U.S. 341 (1963), a pp. 350-351.

as normas de defesa da concorrência. Por outro lado, a história legislativa do *Securities Exchange Act* de 1934 mostra que a preocupação do legislador federal norte-americano foi justamente com os abusos resultantes da exploração arbitrária desse espaço de autorregulação. A causa da intervenção pública neste sector redunda assim na própria incapacidade de esses mecanismos garantirem um correto funcionamento do mercado. Daqui não decorre, todavia, uma supressão dessa autorregulação: a intervenção pública mantém um papel de salvaguarda. Citando um dos seus membros – quando este era presidente da *Securites and Exchange Commission* – o Supremo Tribunal qualifica essa função como visando intervir apenas quando a autorregulação ponha em causa o interesse público:

“letting the exchanges take the leadership with Government playing a residual role. Government would keep the shotgun, so to speak, behind the door, loaded, well oiled, cleaned, ready for use, but with the hope it would never have to be used”.

Mas esta perspetiva esconde o facto de a autorregulação deixar de ser uma faculdade das bolsas e passar a ser um dever em função do interesse público que enforma a atividade em questão. Ora, o *Securities and Exchange Act* de 1934 não prevê um controlo de casos concretos de abuso mas apenas um controlo genérico da natureza abusiva das regras adotadas pelas bolsas de valores, prevendo a recusa de registo da bolsa caso as regras por ela adotadas não sejam compatíveis com princípios justos e equitativos de conduta comercial. Assim, na ausência de um poder de intervenção da entidade supervisora em casos concretos, o Supremo Tribunal considera não existir um verdadeiro conflito entre as regras *antitrust* e as regras sectoriais:

“Since the antitrust laws serve, among other things, to protect competitive freedom, *i.e.*, the freedom of individual business units to compete unhindered by the group action of others, it follows that the antitrust laws are peculiarly appropriate as a check upon anticompetitive acts of exchanges which conflict with their duty to keep their operations and those of their members honest and viable”.

No caso, o carácter arbitrário da atuação da NYSE foi considerado como um exercício injustificável de poderes de autorregulação ao omitir qualquer fundamentação e ao privar o destinatário de uma oportunidade de apresentar o seu ponto de vista. Assim, o *Securities Exchanges Act* não permite justificar

comportamentos anticoncorrenciais tomados sem qualquer garantia de “fair procedure”. A preservação de uma margem de autorregulação, balizada agora também pela aplicação do *Sherman Act*, seria confirmada em acordos posteriores, mesmo quanto à fixação de comissões para transações de baixo valor, desde que sujeita a uma supervisão efetiva da *Securities and Exchange Commission*<sup>11</sup>.

Em suma, quando a fixação de regras pelos operadores dos mercados de valores mobiliários reduz a concorrência, tal conduta será contrária ao *Sherman Act* e, a menos que enquadrada no âmbito das funções dos supervisores públicos sectoriais, não poderá ser excluída do âmbito de aplicação das regras de concorrência.

Um dos mais interessantes casos das últimas décadas é o das práticas de cotação seguidas no mercado NASDAQ. Na sequência de um estudo académico, o Departamento de Justiça norte-americano lançou uma investigação quanto à compatibilidade com o *Sherman Act* da prática dos “market-makers” do NASDAQ de não apresentar variações nas cotações em oitavos mas apenas em quartos de dólar, inflacionado o chamado “inside spread”<sup>12</sup>. Um dos aspectos inovadores deste caso foi a aceitação pelos operadores envolvidos de medidas corretivas como a gravação de conversas e a sujeição a escutas-surpresa por funcionários do Departamento de Justiça.

A recente crise financeira, ao obrigar a um olhar mais atento das autoridades públicas sobre a conduta das entidades financeiras, veio revelar a existência de colusão por grandes bancos de investimento dos Estados Unidos, como o *J.P. Morgan*, a *UBS* e o *Wachovia Bank* (atualmente *Wells Fargo Bank*), desta feita em concursos públicos para produtos financeiros derivados, organizados por emitentes públicos municipais<sup>13</sup>.

Ao nível da União Europeia não encontramos ainda casos de aplicação das regras de concorrência do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia a acordos e práticas concertadas no domínio das operações sobre valores mobiliários. Tal deve-se ao facto de a integração dos mercados financeiros estar ainda em curso, só agora surgindo preocupações jusconcorrenciais com alguns aspectos da conduta dos operadores, sobretudo ao nível da criação e reforço de

11 *Gordon v. NYSE*, 422 U.S. 659 (1975); *U.S. v. NASDAQ*, 694 422 (1975).

12 Christie & Schultz, 1994: 1813.

13 Quanto ao acordo entre o Departamento de Justiça e o Wachovia, v. o comunicado de imprensa de 8.12.2011 <http://www.justice.gov/opa/pr/2011/December/11-at-1597.html>.

obstáculos à prestação transfronteiriça de serviços. É o que iremos analisar de seguida, mas no âmbito da proibição do abuso de posição dominante.

#### 4. O ABUSO DE POSIÇÃO DOMINANTE

As regras de concorrência da União Europeia integram-se na prossecução de objetivos mais amplos, em particular o desenvolvimento do mercado interno. Daí que a Comissão possa exercer as suas competências neste domínio tendo em vista a eliminação de eventuais entraves à integração dos mercados, sobretudo quando eles resultem do comportamento de entidades com monopólios legais ou fácticos. Uma das áreas de especial preocupação no que respeita aos mercados financeiros prende-se com a existência de obstáculos às operações transfronteiriças, em especial quanto a serviços acessórios à compra e venda de valores mobiliários.

O caso *Clearstream* ilustra bem a natureza dos problemas que se colocam à aplicação das regras de concorrência neste domínio<sup>14</sup>. Em causa estava uma alegada recusa de acesso da *Euroclear Bank* a certos serviços associados à compensação e liquidação (“clearing” e “settlement”, respetivamente) de valores mobiliários emitidos na Alemanha, bem como a prática de preços discriminatórios. Estes serviços são complementares à realização de uma transação de compra e venda de valores mobiliários, garantindo a segurança jurídica através da verificação permanente da propriedade dos valores em questão (e.g. art. 41.º CVM). Na Alemanha existia uma única entidade que atuava como depositário central do emitente (*Wertpapiersammelbank*), a *Clearstream Banking AG*, também designada como *Clearstream Banking Frankfurt* ou *CBF*). Esta entidade era por sua vez detida pela *Clearstream International* (CI)<sup>15</sup>.

A Comissão iniciou o processo oficiosamente a 22.3.2001, na sequência de um estudo sectorial relativamente aos serviços pós-transação de valores mobiliários. Os serviços de compensação e liquidação são prestados por centrais depositárias nacionais (Centrais de Depósito de Títulos ou CDT), bem como por intermediários como as centrais internacionais depositárias de títulos (CIDT) além de outros intermediários como os bancos. À data dos factos existiam apenas duas CIDT, a *Euroclear Bank* e uma subsidiária da CI,

14 Decisão da Comissão de 2.6.2004, no Proc. COMP/38.096 – *Clearstream* (serviços de compensação e liquidação), sumário publicado a 17.7.2009 no J.O. C 165/7. A decisão integral (em versão não confidencial) pode ser encontrada em [http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case\\_details.cfm?proc\\_code=1\\_38096](http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_38096).

15 Em Portugal essa função é assegurada por uma subsidiária da Euronext Lisbon, a Interbolsa.

a *Clearstream Banking Luxembourg* (CBL). O elemento fundamental do caso é a autonomização da prestação de serviços primários de compensação e liquidação. Com efeito, tais serviços só podem ser prestados por entidades onde os títulos transacionados estejam depositados em regime de custódia final. No caso alemão, a CBF detinha a custódia final dos títulos emitidos ao abrigo do direito alemão mantidos sob custódia coletiva, pelo que só ela podia prestar serviços primários de compensação e liquidação relativamente a estes títulos.

Naturalmente, tal situação ocorre igualmente noutras Estados-membros, sendo que a *Euroclear Bank* exerce funções correspondentes às desempenhadas na Alemanha pela CBF em Estados como o Reino Unido, a França, Países Baixos e Bélgica. A prestação de serviços internacionais depende do acesso aos serviços de compensação e liquidação relativos aos títulos com depósito primário nos Estados dos respetivos emitentes, para poder inscrever alterações na conta de valores mobiliários aberta junto do depositário central do emitente.

A *Euroclear Bank* solicitou o acesso à plataforma informática da CBF, tendo esta protelado as negociações ao longo de um período de dois anos e praticado condições de preço que discriminavam a *Euroclear Bank* face a outras CIDT e CDT. Estes são os comportamentos analisados como abusivos.

A Comissão definiu o mercado relevante como sendo o do fornecimento dos serviços primários de compensação e liquidação relativos a valores mobiliários emitidos ao abrigo do direito alemão, pelo depositário central do emitente às CDT de outros Estados-membros e às CIDT<sup>16</sup>.

A principal questão jurídico-económica suscitada respeitava à dimensão material do mercado de serviço, uma vez que os próprios intermediários prestam serviços de compensação e liquidação secundária, através de inscrição nos seus próprios registos por conta dos seus clientes; no entanto tal só pode suceder quando, por exemplo, ambas as partes na transação disponham de contas junto desse intermediário. Ironicamente, a própria *Euroclear Bank* defendeu, junto da Comissão, uma definição mais ampla do mercado. A Comissão explica este aparente paradoxo com o facto de a *Euroclear Bank* recear o efeito de precedente desta decisão quanto aos mercados em que ela própria exerce funções como CDT.

A decisão da Comissão analisa a substituibilidade do lado da procura e do lado da oferta. Assim, quanto à procura, o acesso à CDT por um intermediário

---

<sup>16</sup> Sobre a definição do mercado relevante e seu papel no contexto da aplicação da proibição do abuso de posição dominante, ver Moura e Silva, 2010a: 51.

apresenta vários inconvenientes que limitam a substituibilidade dos serviços primários pelos serviços secundários, tais como os prazos mais longos para o registo, maior risco e complexidade, custos mais elevados e potenciais conflitos de interesses, sobretudo quanto a bancos que atuem como intermediários.

Do lado da oferta, os prestadores de serviços secundários de compensação e liquidação não se encontram em condições de proceder ao processamento interno de todas as transações para todos os títulos sob custódia final da CDT do emitente, bastando que uma das partes não tenha conta no intermediário para que tal possibilidade seja afastada. Por último, os preços praticados pelos intermediários não condicionam os preços da CDT.

Definido desta forma o mercado relevante, a posição dominante da CBF era evidente quanto aos valores mobiliários nela depositados em regime de custódia coletiva. A questão que se colocava de seguida era saber se a sua conduta constitua um abuso de posição dominante contrário ao artigo 102.º do TFUE.

Para que a *Euroclear Bank* pudesse receber os serviços de compensação e liquidação de ações depositadas na CBF e registadas na plataforma informática desta, a *Cascade*, necessitava de aceder ao subsistema *Cascade RS*. Para a Comissão a recusa em permitir o acesso ao sistema *Cascade RS* constituía um abuso de posição dominante devido à posição de parceiro obrigatório assumida pela CBF, não sendo possível à EB duplicar os serviços em causa. Além disso, segundo a Comissão, tal recusa prejudicou a inovação e a concorrência no mercado a jusante da prestação de serviços de compensação e liquidação secundários. A Comissão indica ainda um argumento pouco frequente nesta tipologia de casos, designadamente a existência de uma expectativa legítima da *Euroclear Bank* quanto ao fornecimento dos serviços primários num prazo razoável, a qual teria sido frustrada pelo comportamento da CBF. Por outro lado, a CBF terá ainda discriminado a *Euroclear Bank* quanto ao prazo em que foram fornecidos os serviços face a outros clientes.

Quanto ao impacto na inovação, a Comissão valorizou especialmente o serviço prestado pelas CIDT, ao assegurar a compensação e liquidação transfronteiras de valores mobiliários comunitários, sendo as ações registadas (sujeitas à custódia coletiva junto da CBF) as ações alemãs mais transacionadas internacionalmente, o impacto seria potencialmente elevado.

A CBF não apresentou uma justificação para a sua recusa que tivesse por fundamento eventuais ganhos de eficiência ou a criação de benefícios para os seus clientes. Pelo contrário, embora esse não seja um dos fundamentos essenciais da decisão, a conduta da CBF deve ser analisada na perspetiva da

concorrência existente entre a CBL, sociedade controlada pela mesma sociedade-mãe, e a *Euroclear Bank*.

A Comissão definiu ainda qual seria o prazo razoável para o início do fornecimento dos serviços em 4 meses, correspondente ao que decorreu entre o pedido e a efetivação do acesso por parte da CBL, apesar de outras CDT terem obtido acesso quase imediato ou no máximo no prazo de um mês. Na medida em que tal acesso foi concedido a clientes comparáveis, o comportamento da CBF foi considerado como uma discriminação contrária ao artigo 102.º TFUE, ainda que sem autonomia face à recusa de prestação de serviços.

Uma segunda prática abusiva consistiu no carácter discriminatório dos preços cobrados pelo acesso a serviços, durante um período que decorreu entre o final de 1996 e 1.1.2002. Os preços cobrados a CDTs eram de 5 euros por transação, enquanto que à *Euroclear Bank* era cobrado um preço anual de 125.000 euros, e seis euros por transação (20% mais). Sendo o conteúdo dos serviços semelhantes e não tendo a CBF apresentado uma justificação objetiva para essa diferenciação, a prática foi considerada abusiva.

Apesar da natureza abusiva da prática, a Comissão entendeu não dever ser aplicada uma coima devido ao facto de ser a primeira decisão proferida num sector considerado complexo da compensação e liquidação de valores mobiliários e de a infração ter cessado antes da decisão. Isso não impediu a *Clearstream* de recorrer da decisão, pedindo a sua anulação<sup>17</sup>.

O atual Tribunal Geral confirmou integralmente a decisão da Comissão. Além da análise da definição de mercado, podemos extrair deste acórdão três contributos essenciais para a aplicação da proibição do abuso de posição dominante no contexto de práticas que entravam o aparecimento de novos serviços financeiros transfronteiriços.

O primeiro contributo refere-se ao argumento suscitado pelas recorrentes, segundo as quais o atraso na concessão de acesso ao sistema *Cascade* e *Cascade RS* não demonstrava um objetivo anticoncorrencial. Reiterando a jurisprudência constante das instâncias europeias, segundo a qual o conceito de abuso tem natureza objetiva, o Tribunal Geral considerou suficiente demonstrar que o comportamento abusivo em causa tendia a restringir a concorrência, ou seja, “que o comportamento é adequado ou suscetível de ter esse efeito”. Além disso, a própria Comissão tinha apresentado indícios sérios de um objetivo

<sup>17</sup> Acórdão do Tribunal de Primeira Instância (Quinta Secção) de 9.9.2009, no Proc. T-301/04, *Clearstream Banking AG e Clearstream International SA c. Comissão*, Colet. 2009, p. II-3155.

anticoncorrencial subjacente à recusa de acesso, em particular ao favorecer a posição da *Clearstream International*, a qual concorria diretamente com a *Euroclear Bank*. Que as recorrentes estavam em posição de restringir a concorrência resultava claro da análise do mercado levada a cabo pela Comissão na decisão recorrida:

“146. Tal como foi exposto no âmbito do exame do primeiro fundamento, a decisão impugnada revela que a Comissão efetuou uma análise completa do mercado dos serviços. Com base nesta análise, a Comissão pôde em seguida concluir justificadamente que a CBF detinha um monopólio de facto e, portanto, era um parceiro comercial incontornável em matéria de prestação de serviços primários de compensação e de liquidação no mercado relevante. Observou ainda que as barreiras à entrada neste mercado, em termos de regulamentação, de exigências técnicas, de interesse dos participantes no mercado, de custos à entrada, de custos para os clientes e de probabilidade de poder prestar produtos competitivos, eram tão elevadas que era possível excluir a eventualidade de novas entradas que fizessem pressão concorrencial sobre a CBF num futuro previsível (considerandos 205 a 215 da decisão impugnada).”

No entanto até que ponto a conduta da *Clearstream* violava os deveres resultantes do artigo 102.º do TFUE? É neste ponto que se insere o segundo contributo deste acórdão, relativo à aplicação da jurisprudência europeia sobre a recusa de acesso, geralmente designada como *essential facilities doctrine*, por influência do direito *antitrust* dos Estados Unidos<sup>18</sup>. O critério jurisprudencial é reafirmado nos seguintes termos:

“147. A este respeito, decorre da jurisprudência do Tribunal de Justiça que, para concluir pela existência de um abuso na aceção do artigo 82.º CE, é necessário que a recusa do serviço em questão seja suscetível de eliminar toda a concorrência no mercado por parte de quem procura o serviço e não possa ser objetivamente justificada, mas ainda que o serviço seja em si mesmo indispensável para o exercício da atividade de quem procura o serviço (acórdão do Tribunal de Justiça de 26 de Novembro de 1998, Bronner, C7/97, Colet., p. I7791, n.º 41). Segundo jurisprudência assente, um produto ou serviço só pode considerar-se essencial ou indispensável se não existir qualquer substituto real ou potencial (v. acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 15 de Setembro de 1998, European Night

18 Ver Moura e Silva, 2010b: 269.

Services e o./Comissão, T374/94, T375/94, T384/94 e T388/94, Colet., p. II3141, n.º 208, e a jurisprudência citada).

A impossibilidade de substituição dos serviços primários recusados pela *Clearstream* para que a *Euroclear Bank* pudesse desenvolver a sua atividade e o facto de esta prestar serviços secundários inovadores com características transfronteiriças, constituíam, no entender do Tribunal, fundamento bastante para a Comissão considerar que a recusa era abusiva. Apesar de a concorrência não ser totalmente eliminada no mercado, o Tribunal confirmou a tese da Comissão, no sentido de a recusa ser abusiva desde que constitua um entrave à prestação de serviços secundários inovadores. Estabelecida a natureza abusiva da recusa, competia às recorrentes fazer prova da existência de um justificação objetiva, o que estas não lograram estabelecer perante o Tribunal.

O terceiro e último contributo a destacar prende-se com a segunda conduta abusiva imputada às recorrentes: a discriminação em matéria de preços. Esta prática corresponde a um dos exemplos de comportamentos abusivos que constam do segundo parágrafo do artigo 102.º, na sua alínea c). Esta qualifica como abusivas práticas que consistam em “aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes, colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência”. O argumento central das recorrentes neste aspeto era a não equivalência das prestações que a Comissão usou para estabelecer a existência de uma discriminação. Também aqui o Tribunal Geral adere à tese da Comissão, sublinhando que o conteúdo dos serviços prestados às diferentes entidades era equivalente e que os elementos de prova invocados pelas recorrentes eram inconclusivos.

Assim, seguindo a jurisprudência constante:

“185. Importa recordar, a este respeito, que, embora o ónus da prova quanto à existência das circunstâncias constitutivas de uma violação do artigo 82.º CE impenda sobre a Comissão, é, todavia, à empresa dominante em causa, e não à Comissão, que incumbe, se for o caso, antes do fim do procedimento administrativo, invocar uma eventual justificação objetiva e apresentar argumentos e elementos de prova a esse respeito. Compete, em seguida, à Comissão, se pretender concluir pela existência de um abuso de posição dominante, demonstrar que os argumentos e os elementos de prova invocados pela referida empresa não procedem e que, por conseguinte, a justificação apresentada não pode ser acolhida (acórdão Microsoft/Comissão, n.º 47 *supra*, n.º 688).”

Ora, tendo a Comissão solicitado às requerentes a justificação das diferenças de preços e uma análise detalhada dos custos, desagregados por operação, sem que tais elementos lhe tenham sido fornecidos, o Tribunal Geral considerou que não foi feita prova de uma justificação objetiva das diferenças de preços praticados pelas recorrentes.

Um segundo elemento do argumento das recorrentes era o de não se ter provado que a *Euroclear Bank* tinha sido colocada numa situação de desvantagem concorrencial.

Seguindo mais uma vez a jurisprudência constante das instâncias da União Europeia, o Tribunal Geral entendeu que o preenchimento do tipo de abuso de discriminação de preços se basta com o facto de a conduta em causa, consideradas todas as circunstâncias relevantes do caso, conduzir a uma distorção da concorrência entre parceiros comerciais, sem que seja necessário fazer prova adicional de um dano concorrencial quantificável para os parceiros comerciais discriminados:

“194. No caso em apreço, a aplicação a um parceiro comercial de preços diferentes para serviços equivalentes, de forma contínua durante cinco anos, por uma empresa que detém um monopólio de facto no mercado a montante, produziu necessariamente uma desvantagem concorrencial para este mesmo parceiro.”

Esta decisão contrasta com um caso que tem contornos semelhantes, decidido pelo antigo Conselho da Concorrência, o caso Infobolsa<sup>19</sup>.

A Bolsa de Valores de Lisboa fornecia, mediante remuneração, aos chamados *vendors* de informação, como a *Bloomberg*, *Reuters* (a denunciante neste processo) e outros, um conjunto de dados gerados pelo sistema de negociação a que só têm acesso os respetivos associados. A informação transmitida correspondia à indicação, por título, da melhor e da pior transações.

Após uma modificação do sistema informático de negociação entre os seus associados, este passou a estar em condições de fornecer informação sobre as cinco melhores e cinco piores transações de cada título, também designada informação sobre a profundidade do mercado. O serviço foi introduzido para aumentar o grau de informação disponível aos membros da Bolsa. No entanto, como a informação gerada no sistema era vendida a outros prestadores de serviços que a faziam chegar a investidores que não participavam do círculo

19 Seguimos aqui a nossa anterior análise deste caso em Moura e Silva, 2010a: 377.

restrito dos associados, o sistema passou a gerar um novo serviço enquanto produto derivado do sistema de *trading*.

Entretanto, no último trimestre de 1997, a Bolsa de Valores de Lisboa lançou um serviço próprio de informação bolsista, que concorria com os diferentes *vendors*. Esta concorrência tem uma particularidade: os interessados em informação bolsista tendem a subscrever pelo menos dois, senão mais serviços, de modo a garantir redundância em caso de falha de um dos fornecedores e manter um fluxo máximo de informação. Nesta perspetiva, os sistemas são não apenas concorrentes em sentido próprio como também complementares entre si. O novo serviço com informação sobre a profundidade do mercado era disponibilizado no Infobolsa mas não foi imediatamente disponibilizado aos *vendors* independentes.

A Reuters apresentou uma queixa, imputando à Bolsa de Valores de Lisboa um abuso de posição dominante por recusa em disponibilizar a informação sobre profundidade do mercado e discriminação relativamente ao serviço Infobolsa<sup>20</sup>.

Em sua defesa, a Bolsa de Valores de Lisboa afirmou nunca ter negado acesso a tal informação, tendo mesmo disponibilizado uma minuta de contrato à Reuters em Outubro de 1998 (um ano após o lançamento do serviço Infobolsa). Na verdade tal acesso só se tornou efetivo em Julho de 1999.

A entidade instrutora qualificou a conduta em causa como um abuso de posição dominante, na aceção das alíneas *e*) e *f*) do artigo 2.º, aplicável por remissão do artigo 3.º, ambos do Decreto-Lei n.º 371/93, de 29 de outubro. Ou seja, em causa estaria uma prática de discriminação e uma recusa de venda, respetivamente. Na sequência de diligências complementares levadas a cabo pelo Conselho da Concorrência, a Bolsa de Valores de Lisboa veio invocar igualmente dificuldades técnicas, incluindo a necessidade de dar prioridade ao trabalho dos técnicos de informática na preparação para os problemas que poderia vir a colocar o famoso *bug* do ano 2000.

Um fator que modificou o quadro do litígio foi a celebração de um acordo, em agosto de 2000, para o fornecimento da informação sobre profundidade do mercado, levando a denunciante a considerar “ultrapassadas as razões que levaram esta empresa a apresentar queixa”.

---

20 A queixa assentava igualmente em alegados atrasos de alguns segundos na entrega da informação. Não foi possível confirmar a veracidade de tais alegações.

Os mercados relevantes eram, por um lado, o de fornecimento da informação sobre o mercado “em bruto” e, por outro, o mercado de informação bolsista no qual era vendida a informação tratada pelos *vendors*. O Conselho da Concorrência decidiu arquivar o processo, aceitando as justificações da arguida e assumindo assim o ónus de provar a falta de fundamento das mesmas, em clara discrepância com a jurisprudência comunitária em sede de abuso de posição dominante.

A justificação avançada, assente em argumentos técnicos, fundava-se em pressupostos pouco plausíveis. As dificuldades técnicas teriam impedido a transmissão do sinal com a informação sobre a profundidade do mercado durante dois anos a empresas localizadas em Lisboa. Simultaneamente, a mesma informação era fornecida ao sistema Infobolsa. Acresce que, de acordo com os esclarecimentos prestados pela própria Bolsa de Valores de Lisboa, o sistema Infobolsa baseava-se numa solução de *software* fornecida por uma empresa equivalente da Bolsa de Madrid. Quer isto dizer que o sinal com a informação sobre a profundidade do mercado era transmitido de Lisboa para Madrid, aí conformado no conteúdo do Infobolsa e, por sua vez, transmitido por satélite para os clientes localizados em Portugal. Como seria de supor, a Bolsa de Valores de Lisboa não conseguiu explicar por que motivo o fornecimento era possível por transmissão para Madrid, mas não dentro da cidade de Lisboa. Estabelecida a natureza *prima facie* abusiva de uma conduta, cabe à empresa dominante apresentar uma justificação objetiva que seja legítima e proporcional, o que não parece ter sucedido.

Quais são as implicações deste caso? Como sabemos, um abuso de posição dominante pode ocorrer quando uma empresa que detém tal posição de poder de mercado viola os especiais deveres de conduta que decorrem dessa situação de facto em que se encontra. A questão que então se coloca é a de saber se existe ou não um dever de, nas circunstâncias do caso, facultar o acesso em condições de igualdade às informações sobre a profundidade de mercado (relativamente às quais a Bolsa de Valores de Lisboa detinha um monopólio de facto: a informação é um subproduto da atividade de *trading* dos seus membros, assente em soluções informáticas que geram tal resultado em função das necessidades dos associados). Como vimos no caso *Clearstream*, tal dever pode encontrar fundamento na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia em sede do atual artigo 102.º do TFUE.

O novo regime jurídico da concorrência, a Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, adota agora um enunciado quase idêntico ao do artigo 102.º do TFUE e prevê a

punição das violações desta última norma como contraordenações<sup>21</sup>. É assim de esperar que, de futuro, os tribunais nacionais sigam com maior rigor a jurisprudência europeia, tratando situações como a do caso *Infobolsa* em conformidade com o entendimento expresso pelo Tribunal Geral no acórdão *Clearstream*.

## 5. O CONTROLO DE CONCENTRAÇÕES

A aplicação das regras relativas ao controlo de concentrações a operações sobre valores mobiliários suscita uma dificuldade inicial. Contrariamente às regras dos artigos 101.º e 102.º do TFUE ou as normas correspondentes da legislação nacional, que se fundam num critério material de afetação da concorrência e, no caso das regras da União Europeia, num critério de competência, o critério da afetação do comércio entre Estados-membros, o controlo de concentrações depende do preenchimento de determinados limiares de volume de negócios das empresas envolvidas. Ora, no caso das bolsas de valores, se os volumes das transações que nelas ocorrem podem ser astronómicos, o mesmo não se passa com o volume de negócios das bolsas propriamente ditas. Por esta razão, alguns dos movimentos de consolidação de bolsas de valores, sobretudo transnacionais (mas não só), têm escapado à aplicação das regras da União Europeia, contidas no Regulamento (CE) n.º 139/2004. É disso exemplo a concentração NYSE Group/Euronext, que – por não ter dimensão comunitária – foi analisada pelas autoridades nacionais de vários Estados da União Europeia, incluindo Portugal<sup>22</sup>.

Este panorama alterou-se significativamente com a tentativa de concentração da Deutsche Börse com a NYSE Euronext. No início de fevereiro de 2012, a Comissão Europeia adotou uma decisão de proibição, por considerar a operação contrária ao mercado interno<sup>23</sup>. A decisão da Comissão foi confirmada pelo Tribunal Geral na sequência de um recurso de anulação interposto pela Deutsche Börse<sup>24</sup>.

21 Ver Moura e Silva, 2014: 9.

22 Ver Decisão de 22.12.2006 da Autoridade da Concorrência de não oposição (1.ª fase), NYSE Group/Euronext NV, CCENT n.º 51/2006.

23 Ver Comunicado de Imprensa IP/12/94, de 1.2.2012, disponível em <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/12/94> e Memo/12/60, disponível em <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/12/60&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>. A versão não confidencial da decisão está disponível em [http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m6166\\_20120201\\_20610\\_2711467\\_EN.pdf](http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m6166_20120201_20610_2711467_EN.pdf).

24 Acórdão do Tribunal Geral (Terceira Secção), de 9.3.2015, no Proc. T-175/12, *Deutsche Börse AG c. Comissão*, ECLI:EU:T:2015:148.

Para a Comissão Europeia, a operação teria criado um quase monopólio nos produtos financeiros derivados europeus transacionados em bolsas a nível global. Com efeito, as unidades daquelas duas bolsas que atuam no mercado dos produtos financeiros derivados, a Eurex e a Liffe, detêm, em conjunto, mais de 90% daquele mercado. Se a quota agregada era impressionante, mais decisiva ainda se viria a revelar a insusceptibilidade de aquela posição ser contestada por outros concorrentes dada a existência de elevados obstáculos à entrada naquele mercado. Da análise da Comissão destaca-se o funcionamento do mercado num sistema dito de “silos verticais”, com ligação entre o “silo” da bolsa, onde são feitas as transações, e o “silo” da central de compensação. A conexão estreita entre os dois “silos” leva a que os clientes tenham importantes vantagens de operar com contratos de derivados numa única central de compensação. O efeito da concentração seria o de reforçar essa vantagem, consolidando a nova entidade numa posição de domínio quase inexpugnável. Uma das consequências da crise financeira que começou em 2007 foi precisamente a adoção de iniciativas regulatórias tendentes a transferir produtos financeiros derivados do mercado OTC para mercados com câmaras de compensação, de modo a reduzir os riscos inerentes a estes produtos. Esse movimento tende igualmente a reforçar a posição de uma entidade como a que resultaria desta concentração.

Sendo a consequência direta da concentração a eliminação da concorrência pelo preço entre a *Eurex* e a *Liffe*, esta foi identificada pela Comissão como o seu principal efeito negativo previsível, diminuindo igualmente a vertente competitiva da inovação em detrimento das empresas que recorrem a produtos financeiros derivados, sejam elas pequenas e médias empresas ou empresas de maior dimensão. A pressão concorrencial inerente à possibilidade de perder um cliente para a outra bolsa que preservava os incentivos a um desempenho mais eficiente e inovador teria assim desaparecido.

De especial interesse são os argumentos invocados pelas partes na concentração a título de alegados benefícios para os clientes. Em primeiro lugar, o aumento de liquidez que resultaria da concentração. A Comissão rejeitou essa tese, considerando que os ganhos de liquidez resultariam da concorrência e não da consolidação das bolsas. Em segundo lugar, as empresas em causa entendiam que a concentração permitiria aos seus clientes diminuir as garantias a prestar no âmbito das respetivas operações sobre produtos financeiros derivados. Embora sem negar a existência de possíveis ganhos para os clientes, a Comissão, aplicando a metodologia de justificação de concentrações com fundamento em ganhos de eficiência, rejeitou a estimação da magnitude desses

benefícios – considerando que o seu impacto era mais reduzido do que o alegado – e entendeu que não estava preenchido o requisito de especificidade, ou seja, que os benefícios em causa poderiam ser realizados mesmo sem a operação de concentração. Por fim, a justificação com base em alegados ganhos de eficiência não foi acolhida pela Comissão por esta considerar que os ganhos demonstráveis não eram suficientes para compensar os efeitos negativos sobre a concorrência de uma operação que criaria um quase monopólio e entender que era improvável que esses benefícios fossem totalmente repercutidos sobre os clientes.

Não podendo a transação ser considerada compatível com o mercado interno nos termos em que foi inicialmente notificada, as partes procuraram ainda introduzir algumas medidas corretivas que pudessem viabilizar a operação. Todavia, os compromissos de desinvestimento não foram considerados suficientes para restaurar a concorrência efetiva após a concretização da operação, pelo que a mesma foi proibida pela Comissão Europeia.

Também do outro lado do Atlântico as recentes movimentações no sentido da consolidação global das bolsas de valores levaram ao fracasso de uma operação de concentração devido à oposição das autoridades norte-americanas, com fundamento na violação das regras de concorrência. Em causa estava uma oferta hostil num valor superior a 11 mil milhões de dólares, feita pelo *NASDAQ OMX Group* e pela *Intercontinental Exchange Inc.* sobre a *NYSE Euronext*, ao mesmo tempo em que decorriam as negociações entre esta e a *Deutsche Börse*.

Fundando-se na eventual violação do artigo 7.º do *Clayton Act*, o Departamento de Justiça dos Estados Unidos opôs-se à transação e esta acabaria por ser abandonada pelos oferentes. Para aquela autoridade norte-americana, a operação levaria à eliminação substancial da concorrência no mercado dos serviços de colocação de novas empresas no mercado (as *Initial Public Offerings* ou *IPOs*)<sup>25</sup>. Neste mercado, e à semelhança da operação analisada pela Comissão Europeia, a concentração criaria um quase monopólio, privando os clientes dos benefícios da concorrência. Não tendo existido uma decisão formal por parte do Departamento de Justiça dos Estados Unidos, os elementos publicamente disponíveis não nos permitem avançar numa análise dos fundamentos da

---

<sup>25</sup> Comunicado de imprensa “*NASDAQ OMX Group Inc. and Intercontinental Exchange Inc. Abandon Their Proposed Acquisition of NYSE Euronext After Justice Department Threatens Lawsuit*”, de 16.5.2011. Disponível em [http://www.justice.gov/atr/public/press\\_releases/2011/271214.htm](http://www.justice.gov/atr/public/press_releases/2011/271214.htm).

oposição ou das eventuais justificações ou medidas corretivas que poderiam ter sido avançadas pelos oferentes.

## 6. CONCLUSÃO

Do ponto de vista jusconcorrencial, as operações sobre valores mobiliários têm conhecido um enquadramento favorável nas regras de concorrência da União Europeia, a exemplo, como vimos, do que sucede nos Estados Unidos. Com particular relevância para a própria organização destes mercados e o funcionamento de mecanismos de autorregulação, as regras que envolvam a colaboração entre concorrentes não levantam, geralmente, problemas concorrenceis desde que sejam indispensáveis ao funcionamento do mercado. Da análise efetuada resultam duas importantes qualificações a esta afirmação. Em primeiro lugar, as práticas que se traduzam na fixação de preços de modo a impedir o funcionamento do livre jogo da concorrência são contrárias às regras da concorrência. A existência de práticas de cartelização nos mercados de dívida municipal nos Estados Unidos comprova a necessidade de ser mantida uma atenção rigorosa a tais práticas – particularmente lesivas da livre concorrência enquanto bem jurídico protegido. A outra qualificação refere-se ao poder conferido às entidades organizadoras dos mercados de adotar regras suscetíveis de entravar o acesso de concorrentes ao mercado, sendo aqui fundamental salvaguardar a concorrência. Neste domínio poderão suscitar-se dificuldades de articulação entre o regime de defesa da concorrência e os regimes sectoriais específicos, sobretudo quando os Estados mantêm uma supervisão essencialmente formal e que não tem em conta as preocupações jusconcorrenceis (isto quando não se vai ao ponto de fazer prevalecer sobre a concorrência outros valores, como o da estabilidade financeira). Sem prejuízo da indispensável análise casuística que determine a medida real do conflito, deve ter-se em conta a natureza supranacional e de direito originário da União Europeia que assumem as regras de concorrência do TFUE; estas prevalecem, por isso, não apenas sobre o direito nacional como também sobre regimes adotados pelo legislador da União Europeia, os quais, constituindo direito derivado, não podem derrogar as regras de concorrência do TFUE.

Ainda no âmbito das regras de concorrência dirigidas a comportamentos das empresas, é de sublinhar que, em matéria da proibição do abuso de posição dominante, a emergência de plataformas globais de negociação deve levar a maiores cautelas na análise de comportamentos unilaterais. O desenvolvimento de novas infraestruturas essenciais (físicas ou meramente virtuais) e o

aparecimento de “standards” tecnológicos constituem áreas de especial interesse para a aplicação do artigo 102.º do TFUE e do artigo 12.º da Lei n.º 19/2012.

Quanto às concentrações, a dimensão global das operações bolsistas começa a suscitar objeções ao crescimento por aquisição, como se comprova pela oposição às recentes operações na União Europeia e nos Estados Unidos. A proibição da concentração *Deutsche Börse/NYSE Euronext* pela Comissão Europeia deve merecer particular atenção pelo facto de a mesma se fundar na rejeição de argumentos relativos a alegados ganhos de eficiência, geralmente fáceis de alegar mas de difícil prova, sobretudo em mercados onde a concentração atinge já o nível de um oligopólio restrito a nível global.

Apesar desta decisão, os entraves que os regimes de controlo de concentrações dos Estados Unidos e da União Europeia colocam a uma maior consolidação do sector das bolsas continuam a ser testados, sendo disso exemplo as discussões reatadas no início de 2016 entre a *London Stock Exchange* e a *Deutsche Börse* sobre uma possível fusão, após duas tentativas falhadas em 2000 e 2005.<sup>26</sup> Segundo a *Bloomberg*, a entidade resultante da concentração ocuparia a liderança mundial, a grande distância do seu maior concorrente, o Grupo CME, sediado em Chicago. O tema da concentração nas entidades gestoras dos mercados de valores mobiliários permanece, por isso, mais atual do que nunca e não deixará certamente de conhecer novos desenvolvimentos nos próximos anos.

---

26 “Stocks Exchanged”, *The Economist*, 27.2.2016.

## BIBLIOGRAFIA

- BORK, Robert H.
- 1993 *The Antitrust Paradox – A policy at War With Itself. With a New Introduction and Epilogue*, Nova Iorque: Free Press.
- CHRISTIE, William & SCHULTZ, Paul
- 1994 “Why do NASDAQ Market Makers Avoid Odd-Eighth Quotes?”, *Journal of Finance*, vol. 49, p. 1813.
- HOVENKAMP, Herbert
- 2005 Federal Antitrust Policy – The Law of Competition and its Practice, 3.<sup>a</sup> ed., St. Paul, Minn.: Thomson/West.
- MOURA E SILVA, Miguel
- 2008 *Direito da Concorrência – Uma Introdução Jurisprudencial*, Coimbra: Almedina.
- 2010a *O abuso de posição dominante na nova economia*, Coimbra: Almedina.
- 2010b “A tipificação da recusa de acesso a infraestruturas essenciais como abuso de posição dominante na Lei da Concorrência”, *Revista de Concorrência e Regulação*, vol. I, n.<sup>o</sup> 1, p. 269.
- 2014 “As práticas restritivas da concorrência na Lei n.<sup>o</sup> 19/2012: novos desenvolvimentos”, *Revista do Ministério Público*, vol. 35, n.<sup>o</sup> 137, p. 9.
- RILEY, Alan
- 2007 “The EU Reform Treaty and the Competition Protocol: Undermining EC Competition Law”, *E.C.L.R.*, vol. 28, n.<sup>o</sup> 12, p. 703.

# LA APLICACIÓN DESCENTRALIZADA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA: LA EXPERIENCIA ESPAÑOLA

Francisco Hernández Rodríguez<sup>1</sup> / José Antonio Rodríguez Miguez<sup>2</sup>

*ABSTRACT: Political and territorial decentralization does not necessarily require all areas of law to be equally decentralized. A paradigmatic case is that of competition law, where the general rule, namely in federal States, is for its enforcement to be entrusted to central bodies who protect competition in the entirety of the national territory. In the case of Spain, even if originally the defense of competition was centralized, the expansive force of the principle of autonomy set out in the Spanish Constitution of 1978, which established the so-called "Autonomies State", led to Spain, today, being one of the best examples of the decentralized enforcement of competition law, at the level of both public enforcement and private enforcement. In the present paper, we analyse the origin and evolution of the current Spanish system for the defence of competition, with the aim of providing a panoramic view thereof, ten years after the creation of the first regional competition authority in Spain.*

**SUMÁRIO:** 1. Introducción: descentralización y defensa de la competencia 2. El sistema español de aplicación descentralizada del Derecho de la Competencia. 2.1. Origen. 2.2. Características. 2.3. Pros y contras del modelo. 3. La distribución de competencias entre la autoridad nacional y las autoridades autonómicas de competencia. 4. Mecanismos de coordinación. 5. Las autoridades autonómicas de competencia. 6. Balance y conclusiones.

## 1. INTRODUCCIÓN: DESCENTRALIZACIÓN Y DEFENSA DE LA COMPETENCIA

El "Estado de las Autonomías" que diseña la Constitución española es un modelo descentralizado singular que tradicionalmente se ha considerado intermedio entre el modelo federal y el simplemente regional<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Presente del Consello Galego da Competencia.

<sup>2</sup> Director de Investigación del Consello Galego da Competencia.

<sup>3</sup> Conforme al Artículo 2 de nuestra Carta Magna, "La Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles, y reconoce y garantiza

La descentralización política y territorial no implica necesariamente que todos los ámbitos jurídicos estén igualmente descentralizados. Un caso paradigmático es el Derecho de la Competencia, donde la regla general, incluso en estados federales, es que su aplicación se confie a órganos centrales destinados a la protección de la competencia en todo el ámbito nacional. También en España originariamente, la defensa de la competencia estaba reservada a la Administración central.

La descentralización supone que el poder no se concentra sino que las competencias y funciones en que el mismo se traduce, se transfieren y comparten, en mayor o menor grado, con otros entes, dotados así de manera originaria de poderes propios.

En la Unión Europea la aprobación del Reglamento (CE) nº 1/2003, del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado<sup>4</sup> desarrollado por lo que se conoce como “Paquete Modernizador”<sup>5</sup> ha supuesto un cambio en la forma de aplicar el Derecho europeo de la competencia y un avance hacia un modelo más descentralizado. Por una parte se pretende potenciar la aplicación privada o judicial del Derecho europeo de la Competencia (“Private Enforcement”) y, por otro la Comisión Europea ha renunciado a su monopolio en el *public enforcement*, atribuyendo competencias a las autoridades nacionales en determinados asuntos que afectan al mercado intracomunitario.

A pesar de la evolución del Derecho comunitario hacia la descentralización, a nivel nacional la situación es diferente pues son muy escasos los ejemplos de sistemas de aplicación descentralizada del derecho de la competencia a nivel

---

el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran y la solidaridad entre todas ellas”. Como es obvio, la bibliografía sobre la Constitución Española de 1978 es inabarcable y amplísima la que se refiere de modo más específico a su configuración territorial, cuya singularidad ha permitido que se hable de ESado de las Autonomías para referirse al modelo español. Para una visión general y sumaria resulta de interés Aragón Reyes, 2006: 75-95. Una fuente de información y consulta sobre este tema, singularmente interesante y amplia, la ofrece el servidor del Congreso de los Diputados, que ofrece una Guía Bibliográfica sobre la propia Constitución y sus diferentes aspectos, que se puede consultar en: <http://www.congreso.es/consti/constitucion/bibliografia/index.htm>.

4 DO L 1, de 4.1.2003, p. 1.

5 Como se ha destacado en general por la doctrina (por todos, Wils, 2000: 1658) la principal característica del sistema que impulsaba la Comisión Europea para sustituir al Reglamento nº 17 del Consejo, de 6 de febrero de 1962, primer Reglamento de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CEE (DO 13 de 21.2.1962, p. 204/62) era, sin duda, la renuncia que la Comisión efectuaba al monopolio del que hasta entonces disfrutaba para la aplicación en exclusiva de la excepción prevista en el artículo 101.3 TFUE. Esta aplicación descentralizada se da también en sede de concentraciones y de ayudas estatales.

nacional<sup>6</sup>. Por esta razón el caso español es singular y paradigmático pues aunque su origen es relativamente reciente, la positiva evolución que ha experimentado tanto en términos de eficacia como de coordinación lo convierten en el ejemplo más evidente de que la aplicación descentralizada del derecho de la competencia es posible y puede ofrecer resultados positivos.

En el presente trabajo analizaremos el origen y evolución del actual Sistema Español de Defensa de la Competencia con la intención de proporcionar una visión panorámica del mismo. Transcurridos ya más de diez años desde la aparición de la primera autoridad autonómica de defensa de la competencia, disponemos de una cierta experiencia que nos permite valorar el funcionamiento del sistema, tanto en sus aspectos positivos como en aquellos extremos que no han funcionado y deberían ser reformados en algún momento.

## 2. EL SISTEMA ESPAÑOL DE APLICACIÓN DESCENTRALIZADA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

### 2.1. Origen

El Derecho de la competencia en España arranca hace más de cincuenta años<sup>7</sup>, con la aprobación de la Ley 110/1963, de 20 de julio, de represión de las prácticas restrictivas de la competencia<sup>8</sup>. Esta norma ha sido considerada como un intento fallido del régimen político existente por aquellas fechas en España para facilitar la posible entrada de España en las por aquel entonces denominadas “Comunidades Europeas”, de cuyos postulados y principios España se encontraba profundamente alejada, no sólo en lo político, sino incluso en lo económico, con una economía fuertemente intervenida y proteccionista.

Esta primera norma diseñaba una estructura institucional formada por dos órganos: el denominado Tribunal de Defensa de la Competencia (“TDC”) y el Servicio de Defensa de la Competencia (“SDC”), ambos incardinados en la Administración del Estado y que respondían a una concepción plenamente

<sup>6</sup> Alemania, a pesar de su desarrollada estructura federal, mantiene una descentralización muy limitada en materia de Derecho de la competencia aunque cada uno de sus Lander dispone de un organismo anticártel. Vid. Cases Pallares, 1995.

<sup>7</sup> Algún autor remonta el origen del Derecho de la Competencia en España a las Leyes de Partidas de Alfonso X “El Sabio” – Pascual Vicente, 2003: 113-115.

<sup>8</sup> BOE nº 175, de 23 de julio de 1963.

centralizada por lo que su competencia se extendía por todo el territorio nacional<sup>9</sup>.

Aunque con notables cambios para garantizar la independencia del Tribunal de Defensa de la Competencia, esta estructura se mantuvo en tras la aprobación de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, que es la que creó en España un sistema moderno de defensa de la competencia.

La Ley de 1989 mantenía la opción por un sistema centralizado, en el que la competencia para la aplicación pública del Derecho de la Competencia era retenida por el Tribunal y el Servicio de Defensa de la Competencia, que eran competentes para aplicar la normativa de competencia “en todo o en parte del mercado nacional”. Esta cláusula fue recurrida ante el Tribunal Constitucional por el Gobierno Vasco y por la Generalidad de Cataluña y transcurridos diez años desde la aprobación de la Ley, el Tribunal Constitucional en su sentencia nº 208/1999, de 11 de noviembre<sup>10</sup>, declaró inconstitucional la referida cláusula de “en todo o en parte del territorio nacional” de la Ley de 1989 cláusula “en la medida en que desconoce las competencias ejecutivas de la legislación estatal sobre defensa de la competencia atribuidas a las Comunidades Autónomas recurrentes en sus respectivos Estatutos”. La sentencia del Tribunal Constitucional, aunque abrió el camino a la aplicación descentralizada de la normativa de defensa de la competencia, difirió la nulidad del, precepto a la aprobación de una Ley estatal en la que se habrían de establecer los criterios para la distribución de competencias que hiciesen posible la aplicación descentralizada<sup>11</sup>. El mandato del Tribunal Constitucional se cumplió con la promulgación de la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del

9 No abordamos aquí en los debates suscitados acerca de la controvertida naturaleza del TDC, al que se llegó a atribuir por algún sector de la doctrina “carácter jurisdiccional”, de la que hoy sólo conserva la equívoca denominación de “Tribunal”, que la nueva ley pretende cambiar, haciéndolo coherente con su efectiva naturaleza como órgano de naturaleza administrativa y no jurisdiccional. Acerca de esta cuestión, vid. Guillén Caramés, 2005: 40-44. Más recientemente y de forma muy completa, del mismo autor, Guillén Caramés, 2014: 751-887.

10 Publicada en el BOE de 16 de diciembre de 1999, nº 300 (suplemento) y, su rectificación posterior, en el BOE de 14 de abril de 2000, nº 90 (suplemento). Dicha sentencia fallaba los recursos de inconstitucionalidad núms. 2009/1989 y 2027/1989, interpuestos por el Gobierno Vasco y la Generalidad de Cataluña contra la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia. Esta sentencia contó con dos votos particulares, concurrente el primero y discrepante el segundo.

11 Debemos destacar que ni las partes recurrentes, ni por lo tanto el TC, hacen mención alguna a las funciones de control que establecía la LDC 1989 respecto de las operaciones de control de concentraciones de empresas (artículos 14 a 18 LDC 1989) ni a las ayudas públicas (artículo 19 LDC 1989), ni sobre la posible existencia de un derecho de aplicación del Derecho Europeo de la Competencia, en relación a las Comunidades Autónomas.

Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia<sup>12</sup>.

El reconocimiento de la competencia de las Comunidades Autónomas se limita, sin embargo, a la ejecución de la normativa estatal en la materia, pues se reserva al Estado la competencia legislativa material<sup>13</sup>.

La reforma de la Ley 1989, llevada a cabo tras un intenso y fructífero proceso de reflexión y debate que arrancó con la publicación por el Ministerio de Economía y Hacienda español del Libro Blanco para la Reforma del Sistema Español de Defensa de la Competencia<sup>14</sup>, dio lugar a la aprobación de la hoy vigente Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. Esta Ley refleja ya de forma global el nuevo marco descentralizado de la Defensa de la Competencia en España al reconocer expresamente la competencia autonómica y la existencia de autoridades autonómicas especializadas en la materia, llamadas a aplicar la propia Ley de Defensa de la Competencia.

La arquitectura institucional del nuevo modelo creado por la Ley de 2007 dio origen a la creación de la Comisión Nacional de la Competencia, como autoridad que integraba la instrucción y la resolución de expedientes por conductas anticompetitivas y que se reforzaba con nuevas funciones, como la legitimación activa para impugnar actos y normas contrarios a la competencia. En las Comunidades Autónomas con autoridad de competencia propia la aplicación de la Ley era compartida entre la Comisión Nacional y la correspondiente autoridad autonómica en función de que los efectos de la conducta supuestamente anticompetitiva se limitasen a la Comunidad Autónoma en cuestión o tuviese efectos supraautonómicos.

Poco tiempo después y a pesar del reconocido éxito del modelo, el legislador, aguzado por la crisis económica, inició un nuevo proceso de reforma que culminó con la aprobación de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia<sup>15</sup>, por la que se fusionaba la CNC

12 BOE núm. 46, de 22 de febrero de 2002.

13 Se emplea la expresión “legislación material” para destacar que existe, como subraya Magide Herrero, 2000: 525), participación del reglamento en la regulación de la libre competencia: concretamente, como destaca Concheiro, de los denominados “reglamentos ejecutivos” (Concheiro Del Río, 2005: 71).

14 El texto del Libro Blanco está disponible en el servidor del SDC, en la dirección: [http://www.dgdc.meh.es/LibroBlanco/Libro\\_Blanco%20\\_Reforma\\_Def\\_Competencia.pdf](http://www.dgdc.meh.es/LibroBlanco/Libro_Blanco%20_Reforma_Def_Competencia.pdf). Para un estudio específico de este documento y los comentarios presentados al mismo, vid. Tobio Rivas, 2004-2005, nº 429 a 523.

15 Vid. asimismo, Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la CNMC.

con diversos organismos reguladores sectoriales<sup>16</sup>, dando lugar a lo que se ha conocido como una verdadera “macro-comisión”<sup>17</sup>, la denominada Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Esta reforma, sin embargo, se limitó a modificar la naturaleza y funcionamiento de la autoridad, mientras que en todo lo demás, conductas prohibidas, aplicación descentralizada, etc, se mantiene vigente la ley de 2007.

## 2.2. Características

De forma esquemática podemos describir el el actual Sistema Español de Defensa de la Competencia por las siguientes cinco características básicas:

Primera: La competencia normativa, en materia substantiva y de procedimiento, corresponde en exclusiva al Estado, tal y como fijó en su día el Tribunal Constitucional, al amparo de la competencia exclusiva atribuida a este sobre las “Bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica”, por el Artículo 149.1.13<sup>a</sup> de la CE; mientras que las Comunidades Autónomas asumen únicamente la competencia de ejecución de dicha normativa respecto de las prácticas cuyos efectos se circunscriban a su respectiva Comunidad Autónoma, sin perjuicio de su autonomía para organizar los órganos de defensa de la competencia autonómicos que deseen crear, en ejercicio de la “Potestad de Autoorganización de las Administraciones Públicas”.

Segunda: el sistema de aplicación pública de las normas de la competencia (“Public Enforcement”) se concibe como “unitario”, puesto que una vez asignado el asunto a la CNMC o a la Autoridad Autonómica de Competencia se tramitará un único expediente, sin que exista relación de dependencia o subordinación jerárquica entre la CNMC y las Autoridades Autonómicas. Además todas las denuncias se someten al procedimiento de asignación por lo que serán resueltas por la autoridad competente con independencia del lugar en el que se hayan presentado.

Tercera: La descentralización del sistema no se limita a la coexistencia de una Autoridad Nacional de la competencia (CNMC) con las Autoridades Autonómicas de competencia (“Public Enforcement”), sino que con la LDC es posible acudir directamente a los tribunales ordinarios (“Private Enforcement”),

---

16 Para una reflexión acerca de las razones a favor y en contra de una fusión como la que se ha plasmado en la CNMV, puede verse, Ariño Ortiz & Dela Cuétara, 2012. Este WP esta disponible en: <http://www.arinoyvillar.com/wpweb/WP42.pdf>.

17 En este sentido, Mendoza Losana, 2013: 1-6.

invocando tanto la vulneración de los artículos 101 y 102 TFUE, como los artículos 1, 2 y 3 LDC.

Cuarta: Sólo los tribunales ordinarios son competentes para declarar la nulidad de los contratos y para fijar la posible responsabilidad civil derivada de los ilícitos anticompetitivos.

Quinta: tanto las decisiones de las Autoridades públicas de competencia (CNMC o Autoridad Autonómica), como las sentencias de los órganos judiciales en primera instancia, son susceptibles de ulterior revisión judicial, ante la jurisdicción contenciosa-administrativa en el caso de las primeras, y ante la jurisdicción civil, en el caso de las sentencias de los jueces ordinarios.

### 2.3. Ventajas e inconvenientes del modelo de aplicación descentralizada

La aplicación descentralizada de la normativa de defensa de la competencia presenta, a priori, algunas ventajas, como que puede dar lugar a un incremento de la actividad en materia de defensa de la competencia, la mayor cercanía y el mejor conocimiento de los mercados locales por parte de las Autoridades autonómicas, o que permite a la Autoridad estatal focalizar sus recursos en los casos más graves.

	Cataluña	Galicia	Madrid	Valencia	Aragón	Castilla y León	País Vasco	Murcia	Extremadura	Andalucía	Canarias	Navarra
2002	2											
2003	15											
2004	9											
2005	11	1	3	2								
2006	12	8	6	2	4	1	4	1				
2007	8	11	6	3	7	8	10	0	1			
2008	8	17	15	5	7	2	12	1	3	14	3	
2009	11	7	9	9	2	7	7	1	4	14	2	
2010	16	13	21	8	4	5	10	2	2	14	5	
2011	14	14	15	7	9	3	12	2	3	15	7	
2012	12	21	8	7	2	7	9	0	2	11	6	
2013	7	8	16	12	5	13	7	4	3	22	8	
2014	7	9	11	9	5	13	4	3	3	26	2	5
2015	14	3	6	7	4	15	10	1	3	18	3	2
<b>TOTAL</b>	<b>146</b>	<b>112</b>	<b>116</b>	<b>71</b>	<b>49</b>	<b>74</b>	<b>85</b>	<b>15</b>	<b>24</b>	<b>134</b>	<b>36</b>	<b>7</b>

Fuente: Web expedientes interna CNMC.

Por lo que respecta al incremento de actividad los datos corroboran que la creación de autoridades autonómicas ha supuesto un incremento muy notable del número de expedientes que se tramitan cada año en España. El aumento de actividad, tanto sancionadora como de promoción dará lugar a una mayor competencia en el mercado español y a un aumento de la productividad y de la eficiencia de las empresas. Así, en el año 2015 se sometieron al trámite de asignación 88 expedientes, de los que 74 se iniciaron en las autoridades autonómicas y 14 en la CNMC. Como pone de manifiesto la propia CNMC, “*el mayor número de casos presentados en la respectiva CA, frente a los presentados en la CNMC, se debe, por un lado, al conocimiento cada vez mayor que tiene el mercado de las autoridades autonómicas y de sus competencias, así como a la actividad de oficio de éstas*”<sup>18</sup>.

Si a los expedientes sometidos a asignación le añadimos las 39 colaboraciones no regladas que han tenido lugar en 2015 resulta que el volumen de casos relacionados de una u otra forma con las autoridades autonómicas es de 127. Al margen del sistema descentralizado se encuentran los casos que entran directamente en la CNMC y son resueltos por ésta sin pasar el trámite de asignación.

En segundo lugar, la mayor cercanía y el conocimiento más profundo de los mercados locales que pueden tener los órganos autonómicos es la ventaja más comúnmente reconocida de la aplicación descentralizada<sup>19</sup>. En los casos de dimensión local, la cercanía de la autoridad facilita la denuncia y permite obtener información de forma más rápida y con un menor coste. También se puede realizar el seguimiento de mercados locales de una forma más eficiente.

Otra ventaja ligada a la aplicación descentralizada de la normativa de defensa de la competencia es que la autoridad nacional puede concentrar sus esfuerzos en los grandes casos, aquellos que resultan más perjudiciales para la sociedad en su conjunto y que por su dimensión y complejidad requieren de importantes recursos. Así, por ejemplo, si nos fijamos en las resoluciones del extinto Tribunal de Defensa de la Competencia en una fecha anterior al comienzo de la descentralización como el año 1999, nos encontramos con resoluciones como “peleteros Utrera”, “hoteles Hernani”, “Colegio de ingenieros técnicos industriales de Burgos”, “material eléctrico Murcia 2”, o “funerarias Tenerife”. En cambio, y quizás como consecuencia del elevado número de casos resueltos

18 CNMC, “Aplicación de los mecanismos de asignación de expedientes CNMC/CCAA y novedades”, diciembre 2015.

19 En este sentido vid. Marcos, 2002: 6.

de naturaleza local, escaseaban los expedientes de verdadera dimensión nacional. En la actualidad, asuntos como los citados son resueltos por las autoridades autonómicas y si nos fijamos en los expedientes de la CNMC podemos comprobar que son mayoritariamente casos relacionados con grandes empresas que afectan a todo el mercado nacional.

Frente a estas ventajas, los detractores del sistema alegan que supone la duplicación de organismos y que puede romper la unidad de aplicación del derecho de la competencia en el territorio nacional. Evidentemente todo proceso de descentralización supone la creación de organismos autonómicos donde antes sólo había un órgano central. Sin embargo, una cosa es el aumento del número de organismos, que siempre tiene un coste que puede ser rentable o no dependiendo de cómo funcione el nuevo sistema y, en este caso, del valor que se le da al incremento de la actividad de defensa de la competencia y otra muy diferente es que se pueda hablar de duplicidades. Existe duplicidad entre dos organismos cuando ambos pueden resolver el mismo caso dependiendo del lugar donde se presente la denuncia o de la voluntad del denunciante. Sin embargo, el sistema que crea la Ley de coordinación garantiza que sea cual sea el lugar de presentación de la denuncia, siempre será resuelta por el único organismo que resulte competente de acuerdo con los criterios de asignación que la propia Ley contiene. Es decir, existen diferentes organismos que aplican la misma normativa a casos diferentes en función de si sus efectos se limitan a la esfera autonómica o la superan alcanzando una dimensión nacional.

Por lo que respecta a la posibilidad de que se rompa la unidad de criterio en la aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia, la Ley de coordinación contiene algunas medidas para evitar que esto se produzca y la realidad es que no se ha producido hasta la fecha. La Ley 1/2002 convierte a la CNMC en la guardiana del sistema al permitirle que se persone en todos los expedientes de las autoridades autonómicas.

### **3. LA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS ENTRE LA AUTORIDAD NACIONAL Y LAS AUTORIDADES AUTONÓMICAS DE COMPETENCIA**

En un sistema descentralizado como el español, la cuestión más compleja y de la que dependerá en gran medida el correcto funcionamiento del modelo es el reparto de expedientes entre la autoridad central y las autonómicas.

De acuerdo con la sentencia del Tribunal Constitucional que sienta los pilares del sistema descentralizado, son los efectos de la práctica en cuestión los que van a determinar la autoridad competente. Si los efectos se circunscriben a una

sólo Comunidad Autónoma, será competente la Autoridad de Competencia esa Comunidad; si afecta a más de una Comunidad Autónoma o a la totalidad del territorio nacional, la competencia corresponde a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

Este principio general de funcionamiento recogido por el Tribunal Constitucional se desarrolla en la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de coordinación de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la competencia. El modelo que recoge la Ley 1/2002 se basa en tres pilares básicos: 1) un sistema de “puntos de conexión” (Artículo 1) para definir, conforme a lo requerido por el TC la división de competencias entre la actual CNMC, que actúa como “Autoridad Nacional de la Competencia” (“ANC”) y la correspondiente “Autoridad Autonómica de la Competencia” (“ARC”); b) un singular sistema para resolver conflictos de atribución (Artículos 2 y 3); y 3) diversos mecanismos de coordinación entre la ANC y las ARC (Artículo 5)<sup>20</sup>.

Por lo que respecta a los puntos de conexión, el artículo primero de la Ley de Coordinación establece que:

“1. Corresponderá al Estado el ejercicio de las competencias reconocidas en la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, respecto de los procedimientos que tengan por objeto las conductas previstas en los artículos 1, 6 y 7 de la mencionada Ley, cuando las citadas conductas alteren o puedan alterar la libre competencia en un ámbito supraautonómico o en el conjunto del mercado nacional, aun cuando el ejercicio de tales competencias haya de realizarse en el territorio de cualquiera de las Comunidades Autónomas.”

“3. Corresponderá a las Comunidades Autónomas con competencias en la materia el ejercicio en su territorio de las competencias reconocidas en la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia , respecto de los procedimientos que tengan por objeto las conductas previstas en los artículos 1, 6 y 7 de la mencionada Ley, cuando las citadas conductas, sin afectar a un ámbito superior al de una Comunidad Autónoma o al conjunto del mercado nacional, alteren o puedan alterar la libre competencia en el ámbito de la respectiva Comunidad Autónoma”.

El artículo primero acude al criterio de la supra-territorialidad como criterio de asignación de competencias al Estado, de forma que sólo corresponderán a las Comunidades Autónomas con competencias en la materia los procedimientos

20 Adicionalmente, el Artículo 4 incorpora diversos aspectos institucionales de la ejecución por parte de las Comunidades Autónomas de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.

que sin afectar a un ámbito superior al de una Comunidad Autónoma o al conjunto del mercado nacional puedan alterar la libre competencia en el ámbito de la respectiva Comunidad Autónoma. Como acertadamente afirma MARCOS, el recurso a la supra-territorialidad como criterio de asignación de competencias al Estado desequilibra siempre la balanza del reparto de asuntos en beneficio del Estado y sienta las bases de posibles conflictos<sup>21</sup>. La experiencia de estos años nos ha enseñado que en un mercado único, regido por la libertad de establecimiento y la libre circulación de personas y mercancías en todo el territorio nacional, es difícil encontrar conductas, aún de pequeña dimensión, cuyos efectos no desborden de alguna forma el límite territorial de una Comunidad Autónoma. Un buen ejemplo de ello lo tenemos en el caso de las desmotadoras de algodón. Un caso en el que encontrándose en Andalucía todas las desmotadoras y más del 99% de la producción de algodón fue asignado a la CNMC porque se entendió que ese porcentaje menor del 1% del algodón que se producía fuera de la Comunidad de Andalucía era suficiente para producir el desbordamiento.

Además, el artículo primero contempla una serie de excepciones en las que determinadas conductas, a pesar de que se realicen exclusivamente en el territorio de una Comunidad Autónoma, se asignan al Estado al entender el legislador que alteran la libre competencia en un ámbito supraautonómico. Sin embargo, se echa en falta un precepto en sentido contrario que permita asignar a las Comunidades Autónomas aquellos casos en que por ser muy reducidos los efectos que se producen fuera de la Comunidad Autónoma, la asignación a la misma sería lo más eficiente<sup>22</sup>.

---

21 Vid. Marcos, 2002: 10.

22 Así, el artículo 1.2 establece que:

«2. En todo caso, se considera que se altera o se puede alterar la libre competencia en un ámbito supraautonómico o en el conjunto del mercado nacional, en los siguientes casos:

- a) Cuando una conducta altere o pueda alterar la libre competencia en un ámbito supraautonómico o en el conjunto del mercado nacional o pueda afectar a la unidad de mercado nacional, entre otras causas, por la dimensión del mercado afectado, la cuota de mercado de la empresa correspondiente, la modalidad y alcance de la restricción de la competencia, o sus efectos sobre los competidores efectivos o potenciales y sobre los consumidores y usuarios, aun cuando tales conductas se realicen en el territorio de una Comunidad Autónoma.
- b) Cuando una conducta pueda atentar contra el establecimiento de un equilibrio económico adecuado y justo entre las diversas partes del territorio español, implicar medidas que directa o indirectamente obstaculicen la libre circulación y establecimiento de las personas y la libre circulación de bienes en todo el territorio nacional, suponer la compartimentación de los mercados o menoscabar las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales, aun cuando tales conductas se realicen en el territorio de una Comunidad Autónoma.

Los “Puntos de conexión” son diseñados, conforme a lo indicado por el TC, como “excluyentes”, de forma que la Competencia corresponde a la ANC o a la ARC, sin capacidad formal de transacción alguna.

Este sistema de asignación se diferencia claramente del establecido en el marco de la Unión Europea<sup>23</sup> para las prácticas prohibidas con afectación del mercado intracomunitario<sup>24</sup>.

Los criterios de asignación de casos se recogen en la “Comunicación de la Comisión sobre la cooperación en la Red de Autoridades de Competencia”<sup>25</sup> que parte del principio de que los asuntos puedan ser tramitados por una única autoridad nacional de competencia, en su caso con la ayuda de las de otros Estados miembros; por varias autoridades nacionales de competencia actuando de forma concurrente; o por la propia Comisión.

En la mayor parte de los casos<sup>26</sup> el asunto corresponde a la autoridad que recibe la denuncia o incoa de oficio el procedimiento. No obstante, cabe un “segundo reparto”, que se plantearía al principio del procedimiento cuando la autoridad a la que le correspondería inicialmente considerase que se haya “bien situada para actuar o cuando otras autoridades se consideran también competentes (...)”, reteniendo la Comisión la posibilidad de reclamar el conocimiento del expediente<sup>27</sup>.

23 Esta cuestión aparece resumida en Rodríguez Miguez, J. A., En Beneyto Pérez, J. M. & Maillo González-Orus, J., 2015: 131 a 171.

24 Artículos 101.1 y 102 TFUE. Esta fundamental cuestión es abordada por la Comunicación de la Comisión – Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 81 y 82 del Tratado [hoy artículos 101 y 103 TFUE] (DO C 101 de 27.4.2004, p. 81). Por lo general, como recuerda GIPINI, en los casos de aplicación del artículo 101 TFUE sólo será precisa la delimitación del mercado relevante cuando sea el único medio que permita establecer la afectación de la competencia o del mercado entre Estados miembros [Gippini Fournier, 72]. Sin perjuicio, claro está, de que sea preciso para determinar la cuota de mercado a efectos de la aplicación de alguna exención por categorías como las previstas en el Reglamento (UE) nº 330/2010, de la Comisión, de 20 de abril de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas (DO L L 102, de 23.04.2010, p. 1) en relación con las Directrices relativas a las restricciones verticales (DO C 130, de 19.5.2010, p. 1).

25 DO C 101, de 27.4.2004, p. 43. Como recuerdan Ortiz Blanco & Lamadrid de Pablo, 2012: 100, este documento no sólo vincula a la Comisión, sino también a los Estados miembros que suscribieron, como se recoge en la propia Comunicación (nota 4), la Declaración común del Consejo y de la Comisión sobre el funcionamiento de la Red de Autoridades de Competencia, disponible en el registro del Consejo, en <http://register.consilium.eu.int> (documento no 15435/02 ADD 1).

26 Cfr. Punto 6.

27 Cfr. A artículo 11.6 del Reglamento 1/2003 (“Cooperación entre la Comisión y las autoridades de competencia de los Estados miembros”).

Es en este contexto donde cobra especial significado un concepto acuñado en el Paquete modernizador que es el de Autoridad “mejor situada”<sup>28</sup>. Esta noción es aclarada por la Comunicación sobre la REC, al señalar que:

- “8. Se puede considerar que una autoridad está bien situada para tramitar un asunto si se cumplen todas y cada una de estas tres condiciones:
1. que el acuerdo o práctica tenga efectos reales o previsibles, directos y sustanciales, sobre la competencia en su territorio, se ejecute en su territorio o proceda del mismo;
  2. que la autoridad pueda poner efectivamente fin a toda la infracción, es decir, pueda ordenar el cese de la misma de modo que se ponga fin a la infracción y pueda, en su caso, sancionarla adecuadamente;
  3. que pueda reunir, posiblemente con la ayuda de otras autoridades, las pruebas requeridas para probar la infracción.”<sup>29</sup>

Ya hemos apuntado en diversas ocasiones que el sistema de competencias “excluyentes” no es la mejor opción. Si bien, venía marcado por el Tribunal Constitucional. La clave está, sin embargo, en el rigor o formalismo con el que se pueda ejercer.

---

28 Como recuerda Folguera, el Reglamento 1/2003 no establece normas que regulen con carácter imperativo el reparto de asuntos entre la Comisión y las Autoridades nacionales de la competencia, sino que opta porque éste se decida de forma consensuada y flexible en el seno de la REC (Folguera Crespo, 2005: 214). Respecto de los casos de cártel en que se apreció afectación del mercado intracomunitario examinados por la CNC desde su creación y en los que se consideró que ésta era la Autoridad mejor situada, vid. Corti Varela, 2015.

29 Cuando se aprecie la posible afectación del mercado intracomunitario en relación con conductas que puedan infringirlos artículos 101 y/o 102 TFUE, se deberá dar traslado del caso a la REC en cuyo seno se producen los contactos informales entre la Comisión y las ANC que resultarán en la asignación del caso. No obstante, el carácter confidencial de estos contactos, como en general de los diversos instrumentos de coordinación (tanto los previstos en el Reglamento 1/2002, como en la Ley 1/2002), dificulta conocer cuándo y cómo se han producido, aunque se puede deducir su existencia cuando la conducta se haya materializado en más de un Estado miembros. Esta falta de transparencia ha sido apuntada, respecto de los instrumentos de coordinación del Reglamento 1/2003, por Ortiz Blanco & Lamadrid de Pablo, 2012: 97-98, quienes se hacen eco de la opinión de los interesados en los expedientes que apuntan, frente a la complacencia de la Comisión, que dicha laguna provoca que sus opiniones al respecto sean de carácter básicamente “abstracto” y como en el concreto tema de la asignación de casos, sería más conveniente un sistema que determinara con mayor certidumbre la autoridad competente para conocer del caso. Debemos señalar en este punto que si bien compartimos la primera afirmación, manifestamos nuestras dudas acerca del segundo aspecto, pues la flexibilidad del sistema es una de sus virtudes y la posibilidad de que la Comisión se asigne aquellos casos que considere de interés trata, precisamente, de mantener cierto equilibrio.

Para cerrar el sistema de asignación de competencias el Artículo 1.5 Ley 1/2002<sup>30</sup>, formula una “cláusula de salvaguarda”, en favor de la autoridad nacional:

“5. Correspondrá en todo caso al Estado:

- a) La aplicación de las normas contenidas en el capítulo II y en el capítulo III del Título I de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.
- b) La autorización, mediante reglamentos de exención, de categorías de acuerdos, decisiones, recomendaciones, prácticas concertadas o conscientemente paralelas a que se refiere el artículo 5 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.
- c) La representación en materia de defensa de la competencia ante otras autoridades nacionales, Foros y Organismos internacionales y, en concreto, ante la Unión Europea, la OCDE, la OMC y la UNCTAD.
- d) La aplicación en España de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea y de su Derecho derivado, de acuerdo con lo dispuesto al respecto en el artículo 25 c) de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.”<sup>31</sup>

Si al desequilibrio que preside el sistema de reparto de competencias previsto en la Ley 1/2002 le unimos el hecho de que determinadas materias, como por ejemplo la aplicación de los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, el control de concentraciones o la elaboración de reglamentos de exención por categorías están reservadas en exclusiva al Estado, resulta fácil comprender las críticas que consideran que esta la Ley refleja un elevado nivel de desconfianza hacia las Comunidades Autónomas así como la intención de reservar a la autoridad estatal competencias cuya titularidad tras la sentencia del Tribunal Constitucional es, cuando menos, discutible<sup>32</sup>.

El caso particular de la aplicación de los Artículos 101 y 102 TFUE, merece algunas consideraciones.

---

30 El Artículo 1.4 Ley 1/2002 se refiere al sistema de autorizaciones singulares, hoy desaparecido de nuestros sistemas.

31 La letra d) del número 5 del artículo 1 redactada por el artículo 96 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social (BOE 31 diciembre).

32 En este sentido vid., entre otros Crucelegui, 2007: 126.

Como apunta Marcos<sup>33</sup>, nada justifica la asimetría en el tratamiento de estos preceptos respecto de los Artículos 1 y 2 LDC, si bien es el criterio que mantiene también la actual LDC y la Ley 3/2013 respecto de la CNMC, que excluyen la competencia de las ARC, máximo en regiones o comunidades autónomas fronterizas, donde los efectos serían autonómicos. Por otro lado, como señala el mismo autor, la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía<sup>34</sup>, establece que:

”2. La Comunidad Autónoma de Andalucía asume mediante el presente Estatuto:  
[...]

4.º Competencias en relación con la aplicación del derecho comunitario, que comprenden el desarrollo y la ejecución de la normativa de la Unión Europea cuando afecte al ámbito de las competencias de la Comunidad Autónoma.”

Con posterioridad, la LDC introdujo algunos interesantes cambios. Así, por una parte, amplió, aunque de manera muy limitada, las atribuciones de la ANC y las ARC, -en la medida en que estas asumieran dichas funciones-, en materia de “Ayudas Públicas”<sup>35</sup>. En esta materia se establece la posibilidad de que la ANC o la correspondiente ARC pueda emitir informe no vinculante, por lo que, en la práctica, es realmente una actuación de “Promoción de la Competencia” o “Advocacy”, no un instrumento de control, como el diseñado en los Artículos 107 a 109 TFUE.

En materia de concentraciones, la Competencia viene reconocida de forma exclusive a la ANC (CNMC), aunque en esta materia se ha producido una cierta evolución, cuyo alcance práctico parece sin embargo, algo reducido.

Como apunta MARCOS<sup>36</sup>, a pesar de la Competencia atribuida a la ANC, la LDC establece un Sistema de consulta cuando la operación afecte de manera significativa a una Comunidad Autónoma, sin embargo existen diversos pronunciamientos del TC que pueden ser relevantes en la materia:

33 Cfr. Marcos, 2002: 17-18.

34 Cfr Artículo 42 (“Clasificación de las competencias”), apartado 2, punto 4 (BOE núm. 68, de 20 de marzo de 2007).

35 Cfr. Artículo 11 LDC y concordantes de su reglamento (Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia. BOE núm. 50, de 27 febrero 2008). Respecto de la regulación de las ayudas públicas en la LDC, vid. Rodríguez Miguez, 2010: 45-57 y Arpio Santacruz, 2009: 351-378. Y, más recientemente, García-Cruces González, 2014: 419-602.

36 Marcos, 2011.

Sentencia 31/2010<sup>37</sup>:

En esta sentencia, el TC revisaba la constitucionalidad de diversos preceptos de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña. Para el TC (FJ 96):

“La segunda objeción de inconstitucionalidad planteada por los recurrentes denuncia que el art. 154.2 EAC atribuye competencias a la Comunidad Autónoma que exceden de las que se refieren a acuerdos y prácticas restrictivas de la competencia y de abuso de la posición dominante proponiendo los propios recurrentes que efectuemos una interpretación conforme a la Constitución que excluya de la competencia autonómica las concentraciones empresariales. Definida en los términos antes expuestos el alcance de la competencia asumida por la Comunidad Autónoma, esto es, limitada territorialmente al ámbito autonómico, así como a las actuaciones restrictivas de la competencia en el mismo y de acuerdo, en todo caso, con la legislación estatal, no existe en principio razón alguna, como señala el Abogado del Estado, para que la Comunidad Autónoma no pueda asumir competencias estrictamente ejecutivas en relación con aquellas concentraciones siempre que resulten incluidas en el ámbito de la competencia autonómica y carezcan de trascendencia supracomunitaria.”

Con posterioridad, la Sentencia 108/2014<sup>38</sup>, relativa a los artículos 9 y 13 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia, promovida por el Gobierno de Canarias, el TC señaló, en su FJ 4º:

“[...] la Constitución no impide que las Comunidades Autónomas puedan asumir estatutariamente competencias de ejecución de la legislación estatal sobre concentraciones económicas, siempre que se trate de concentraciones económicas que “carezcan de trascendencia supracomunitaria” y “de acuerdo, en todo caso, con

---

37 Sentencia 31/2010, de 28 de junio de 2010. Recurso de inconstitucionalidad 8045-2006. Interpuesto por noventa y nueve Diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso en relación con diversos preceptos de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña (BOE núm. 172, de 16 de julio de 2010).

38 Sentencia 108/2014, de 26 de junio de 2014. Recurso de inconstitucionalidad 2610-2008. Interpuesto por el Gobierno de Canarias respecto de los artículos 9 y 13 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia. Competencias sobre comercio interior, defensa de la competencia y ordenación general de la economía: constitucionalidad de los preceptos legales que reservan a la Administración estatal el ejercicio de funciones ejecutivas en el control de concentraciones económicas. Voto particular (BOE núm. 177, de 22 de julio de 2014).

la legislación estatal”, de donde resulta claramente que queda a salvo la potestad normativa que al Estado le corresponde en este campo y, en consecuencia, la posibilidad de que en su ejercicio y en consideración a los intereses económicos en presencia, decida someter únicamente a control administrativo las concentraciones económicas cuyos efectos trascienden el ámbito geográfico de una Comunidad Autónoma.”

Añadiendo, no obstante, a continuación, que “Asimismo, debemos recordar ahora que tampoco está constitucionalmente vedado que el legislador reserve al Estado competencias ejecutivas en este ámbito, si tal reserva resulta necesaria para garantizar la consecución de los fines a los que responde la normativa objeto de aplicación.”

La LDC introdujo también una nueva función, asignándosela tanto a la ANC como a las ARC, aunque con alcance diferente. Nos referimos a la legitimación activa para impugnar ante la jurisdicción competente actos de las Administraciones Públicas estatal, autonómicas o locales sujetos al derecho Administrativo y disposiciones generales de rango inferior a la ley de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados.

El crietro aplica el punto de conexión infra o supra estatal, de forma tal que la legitimidad de la CNMC se extiende a “los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho administrativo y disposiciones generales de rango inferior a la ley de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados.”<sup>39</sup> Por su parte, en el caso de las ARC, el Artículo 13.2 LDC dispone:

“2. Sin perjuicio de las competencias de la Comisión Nacional de la Competencia, los órganos competentes de las Comunidades Autónomas están legitimados para impugnar ante la jurisdicción competente actos de las Administraciones Públicas autonómicas o locales de su territorio sujetos al Derecho Administrativo y disposiciones generales de rango inferior a la ley de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados.”

---

<sup>39</sup> Esta función, inicialmente recogida en el hoy derogado Artículo 12 LDC, se recoge hoy en el Artículo 5.4 de la Ley 2/2013, con la siguiente redacción: “4. En cumplimiento de sus funciones, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia está legitimada para impugnar ante la jurisdicción competente los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho administrativo y disposiciones generales de rango inferior a la ley de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados.”

Para solucionar los conflictos que se puedan producir en materia de asignación de casos entre la autoridad nacional y las autoridades autonómicas, la Ley 1/2002, seguiendo las indicaciones del Tribunal Constitucional, la Ley 1/2002 establece en los artículos 2 y 3, un mecanismo para la resolución de conflictos, para lo que se crea una “Junta Consultiva en materia de conflictos”, cuya decisiones son apelables ante el propio Tribunal Constitucional.

#### 4. MECANISMOS DE COORDINACIÓN Y APLICACIÓN UNIFORME

Con relación a los “Mecanismos de Coordinación” (artículos. 4-5 Ley 1/2002), como ya hemos tenido ocasión de señalar en alguna ocasión<sup>40</sup>, el legislador está pensando más en crear instrumentos para que el órgano estatal garantice una aplicación uniforme de las normas de competencia que en dotar al sistema de herramientas que permitan una coordinación eficaz entre todas las autoridades. Así, la Ley 1/2002, contempla un único mecanismo de coordinación, el “Consejo de Defensa de la Competencia” (“CDC”), que se ha mostrado poco operativo en la práctica.

Este “Consejo de Defensa de la Competencia” reúne a todas las autoridades españolas de la competencia (“Administración General del Estado”, en adelante “AGE” y Comunidades Autónomas), atribuyéndole la condición de “órgano de colaboración, coordinación e información recíproca entre el Estado y las Comunidades Autónomas para promover la aplicación uniforme de la legislación de competencia”.

Aunque una lectura rápida y superficial de esta previsión legal podría inducirnos a pensar que el CDC es un órgano equivalente a la “European Competition Network” (“ECN”)<sup>41</sup>, su alcance es mucho más limitado, ya que sus funciones y eficacia real son muy diferentes. Ello es así, en buena medida, porque la ECN y el CDC se enmarcan en contextos diferentes y en una comprensión del principio de descentralización administrativa que no se identifican plenamente.

La aprobación de la nueva LDC modificó diversos aspectos de la Ley 1/2002, entre ellos, la regulación del CDC, asigna<sup>42</sup>, a las que se remite además a lo largo de su articulado.

40 Hernández Rodríguez, 2015: 105-129.

41 Cfr. Rodríguez Miguez, 2015: 105-129.

42 La Disposición Adicional Décima, que se incorpora ex novo al texto del PLDC durante su paso por el Congreso de los Diputados. En el Senado se hizo una pequeña adición para mejorar su redacción.

De acuerdo con la nueva redacción del Artículo 5.Uno.3 de la Ley 1/2002:

“3. El Consejo de Defensa de la Competencia, como órgano de participación y colaboración entre la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas, asumirá las siguientes funciones:

- a) Realizar el seguimiento periódico de la política de defensa de la competencia por parte de las distintas Administraciones públicas.
- b) Promover el intercambio de información y la realización y publicación de estudios en los que se pongan de manifiesto los criterios seguidos por las distintas Administraciones en aplicación de la normativa de defensa de la competencia y, en su caso, la necesidad de hacer que éstos sean uniformes.
- c) Informar sobre los proyectos de disposiciones de carácter general que afecten a las materias de la defensa de la competencia en las que las Comunidades Autónomas tienen competencias de ejecución.
- d) Elaborar directrices sobre la interpretación del apartado 2 del artículo 1 de la presente Ley.”

El único cambio introducido, –y no es nada irrelevante–, afecta a la letra d), que se incorpora al texto del precepto, que sólo recogía las tres funciones anteriores. A partir de la reforma descansará sobre el CDC la función de elaborar directrices sobre la interpretación de los casos en que *ex lege* se considere que exista afectación supraautonómica, en cuyo caso la competencia es de la CNMC. Este mecanismo permitirá matizar notablemente los conceptos recogidos en dicho precepto, que serán interpretados por un órgano en el que las Comunidades Autónomas están también representadas.

Además de estos supuestos, la propia LDC requiere el concurso del CDC en, al menos, tres ocasiones más:

1º El Artículo 1.5 LDC establece que “[...] el Gobierno podrá declarar mediante Real Decreto la aplicación del apartado 3 del presente artículo a determinadas categorías de conductas, previo informe del Consejo de Defensa de la Competencia y de la Comisión Nacional de la Competencia”. Se trata de las conocidas como “Exenciones por categorías”, que al revestir la forma de real de decreto podrían ya considerarse subsumidas en la función c) aludida anteriormente.

2º Las “Declaraciones de inaplicabilidad”, del Artículo 6 LDC, que podrán ser adoptadas, en su caso, por la CNMC, “previo informe del Consejo de Defensa de la Competencia”, cuya participación debe considerarse preceptiva, aunque no vinculante y,

3º Las “Comunicaciones de la CNMC”, recogidas en la Disposición Adicional Tercera de la LDC, en la que se precisa que “[e]n particular, las Comunicaciones referentes a los artículos 1 a 3 de esta Ley se publicarán oído el Consejo de Defensa de la Competencia”. Esta audiencia, entendemos que, como en el caso anterior, es preceptiva, pero no vinculante para la CNMC.

Desde el punto de vista de la organización, la presidencia del CDC pasa al ser desempeñada por el presidente de la CNMC, siendo su composición paritaria entre la AGE y las Comunidades Autónomas<sup>43</sup>.

Aunque como hemos anticipado, el CDC, en sí mismo, no ha resultado un órgano especialmente útil, –entre otras cosas por su carácter paritario, con el voto dirimente del presidente de la CNMC-, sí lo han sido, al menos desde una perspectiva práctica, la denominada “Red de Cooperación de los Órganos Competentes en materia de competencia” (“REC”) y los “Grupos de Trabajo” que a su amparo se han venido creando entre la CNMC y las diferentes Autoridades Autonómicas de la Competencia.

La REC, frente a la “European Competition Network” (“ECN”) es, en realidad, un instrumento mucho más limitado, dotado de carácter esencialmente “virtual”<sup>44</sup>, pues se trata de un mecanismo de coordinación y asignación de casos, – el diseñado en la propia Ley 1/2002 – y una red informática interna para tal propósito, articulada en el marco de la plataforma de la administración electrónica de la AGE, gestionada por el “Centro de Recursos de Comunicación e Información para Administraciones, Empresas y Ciudadanos” (“CIRCABC”)<sup>45</sup>.

Su carácter “virtual” fue reconoció de forma expresa por la propia CNC en uno de sus documentos<sup>46</sup>, al definirla como “un espacio común de intercambio de información que permite la comunicación y coordinación fluida y permanente entre todas las autoridades de competencia de las distintas Administraciones (Estatal y autonómica)”.

43 Vid. Orden ECC/2557/2014, de 29 de diciembre, por la que se nombran los miembros del Pleno del Consejo de Defensa de la Competencia en representación de la Administración General del Estado y su Secretario (BOE núm. 8, de 9 de enero de 2015).

44 Acerca de la REC, vid. Rodríguez Miguez, 2015: 105-129.

45 La administración electrónica de la AGE se apoya en Portal de la Administración Electrónica en la dirección <http://administracionelectronica.gob.es/> gestionada técnicamente por el CIRCABC (Centro de Recursos de Comunicación e Información para Administraciones, Empresas y Ciudadanos).

46 CNC, 2013: 41.

Para la actualización de este “*espacio común de intercambio de información*” se creó y está en funcionamiento desde 2008<sup>47</sup> un Grupo de Trabajo específico, en el seno del CDC. Junto a este Grupo de Trabajo, en el marco de la CDC se han creado otros dos en materia de “Investigación”, para unificar criterios en la instrucción de expedientes, y otro de “Promoción de la Competencia”, destinado a la elaboración de informes conjuntos en materias de interés común y más recientemente, uno destinado a los “Consejos”, para unificar criterios, en este caso, en la fase de resolución.

Como ya hemos anticipado, la Ley 1/2002 diseñó también diversos mecanismos de “información recíproca”, destinados a garantizar la “aplicación uniforme del Derecho de la Competencia” en España y por ende, en el marco de la Unión Europea. Conforme al Artículo 5. Dos de la Ley 1/2002, los mecanismos de información recíproca son los siguientes:

- a) Las Comunidades Autónomas deben remitir a la Dirección de Competencia “copia de todas las denuncias y solicitudes de autorización singular recibidas en aplicación de la presente Ley”. Asimismo, notificarán a dicha Dirección de Competencia “aquellas conductas detectadas de oficio respecto de las que existan indicios racionales de infracción.”
- b) Por su parte, la CNMC “remitirá a los órganos autonómicos una nota sucinta de las actuaciones practicadas de oficio y copia de todas las denuncias, respecto de las que existan indicios racionales de infracción, que se refieran a conductas que afecten a su respectiva Comunidad Autónoma.”<sup>48</sup>
- c) Cuando la conducta contemplada en los apartados a) y b) haya sido detectada de oficio, la notificación consistirá en una descripción de la conducta detectada, con indicación de las partes, del ámbito al que se extiende y de los motivos que justifican la iniciación del expediente.
- d) La Dirección de Competencia “comunicará a los órganos autonómicos correspondientes los expedientes incoados que afecten a su territorio.”

47 En la reunión del Consejo de Defensa de la Competencia, de 19 de diciembre de 2008 se creó el “Grupo de actualización y mantenimiento de la Red de Cooperación de los Órganos Competentes en materia de competencia”. CNC, 2013: 41.

48 La letra b) del número dos del artículo 5 redactada por el número dos de la disposición adicional décima de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (“B.O.E.” 4 julio).

A diferencia de los instrumentos de coordinación, – el CDC y sus instrumentos derivados, la REC y los Grupos de Trabajo –, medidas como la obligación que se impone a los órganos autonómicos de notificar a la CNMC todos los acuerdos y resoluciones adoptados, tanto en la fase de instrucción como de resolución, que pongan fin al procedimiento, la posibilidad de que la Dirección de investigación se persone como interesada en los procedimientos administrativos tramitados por los órganos autonómicos o la petición por parte de la CNMC al órgano autonómico de informe preceptivo no vinculante respecto de aquellas conductas que afectando a un ámbito supraautonómico o al conjunto del mercado nacional incidan de forma significativa en el territorio de la respectiva Comunidad Autónoma, sí han servido para garantizar un alto grado de uniformidad en la aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia en todo el territorio nacional.

Si bien, como señalaremos, la aplicación uniforme no debe entenderse como un relación jerárquica entre la CNMC y las Autoridades Autonómicas, como tampoco existe, en sentido estricto, entre la Comisión Europea y las Autoridades Nacionales de la Competencia, lo cierto es que se aprecia una notable asimetría en la relación CNMC/Autoridades Autonómicas de competencia que en cuya superación sería preciso avanzar.

Asimismo, es preciso subrayar<sup>49</sup> que en lo que respecta a la coordinación entre autoridades de competencia, la aplicación uniforme del Derecho de la Competencia es un objetivo al servicio del que se establecen instrumentos de colaboración y coordinación, pero no de subordinación de las Autoridades Autonómicas de Competencia a la CNMC, máxime en un sistema como el español en el que rige el principio de “competencias excluyentes”.

Las facultades reconocidas en este contexto a la CNMC, a través de su Dirección de Investigación para comparecer e incluso impugnar decisiones adoptadas por las Autoridades autonómicas deben interpretarse en sus justos términos y en el marco, repetimos una vez más, de la coordinación, no de la dependencia o subordinación.

A este respecto debemos afirmar con claridad que la “unidad de mercado”<sup>50</sup> no se ve necesariamente afectada por la existencia de cualquier tipo de discre-

49 En este sentido, vid. Rodríguez Miguez, 2013: 11-27.

50 Es preciso destacar que la “unidad de mercado» ha adquirido una substancialidad propia en el marco de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado (BOE núm 295, de 10 de diciembre de 2013), que dota de nuevas funciones a la CNMC en este ámbito. No así a las Autoridades Autonómicas de la Competencia, pese a que así se había solicitado por alguna de ellas (en este sentido, Consello Galego da

pancia o incluso de contradicción que pueda plantearse, como evidencia la ya tradicional y bien conocida variedad de criterios que suelen mantener entre sí los tribunales de apelación en los diferentes circuitos que integran el complejo entramado judicial norteamericano, sin que se considere menoscabado ningún principio de unidad.

Este parece ser el espíritu que inspira la Sentencia del Tribunal de Justicia de Galicia, de 20 de enero de 2016, en el recurso contencioso-administrativo número 340/2014, interpuesto por la CNMC, contra la Resolución del Pleno del CGC de 15 de Julio de 2014, R.4/2014-Tanatorio As Burgas, recaída en expedientes sancionadores acumulados S 1/2003 y S 5/2013 por la que se declara la terminación convencional de los mismos.

En esta sentencia y a propósito del valor que debía atribuirse a la Comunicación de la CNC sobre terminación convencional de expedientes sancionadores de 28 de Septiembre de 2011, el Tribunal examinó las relaciones entre la CNMC y las autoridades autonómicas.

Para examinar esta cuestión<sup>51</sup> el Tribunal apela a los principios que rigen las relaciones entre Administraciones Pùblicas, en este caso, entre lo que califica como “entes públicos independientes”, la CNMC y la CGC, que están sujetos a los principios enunciados en el Artículo 4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Pùblicas y del Procedimiento Administrativo Común, en toda su extensión cuando dispone: “Las Administraciones pùblicas actúan y se relacionan de acuerdo con el principio de lealtad institucional y, en consecuencia, deberán: a) Respetar el ejercicio legítimo por las otras Administraciones de sus competencias. b) Ponderar, en el ejercicio de las competencias propias, la totalidad de los intereses pùblicos implicados y, en concreto, aquellos cuya gestión esté encomendada a las otras Administraciones. c) Facilitar a las otras Administraciones la información que precisen sobre la actividad que desarrollean en el ejercicio de sus propias competencias. d) Prestar, en el ámbito propio, la cooperación y asistencia activas que las otras Administraciones pudieran recabar para el eficaz ejercicio de sus competencias”».

---

Competencia, Informe FC 1/2013. Observaciones desde el punto de vista de la competencia al Anteproyecto de Ley de Garantía de la Unidad de Mercado, disponible en [http://www.consellogalegadacompetencia.es/informes/Informe\\_FC1-2013\\_garantia\\_unidad\\_mercado\\_es.pdf](http://www.consellogalegadacompetencia.es/informes/Informe_FC1-2013_garantia_unidad_mercado_es.pdf)), si bien algunas Comunidades Autónomas han asignados a sus Autoridades de Competencia la condición de “Puntos de contacto”, en relación con las reclamaciones que a su amparo se puedan interponer.

51. Cfr. FJ 7.º de la sentencia citada.

Como apunta Marcos<sup>52</sup>, “Aunque nadie duda de que la CNMC y las autoridades autonómicas de defensa de la competencia no es de carácter jerárquico, sino que las autoridades autonómicas son administraciones ‘independientes’ que ejercen las potestades de ejecución de la LDC que constitucional y estatutariamente tienen reconocidas, es significativo que el TSJG nos lo recuerde [...]”.

De hecho, como indica el mismo autor, la sentencia alguna consideración relevante sobre la finalidad y los límites de la función de coordinación de la CNMC que la Ley 1/2002 le atribuye para velar por la aplicación uniforme de la LDC.

Así, la Sala afirma en su FJ 6º:

“SEXTO. [...] en caso de “pugna de discrecionalidades” entre administraciones (ente gallego y ente nacional), dado que no existe tutela ni jerarquía del ente gallego sobre el nacional ha de estarse a primar la discrecionalidad del órgano inmediato y actuante, la CGC pues lo contrario supondría vaciar de competencias a la entidad autonómica, cuando el legislador ha querido atribuir este cometido de instruir y resolver tales procedimientos con la terminación convencional al ente autonómico, y lo que es más importante, cuando el propio legislador en materia de defensa de la competencia, no ha introducido en la normativa el dictamen vinculante de la CNMC, la eventual suspensión de la terminación convencional a instancias de la misma u otra técnica que condicione el ejercicio de la discrecionalidad autonómica. No pueden extenderse las funciones coordinadoras de la CNMC hasta dejar sin efecto las funciones instructoras y resolutorias de los expedientes sancionadores de la CGC.

No ignoramos que en un Estado autonómico, tal y como deriva de la STC 208/1999, ha de dejarse espacio o margen de decisión para la actuación de los entes autonómicos en la materia, con salvaguarda de la alta misión estatal que la temprana STC 186/1988, de 17 de octubre, concretó en que “la competencia estatal en cuanto a la ordenación general de la economía responde al principio de unidad económica y abarca la definición de las líneas de actuación tendentes a alcanzar los objetivos de política económica global o sectorial fijados por la propia Constitución, así como la adopción de las medidas precisas para garantizar la realización de los mismos. La necesaria coherencia de la política económica exige decisiones unitarias que aseguren un tratamiento uniforme de determinados problemas en orden a la consecución de dichos objetivos y evite que, dada la estrecha interdependencia de

---

52 Cfr. Marcos, 2016.

las actuaciones llevadas a cabo en las distintas partes del territorio, se produzcan resultados disfuncionales y disgregadores" (FJ 2). Tal función coordinadora del ente nacional en salvaguardar la libre competencia nos parece esencial y legítima, pero digámoslo claro, no vemos como se compromete en este caso singular, como tampoco vemos cómo puede servirse mejor al interés general con una eventual sanción que con un compromiso firme que disipa conductas ilícitas y sienta bases para el juego limpio en el futuro".

Adicionalmente, y al margen de lo afirmado en esta sentencia, parece necesario apuntar que la comparecencia como parte interesada por parte de la CNMC durante la tramitación de los expedientes de que conocen las Comunidades Autónomas incluye, como consecuencia lógica, la posibilidad de presentar alegaciones al mismo, circunstancia que entendemos debe tener igualmente carácter excepcional, y que, debe limitarse, en una interpretación equilibrada de este instrumento y sus consecuencias e implicaciones, a los supuestos concretos en que se discrepe de la posición que pueda estar manteniendo la instrucción por parte de la Autoridad autonómica o para reforzarla, aportando, en su caso, nuevos argumentos o cualquier otro material fáctico o intelectual que pueda ser de utilidad para el buen fin del expediente, que no es necesariamente sancionar o imponer una mula, sino sobre todo erradicar las conductas anticompetitivas.

Por este motivo, entendemos que debe rechazarse tanto la personación sistemática por parte de la CNMC, toda vez que esta se puede producir en cualquier momento del procedimiento y que se da traslado a la misma de todos los acuerdos y decisiones que se vayan adoptándose.

Asimismo, consideramos que la presentación de alegaciones por parte de la CNMC, como en su caso, de las Comunidades Autónomas en expedientes tramitados ante aquélla, – algo no previsto en la Ley 1/2002 –, sólo tiene sentido si concurren las circunstancias aludidas (discrepancia grave u oportunidad de la colaboración cuando se considere especialmente relevante o útil).

El rechazo a un uso generalizado y no justificado de estas prerrogativas, cuya simetría debería reconocerse, se fundamentaría no sólo en la eficiente asignación de recursos públicos que debe presidir toda actuación de las Administraciones públicas, sino también, y entendemos que es más importante aún, en la imperiosa necesidad de respetar la filosofía interna del sistema que, de otro modo, podría perder credibilidad y eficacia, ya que si las alegaciones CNC discrepan en puntos no relevantes con la posición mantenida por la Autoridad autonómica puede mermar la credibilidad de sus decisiones.

## 5. LAS AUTORIDADES AUTONÓMICAS DE COMPETENCIA

No resulta fácil referirse de forma general a las autoridades autonómicas de defensa de la competencia debido a la diversidad existente, que ha sido una característica del sistema descentralizado desde su nacimiento. Así, entre las autoridades existentes en la actualidad nos encontramos con realidades muy diversas tanto en lo que se refiere a su configuración jurídica como a su presupuesto y objetivos.

Se pueden distinguir tres fases en la evolución de las autoridades autonómicas de la Competencia que, en cierto modo, han seguido la estela que dejaba la normativa estatal en su evolución. En una primera fase, las autoridades autonómicas replicaban de forma mimética la naturaleza del Tribunal de Defensa de la Competencia separando resolución e instrucción en órganos separados y denominándose tribunales. En la segunda fase, tras la creación de la Comisión Nacional de la Competencia algunas autoridades se reformaron para integrar instrucción y resolución en un órgano único siguiendo el modelo de la CNC. En la actualidad, tras la conversión de la Comisión Nacional de la Competencia en un órgano multifuncional, tras su integración con los reguladores sectoriales en el seno de la nueva Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia se comienzan a gestar también autoridades autonómicas de tercera generación. Así, en el caso de Galicia está prevista la integración del Consello Galego da Competencia con el Instituto Gallego de Consumo para crear una autoridad única de competencia y consumo, mientras que en Andalucía se ha dotado de nuevas funciones a la Agencia Andaluza de Defensa de la Competencia.

A día de hoy hay en España 12 autoridades autonómicas de competencia que podemos clasificar en tres grupos:

1. Autoridades con órgano de instrucción y resolución integrado: Andalucía, Cataluña, Galicia y País Vasco
2. Autoridades con una estructura dual de instrucción y resolución: Comunidad Valenciana, Castilla León, Aragón y Extremadura
3. Autoridades que sólo tienen órgano de instrucción (resuelve el Consejo de la CNMC): Canarias, Madrid, Murcia y Navarra.
4. Las Comunidades Autónomas de Asturias, islas Baleares y Castilla la Mancha no tienen autoridad de competencia pero han firmado un convenio con la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia con el objeto de mejorar la aplicación de la normativa de defensa de la competencia a través del intercambio recíproco de información.

5. Finalmente, Cantabria y La Rioja no tienen autoridad de competencia ni han firmado ningún tipo de convenio de colaboración con la autoridad nacional.

Con independencia de su diversa configuración jurídica, desde un punto de vista práctico, la principal distinción entre autoridades autonómicas viene dada por las enormes diferencias existentes entre sus presupuestos y medios humanos y materiales, que determinan los niveles de actividad de cada una de ellas.

Si en un principio se podría pensar que la coordinación entre doce autoridades diferentes con la CNMC resultaría problemática, fundamentalmente por los defectos ya reseñados de la Ley de coordinación, la realidad ha sido muy distinta y el funcionamiento del sistema descentralizado ha funcionado con una mínima conflictividad y elevados niveles de cooperación. Así, desde su creación en 2002, los órganos de competencia sólo han acudido 4 veces a la junta consultiva en materia de conflictos y si bien el Consejo de Defensa de la Competencia, que es el principal órgano de coordinación creado por la Ley 1/2002 ha resultado ser poco eficaz, se han creado diversos grupos de trabajo que funcionan con regularidad y contribuyen de forma notable a mantener la coordinación en la aplicación de la normativa de competencia, a la vez que permiten un intercambio fluido de información entre las distintas autoridades.

En el ámbito de la instrucción funcionan los grupos de trabajo de “aplicación de la Ley 1/2002 por los órganos de instrucción”, “asignación de expedientes” y “red de autoridades de competencia”, que están presididos por la dirección de competencia de la CNMC. Además hay un grupo de trabajo de promoción y se está poniendo en marcha un grupo de trabajo de órganos de resolución. Uno de los mejores ejemplos del alto nivel de coordinación alcanzado es el funcionamiento de la red de competencia (REC).

Otra manifestación de este clima de entendimiento son los cursos de inspección para personal de las autoridades autonómicas que organiza anualmente la CNMC o las jornadas nacionales de la competencia que se vienen celebrando desde el año 2008.

Por lo que se refiere a los niveles globales de actividad podemos aportar algunas cifras que demuestran que la descentralización en la aplicación de la normativa de competencia ha supuesto un aumento de actividad en términos generales. Así, desde 2001, año en que comienza a funcionar la Autoridad Catalana hasta diciembre de 2015 se sometieron 887 expedientes al trámite de asignación previsto en la Ley 1/2002. Esta cifra recoge sólo los expedientes

que tuvieron entrada en una Autoridad Autonómica y las que entraron por la Comisión Nacional pero tenían, por lo menos en apariencia, dimensión autonómica. Los casos que entran por la Autoridad estatal y que, en opinión de ésta, no limitan sus efectos exclusivamente al territorio de una Comunidad Autónoma no se someten al trámite de asignación y quedan, de facto, al margen del sistema previsto en la Ley 1/2002. Aunque la Ley de Coordinación no exceptúa estos expedientes del trámite de asignación, la CNC y ahora la CNMC lo han venido haciendo a pesar de la opinión contraria de las autoridades autonómicas.

## 6. CONCLUSIONES

Desafiando las predicciones más pesimistas, los hechos parecen corroborar que la aplicación descentralizada se encuentra en una fase de consolidación, caracterizada por un nivel de actividad en materia de defensa de la competencia cada vez más elevado, un alto grado de coordinación y cooperación entre las Autoridades, que han desarrollado mecanismos más eficaces que los inicialmente previstos en la Ley de coordinación, y muy baja conflictividad. Es el momento, por tanto, de superar ciertos temores y desconfianzas que han lastrado el funcionamiento del sistema y de crear un nuevo marco jurídico que sustituya al previsto en la Ley 1/2002, permitiendo que la aplicación descentralizada suponga un aumento cuantitativo y cualitativo de la actividad relacionada con la defensa de la competencia en España en beneficio de toda la sociedad. Buena prueba de que avanzamos hacia una nueva etapa lo constituye el Plan Estratégico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, que contiene interesantes propuestas para reforzar la colaboración con las autoridades autonómicas.

Cualquier iniciativa de reforma del sistema de aplicación descentralizada de la defensa de la competencia debería asentarse sobre dos pilares fundamentales: por un lado, resulta necesario reformar la Ley 1/2002 de coordinación de competencias, una norma más orientada a resolver los conflictos, que en muchos casos genera ella misma, fundamentalmente por el inadecuado sistema de reparto de competencias, que a sentar las bases de funcionamiento de un sistema eficiente basado en la lealtad constitucional y sin apenas conflictividad. Por otro lado, las autoridades autonómicas deben evolucionar a la luz de la experiencia adquirida y perfilar su actividad hacia aquellos ámbitos en los que su trabajo puede ser más eficaz, orientándose hacia aquellos sectores a los que a la CNMC le puede resultar más difícil llegar. Las recurrentes

críticas a la duplicidad de organismos se responden con eficacia y complementariedad.

El modelo diseñado en la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia<sup>53</sup>, para la asignación de casos, basado en “competencias excluyentes” (Estado/Comunidad Autónoma), contrasta notablemente con el diseñado en la Unión Europea sobre la base del Reglamento (CE) nº 1/2003, del Consejo de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 [hoy 101 y 102 TFUE] del Tratado<sup>54</sup> y sus normas de desarrollo y complemento<sup>55</sup>.

Entendemos que este modelo, que no ha sido modificado tras la aprobación de la vigente LDC, ni tras la creación de la CNMC, desaprovecha la oportunidad de flexibilizar el rígido sistema de asignación de casos previsto en aquélla<sup>56</sup>, ignorando que el modelo de la Unión Europea debe, en buena medida, su éxito al papel desempeñado por la European Competition Network (ECN), en la aplicación del principio básico de las competencias concurrentes, diseñado y aplicado en el marco de la Unión Europea<sup>57</sup>.

53 A este respecto, vid. Hernández Rodríguez, 2001: 1449-1457.

54 DO L 1, de 4.1.2003, p. 1.

55 Cfr. la Declaración común del Consejo y de la Comisión sobre el funcionamiento de la Red de Autoridades de Competencia (Esta Declaración común se puede descargar en [http://ec.europa.eu/competition/ecn/joint\\_statement\\_es.pdf](http://ec.europa.eu/competition/ecn/joint_statement_es.pdf)) y Comunicación de la Comisión sobre la cooperación en la Red de Autoridades de Competencia (DO C 101, de 27.4.2004, p. 43). Como recuerdan Ortiz Blanco & Lamadrid de Pablo, 2012: 100), a los que cita Rodríguez Miguez, este documento no sólo vincula a la Comisión, sino también a los Estados miembros que suscribieron, como se recoge en la propia Comunicación (nota 4), la Declaración común del Consejo y de la Comisión sobre el funcionamiento de la Red de Autoridades de Competencia, disponible en el registro del Consejo, en <http://register.consilium.eu.int> (documento no 15435/02 ADD 1).

56 No obstante debe reconocerse, como apunta Rodríguez Miguez, que la LDC corrigió uno de los rasgos más evidentes de la Ley 1/2002 que era la existencia de notables asimetrías entre las exigencias impuestas al, por aquel entonces SDC, y las requeridas a los órganos autonómicos en materia de competencia. A través de la reforma del Artículo 5.Dos, letra b), de la Ley 1/2002, introducida por la LDC, estos desequilibrios son corregidos de forma sencilla, superando el absurdo de que las Comunidades Autónomas hubieran de mandar copia de todas las denuncias y el SDC únicamente nota succincta.

57 No se trata, sin embargo, del criterio general en el ámbito de la competencia pues, por ejemplo, en materia de Ayudas de Estado, donde la Comisión tiene competencias exclusivas o en sede de concentraciones la Comisión o las ANC “tendrá(n) competencia exclusiva para adoptar las decisiones que correspondan, conforme al Reglamento (CE) nº 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas (DO L 24, de 29.01.2004, p. 1), cuando se aprecie que tienen “dimensión comunitaria” o solamente nacional, lo que se hace en función de parámetros concretos y fijos previstos en la propia norma. En materia de concentraciones resulta de interés la STPI sentencia de 14 de julio de 2006, Endesa/Comisión, asunto T-417/05, Rec. 2006 p. II-2533, a propósito de la frustada operación Gas Natural/ENDESA.

Por lo que respecta a la actividad de las autoridades autonómicas, la experiencia demuestra que la promoción es uno de los campos en los que su actividad puede resultar más eficaz y complementaria de la de la Comisión Nacional.

No existe en nuestro Derecho una definición de “promoción de la competencia”, sino una serie de ámbitos, metodologías y funciones que contribuyen a evitar o suprimir comportamientos anticompetitivos<sup>58</sup>.

Tal y como ha puesto de manifiesto la Comisión europea en su Comunicación “una política de competencia proactiva para una Europa competitiva”<sup>59</sup>, la promoción de la competencia no sólo supone la realización de actividades de difusión entre los operadores económicos y las propias Administraciones Públicas acerca de cuáles son las conductas contrarias a la competencia y las ventajas para la sociedad de disponer de mercados más competitivos. La moderna dimensión de la promoción de la competencia incluye además todas aquellas otras acciones destinadas a impulsar o, en su caso, eliminar del Ordenamiento jurídico aquellas normas o actuaciones que restrinjan de manera innecesaria o desproporcionada la competencia.

Por lo tanto, su objetivo no son sólo los operadores económicos, públicos o privados, sino y de manera muy singular, como ya hemos anticipado, las Administraciones Públicas, en su dimensión de Poder Público, cuyas actuaciones, decisiones o reglamentaciones pueden impedir o restringir el funcionamiento competitivo de los mercados.

Un intento de definir de manera sistemática la Promoción de la competencia<sup>60</sup> lo encontramos en la que ofrece el Advocacy Working Group, de la Internacional Competition Network, que en 2002<sup>61</sup> ofrece la siguiente definición:

“Conjunto de actividades de la autoridad de la competencia encaminadas a promover un entorno competitivo para el desarrollo de las actividades económicas, por medio de mecanismos no coactivos, sobre todos a través de la interacción

58 En este sentido, vid. Rodríguez Miguez, 2010: 56.

59 Comunicación de la Comisión: Una política de competencia proactiva para una Europa competitiva, COM (2004) 293 final.

60 Como veremos más adelante, la Exposición de Motivos de la Ley 1/2009, del 12 de febrero, de la Autoridad Catalana de la Competencia (BOE núm. 74, de 27 de marzo de 2009), párr. 7.

61 *Advocacy and Competition Policy*. Report prepared by the Advocacy Working Group ICN's Conference. Naples, Italy, 2002, p. 115. En particular, p. 25.

con otras administraciones públicas, la interacción con agentes económicos y la sensibilización del público acerca de los beneficios de la competencia<sup>62</sup>.

Dada la importancia que esta función tiene para las Autoridades autonómicas de competencia, no debe extrañar que una de las definiciones más completa y descriptiva de la misma sea la que ofrece la E. de M. de la Ley 1/2009, del 12 de febrero, de la Autoridad Catalana de la Competencia<sup>63</sup>, que establece que “La promoción de la competencia incluye, además de la elaboración, canalización y divulgación de estudios y trabajos relacionados con la competencia, la capacidad de elaborar informes desde el punto de vista de la competencia, en el momento procedimental oportuno, tanto de los proyectos normativos de las administraciones públicas de Cataluña como de sus actuaciones, si afectan o pueden afectar, directa o indirectamente, al funcionamiento competitivo de los mercados”.

De hecho, esta función figura de manera habitual en las normas reguladoras de las autoridades autonómicas de competencia y en alguna incluso aparece en el título<sup>64</sup>.

Aunque su incorporación como función propia de las Autoridades de Competencia en España se produjo ya con la Ley 16/1989, de 16 de julio, de Defensa de la Competencia, que incorporaba alguno de los instrumentos de promoción de la competencia, lo cierto es que es a partir de la aprobación de la actual Ley 15/2007, de 3 de julio, también denominada como la anterior “de Defensa de la Competencia”, cuando esta función cobra verdadera carta de naturaleza en nuestro país, siguiendo las recomendaciones del Libro blanco para la reforma del sistema español de defensa de la competencia, que elaborado por el Ministerio de Economía y Hacienda y presentado el 20 de

---

62 La traducción la tomamos de la ponencia de D. Luis Berenguer, “¿Qué se entiende por promoción de la competencia”. El texto original reza del siguiente modo: “*Competition advocacy refers to those activities conducted by the competition authority related to the promotion of a competitive environment for economic activities by means of non-enforcement mechanisms, mainly through its relationships with other governmental entities and by increasing public awareness of the benefits of competition.*”

63 BOE núm. 74, de 27 de marzo de 2009.

64 Cfr. Ley 6/2007, de 26 de junio, se denomina, de manera muy acertada, “de Promoción y Defensa de la Competencia de Andalucía” (BOJA núm. 131, de 4 de julio). Paradójicamente, como señala Rodríguez Míguez (“Promoción versus defensa, op. cit., p. 33), el órgano andaluz de competencia recupera en exclusiva la expresión “defensa”, pues se denomina “Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía”, siguiendo la práctica tradicional de otros órganos españoles en la materia.

enero de 2005, sirvió de punto de partida para la reforma de la competencia en España<sup>65</sup>.

De hecho, dicho documento planteaba expresamente la necesidad de un “refuerzo de las funciones de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia en el ámbito del control normativo, de forma que disponga de información y de instrumentos para tratar de minimizar las distorsiones introducidas por el propio sector público.”

Pues bien, entendemos que son las autoridades autonómicas quienes están mejor situadas para desarrollar algunas de las funciones de promoción cuya realización preocupaba a los redactores del “Libro Blanco”. En este sentido, las autoridades autonómicas deben reforzar su actividad en materia de control normativo en su Comunidad, centrándose no sólo en su gobierno sino también en los Ayuntamientos, donde a la CNMC le costaría mucho más llegar. Esta labor de control normativo debe ir más allá de la mera elaboración de informes y llegar hasta la impugnación de normas, incluyendo aquí las ordenanzas municipales, tal y como están haciendo ya algunas autoridades.

Esta labor entraña directamente con la actividad de las autoridades autonómicas como garantes de la unidad de mercado, como prueba el hecho de que algunas de ellas hayan sido designadas directamente como puntos de conexión en aplicación de lo dispuesto en la Ley de Unidad de Mercado y otras colaboren informando los diversos expedientes que afectan a su Comunidad. A pesar del “olvido” voluntario o involuntario del legislador, que da lugar a que no aparezcan mencionadas en la Ley de Unidad de Mercado, en la práctica las autoridades autonómicas se están convirtiendo en una pieza importante del sistema.

Finalmente, y sin salir del ámbito de la promoción, otro instrumento que se ha mostrado tremadamente eficaz son los informes sectoriales. A diferencia de la CNMC, que hace informes de promoción sobre problemas de competencia de dimensión nacional, las autoridades autonómicas pueden dotar a sus informes de una dimensión local, complementando en este sentido la actividad de la dirección de promoción de la CNMC. Un buen ejemplo de ello lo constituye el informe del Consello Galego da Competencia sobre “el mercado de los carburantes de automoción en Galicia: una visión desde la

---

65 El *Libro blanco para la reforma del sistema español de defensa de la competencia* dedicaba un epígrafe específico, bajo el título “Promoción de la defensa de la competencia” dentro del apartado general “de “Proyección social de la defensa de la competencia” a esta materia (apartados 211 a 214).

libre competencia”<sup>66</sup>. Galicia es una de las Comunidades Autónomas con los carburantes más caros de España, y ninguno de los diversos informes elaborados sobre el sector tanto por la Comisión Nacional de la Energía como por la Comisión Nacional de la Competencia explicaban las razones de este hecho. Por esta razón, el Consello Galego da Competencia publicó un informe en el que consideraba que el diferencial de precios de Galicia con relación a otras Comunidades se debía, por lo menos en parte, a la existencia de una menor competencia en el mercado minorista y al menor número de gasolineras “low cost”, especialmente de hipermercados, existente en la Comunidad. Las recomendaciones del informe para incrementar la competencia en el mercado minorista de carburantes de automoción en Galicia fueron asumidas por la Xunta de Galicia que, entre otras medidas, acaba de aprobar un Decreto para facilitar la apertura de gasolineras en la Comunidad, en los términos propuestos en el informe<sup>67</sup>. Actuaciones de este tipo, que muy difícilmente puede realizar una autoridad estatal, dotan de sentido a las autoridades autonómicas y constituyen una línea a seguir.

Sólo el trabajo conjunto de la autoridad nacional y las autonómicas ha permitido pasar del panorama de desconfianza y conflictividad que dejaba entrever la Ley 1/2002 de coordinación de las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la competencia, hasta la realidad actual, en la que el sistema descentralizado funciona con relativa eficacia en un marco de colaboración y baja conflictividad. Si como afirmaba Erhard en su obra “Prosperity through competition”, la libre competencia es la mejor forma de alcanzar y garantizar la prosperidad”<sup>68</sup>, no cabe duda de que un sistema que permite destinar más recursos a la defensa de la competencia y sobre todo, que permite que la labor de las autoridades de competencia llegue a todos los rincones, empresas y ciudadanos de un país, redonda en beneficio de toda la sociedad.

---

66 El informe se puede consultar en la página web del Consello Galego da Competencia [www.consellogalegodacompetencia.es](http://www.consellogalegodacompetencia.es). Otros informes realizados por este organismo que también se pueden consultar en su web son los referidos a la problemática de los precios en el sector lácteo gallego, los aparcamientos de los aeropuertos gallegos desde el punto de vista de la competencia o el informe sobre uniformes escolares.

67 Decreto 45/2015 de 26 de marzo, por el que se regula el procedimiento integrado para la implantación de instalaciones de distribución al por menor de productos petrolíferos, su puesta en funcionamiento, y se determinan los órganos competentes para el ejercicio de la potestad sancionadora en materia de hidrocarburos. Diario Oficial de Galicia, nº 68, 23 de abril de 2015, págs. 13992 y ss.

68 Erhard, 1958: 1.

## BIBLIOGRAFÍA

- ARAGÓN REYES, M.
- 2006 “La constitución del Estado autonómico”, en *Cuadernos constitucionales de la cátedra Fadrique Furió Ceriol*, n.º 54-55.
- ARIÑO ORTIZ, G./DELA CUÉTARA, J. I.
- 2012 “Reguladores sectoriales y Defensa de la Competencia. Una aportación al debate de su fusión”, en *Working Paper Ariño y Villar*, Abogados, n.º 42.
- ARPIO SANTACRUZ, J. L.
- 2014 “Las Ayudas Públicas”, en *Tratado de Derecho de la competencia y de la publicidad* / coord. por José Antonio García-Cruces González, Vol. 1, pp. 419-602.
- 2009 “El sistema de supervisión de las ayudas públicas”, en BENEYTO, J. M. & MAILLO, J. (eds), *La nueva Ley de Defensa de la Competencia. Análisis y comentarios*, Bosch, pp. 351 a 378.
- CASES PALLARES, L.
- 1995 “Derecho administrativo de la defensa de la competencia”, Marcial Pons.
- CONCHEIRO DEL RÍO, J.
- 2005 “Los tribunales autonómicos de defensa de la competencia”, *Escola Galega de Administración Pública, Colección Monografías*, n.º 26, p. 71.
- CORTI VARELA, J.
- 2015 “Tipología de carteles un estudio de los 20 casos resueltos por la CNC y la CNMC”, en Porras J. (coord.): *La lucha contra los carteles en España*, p. 109.
- CNC
- 2013 *Aplicación de la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de coordinación de las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la Competencia 2008-2012*, [http://www.cncompetencia.es/Portals/0/PDFs/Docs/CNC-informe%20autonom%C3%ADAs5\\_indexado.pdf](http://www.cncompetencia.es/Portals/0/PDFs/Docs/CNC-informe%20autonom%C3%ADAs5_indexado.pdf).
- CRUCELEGUI, J. L.
- 2007 “Los modelos de aplicación descentralizada del derecho de la competencia en la UE y en el Estado Español”, *Cuadernos europeos de Deusto*, n.º 38, pp. 81-129.
- ERHARD, L.
- 1958 *Prosperity through competition*, New York, p. 1.
- FOLGUERA CRESPO, J.
- 2005 “El concepto de autoridad bien situada y la cooperación en el seno de la red de autoridades de competencia”, en S. Martínez Lage & J. A. (dirs.): *La Modernización del Derecho de la Competencia en España y la Unión Europea*, Fundación Rafael del Pino, Madrid, pp. 209 a 226.

- GARCÍA-CRUCES GONZALEZ, J. A.
- 2014 “Las ayudas públicas”, en J. A. García-Cruces Gonzalez (dir.), *Tratado de Derecho de la Competencia y de la Publicidad*, Tirant, pp. 419-602.
- GUILLÉN CARAMÉS, J.
- 2005 “*Libre competencia y Estado autonómico*”, Universidad Rey Juan Carlos-Marcial Pons, Madrid, pp. 40-44.
- GUILLÉN CARAMÉS, J.
- 2014 “La descentralización del Derecho español de la competencia”, en J. A. García-Cruces Gonzalez (dir.), *Tratado de Derecho de la Competencia y de la Publicidad*, Tirant, pp. 751-887.
- HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, F.
- 2015 “El Futuro de la Aplicación Descentralizada de la Defensa de la Competencia”, en *Estudios de Deusto*, Vol. 63/1, Enero-Junio, pp. 105-129.
- 2001 “La Ley 1/2002, de coordinación de las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la competencia”, en *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, Tomo 22, p. 1449-1457.
- MAGIDE HERRERO, M.
- 2000 “El reparto competencial en materia de defensa de la competencia. Perspectivas abiertas tras la STC 208/1999”, en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n.º 17, pp. 523-573.
- MARCOS, F.
- 2016 “Terminación convencional y coordinación por la CNMC de las autoridades autonómicas”, en [almacendedderecho.org/terminacion-convencional-y-coordinacion-por-la-cnmc-de-las-autoridades-autonomicas/](http://almacendedderecho.org/terminacion-convencional-y-coordinacion-por-la-cnmc-de-las-autoridades-autonomicas/).
- 2011 “Competencias autonómicas en los procesos de concentración de empresas”, en *InDret-Revista para el Análisis del Derecho*, Octubre.
- 2002 “Autoridades autonómicas de defensa de la competencia en vías de extinción”, *Documento de Trabajo serie Política de la Competencia*, nº 31, Instituto Universitario de Estudios Europeos, p. 6.
- MENDOZA LOSANA, A. I.
- 2013 “La nueva macro-Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia”, en *Documento de Análisis de Gómez-Acebo y Pombo*, pp. 1-6.
- ORTIZ BLANCO, L. & LAMADRID DE PABLO, A.
- 2012 “EU Competition Law Enforcement: Elements for a discussion on effectiveness and uniformity”, en *International Antitrust Law & Policy: Fordham Competition Law 2011*, Chapter 4, pp. 45-104.

PASCUAL VICENTE, J.

- 2003 “Los más antiguos antecedentes conocidos de legislación antitrust son españoles. (Noticia documentada sobre los antecedentes históricos de la legislación antitrust)”, *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, n.º 225, pp. 113 a 115.

PÉREZ, J. M. & MAILLO GONZÁLEZ-ORUS, J.

- 2015 “La lucha contra los cárteles en España”, Thomson Reuters Aranzadi, pp. 131-171.

RODRÍGUEZ MIGUEZ, J. A.

- 2015a “Capítulo 4.- Autoridades responsables de la lucha contra los cárteles en España y la Unión Europea”, en J. M. Beneyto Pérez & J. Maillo González-Orus, *La lucha contra los cárteles en España*, Thomson Reuters Aranzadi, pp. 131-171.

- 2015b “La ‘Red Española De Autoridades de la Competencia’: Las posibilidades de un modelo descentralizado para ganar en eficiencia”, en *Estudios de Deusto*, Vol. 63/1, Enero-Junio, pp. 105 a 129.

- 2013 “Libre competencia y tribunales superiores de justicia: recomendaciones colectivas de precios y aplicación uniforme del derecho de la competencia”, en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, Nueva Época, La Ley, n.º 32, Marzo/Abril pp. 11 a 27.

- 2010a “La regulación de las ayudas públicas en la nueva Ley de Defensa de la Competencia” en *Noticias de la Unión Europea*, nº 300 (Monográfico Ley de Defensa de la Competencia), Enero, pp. 45-57.

- 2010b “Promoción versus defensa de la Competencia en España: una visión de conjunto”, en la *Revista Dereito de la Facultad de Derecho de la Universidad de Santiago de Compostela*, n.º 19, pp. 51-98.

TOBIO RIVAS, A.

- 2005 “El Libro Blanco para la Reforma del Sistema Español de Defensa de la Competencia: Líneas directrices de una nueva normativa española de defensa de la competencia”, en *ADI*, nº XXV, pp. 429-523, [http://www.dgdc.meh.es/LibroBlanco/Libro\\_Blanco%20\\_Reforma\\_Def\\_Competencia.pdf](http://www.dgdc.meh.es/LibroBlanco/Libro_Blanco%20_Reforma_Def_Competencia.pdf).

WILS, W.

- 2000 “The Modernization of the Enforcement of Articles 81 and 82 EC: A Legal and Economic Analysis of the Commission’s Proposal for a New Council Regulation Replacing Regulation nº 17”, *Fordham International Law Journal*, Vol. 24, n.º 5, pp. 1654-1717.

# A ECONOMIA DE PARTILHA

João E. Gata<sup>1</sup>

*Abstract: The term 'sharing economy' or 'collaborative economy' has become an umbrella encompassing a wide range of economic transactions based on business models that rely on an easy access to online platforms, usually through computers, smartphones or other IT devices, that bring together providers of different goods and services on one side on the market, who wish to make use of excess capacity in private durable goods, and consumers of these goods and services on the other side of the market. Mutual trust is an essential input in these transactions, as standard and more intrusive forms of regulation are often absent. Involving new governance structures as a response to lower transaction costs, the sharing economy can promote greater efficiency in the use of already existing economic assets, as it reduces their idleness, can lead to better investment strategies, and can mitigate underemployment and unemployment in the economy by opening new business opportunities, in particular to part-timers. However, in addition to raising several challenges to traditional economic regulation and even to existing labor and taxation rules, the sharing economy also poses challenges to competition policy. The Uber and Airbnb platforms are well-known examples of the 'sharing economy' that have experienced regulatory challenges in its activity in many different countries and municipalities where they operate or used to operate. Restoring a 'level playing field' in markets where the sharing economy is present, may involve revisiting and updating some regulatory standards in order to make them less intrusive but still capable of mitigating market failures, so as to accommodate these potentially disruptive but ultimately social welfare enhancing technological changes through an increase in competition and economic efficiency. In doing so, we suggest this political economy program should follow the principle "in dubio pro libertate", albeit not ignoring potential welfare losses borne by some minority stakeholders.*

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. “Economia de Partilha”. 3. Potenciais desafios à concorrência, regulação económica e defesa do consumidor. 4. O Caso de UBER a nível global e em Portugal. 5. Conclusão.

---

<sup>1</sup> As opiniões expressas no presente documento são da minha exclusiva responsabilidade, e não representam necessariamente as opiniões de outras pessoas ou instituições, a não ser quando indicado explicitamente.

## 1. INTRODUÇÃO

A denominada “economia de partilha” (“*sharing economy*”), ou “economia colaborativa”, é uma recente reencarnaçāo, ainda que de cariz tecnologicamente avançado, de uma prática antiga em sociedades humanas. Envolve a “partilha” entre agentes económicos de ativos sub-utilizados, tipicamente mediante uma certa forma de compensação financeira aos seus proprietários, partilha essa mediada por uma plataforma *online* a que ambas as partes no mercado têm acesso fácil e fiável via computadores pessoais, “*tablets*” ou “*smartphones*”, que permite o encontro dos dois lados do mercado (fornecedores e utilizadores), potencialmente à escala mundial<sup>2</sup>.

Como referido pela Federal Trade Commission (2015): «*Internet peer-to-peer (or sharing economy) platforms have existed at least since eBay began operating. These platforms enable commercial transactions by linking sellers of products or services with buyers of those products or services. Sharing economy platforms are peer-to-peer in that they are decentralized on both sides of the platform, in contrast to single-sided platforms, which typically involve a single seller offering products or services to potential buyers. Transacting on these platforms utilizes increasingly ubiquitous internet connectivity and continuous growth of computing power, including the proliferation of mobile internet-enabled devices. Despite the popularity of the term, transactions in the sharing economy typically do not involve sharing in the traditional sense of the word. Suppliers in this space are motivated primarily by commercial interests and profit-seeking opportunities. To be sure, in some sharing economy sectors, suppliers are renting or employing their assets, such as cars or apartments, for use by others, thereby improving utilization of those assets. Such transactions, however, typically involve payment for access to the asset or service rather than in-kind exchanges*

O termo «economia de partilha» não terá uma definição consensual e é hoje usado como um “termo-chapéu” abrangendo diferentes tipos de atividades económicas, com possíveis sobreposições entre elas. Na verdade, termos como «economia de partilha», «serviço por pedido» (“*on-demand service*”) e “consumo colaborativo” (“*collaborative consumption*”) têm sido usados como substitutos próximos, ou mesmo sinónimos<sup>3</sup>. Segundo Botsman (2015) na sua tentativa, talvez não totalmente bem-sucedida, em distinguir estes diferentes conceitos,

2 Para uma análise esclarecedora e não técnica do que é a “Economia de Partilha”, ver o número de 9 de março 2013 da revista *The Economist*. Ver também Gata, 2015, OXERA, 2015 e Yaraghi & Ravi, 2016.

3 Outros termos em uso são “*asset-light lifestyle*”, “*collaborative economy*”, “*peer economy*” e “*access economy*”. Podem envolver partilhas do tipo C2C, B2C, C2B e B2B (B de “*Business*” e C de “*Consumer*”).

define-se “economia de partilha”, como “*an economic system based on sharing underused assets or services, for free or for a fee, directly from individuals*”, como é o caso de Airbnb (plataforma que facilita o alojamento de curto-prazo) ou o BlaBlaCar (plataforma que facilita o “*car sharing*”)<sup>4</sup>. Por outro lado, a Uber seria classificada como uma plataforma facilitadora de “serviços por pedido” (“*on demand service*”<sup>5</sup>), i.e., “*a platform that directly matches customer’s needs with providers to immediately deliver goods and services*”<sup>6</sup>. No caso do “consumo colaborativo”, e segundo ainda Botsman, há uma reinvenção de comportamentos tradicionais de mercado (tais como alugar, emprestar, trocar, partilhar, e presentear) através de uma tecnologia que ocorre em maneiras e em escala não possíveis antes do advento da internet e o seu uso massificado. No resto deste artigo utilizo o termo “economia de partilha” como um termo englobando todas estas diferentes atividades, já que a maioria das questões que serão abordadas são comuns a todas elas<sup>7</sup>.

Como veremos adiante, a “economia de partilha” pode envolver novas estruturas ou novos mecanismos de governança ou governação<sup>8</sup> em resposta a uma

4 Podemos apontar como outros exemplos a Cohealo, JustPark, Skillshare, RelayRides e Landshare. O Oxford Dictionary of English define “sharing economy” como «*An economic system in which assets or services are shared between private individuals, either for free or for a fee, typically by means of the Internet*». Wosskow (2014) define “sharing economy” como «*online platforms that help people share access to assets, resources, time and skills*». Esta definição sublinha uma importante característica da economia de partilha, nomeadamente o significante nível de desintermediação que ocorre nas diversas transações entre os provedores de serviços e os seus clientes.

5 Vide P. Guniganti, 2015.

6 Existe uma clara diferença entre, e.g., Blablacar e Uber. A plataforma BlaBlaCar conecta condutores e passageiros que queiram viajar juntos entre duas localidades, compartilhando o custo da viagem. No caso da plataforma Uber, os prestadores de serviços de táxi são contactados por clientes desses serviços através da respetiva plataforma, e pelos quais pagarão segundo um determinado tarifário pré-aprovado.

7 Sublinhe-se, no entanto, que de acordo com S. Kessler, 2015, a “*real economia de partilha*” (com a sua visão de “partilha em vizinhança”, isto é, menor consumo e mais partilha), está morta. Perante transações comerciais, poderemos ainda falar de “partilha”? Sobre esta questão ver também Eckhardt & Bardhi, 2015. Muitas *startups* que deram um significado real ao conceito de “*consumo colaborativo*”, um termo que foi substituído pelo termo “economia de partilha”, já não existem ou estão em declínio. Por outro lado, as mais conhecidas “marcas”, como as plataformas Uber e a Airbnb, são de facto empresas que se mantêm, apesar das muitas dificuldades que têm enfrentado em diversas jurisdições, mesmo que, de acordo com alguns investidores e analistas, as suas avaliações de mercado (US \$62,5bn para a Uber em Dez 2015, segundo a edição do New York Times de 21 Abril 2016, e de US\$24bn para a Airbnb) sejam “*meros números de marketing quando se confrontam com a realidade mais exigente de uma IPO*” (ver Financial Times, edição de 11 novembro 2015).

8 A análise de “estruturas de governação” ou “estruturas de governança” (“*governance structures*”) foca-se na identificação, explicação e mitigação de todas as formas de riscos contratuais (“*contractual hazards*”) – Vide Williamson (1996), p. 5.

redução dos denominados “custos de transação”<sup>9</sup> e controlando para possíveis assimetrias de informação. Porque a regulação tradicional, tipicamente mais intrusiva, está frequentemente ausente na economia de partilha ou não responde da forma mais adequada, o desenvolvimento e manutenção de um elevado grau de confiança mútua é um fator essencial para um continuado sucesso da economia de partilha. Por outro lado, a economia partilha poderá mitigar o subemprego e o desemprego bem como uma maior integração de minorias na economia de mercado, particularmente no caso de agentes económicos que só estão disponíveis para trabalhar a tempo parcial e/ou que procuram um complemento ao seu rendimento regular.

Por fim, notemos que, no caso de ativos físicos indivisíveis (e.g., um automóvel, um determinado tipo de maquinaria agrícola) partilhar esses ativos económicos, propriedade de particulares ou empresas, fará especial sentido para itens com elevado preço de aquisição e/ou quando os seus proprietários “não fazem pleno uso deles”, permitindo o seu uso por outros particulares ou empresas “de forma não-rival”<sup>10</sup>. Assim, e como referido, a economia de partilha aumenta a eficiência económica pela redução da ociosidade na utilização de ativos já existentes e poderá conduzir a políticas de investimento superiores<sup>11</sup>. No entanto, convém sublinhar que esse aumento de eficiência económica só se realizará se o valor gerado pela utilização desse ativo físico, líquido do seu valor residual, custos de manutenção e eventuais custos de consumíveis associados à sua utilização, for maior em partilha do que em cenários alternativos sem partilha.

9 Por “custos de transação” entendam-se os custos associados à negociação, estabelecimento, aplicação e “enforcement” de acordos e contratos entre agentes económicos. Assim sendo, um mais fácil encontro entre duas partes interessadas num acordo contribuirá para uma redução de custos de transação. Como mencionado em Williamson, 1996, e na sequência da definição introduzida por K. Arrow, menores custos de transação implicam menores custos de funcionamento do próprio sistema económico. Ver também Coase, 1988.

10 Quando na presença de produtos e serviços que exibem não rivalidade, mas possibilidade de exclusão, como é o caso em muitos exemplos de economias de partilha, somos conduzidos à chamada “*Club goods theory*”. Um “Clube” é um grupo voluntário de indivíduos que obtêm um benefício da partilha de custos de produção, das características dos membros, ou do uso de um bem ou serviço, mas em que a um membro do clube pode ser negado o usufruto desse benefício – *Vide* Cornes & Sandler, 1996, p. 347. É claro que, no caso de financiamento “*peer-to-peer*”, presume-se que alguma forma de rivalidade intertemporal estará presente.

11 Não considero aqui os denominados “acordos de licenciamento” formal, definidos como acordos escritos celebrados pelo proprietário contratual de uma propriedade ou atividade dando permissão para outro usar essa propriedade ou se envolver numa atividade em relação a essa propriedade, onde a propriedade envolvida pode ser real, pessoal ou intelectual. Acordos de licenciamento podem ser um ativo intangível valioso em indústrias como biotecnologia. Este tipo de acordos são largamente analisados na legislação sobre propriedade intelectual, especialmente em termos de execução de direitos de autor, marcas e patentes.

O resto deste artigo, cujo propósito é apresentar algumas considerações de carácter generalista, está organizado da seguinte forma. Na secção 2 procuro descrever as principais características da economia de partilha, fazendo uma ligação com a literatura económica sobre diferentes mecanismos de afetação de recursos, em particular a dicotomia entre mercados e hierarquias. Na secção 3 descrevo de forma abreviada alguns dos principais desafios que a economia de partilha coloca à regulação económica, à política de concorrência e à defesa do consumidor. A secção 4 apresenta o caso da UBER como um exemplo bem conhecido na economia de partilha, onde aqueles desafios têm sido mais visíveis e discutidos. Na secção 5 apresento uma breve conclusão, mas sem linhas para investigação futura, já que estas são apresentadas ao longo de todo o artigo.

## 2. “ECONOMIA DE PARTILHA”

A “economia de partilha” envolve novas formas de produção, transação (principalmente operações à vista) e consumo. Estas poderão ser consideradas como exemplos de “*inovações disruptivas*” que concorrem com formas tradicionais de produção, distribuição e consumo de bens e serviços, através da utilização de inovações tecnológicas, tais como *smartphones*, *tablets*, conteúdo digital e distribuição *on-line*.

Sigo aqui De Strel & Larouche (2015), que definem “*inovação disruptiva*” como uma inovação tecnológica que ocorre fora da rede de valor das empresas estabelecidas no mercado e introduz um pacote diferente de atributos a que o cliente maioritário atribui um valor positivo. A inovação disruptiva distingue-se do que a literatura designa como “inovação de manutenção” (“*sustaining innovation*”), definida como o tipo de inovação que ocorre dentro da cadeia de valor das empresas estabelecidas e que oferece aos clientes algo mais ou melhor nos atributos que eles já valorizam. A noção de “inovação disruptiva” deverá ser estendida ao caso de inovações nos modelos de gestão que não sendo em si próprias inovações tecnológicas disruptivas, alavancam-se nestas, como será o caso da Uber e da Airbnb. Porém, e de acordo com Christensen et al. (2015), a plataforma Uber não se qualifica como uma inovação disruptiva. Estes autores consideram a Uber como uma “empresa de transporte” e não simplesmente como uma plataforma *online*.

Estas novas formas de produção e transação ligam-nos à literatura económica sobre “mercados *versus* empresas”, ou “mercados *versus* hierarquias”, como duas formas alternativas, mas não mutuamente exclusivas, de organizar a atividade económica, tendo em consideração, entre outros fatores, os custos

de transação associados. As inovações tecnológicas que dão fácil acesso a plataformas *online* permitem uma redução de custos de transação, por exemplo, os custos associados à dispersão de fornecedores e de utilizadores, que dificultaria o seu encontro<sup>12</sup>, sendo agora muito mais barato “casar” os dois lados de um mercado. Ou seja, o acesso generalizado a plataformas *online* permite uma densificação a baixo custo dos mercados que de outra forma se mantinham rarefeitos, aumentando a eficiência económica pelo aumento do número realizado de transações económicas mutuamente benéficas<sup>13</sup>. Assim, as transações económicas *peer-to-peer* são facilitadas, reduzindo-se a dependência de empresas tradicionais e formais de produção e distribuição de bens e serviços. Ou seja, face a uma dicotomia “mercados *versus* empresas” ou «mercados *versus* hierarquias», assistiremos a “*mais mercados e menos empresas/hierarquias*”, sem excluirmos necessariamente formas híbridas entre mercados e hierarquias<sup>14</sup>. Como exemplo desta dicotomia, e que até precedem a economia de partilha, citem-se os casos em que mercados de trabalho “*spot*” substituem contratos de trabalho de longo prazo no âmbito de uma empresa onde os trabalhadores são colocados num sistema hierárquico mais ou menos desenvolvido e estão sujeitos a uma autoridade, embora possam beneficiar de contrapartidas, como seguro de saúde e contribuições patronais para a sua reforma<sup>15</sup>.

Malone et al., afirmavam em 1987, numa altura em que o sistema internet se reduzia sobretudo ao mundo académico e estava bem longe de atingir a dimensão que hoje possui, que: (i) “*By reducing the costs of coordination,*

12 *Vide* Spence, 2015.

13 *Vide* Gan & Li, 2004, que propõem um modelo de “*matching*” para comparar os níveis de eficiência em mercados densos e em mercados rarefeitos (“*thick vs. thin markets*”).

14 Ver O. Williamson, 1975, 1985 e 1996. Nas expressões “mercados *versus* empresas”, ou «mercados *versus* hierarquias», uma “*empresa*” é uma “*hierarquia*”, em oposição ao mercado (livre), onde não existem hierarquias no sentido de que não existe uma “*autoridade de A sobre B*”, sendo A e B quaisquer agentes económicos autónomos e independentes. Note-se, no entanto, que uma hierarquia pode envolver mais do que uma empresa. Para uma classificação de plataformas *online* – Airbnb, Uber, Etsy, TaskRabbit – segundo diversas propriedades caracterizadoras de mercados, hierarquias ou formas de governança híbridas, ver Sundararajan, 2016: Cap. 3. Este mesmo autor refere o artigo de Malone et al., em que estes já afirmavam em 1987 que: (i) “*By reducing the costs of coordination, information technology will lead to an overall shift toward proportionately more use of markets—rather than hierarchies—to coordinate economic activity*”; (ii) “*Because highly complex product descriptions require more information exchange, they also increase the coordination cost advantage of hierarchies over markets. Thus buyers of products with complex descriptions are more likely to work with a single supplier in a close, hierarchical relationship (whether in-house or external), while buyers of simply described products (such as stocks or graded commodities) can more easily compare many alternative suppliers in a market*”.

15 Sobre a crescente digitalização das economias e os seus impactos sobre os mercados de trabalho ver e.g., Degryse, 2016.

*information technology will lead to an overall shift toward proportionately more use of markets—rather than hierarchies—to coordinate economic activity»; (ii) «Because highly complex product descriptions require more information exchange, they also increase the coordination cost advantage of hierarchies over markets. Thus buyers of products with complex descriptions are more likely to work with a single supplier in a close, hierarchical relationship (whether in-house or external), while buyers of simply described products (such as stocks or graded commodities) can more easily compare many alternative suppliers in a market”.*

Malone et al., refletindo em parte o trabalho de R. Coase e O. Williamson, identificaram aqueles mesmos dois mecanismos (opostos e polares) de organização e coordenação (i.e., formas organizacionais ou de governança) dos fluxos de bens e serviços ao longo de uma cadeia criadora de valor acrescentado: (i) *mercados* (mecanismo descentralizador de afetação de recursos económicos); e (ii) *hierarquias* (mecanismo centralizador de afetação de recursos económicos). Cada um destes mecanismos é caracterizado por determinados níveis de (i) custos de produção e (ii) de custos de coordenação (também denominados de “*custos de transação*”), tal como indicado na Tabela *infra*:

**TABELA 1: Os dois tipos polares de forma organizacional/mecanismo de afetação de recursos**

Forma organizacional	Custos de Produção	Custos de Coordenação
Mercados	Baixos	Altos
Hierarquias	Altos	Baixos

Fonte: Thomas Malone et al., pg. 485.

Claro que, como referido acima, poderão existir mecanismos (ou formas de governança) híbridos entre mercados e hierarquias, e todos estes diferentes mecanismos poderão coexistir numa mesma economia.

Por sua vez, estes mesmos autores consideram os custos de coordenação (ou “*custos de transação*”) como função: (a) do nível de “*especificidade dos ativos*” usados como fatores de produção (*inputs*) na atividade económica em que a forma organizacional está envolvida; e (b) do nível de “*complexidade da descrição*”

*dos produtos*<sup>16</sup>. Maior especificidade de ativos e/ou maior complexidade da descrição dos produtos implicam maiores custos de coordenação (ou custos de transação) o que poderá implicar um movimento na direção de um mecanismo hierárquico de afetação de recursos, i.e., de uma hierarquia, como forma de diminuir esses mesmos custos. Ao invés, menor especificidade de ativos e/ou menor complexidade da descrição dos produtos implicam menores custos de coordenação, o que poderá possibilitar um movimento na direção de um mecanismo de mercado para a afetação de recursos.

De uma forma mais rigorosa, deveríamos apelar à teoria de “*Mechanism Design*” que estuda as propriedades de diferentes mecanismos (formas de governança) para a afetação de recursos económicos com o objetivo de alcançar um ótimo de Pareto em equilíbrio, mas tomando em consideração os incentivos dos diferentes agentes económicos individuais bem como a informação privada que cada um detém<sup>17</sup>. Não o faremos neste artigo de uma forma explícita, optando por considerações mais parciais mas menos exigentes teoricamente.

Como acima referido, o nível de sucesso da economia de partilha, via o acesso a plataformas *online*, depende de elevados graus de coordenação e de confiança garantidos e mantidos ao longo do tempo. Dadas as assimetrias de informação entre os intervenientes na economia de partilha, em parte devido ao anonimato ou quase-anonimato destes mesmos intervenientes, em parte devido à sua racionalidade limitada, as várias plataformas dependem para o seu bom funcionamento de sistemas credíveis de criação de reputação que reduzam o oportunismo e outros riscos contratuais a níveis aceitáveis, permitindo a obtenção de um “equilíbrio separador” de agentes económicos, onde pessoas/entidades merecedoras de confiança são distinguidas, de forma pública, de pessoas/entidades oportunistas<sup>18</sup>.

<sup>16</sup> A especificidade de um ativo (humano ou não) usado como fator de produção num processo produtivo é tanto maior quanto menor for o seu valor relativo noutro diferente processo de produção. A complexidade da descrição de um produto é tanto maior quanto mais exigente for a informação necessária para uma especificação dos atributos ou características desse produto de forma que um consumidor típico potencial (consumidor intermédio ou final) possa selecionar o seu cabaz de consumo. Ambas estas definições são apenas informativas e não rigorosas.

<sup>17</sup> Vide e.g., Mas-Colell et al., 1995: capítulo 23.

<sup>18</sup> Vide Slee, 2013. Estes sistemas internos de reputação usados por plataformas *online* podem ser de design próprio ou estas plataformas poderão contratar empresas independentes que prestam serviços de controlo semelhantes. O problema de base, que pode pôr em causa a existência de um equilíbrio separador, é o mesmo identificado há muito por Akerlof no seu artigo seminal de 1970.

Na verdade, sistemas de reputação pouco credíveis podem pôr em risco a própria existência da economia de partilha. Como exemplo, e pelo menos até recentemente, o sistema de avaliação usado pela plataforma eBay, através do qual os compradores avaliam a qualidade dos vendedores que com eles transacionam, terá sido significativamente enviesado a favor dos vendedores<sup>19</sup>. Este enviesamento pode dever-se a vários fatores, como por exemplo o abandono da plataforma eBay por um comprador após uma transação que lhe tenha sido pouco favorável, sem registar a sua avaliação do vendedor. Ora, quanto mais enviesado for um sistema de avaliação, menos credível ele será como um instrumento de criação e atualização de níveis de reputação individuais, acessíveis a qualquer potencial utilizador da plataforma.

A “reputação” de um operador num dos lados da plataforma (e.g., de quem oferece um bem ou serviço) será uma função das crenças que os agentes do outro lado da plataforma formaram sobre as características desse operador e as expectativas que têm sobre o comportamento que esse operador adotará em equilíbrio. No que concerne as características desse operador, os agentes do outro lado da plataforma poderão, por exemplo, valorizar a média e o desvio-padrão associados à distribuição estatística das avaliações que foram atribuídas a esse operador pelos agentes que com ele transacionaram no passado, caso tenham acesso às mesmas.

Se os custos de investigação que um agente económico a operar num dos lados do mercado, em particular do lado da procura, tiver que incorrer para determinar com um grau suficiente de fiabilidade a reputação de um potencial parceiro de transação no outro lado do mercado, forem muito elevados então, na ausência de um sistema de reputação credível, aquele agente poderá optar por não transacionar, visto que a lotaria que enfrentaria lhe seria desfavorável (no sentido de e.g., lhe proporcionar uma utilidade esperada negativa). A existência de um sistema de reputação credível, mantido e atualizado pela plataforma e pelo *input* dos seus utilizadores, resolve, ou mitiga, essa possível

19 Vide Nosko & Tadelis, 2015. Vide igualmente Bolton *et al.*, 2012. Refira-se que no primeiro trimestre de 2016, a plataforma eBay registou cerca de 162 milhões de utilizadores a nível mundial e um valor global de transações de US\$ 20,5 biliões. Bolton *et al.* analisaram o processo de avaliação recíproca entre os dois lados do mercado e a forma como o desenho do processo pode distorcer a produção e o conteúdo reputacional dos intervenientes, prejudicando o nível de confiança necessário ao funcionamento eficiente das trocas comerciais. Guiados por padrões de *feedback* observados na plataforma eBay e em outras plataformas, os autores conduziram experiências em laboratório para analisar de que forma os processos de avaliação recíproca podem ser desenhados e implementados de forma a garantir informações mais precisas sobre a reputação dos diversos intervenientes, uma maior confiança no sistema de avaliação e um comércio mais eficiente.

falha de mercado, garantindo a produção desse bem público sem qualquer intervenção regulatória e funcionando como um mecanismo de autorregulação.

Por outro lado, redes sociais *online* tais como *Facebook*, *Twitter*, *LinkedIn*, *QZone* podem ser usadas como fontes adicionais de partilha de informação relevante sobre os perfis dos participantes, complementando as informações já fornecidas pelos sistemas *online* explicitamente dedicados à construção de reputações, podendo assim aumentar a probabilidade de se alcançar um equilíbrio separador adequado. Uma crescente participação numa atividade no âmbito da economia partilha que promova uma acumulação significativa do *stock* agregado de confiança na mesma, por sua vez função do stock de confiança de cada um dos participantes, conduzirá a um maior incentivo para participar nessa atividade, mantendo-se o oportunismo num nível suficientemente baixo. Este efeito de *feedback* (em determinados contextos, maior honestidade atrai maior honestidade, refletindo um efeito de rede direto) poderá, no entanto, constituir uma barreira à entrada de novos operadores na economia de partilha.

Por todo o exposto acima, e para uma análise rigorosa da economia de partilha, devemos referir que a literatura académica tem obtido resultados interessantes sobre o tipo de equilíbrios que podem ser sustentados em jogos repetidos onde, para uma dada população de agentes económicos, se constituem novos pares de agentes em cada período *t*, com o único objetivo de conduzirem uma transação, num ambiente da anonimato e de difusão limitada de informação sobre o valor dos ganhos resultantes das transações<sup>20</sup>.

Que tipo de atividades económicas se incluem dentro da economia de partilha? Esta inclui atividades tais como alojamento de pessoas (e.g., *Airbnb*) e mesmo animais de estimação; a partilha de veículos e de parques de estacionamento, de barcos e bicicletas; viagens aéreas; aluguer de obras de arte, roupas de marca e acessórios; financiamento de *start-ups*, “*peer-to-peer lending*”, *crowdfunding*; programação de *software* inovador; *Bricolage/Do-It-Yourself* (DIY); *marketing* e *branding*.

Por outro lado, e como exemplos de empresas a funcionar na economia de partilha refira-se: (1) *Alojamento*: *Airbnb*; *Roomorama*; *Wimdu*; *BedyCasa*; e *DogVacay*, *Rover*, para animais de estimação; (2) *Transporte individual de passageiros em veículos ligeiros com condutor ou em “ride-sharing”*; *Uber*; *Buzzcar*; *Getaround*; *RelayRides*; *Tamyca*; *Wheelz*; *WhipCar*; *Uber*; *Lyft*; *SideCar*; *Weels*; *BlaBlaCar*; *Cabify*; (3) *Estacionamento de carros*: *JustPark* (UK); (4) *Uso*

20 Vide Kandori, 1992, Ellison, 1994, e Gata, 1995.

*de barcos de recreio: Boat-Sharing: Boatbound; (5) Uso de bicicletas: Bike-sharing: Spinlister; (6) Transporte aéreo: Air Travel: FlyVictor, JetSmarter; (7) Usufruto temporário de obras de arte: RiseArt; (8) Serviços domésticos: Household Tasks: TaskRabbit, Handy; (9) Compra e venda de artesanato: Etsy. Mais se incluem OLX, eBay, e outras plataformas similares.*

Mesmo que várias empresas incumbentes que operam nesses mercados possam optar por confrontar este novo tipo de concorrência, alguns operadores históricos têm-se associado eles próprios à “economia de partilha”, numa estratégia de não contração, e mesmo de expansão, dos seus mercados. Este é o caso da Avis, Daimler, GM, B&Q no Reino Unido, anunciando o seu excesso de capacidade (veículos, espaço de escritório e outros bens físicos duráveis) em sites de aluguer *peer-to-peer*. E trazem consigo a vantagem da sua sólida reputação<sup>21</sup>. Este processo segue os passos anteriores de grandes retalhistas como a Walmart e a Tesco quando lançaram o seu negócio de compras de produtos *online* pelos clientes finais.

Qual a dimensão atual da “economia de partilha”? Os dados estatísticos são de difícil obtenção mas a PwC calculou que a nível mundial ela possa representar cerca de US\$ 13bn, podendo subir para cerca de US\$ 335bn em 2025<sup>22</sup> e apenas incluindo alojamento *peer-to-peer*, partilha de automóveis, finanças *peer-to-peer*, música, televisão e vídeo *streaming*, e de pessoal on-line.

Como tem sido a economia de partilha avaliada pelos consumidores? De acordo com um Relatório publicado em 2015 da PwC, baseado em inquéritos a consumidores nos EUA e intitulado “*The Sharing Economy*”:

*“44% of US consumers are familiar with the sharing economy, 19% of the total US adult population has engaged in a sharing economy transaction, 86% agree it makes life more affordable, 83% agree it makes life more convenient and efficient, 76% agree it is better for the environment, 78% agree it builds a stronger community. Moreover, 7% of the US population are providers in the sharing economy and they cut across age and household income. However, 72% agree they feel that the sharing economy experience is*

<sup>21</sup> Como mencionado por Einav et al. (2015), a plataforma eBay pode ter começado como uma plataforma de leilões para consumidores, mas tornou-se num canal de vendas para muitos grandes retalhistas com uma histórica presença física (“*brick & mortar*” retailers). Mercados de trabalho *online*, tais como ODesk e Freelance organizaram empresas que licitam por postos de trabalho, e algumas plataformas *online* de serviços financeiros “*peer-to-peer*” têm tentado atrair profissionais, embora com diferentes graus de sucesso.

<sup>22</sup> Vide Wosskov, 2014, bem como a entrevista de Norbert Winkeljohann, *senior partner* da empresa PricewaterhouseCoopers (PwC) na Alemanha.

*not consistent and 69% agree they will not trust sharing economy companies until they are recommended by someone they trust”.*

Vale a pena citar ainda os seguintes resultados deste mesmo relatório da PwC sobre a “economia de partilha”:

*“89% agree the sharing economy is based on trust between providers and users, and 64% of consumers say that in the sharing economy, peer regulation is more important than government regulation. These results, together with the arguments developed in this Note, underscore the importance of understanding the sharing economy as an economy built on trust” (meu sublinhado).*

### 3. POTENCIAIS DESAFIOS À CONCORRÊNCIA, REGULAÇÃO ECONÔMICA E DEFESA DO CONSUMIDOR

Que novos desafios pode a “economia de partilha” levantar para a política de concorrência? Por exemplo, poderá um algoritmo para a formação de preços disponibilizado por uma qualquer plataforma a operar na economia de partilha representar um desafio de índole concorrencial? De uma forma geral, podemos até questionar, como alguns autores já o fizeram, até que ponto o uso crescente de “algoritmos inteligentes” em transações comerciais, como as mediadas por certas plataformas *online*, poderá suscitar preocupações concorrentiais<sup>23</sup>.

---

23 *Vide* o recente artigo de Ezrachi & Stucke (2015) e de Mehra (2015), bem como da eventual necessidade de revisitar os conceitos “acordo” e de “intenção ou “intento” na análise de práticas anti concorrenceis em atividades económicas onde computadores/algoritmos desempenham um crescente papel na implementação e mesmo definição de estratégias dinâmicas de preços e nas transações em mercado. *Vide* igualmente Priluck, 2015. *Vide* também o caso de abril 2015 envolvendo comércio eletrónico e David Topkins, fundador de “Poster Revolution”, retalhista online de “posters” adquirido em 2012 pela empresa Art.com. Este caso foi analisado pelo *US Department of Justice’s San Francisco Division*: “*This case concerns an algorithm David Topkins apparently had coded that enabled Topkins and his co-conspirators to agree to fix the prices of certain posters sold in the US through Amazon Marketplace – see US District Court, Northern District of California, San Francisco Division, US v. David Topkins, Violation: Title 15, US Code, Section 1 (Price Fixing)*”. Mais recentemente: “*In December 2015, a UK citizen was indicted for an allegedly similar price fixing strategy applied to posters sold through the online site Amazon Marketplace – see MLex, 26 Feb 2016. Still according to MLex, the indictment, unsealed on December 4th and originally filed in the Northern District of California on August 27th 2015, names the UK citizen Daniel Aston and his company named ‘Trod’, doing business as ‘Buy 4 Less’, as conspiring to fix prices for online posters sales from September 2013 to January 2014. According to Aston’s indictment, he used commercially available algorithm-based pricing software to fix the prices of posters sold on Amazon Marketplace*”. Sobre eventuais preocupações de natureza jusconcorrencial levantadas pelo que se convencionou chamar de “Big Data”, *vide* e.g., Louher, & Kalmanowicz, 2015.

Por outro lado, a natureza “*multi-sided*” de plataformas *online*, com os associados efeitos/externalidades de rede, podem levar ao reforço de barreiras á entrada dificilmente ultrapassáveis, tornando endémica a dominância neste tipo de mercados<sup>24</sup>, ainda que, como é reconhecido, a pertença simultânea a diferentes plataformas (“*multi-homing*”) possa mitigar esse reforço, em particular se o fenómeno “*multi-homing*” se estender aos dois lados do mercado<sup>25</sup>. Por fim, o uso dos denominados “*contracts that reference rivals*” ou CRR’s (e.g., “*cláusulas do cliente mais favorecido*” ou MFCC’s no acrônimo Inglês) em plataformas *online* no âmbito da economia de partilha poderá levantar o mesmo tipo de preocupações concorrenciais já identificadas noutros contextos<sup>26</sup>. A possível existência de significativas economias de escala e de densidade, como é o caso nas denominadas CTA’s (“*Commercial Transport Apps*”), poderão exacerbar o problema<sup>27</sup>.

Também certos episódios de “picos de preços” (“*prices surges*”) observados na prestação de serviços mediados por plataformas *online*, como a Uber, têm sido criticados por alguns participantes, que poderão avaliá-los como respostas que vão para além das consideradas razoáveis quando a procura excede significativamente a oferta dos seus serviços ainda que, em mercados de dois lados, mais do que níveis de preços se devam ter em conta as estruturas de preços. Mas parte da literatura tem justificado esses aumentos de preços, mesmo que pronunciados, como respostas normais em economias de mercado onde os agentes concorrem saudavelmente e onde os preços tentam equilibrar a procura com a oferta<sup>28</sup>.

Levantam-se também outras questões, que poderão extravasar o âmbito da política de concorrência, mas que importará clarificar: Tomando novamente como exemplo o caso da Uber, são os motoristas que contratam com a Uber

24 *Vide* King, 2015. No entanto, recorde-se que um maior número de agentes de cada lado do mercado pode aumentar a concorrência e reduzir a “distância” (à la Hotelling ou Salop – *Vide* Tirole, 1988) entre o tipo de bem ou serviço desejado e o efetivamente adquirido, aumentando o bem-estar do consumidor.

25 Note-se que, pelo menos em certas jurisdições, o esquema de compensação que a plataforma Uber tem com os condutores de veículos que com ela trabalham encoraja a sua ligação à Uber, tornando o “*multi-homing*” efetivo menos atrativo, na medida em que a percentagem das tarifas faturadas ao cliente e entregue à Uber pelo condutor diminui, seguindo uma “*step-function*” ou “*função-degrau*”, com o aumento do número de viagens semanais que o condutor fizer em contrato com a Uber.

26 *Vide* S. King, 2015. Para uma análise jusconcorrencial dos denominados “*contracts that reference rivals*” ou CRR’s, *vide* Scott Morton, 2013.

27 *Vide* Relatório da ITF-OCDE, 2016.

28 *Vide* J. Hall et al., 2015; B. Gurley, 2014; e Surowiecki, 2014.

seus agentes ou são operadores independentes? São eles agentes de empresas que, por sua vez, contratam serviços com a Uber? As respostas poderão variar entre diferentes jurisdições<sup>29</sup>.

Quanto à regulação económica, e seguindo Grossman (2015), poderíamos começar por estabelecer um contraste entre, por um lado, uma regulação económica clássica, mais intrusiva, exercida e.g., sobre níveis de preços, estruturas tarifárias, acesso à atividade económica em causa, qualidade do serviço, procurando-se atingir determinados objetivos de política pública, que poderão ir além dos requeridos pela existência de falhas de mercado e, por outro lado, uma regulação económica menos intrusiva e complementada com uma significativa autorregulação.

Este segundo tipo de regulação, menos intrusiva e mais descentralizada, poderá relaxar o acesso ao mercado ou relaxar o controlo direto de qualidade do serviço, incluindo o risco envolvido para qualquer das partes, aceitando um maior papel a desempenhar por sistemas de autorregulação alavancados em processos de avaliação pelos pares, por sua vez sustentados em plataformas *online* que permitem a acumulação e o tratamento de vastas bases de dados.

No caso dos denominados “*credence goods*”<sup>30</sup> essa autorregulação poderá ficar aquém da desejável, mas mesmo nestes casos outros mecanismos de avaliação

29 Sobre este tipo de questões e outras com elas relacionadas, ver Joana C. Carvalho, 2016. Entre as questões relacionadas, algumas das quais já objeto de pronúncia jurídica e.g., nos EUA (vide a Decisão do Case No. 11-46739 EK, 3 de junho de 2013, da California Labor Commission) notemos as seguintes: (i) os condutores ao serviço da Uber não negoceiam os tarifários de forma livre com os seus clientes, segundo antes regras definidas pela própria Uber; (ii) Como é o risco do negócio partilhado pelos diferentes intervenientes no mercado? (iii) Quais são os laços *de jure* e *de facto* entre a plataforma Uber e os condutores de veículos e entre os próprios condutores de veículos? (iv) Quais são os termos contratuais e condições precisas entre os diferentes intervenientes no mercado, incluindo os clientes finais? (v) Se os condutores ligados à Uber puderem fornecer os seus serviços de condução de veículos a outras plataformas *on-line* (“*multi-homing*”), poderíamos concluir que ainda assim manteriam uma relação de trabalho com os diferentes empregadores? Ver também o recente artigo de Harris & Krueger (2015) sobre uma eventual modernização da Legislação Laboral nos EUA para o séc. XXI, e sua crítica por Benjamin Sachs “*De We Need an “Independent Worker” Category?*”, colocada em <https://onlabor.org>, 8 Dez 2015. Finalmente, e ainda sobre o caso da Uber e similares, ver as recentes decisões de acordo jurídico (“*settlement*”) de 21 Abril 2016, em duas importantes “*Class-action lawsuits*” movidas contra a Uber na California (Caso O’Connor) e em Massachusetts (Caso Yucesoy) envolvendo a questão de se os condutores ao serviço da Uber deverão ser considerados como “*independent contractors*” ou “*full-time employees*”. Nestes dois casos os condutores continuarão a ser considerados “*independent contractors*” – ver edição do *New York Times*, 22 abril 2016. Ver igualmente a recente decisão, de 28 de Outubro 2016, do Employment Tribunal do Reino Unido, que conclui que a Uber “opera como verdadeiro empregador, que disponibiliza um tal serviço recorrendo, para tanto, a um conjunto de trabalhadores cuja atividade profissional coordena, dirige e disciplina” – ver Nota, de 14 Dezembro 2016, Dra. Rita Canas da Silva, Sérvalo & Associados, Sociedade de Advogados.

30 Vide Tirole, 1988: pp. 106 e segs.

especializada poderão ser implementados fora da “esfera oficial”. Mas é um facto que a regulação económica clássica e centralizada enfrenta hoje desafios, em boa parte exacerbados pela economia de partilha, que poderão vir a limitar o seu âmbito de atuação no futuro.

Um outro desafio que a regulação clássica enfrenta é gerado pela possível indefinição entre quem é hoje um profissional (ou um dedicado produtor / vendedor) e quem não o é, quando ambos oferecem o mesmo tipo de bens ou serviços, podendo coexistir e competir uns com os outros, mas não estando necessariamente sujeitos a um mesmo conjunto de regulamentos e restrições. Mesmo que numa dada jurisdição essa possível indefinição possa ser clarificada em determinado caso, podemos imaginar uma proliferação e/ou complexificação de casos que tornem ilusória alcançar-se uma categorização com a desejável estabilidade<sup>31</sup>.

Em relação à política de defesa do consumidor, e tomando como referência o artigo 3.º da Lei de Defesa do Consumidor<sup>32</sup>, nomeadamente “*o direito do consumidor à qualidade dos bens e serviços; à proteção da saúde e da segurança física; (...) à prevenção e à reparação dos danos patrimoniais ou não patrimoniais que resultem da ofensa de interesses ou direitos individuais homogéneos, coletivos ou difusos; (...)*”, apenas referirei que para aferir até que ponto os direitos do consumidor são garantidos, ter-se-á que conhecer o funcionamento de cada plataforma, já que as garantias dadas por uma plataforma poderão não ser idênticas às de outra plataforma, similarmente ao que sucede no comércio eletrónico em geral.

Como conclusão desta secção, refira-se que no *Workshop* de junho 2015 sobre a ‘Economia de Partilha’, a *Federal Trade Commission* (FTC) convidou comentários públicos sobre as seguintes questões centrais, que constituem um guia para obter uma boa compreensão da mesma:

“(i) *What are the advantages and disadvantages for consumers of engaging in transactions facilitated by a sharing platform; for example, convenience, diversity of*

31 Como referido em Gata, 2015: «*There may be scenarios defined by peer and professional producers/sellers cost functions and by variability in demand that justify the presence of only professional/dedicated producers/sellers in a market equilibrium. In other scenarios, namely when final demand exhibits high variability, both types of producers/sellers may coexist in a market equilibrium*» – Vide Einav et al., 2015, para um tratamento analítico desta situação.

32 Lei n.º 24/96, de 31 de julho, alterada por alterada pela Lei n.º 85/98, de 16 de dezembro, e pelo Decreto-Lei n.º 67/2003, de 8 de abril.

*offerings, additional sources of supply, safety, quality? (ii) What are the advantages and disadvantages for suppliers engaging in transactions facilitated by a platform, for example, transaction velocity, broadened access to consumers, discrimination based on individualized preferences, competition with suppliers that do not use platforms? (iii) What features distinguish these sharing platforms from other internet platforms? (iv) What economic considerations might lead to the adoption of a peer-to-peer platform model as opposed to a one-sided online sales platform? (v) How do platforms address challenges in developing a successful marketplace? (vi) To what extent do sharing platforms exhibit network effects? What are the sources of these network effects? (vii) To what extent may network effects lead to the development of dominant platforms in particular sectors? (viii) What other factors might affect the likelihood and durability of platform dominance from network effects? (ix) As sharing economy platforms evolve, how might they adjust the services they offer, for example, to earn higher profits or better serve participants? (x) Are there particular sectors in which these platforms likely will be more (or less) successful?".*

#### 4. O CASO DE UBER A NÍVEL GLOBAL E EM PORTUGAL

Juntamente com a Airbnb, a Uber tem ocupado um papel central nos últimos trabalhos académicos e notícias especializadas sobre a “economia de partilha”. A forma como diferentes jurisdições têm respondido ao desafio colocado pela Uber aos operadores históricos e à regulação existente ilustra algumas das questões acima referidas<sup>33</sup>. Para a maior parte, essas respostas têm sido de natureza regulamentar<sup>34</sup>. Tem sido referido que os motoristas de veículos que colaboram com a Uber operam sem as licenças apropriadas, que a Uber

33 Não tendo a pretensão de ser exaustivo, a atual Legislação Portuguesa que regula a operação de empresas de táxi envolve os seguintes diplomas: (1) Licenciamento de Empresas: Decreto-Lei n.º 251/98, de 11 de agosto, alterado pela Lei n.º 156/99, de 19 de setembro, pela Lei n.º 106/2001, de 31 de agosto, pelo Decreto-Lei n.º 41/2003, de 11 de março, pelo Decreto-Lei n.º 4/2004, de 6 de janeiro, e pela Lei n.º 5/2013, de 22 de janeiro; Portaria n.º 334/2000, de 12 de junho; Deliberação n.º 585/2012, de 23 de abril; (2) Certificação de Gerentes: Lei n.º 5/2013, de 22 de janeiro; (3) Certificação de Motoristas: Decreto-Lei n.º 263/98, de 19 de agosto, republicado pelo Decreto-Lei n.º 298/2003, de 21 de novembro; Portaria n.º 788/98, de 21 de setembro, republicada pela Portaria n.º 121/2004, de 3 de fevereiro; Lei n.º 6/2013, de 23 de janeiro; (4) Licenciamento de Veículos: Portaria n.º 277-A/99, de 15 de abril, alterada pela Portaria n.º 1318/2001, de 29 de novembro, pela Portaria n.º 1522/2002, de 19 de dezembro, e pela Portaria n.º 2/2004, de 5 de janeiro, e pela Portaria n.º 134/2010, de 2 de março; Deliberação n.º 585/2012, de 23 de abril; Despacho n.º 10009/2012, de 25 de julho; Despacho n.º 12570/2014, de 14 de outubro.

34 Sobre a liberalização do sector dos serviços de táxi e igualmente da relação entre a Uber e a regulação económica ver: (i) Competition Bureau, Canada, 2015; (ii) Competition and Markets Authority (CMA), UK, 2 Dez 2015; (iii) Conseil d’État, Décision rendue le 5 février 2014, Paris; (iv) Conseil d’État, Décision rendue le 17 décembre 2014, Paris; (v) Cannon & Summers (2014); (vi) Eskenazi (2014). Sobre o caso Irlandês, *vide* Barrett (2003); ver também o Relatório de 2009 da *Irish Commission for Taxi Regulation* e

deverá ser considerada como uma empresa de transporte e não apenas como uma plataforma *online*, operando sem as devidas licenças e certificados; que o transporte individual de passageiros nesses veículos coloca questões de segurança pública; que os “veículos Uber” exercem uma “concorrência desleal” no sector, alegando-se que já existe um “*excesso de oferta de serviços de táxi*” no mercado.

O que é a Uber? A *UBER Technologies, Inc.*, é uma empresa americana, com sede em San Francisco, fundada em 2009. Desenvolve, comercializa e opera a aplicação móvel Uber, que permite ao potencial cliente apresentar uma solicitação de viagem que é então encaminhada para motoristas que colaboram com a Uber. Até recentemente o serviço estava disponível em 55 países e mais de 200 cidades em todo o mundo, incluindo Lisboa e Porto. A Uber oferece pelo menos cinco tipos de serviço: UberBlack, UberX, UberPool, UberPop e UberEats. Estão em fase de experimentação mais dois tipos de serviços: UberFresh e UberRush. Desde o lançamento da Uber, várias outras empresas têm emulado o seu modelo de negócio, uma tendência que tem vindo a ser referida como “*Uberification*”, tais como: Hailo, Lyft, Sidecar, Haxi, Wingz, BlaBlaCar, GetTaxi, TaxiMagic, EasyTaxi, MyTaxi, AlloCab, PingTaxi, Tappxi, MiniCabster, GrabTaxi, TaxiForSure, Cabify, Ingogo, DidiKuaidi. Várias destas plataformas apenas facilitam o “ridesharing”.

A *Uber Portugal* foi criada em 25 fevereiro 2013, quatro anos após a empresa *Uber Technologies Inc.* ter sido fundada em São Francisco/CA, tendo como acionistas a *Uber BV* e a *Uber International BV*, ambas com sede na Holanda. Em Portugal a Uber opera o seu serviço UberBlack desde julho 2014 e UberX desde dezembro 2014. A UberPop (*ride-sharing platform*) nunca esteve disponível em Portugal. Atualmente (março 2016) a Uber Portugal conta com cerca de mil motoristas como parceiros ativos tendo acumulado um total de mais de um milhão de viagens em Lisboa e Porto no último ano e meio<sup>35</sup>. Em março de 2016 a Uber Portugal lançará um novo serviço, a *UberGreen*, em que os veículos que prestam os serviços de transporte são 100% elétricos e livres de emissões de CO<sub>2</sub>. É um projeto piloto de três meses a ser lançado em Lisboa e no Porto. O traifário será o do serviço UberX.

---

o Relatório da Public Policy.IE de 2014, “*The Taxi Market In Ireland: To Regulate Or Deregulate?*”. Vide igualmente Geradin, 2015a, e Edelman, 2015.

35 Vide entrevista de Rui Bento, diretor-geral da Uber Portugal, ao jornal *online Observador*, publicada em 7 março 2016.

A UberBlack atua no segmento de carros de luxo (por exemplo, Audi A6, BMW Série 5 ou Mercedes Benz Classe E). Segundo informação recolhida em fins de 2015, a tarifa básica é de €2, seguida por uma tarifa de €0,30 por minuto e €1,10 por km. A viagem custa um mínimo de €8. Este serviço dificilmente concorre com serviços de táxi regulares. A UberX atua no segmento de carros “de baixo custo” (Volkswagen Golf, Opel Astra ou Seat Leon). A tarifa base de €1+€0,10 por minuto +€0,65 por km. A viagem custa um mínimo de €2,50, que é também a tarifa paga no caso de um cancelamento. Em princípio este serviço concorre com os serviços de táxi regulares, pelo menos em certas circunstâncias, abaixo melhor identificadas. Os motoristas que trabalham com a Uber são licenciados segundo as regras para os motoristas de táxis tipos A e T, e/ou as regras para os motoristas em negócio de rent-a-car, e/ou as regras para os motoristas de veículos de passageiros tipo “shuttle” de e para aeroportos, estações de autocarro, hotéis, etc.

Como é conhecido, tanto na UberBlack como na UberX não há dinheiro vivo (cash) envolvido. O valor da viagem é descontado na conta bancária do passageiro que tem associada ao cartão de crédito (que um cliente Uber é obrigado a incluir para se registar na plataforma Uber). Antes de se efetuar o pedido, é apresentada uma estimativa do preço da viagem. Só depois a pessoa decide se quer ou não avançar. Quem quiser utilizar um serviço da Uber, deve fazer *download*, gratuito, da aplicação para um *smartphone*. Depois, cria uma conta pessoal na qual tem de introduzir o número do cartão de crédito e o número de telefone. A plataforma funciona por geolocalização. Quando se pretende utilizar o serviço Uber, acede-se à conta (a aplicação assume automaticamente o sítio onde a pessoa está por geolocalização), ficando-se a saber quais são os carros dos serviços UberBlack ou UberX que estão mais perto e quanto tempo demoram a chegar ao local onde a pessoa se encontra. Por fim, escolhe-se o serviço pretendido, introduz-se o local de destino e o sistema faz uma estimativa do custo da viagem. Tanto o condutor como o seu cliente têm a possibilidade de classificar a qualidade do serviço e da outra parte, sendo este mecanismo de mútua avaliação processado e utilizado posteriormente pela plataforma Uber<sup>36</sup>.

---

36 Se o serviço de transporte prestado por um veículo associado à plataforma Uber fosse um puro “*credence good*”, este mecanismo de mútua avaliação seria pouco credível e eventualmente abandonado. Daí que este tipo de serviço tenha características de “*experience good*”, porque a sua qualidade pode ser avaliada, ainda que parcialmente, pelo seu utilizador, após a prestação do mesmo, o que não invalida que possua simultaneamente eventuais características de “*credence good*” – Vide Tirole, *op. cit.*

O argumento, levantado em várias jurisdições e não apenas em Portugal, de que que já existe um “*excesso de oferta de serviços de táxi*” no “mercado” (supostamente o mercado dos serviços de transporte de passageiros em veículos ligeiros como motorista), é difícil de conciliar com os valores muito elevados que os denominados alvarás municipais de táxi alcançam no mercado secundário, por exemplo, em plataformas de leilão *online* como o OLX. Para além de nos devermos questionar sobre o que significa haver um excesso de oferta numa atividade em que os tarifários são fixados por lei, esses muito elevados valores refletem sim a prática de *numerus clausus* na emissão dos mesmos, que restringe fortemente a oferta dos serviços de táxi. Recorde-se também a vasta literatura académica que, ao reconhecer a interdependência entre a oferta e a procura de serviços de táxi, considera que um excesso de oferta pode aumentar o bem-estar social, não só do lado do consumidor (excedente do consumidor) mas também do lado do proprietário do táxi (excedente do produtor), já que esse excesso de oferta reduzirá o tempo de espera do serviço de táxi pelo potencial cliente, o qual valoriza essa redução, e em consequência aumentará a atratividade desse mesmo serviço para todos os clientes. O excesso de oferta, e consequente redução de tempos de espera, pode inclusive ser considerado *um bem público* pelo argumento acima desenvolvido<sup>37</sup>.

A resposta contundente de muitos operadores históricos em diversas jurisdições à operação da plataforma Uber de serviços de táxi para terá em parte uma forte ligação com os valores muito elevados que os alvarás (também denominados de “*medallions*” em várias jurisdições, como em Nova Iorque) podem alcançar no mercado secundário, e à consequente forte oposição à sua desvalorização na sequência de uma maior concorrência no mercado, quiçá resultado de um processo de liberalização do mesmo, como sucedeu na Irlanda em 2000 e muito antes da criação da plataforma Uber<sup>38</sup>.

Em 2015, a ANTRAL (*Associação Nacional dos Transportadores Rodoviários em Automóveis Ligeiros*) intentou uma providência cautelar junto do Tribunal de Lisboa (Comarca de Lisboa; 1<sup>a</sup> Secção Cível – *vide* bibliografia) que, em decisão de 24 de abril de 2015, a aceitou e determinou a proibição, de imediato,

37 *Vide* Liston-Heyes & Heyes, 2007. Ver também o Relatório da OCDE de 2007. Por outro lado, há que questionar se os serviços de transporte oferecidos por táxis e outros serviços afins poderão, eventualmente, constituir *Serviços de Interesse Económico Geral* (SIEG), ou seja, atividades de serviço comercial que preenchem missões de interesse geral sujeitas a obrigações de serviço público.

38 *Vide* referências em anterior nota-de-rodapé.

da atividade da empresa UBER em Portugal, com página web e aplicações encerradas.

Na sua Decisão de 24/abril/2015, o Tribunal determinou:

- (a) *A notificação da Requerida (i.e., Uber) para a sua sede em (...) San Francisco, CA 94105, USA, para, de imediato, encerrar a página Web, [www.uber.com](http://www.uber.com), em Portugal, bem como cessar a atividade de transporte de passageiros em automóveis ligeiros por meio de aplicações destinadas a esse fim, também em Portugal e, no mesmo espaço, cessar a angariação de meios e a execução de contratos de transporte de passageiros, sob a designação de “Uber”, ou de qualquer outra que seja denominada, para fins idênticos;*
- (b) *O encerramento e proibição em Portugal, da prestação e adjudicação do serviço de transporte de passageiros em veículos ligeiros, debaixo da denominação “Uber” ou qualquer outra, que seja denominada com idênticos fins, por parte da Requerida;*
- (c) *O encerramento e proibição de conteúdos, acesso e prestação do referido serviço de transporte de passageiros, em Portugal, através da página Web “[www.uber.com](http://www.uber.com)”, ou qualquer outra que seja utilizada nos mesmos termos e para os mesmos fins;*
- (d) *O encerramento e proibição de qualquer aplicação “app” ou de outro qualquer suporte ou sistema tecnológico ou informático, para prestar o serviço de passageiros, em Portugal;*
- (e) *A interdição de uso de cartões de crédito e sistemas de pagamento pela internet para efeito de cadastro na plataforma Uber e ordem de pagamento nesse âmbito.*

No passado dia 25 de junho o mesmo Tribunal emitiu uma Decisão Final proibindo as atividades da Uber em Portugal. Diríamos que o conteúdo desta Decisão é semelhantes ao conteúdo no “*Juzgado de lo Mercantil Número 2 de Madrid*”, datado de 9 de dezembro de 2014. De forma resumida, o Tribunal de Lisboa deu como provados os seguintes factos: a Uber desenvolve uma atividade económica ilegal; os seus serviços são publicitados de forma enganosa; essa atividade impõe um risco sério sobre o cliente final, que o Estado deve proteger. Além disso, foram manifestadas sérias dúvidas sobre o cumprimento das obrigações fiscais por parte da Uber e dos motoristas de carro em contrato com esta plataforma. O Tribunal concluiu ainda que as atividades económicas da Uber em Portugal lesam os interesses comerciais dos associados de Antral, em resultado de “*concorrência desleal*”<sup>39</sup>.

<sup>39</sup> Em Sentença de 16/jun/2016, o Tribunal da Relação de Lisboa – vide referência – considerou “parcialmente procedente” a apelação da *Uber Technologies Inc.*, relativamente à decisão final de 25/jun/2015 do Tribunal da Comarca de Lisboa, Instância Central, 1<sup>a</sup> Secção Cível. O Tribunal da Relação considerou que a decisão que proibiu a atividade da Uber em Portugal não foi devidamente fundamentada,

Muitas das queixas dos operadores históricos irão além do âmbito da política de concorrência, pelo menos tal como definido em muitas jurisdições, incluindo em Portugal. No entanto, elas têm o mérito de focar a nossa atenção sobre a oportunidade de revisitar o atual quadro regulamentar de serviços de táxi<sup>40</sup>. E deveremos reconhecer que devido ao quadro regulatório a que estão sujeitos, os táxis tradicionais têm dificuldade em concorrer com os veículos em contrato com a plataforma Uber<sup>41</sup>, nomeadamente nas tarifas cobradas aos clientes ou no âmbito geográfico da sua atividade.

## 5. CONCLUSÃO

O termo “economia de partilha” ou “economia colaborativa” tornou-se um “termo-chapéu” que inclui um vasto conjunto de operações económicas baseadas em modelos de negócio dependentes de um fácil e fiável e acesso a plataformas *online*, normalmente através de *smartphones* ou *tablets*, pelos intervenientes nos vários lados de um mercado, permitindo um mais fácil e bem-sucedido encontro entre os prestadores de serviços que pretendem fazer uso de excesso de capacidade em bens duráveis privados e consumidores desses serviços. A Uber e a Airbnb são exemplos bem conhecidos da “economia de partilha” entendida de forma lata.

A economia de partilha permite e conduz a novas estruturas de governação em resposta a possíveis reduções dos denominados “*custos de transação*” e de associadas assimetrias de informação. O desenvolvimento e a manutenção de um elevado grau de confiança mútua é um fator essencial para o continuado sucesso da economia de partilha. Por outro lado, este tipo de economia promove uma maior eficiência ao reduzir a ociosidade no uso de bens e serviços, podendo conduzir a melhores estratégias de investimento, e a uma mitigação do subemprego e do desemprego bem como uma maior integração de minorias na economia de mercado.

Além de colocar vários desafios à regulação económica tradicional e mesmo aos enquadramentos jurídicos laboral e tributário, a economia de partilha poderá também colocar desafios interessantes à política de concorrência, nomeadamente

---

tendo ordenado a sua reavaliação, instando o Tribunal Cível a proceder à devida fundamentação da sua decisão, “(...) *ponto por ponto, facto por facto, de per se, sem generalizações*”.

40 *Vide* Relatório OCDE/OECD, 2007. *Vide* também Relatório da ITF-OECD, 2016.

41 *Vide* Geradin, 2015b, para uma análise dos principais desafios colocados pela Uber à política de concorrência e as possíveis respostas que deverão ser ponderadas. Ver também Wallsten, 2015.

devido à existência de economias de rede e barreiras à entrada nos mercados. Estes desafios apontam para a necessidade de prosseguir com o desenvolvimento de análises económicas e jurídicas sobre as várias questões apontadas.

O restabelecimento de um “*level playing field*” em mercados onde a economia de partilha está presente e concorre diretamente com modelos tradicionais de atividade económica, implicará revisitar normas regulatórias há muito existentes mas cuja racionalidade poderá já não existir, com o objetivo de se acomodarem mudanças tecnológicas potencialmente disruptivas, mas que poderão promover maior eficiência económica e maior bem-estar social agregado, sem ignorar, no entanto, eventuais perdas de bem-estar por certos grupos económicos, ainda que minoritários.

## BIBLIOGRAFIA

### JURISPRUDÊNCIA

- California Labor Commission (2015), Decision for Case No. 11-46739 EK, June 3rd; Barbara Ann Berwick (Plaintiff) vs. Uber Technologies, Inc. and Rasier – CA LLC (Defendants); under appeal as of April 2016.
- Comarca de Lisboa, Instância Central, 1<sup>a</sup> Secção Cível, J13, Procedimento Cautelar (CPC2013), Processo 7730/15.0T8LSB, 24 Abril 2015.
- Comarca de Lisboa, Instância Central, 1<sup>a</sup> Secção Cível, J13, Decisão (CPC2013), Processo 7730/15.0T8LSB, 25 Junho 2015.
- Conseil d'État, Décision rendue le 5 février 2014, Paris, France.
- Conseil d'État, Décision rendue le 17 décembre 2014, Paris, France.
- Juzgado de lo Mercantil no 2 de Madrid, Medidas Cautelares Previas 707/2014, de 9 de dezembro de 2014.
- Tribunal da Relação de Lisboa, Acordão, Apelação n.º 7730-15.0T8LSB.L1., 16 Julho de 2016.

### DOCTRINA

- AKERLOF, George  
1970 “The Market for Lemons: Quality Uncertainty and the Market Mechanism”, *The Quarterly Journal of Economics*, Vol. 84, No. 3, pp. 488-500.
- BAR-ISAAC, Heski & TADELIS, Steven  
2008 “Seller reputation”, *Foundations and Trends in Microeconomics*, Vol. 4, No. 4, pp. 273-351.
- BARRETT, S.  
2003 “Regulatory Capture, Property Rights and Taxi Deregulation: A Case Study”, *Economic Affairs*, Vol. 23, No. 4, pp. 34-40.
- BOLTON, Gary et al  
2012 “Engineering Trust: Reciprocity in the Production of Reputation Information”, *Management Science*, Vol. 59, No. 2, pp. 265-285.
- BOTSMAN, Rachel  
2013 “The Sharing Economy Lacks a Shared Definition”, *FastCompany*, November 21, 2013.
- 2015 “Defining The Sharing Economy: What Is Collaborative Consumption-And What Isn't”, *FastCompany*, May 27, 2015.
- CANNON, Sarah & SUMMERS, Lawrence H.  
2014 “How Uber and the Sharing Economy Can Win Over Regulators”, *Harvard Business Review Blog Network*, October 13<sup>th</sup>.

CARVALHO, Joana C.

- 2016 “Enquadramento Jurídico da Atividade da UBER em Portugal”, *WP Faculdade de Direito, Universidade Nova de Lisboa*.

CHRISTENSEN, Clayton, et al

- 2015 “What is Disruptive Innovation?” *Harvard Business Review*, December issue.

COASE, Ronald H.

- 1988 *The Firm, the Market and the Law*, Chicago, IL: The University of Chicago Press.

COMPETITION BUREAU, Government of Canada

- 2015 *Modernizing Regulation in the Canadian Taxi Industry*, White Paper, November.

COMPETITION AND MARKETS AUTHORITY

- 2015 *Response to Transport for London's private hire regulations proposals*, December 2<sup>nd</sup>.

CORNES, Richard & SANDLER, Todd

- 1996 *The Theory of Externalities, Public Goods and Club Goods*, 2<sup>nd</sup> ed. Cambridge, England: Cambridge University Press.

DEGRYSE, Christophe

- 2016 “Digitalisation of the economy and its impact on labour markets”, *Working Paper European Trade Union Institute* 2016.02.

DE STREEL, Alexandre & LAROCHE, Pierre

- 2015 “Disruptive Innovation and Competition Policy Enforcement”, Note for the 2015 OECD Global Forum on Competition, October 20<sup>th</sup>.

ECKHARDT, Giana & BARDHI, Fleura

- 2015 “The Sharing Economy Isn't About Sharing at All”, *Harvard Business Review Blog Network*, January 28<sup>th</sup>.

EDELAMN, Benjamin

- 2015 “Whither Uber?: Competitive Dynamics in Transportation Networks”, *Competition Policy International (CPI)*, Vol. 11, No. 1, Spring/Autumn.

EINAV, Liran et al

- 2015 “Peer-To-Peer Markets”, *NBER Working Paper* No. 21496, August.

ELLISON, Glenn

- 1994 “Cooperation in the Prisoner's Dilemma with Anonymous Random Matching,” *Review of Economic Studies*, Vol. 61, pp. 567-588.

ESKENAZI, Liliana

- 2014 “The French Taxi Case: Where Competition Meets – and Overrides – Regulation”, *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 5, No. 8, pp. 551-556.

EZRACHI, Ariel & STUCKE, Maurice E.

- 2015 "Artificial Intelligence & Collusion: When Computers Inhibit Competition", *The University of Tennessee College of Law, Legal Studies Research Paper* #267, May.

FEDERAL TRADE COMMISSION

- 2015 "The Sharing Economy: Issues Facing Platforms, Participants, and Regulators", Workshop, June 9<sup>th</sup>, Washington DC.

GAN, Li & Li, Qi

- 2004 "Efficiency of Thin and Thick Markets", *NBER Working Paper* No. 10815, September.

GATA, João E.

- 1995 "Repeated Random Matching Games under Restricted Information. Part I: Equilibria", *University of York/DERS Discussion Paper* no. 95/19.

- 2015 "The Sharing Economy, Competition and Regulation", Europe Column, *Competition Policy International (CPI)*, 25<sup>th</sup> November.

GERADIN, Damien

- 2015a "Uber and the Rule of Law: Should Spontaneous Liberalization Be Applauded or Criticized?", *Competition Policy International (CPI)*, Vol. 11, No. 1, Spring/Autumn.

- 2015b "Should Uber be allowed to compete in Europe? And if so how?", *Europe Column Competition Policy International (CPI)*, June.

GROSSMAN, Nick

- 2015 "Regulation, the Internet Way", *Harvard University Kennedy School of Government*, unpublished paper.

GUNIGANTI, Pallavi

- 2015 "Driven by Demand", *Global Competition Review*, February.

GURLEY, Bill

- 2014 "A Deeper Look at Uber's Dynamic Pricing Model", *Techmeme*, March 11<sup>th</sup>.

HALL, Jonathan et al

- 2015 "The Effects of Uber's Surge pricing: A Case Study", *WP*, Sept 17<sup>th</sup>.

HARRIS, Seth D. & KRUEGER, Alan B.

- 2015 "A Proposal for Modernizing Labor Laws for Twenty-First-Century Work: The "Independent Worker""", *The Hamilton Project Discussion Paper* No. 2015-10, December, Brookings.

ITF (International Transport Forum – OECD)

- 2016 *App-Based Ride and Taxi Services: Principles and Regulation*, Corporate Partnership Board Report.

## IRISH COMMISSION FOR TAXI REGULATION

- 2009 "Economic Review of the Small Public Service Vehicle (SPSV) Industry", Report prepared by Goodbody Economic Consultants in association with Faber Maunsell and IMS Millward Brown, March, available at: <https://www.nationaltransport.ie/downloads/taxi-reg/economic-review-spsv-industry.pdf>.
- KANDORI, Michiko
- 1992 "Social Norms and Community Enforcement," *Review of Economic Studies*, Vol. 59, pp. 63-80.
- KESSLER, Sarah
- 2015 "The 'sharing economy' is dead, and we killed it," *FastCompany*, September 14<sup>th</sup>.
- KING, Stephen
- 2015 "Sharing Economy: What Challenges for Competition Law?", *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 6, No. 10, pp. 729-734.
- LISTON-HEYES, C. & HEYES, A.
- 2007 "Regulation of the Taxi Industry: Some Economic Background", in *(De)Regulation of the Taxi Industry*, OECD Round Table Report 133, Paris.
- LOUGHER, Guy & KALMANOWICZ, Sammy
- 2015 "EU Competition Law in the Sharing Economy", *Journal of European Competition Law & Practice*.
- MALONE, Thomas, et al.
- 1987 "Electronic Markets and Electronic Hierarchies", *Communications of the Association for Computing Machinery* (ACM), Vol. 30, No. 6, pp. 484-497.
- MAS-COLELL, Andreu, et al
- 1995 *Microeconomic Theory*, Oxford, England, Oxford University Press.
- MEHAR, Salil
- 2015 "Antitrust and the Robo-Seller: Competition in the Time of Algorithms", *Minnesota Law Review*, Vol. 100, pp. 1323-1375.
- NOSKO, Chris & TADELIS, Steven
- 2015 "The Limits of Reputation in Platform Markets: an Empirical Analysis and Field Experiment", *National Bureau of Economic Research (NBER) Working Paper* No. 20830, January.
- OECD
- 2007 Taxi Services: Competition and Regulation, Policy Roundtable Final Report.
- OXERA
- 2015 "A fair share? The economics of the sharing economy", *Agenda Advancing economics in business*, December.

## PUBLIC POLICY.IE

- 2014 “The Taxi Market In Ireland: To Regulate Or Deregulate?”, 23 Oct 2014, available at: <http://www.publicpolicy.ie/the-taxi-market-in-ireland-to-regulate-or-deregulate/>.

## PRICEWATERHOUSECOOPERS LLP

- 2015 “The Sharing Economy”, Report, Consumer Intelligence Series.

PRILUCK, Jill

- 2015 “When Bots Collude”, *The New Yorker magazine*, April 25<sup>th</sup>.

SCOTT MORTON, F. M.

- 2013 “Contracts that Reference Rivals”, *Antitrust Magazine*, Summer, Vol. 27, No. 3, pp. 72-79.

SLEE, Tom

- 2013 “Some Obvious Things about Internet Reputation Systems”, Personal Blog.

SPENCE, Michael

- 2015 “The Inexorable Logic of the Sharing Economy”, Project Syndicate, Sept 28<sup>th</sup>.

SUNDARARAJAN, Arun

- 2016 *The Sharing Economy: The End of Employment and the Rise of Crowd-Based Capitalism*, Cambridge, MA: The MIT Press.

SUROWIECKI, James

- 2014 “In Praise of Efficient Price Gouging”, *MIT Technology Review*, August 19<sup>th</sup>.

TIROLE, Jean

- 1988 *The Theory of Industrial Organization*, Cambridge, MA: MIT Press.

WALLSTEN, Scott

- 2015 “The Competitive Effects of the Sharing Economy: How is Uber Changing Taxis”, *WP*, June, Technology Policy Institute – Studying the Global Information Economy, Washington DC, USA.

WILLIAMSON, Oliver

- 1975 *Markets versus Hierarchies: Analysis and Antitrust Implications*, New York, NY: The Free Press.

- 1985 *The Economic Institutions of Capitalism*, New York, NY: The Free Press.

- 1996 *The Mechanisms of Governance*, Oxford, England: Oxford University Press.

WOSSKOW, Debbie

- 2014 “Unlocking the sharing economy: An independent review”, Report for the Department for Business, Innovation and Skills, UK Government, November.

YARAGHI, Niam & RAVI, Shamika

- 2016 “The Current and Future State of the Sharing Economy”, Brookings Institution Report, December.



# ENQUADRAMENTO JURÍDICO DA ATIVIDADE DA UBER EM PORTUGAL

*Joana Campos Carvalho*

*Abstract: Following the request of an association representing the taxi drivers, a Lisbon court approved protective measures aimed at preventing Uber from conducting its activity in Portugal. The following article analyses the court's decision and then focuses on determining what role Uber plays in the contracts concluded with passengers: party (and in that case what kind of contract is it) or intermediary. We then analyse the applicable Portuguese law to conclude whether or not Uber can legally operate in Portugal.*

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. A decisão da Instância Central do Tribunal da Comarca de Lisboa. 3. A Uber como intermediária no contrato. 4. Qualificação da atividade da Uber. 5. Reflexão acerca do futuro da Uber em Portugal. 6. Conclusão.

## 1. INTRODUÇÃO

A Associação Nacional dos Transportadores Rodoviários em Automóveis Ligeiros (ANTRAL) interpôs uma providência cautelar contra a Uber<sup>1</sup>, solicitando ao tribunal, no essencial, que impedisse esta empresa de prestar os serviços que tem vindo a prestar em Portugal desde julho de 2014.

A Uber fornece uma aplicação para *smartphones* que permite ligar pessoas que desejam deslocar-se dentro da cidade e motoristas de carros, disponíveis para fazer o transporte.

Esta atividade permite enquadrar a Uber na denominada *sharing economy*, termo utilizado para designar um conjunto de empresas como a Airbnb, o Olx

---

<sup>1</sup> A providência cautelar foi deduzida contra a Uber Technologies Inc., que se defendeu, entre outros, com o argumento de que não presta qualquer serviço em Portugal, sendo antes a Uber B.V., uma sociedade holandesa, quem opera em Portugal. Tal questão não irá ser objeto de análise no presente texto, pelo que ao utilizar a designação Uber ao longo do artigo estamos a referir-nos à sociedade que presta serviços em Portugal, independentemente da discussão sobre quem essa sociedade efetivamente é.

ou a Zaask que, em rutura com os modelos tradicionais de negócio, têm vindo a revolucionar a forma como se accede aos bens e serviços<sup>2</sup>.

No presente artigo pretendemos analisar o direito português para concluir se a Uber pode atuar legalmente em Portugal, nos termos em que atualmente o faz.

Para tanto, importa caracterizar a atividade desenvolvida, designadamente para concluir se se trata de um serviço de transporte (e qual) ou de um mero serviço de intermediação.

Partiremos da análise da Sentença da Instância Central do Tribunal da Comarca de Lisboa, de 25 de junho de 2015<sup>3</sup>, para depois qualificarmos a atividade da Uber e definirmos qual a legislação aplicável.

## **2. A DECISÃO DA INSTÂNCIA CENTRAL DO TRIBUNAL DA COMARCA DE LISBOA**

A ANTRAL iniciou um procedimento cautelar<sup>4</sup> com vista a impedir a Uber de operar em Portugal.

Para tal solicitou, entre outros, a proibição da prestação do serviço de transporte, o encerramento da página da internet da Uber, a proibição de qualquer aplicação ou outro sistema tecnológico ou informático para prestar o serviço de transporte de passageiros e a interdição do uso de cartões de crédito e sistemas de pagamento pela internet para efeitos de cadastro na plataforma Uber e pagamento nesse âmbito.

O tribunal decretou as medidas cautelares requeridas, por decisão de 24 de abril de 2015.

Após citação, a Uber deduziu oposição no processo alegando, por um lado, que a empresa citada (Uber Technologies Inc.) não é a empresa que opera em Portugal (Uber B.V.) e, por outro lado, que a Uber não presta serviços de transporte, mas sim de mera intermediação. Pode ler-se na sentença de 25 de junho de 2015: “os serviços Uber consistem apenas em informações e meios disponibilizados, através de uma plataforma electrónica, aos seus utilizadores, para que estes possam obter um transporte realizado por terceiros, através de

---

2 Campos Carvalho, 2016: 115; Gata (2015: 3) refere-se a estas empresas como exemplos de “disruptive innovations”.

3 Processo 7730/15.0T8LSB. Esta sentença determina a manutenção das medidas cautelares decretadas por sentença de 24 de abril de 2015, no âmbito do mesmo processo. Centraremos a nossa atenção na segunda decisão, uma vez que retoma a fundamentação da primeira, completando-a tendo em conta a Defesa entretanto apresentada pela Requerida.

4 Processo 7730/15.0T8LSB.

uma app [...] permitindo ao seu utilizador manifestar o seu interesse num serviço de transporte, permitindo ao transportador manifestar a sua disponibilidade para prestar esse serviço, ao aceitar um pedido de transporte que seja solicitado por parte de um utilizador”. Da defesa parece ainda decorrer que, quanto aos motoristas, a Uber entende que estes não prestam serviço de táxi, estando autorizados a prestar serviços de transporte a outro título, embora não seja claro da defesa, tal como apresentada na sentença, qual.

Por decisão de 25 de junho de 2015, o tribunal decidiu manter as medidas cautelares já decretadas e julgar improcedente a oposição da requerida.

Não abordaremos a questão da legitimidade da parte citada na ação cautelar. Centraremos-nos no segundo argumento da Uber – de que não presta serviços de transporte – e no entendimento do tribunal a esse respeito.

A este propósito assinala o tribunal que, ao contrário de *sites* como o Booking.com, “nem o site, nem a aplicação da requerida contém qualquer lista ou indicação de prestadores de serviços de transporte de onde o consumidor possa escolher livremente o prestador do seu serviço”, não contendo “também qualquer discriminação de preços, identificação do serviço diferenciado prestado, reportado por exemplo à frota ou condutores ou características dos veículos, ou qualquer outra”.

O utilizador não sabe quem é o motorista “nem em bom rigor quer saber, porque está a contratar a Uber, nem tal informação lhe é prestada mesmo que o queira porque a aplicação não o permite”.

O tribunal sustenta, ainda, que o utilizador não contrata com o motorista “porque não negoceia o preço de transporte com este (e não existe taxímetro) e não lhe paga”.

Conclui, pois, que é impossível defender que a Uber é um mero intermediário quando “o utilizador que quer contratar um serviço de transporte não contacta diretamente com a pessoa que fisicamente o transporta, nem sequer conhece a sua identidade, e não lhe paga, nem este conhece a identidade do utilizador, não fixa preços, nem dele nada recebe”.

A requerida “está (ou estava) [, pois,] a explorar, em Portugal, a actividade comercial remunerada de transporte de passageiros em veículos ligeiros com condutor”.

Finalmente, o tribunal esclarece, ainda, que não apenas a Uber não está autorizada a efectuar o transporte de passageiros, como também as empresas transportadoras não o estão. “Estas, podendo estar autorizadas para o aluguer de veículos sem condutor, ou com condutor em circunstâncias especialmente

previstas, não o estão seguramente para o transporte remunerado de passageiros. Quem pede um veículo para o transportar do Rato ao Chiado, não aluga um veículo com condutor, nem a requerida pode pretender contornar a exigência legal mediante a figura do aluguer de veículos com condutor”.

### 3. A UBER COMO INTERMEDIÁRIA NO CONTRATO

A Uber apresenta-se como uma mera intermediária no contrato celebrado entre o passageiro e o motorista.

Nos Termos de Utilização do Utilizador<sup>5</sup> pode ler-se: “os serviços são disponibilizados por meio de uma plataforma tecnológica que permite aos usuários das aplicações móveis ou *websites* da Uber, disponibilizados como parte dos serviços (cada, uma “aplicação”), organizar e agendar serviços de transporte e/ou logística prestados por terceiros independentes, incluindo fornecedores de serviços de transporte e de logística independentes, por meio de contrato com a Uber ou determinadas afiliadas da Uber (“prestadores terceiros”). [...] O usuário reconhece que a uber não fornece serviços de transporte ou logística nem funciona como uma empresa de transportes e que todos os serviços de transporte ou logística são prestados por contratantes terceiros que não são contratados pela uber ou por qualquer uma das suas afiliadas”.

Tal encontra-se, de resto, em linha com o que se verifica em relação à maioria das empresas que integram a *sharing economy*, em que a plataforma se apresenta como mero intermediário ou ponto de ligação entre a oferta e a procura de determinado produto ou serviço<sup>6</sup>, não sendo parte no contrato de compra e venda ou de prestação de serviços e não assumindo, portanto, qualquer responsabilidade pelo incumprimento, em sentido amplo, de tal contrato.

No modelo de negócio da Uber, tal como apresentado pela própria, estaríamos, pois, perante três contratos.

Relativamente aos dois primeiros, não existem dúvidas.

5 Disponíveis em <https://uberportugal.com/termos-de-utilizacao-do-utilizador/>.

6 Veja-se, a título de exemplo, os “termos de utilização” da Airbnb, onde se lê: “você entende e concorda que a Airbnb não é parte em qualquer contrato celebrado entre anfitriões e hóspedes [...], exonerando-se de qualquer responsabilidade a este respeito, na máxima extensão permitida pela lei”; ou os do Olx: “o Olx não tem acesso ou controlo sobre os artigos ou condições de serviços comunicados nos anúncios nem se envolve ou participa na transacção efectiva entre comprador / contratante e vendedor / prestador. Por isso, o Olx não garante a qualidade, segurança ou legalidade dos artigos ou serviços anunciados, a veracidade ou exatidão destes, a capacidade dos vendedores e prestadores para vender artigos ou prestar serviços, a capacidade dos compradores de adquirir produtos ou contratantes de contratar serviços, nem pode garantir que ambas as partes completem a transacção”.

Assim, em primeiro lugar, é celebrado um contrato entre o motorista e a Uber, através do qual são estabelecidas as obrigações de ambos, nomeadamente no que diz respeito à disponibilidade do motorista, deveres de conduta ou comissões pagas pelo motorista à Uber.

Em segundo lugar, é celebrado um contrato entre o utilizador e a Uber. Ao solicitar um carro através da aplicação, o utilizador celebra um contrato que regula, por exemplo, os termos de utilização da aplicação. As condições deste contrato encontram-se nos Termos de Utilização do utilizador, atrás referidos, configurando, pois, cláusulas contratuais gerais<sup>7</sup>. Note-se que, segundo a Uber, este não se confunde com o contrato de transporte, sendo esse celebrado diretamente com o motorista.

A dúvida coloca-se no que respeita ao terceiro contrato. A Uber considera que é celebrado um contrato diretamente entre os utilizadores da plataforma – motorista e passageiro – para a prestação de determinado serviço de transporte.

O problema é que, se em algumas situações, no âmbito da *sharing economy*, é evidente para o utilizador que a plataforma não é parte no contrato principal, noutras tal circunstância não é, de todo, evidente<sup>8</sup>.

Exemplo do primeiro caso é o Olx, em que é evidente para o comprador que o contrato de compra e venda não é celebrado com o Olx, mas sim com o anunciante. O comprador utiliza o *site* para descobrir o produto que pretende, mas depois todos os contactos são feitos diretamente com o vendedor, o que torna a situação clara para o comprador, no que diz respeito à identidade da sua contraparte.

No caso da Uber a situação não é tão evidente.

O utilizador acede à aplicação, introduz o seu destino e solicita que um carro o venha buscar. A interação no momento da contratação é unicamente entre o passageiro e a Uber, não tendo o motorista qualquer intervenção.

Não sendo o contrato de transporte celebrado diretamente pelo motorista poderíamos construir a situação como uma relação de representação.

O motorista atribuiria poderes à Uber para celebrar contratos em seu nome, para definir o preço cobrado pelo serviço prestado em cada um desses contratos e para efetuar a cobrança do pagamento do preço.

<sup>7</sup> Moraes Carvalho (2015: 65) assinala que, tendo em conta a ausência de comunicação adequada e de clarificação das cláusulas constantes dos Termos de Utilização, estes se encontram, geralmente, excluídos dos contratos individuais.

<sup>8</sup> Para além deste aspeto, Smorto (2015: 262) assinala também que muitas vezes o intermediário mantém um estreito controlo da transação.

Parece-nos que, em teoria, esta configuração é perfeitamente possível e aceite pelo nosso ordenamento jurídico.

Entre a Uber e o motorista seria celebrado um contrato de mandato, nos termos do artigo 1157.º do Código Civil, através do qual a Uber se obrigaria a celebrar contratos por conta do motorista.

A circunstância de ser a Uber a definir o preço cobrado em cada contrato celebrado em execução desse mandato não nos parece colocar, do ponto de vista civil, qualquer tipo de problema, ao contrário do que sustenta a Instância Central do Tribunal da Comarca de Lisboa, na Sentença de 25 de junho de 2015, acima mencionada. A extensão do mandato é variável, podendo ser mais ou menos amplos os poderes conferidos pelo mandante ao mandatário. Tendo em conta o princípio da liberdade contratual, previsto no artigo 405.º do Código Civil e a inexistência de norma que o proíba, o mandante pode atribuir poderes ao mandatário para definir, livremente ou dentro de determinados parâmetros, o preço a contratar pelo mandatário em execução do mandato<sup>9</sup>.

Para que os efeitos dos contratos celebrados pelo mandatário em execução do mandato se repercutam na esfera jurídica do mandante é necessário que aquele aja não apenas por conta, mas também em nome do mandante, isto é que aja em representação do mandante (arts. 1178.º e 258.º do Código Civil).

É este o ponto em que a qualificação da Uber como mera intermediária entre o passageiro e o motorista falha.

A atuação do representante em nome do representado e a invocação dessa circunstância é pressuposto do instituto da representação<sup>10</sup>, isto é, para que haja representação é necessário que, no ato que pratica, o representante invoque a pessoa do representado, declarando que age em nome dele<sup>11</sup>.

No momento em que o passageiro celebra o contrato a Uber não o informa de que age em nome de outrem, nomeadamente de determinado motorista. A Uber fornece a identificação do motorista, já após a celebração do contrato, mas mesmo nesse momento não esclarece que estava a agir em nome e por conta daquele. Mesmo tacitamente, parece-nos que em momento algum um

9 Neste sentido, Ferreira de Almeida (2012: 171) sustenta que “a extensão do mandato [...] pode ser mais ou menos ampla [...]; em qualquer caso, sem ou com concretização de outros elementos, como, por exemplo, o preço ou o rendimento (certo, máximo ou mínimo), qualificações do outro contraente, limites temporais e outras circunstâncias”.

10 Neste sentido, Brito, 1999: 91 e 94.

11 Ferreira de Almeida, 2013: 153.

declaratário normal deduz do comportamento da Uber que esta age em nome de outrem.

É certo que dos Termos de Utilização consta que os serviços de transporte são prestados por terceiro, mas nem esses Termos de Utilização são apresentados ao utilizador no momento da celebração do contrato (apenas no momento em que é descarregada a aplicação), nem tal apresentação, mesmo no momento do contrato, poderia ser considerada suficiente para um declaratário normal se considerar informado de que não estava a celebrar o contrato com a Uber<sup>12</sup>, nem, por fim, consta dos Termos de Utilização a identificação da contraparte, isto é o motorista com quem o passageiro alegadamente contrata naquele momento.

Nestes casos, parece-nos, pois, que, falhando um dos pressupostos da representação, o contrato de prestação de serviços tem de considerar-se celebrado entre a Uber e o passageiro, sendo aquela responsável pela execução do contrato nos termos acordados<sup>13</sup>.

Outra hipótese seria configurar o contrato celebrado entre a Uber e o passageiro como um contrato para pessoa a nomear. Nos termos do artigo 452.º do Código Civil, “ao celebrar o contrato, pode uma das partes reservar o direito de nomear um terceiro que adquira os direitos e assuma as obrigações provenientes desse contrato”. A conclusão revela-se, no entanto, semelhante. No momento da celebração do contrato a Uber não informa o passageiro de que se reserva o direito de nomear um terceiro que assuma os direitos e obrigações provenientes daquele contrato, nem tal circunstância se deduz do seu comportamento.

Concluímos, assim, que a Uber não age apenas com intermediária entre passageiro e motorista, sendo o contrato de transporte celebrado entre o passageiro e a própria Uber<sup>14</sup>.

Esta conclusão sai reforçada se analisarmos a forma como a Uber se apresenta. Trata-se de uma marca forte<sup>15</sup>, que pretende aglomerar e unificar todos os motoristas que tem ao seu serviço. O comportamento dos motoristas é semelhante em cada viagem, perguntando, por exemplo, se a temperatura do carro está agradável e qual a estação de rádio que o passageiro prefere.

12 Neste sentido, Morais Carvalho, 2015: 64.

13 Morais Carvalho, 2015: 64.

14 Neste sentido concluíram também os tribunais alemães, Wüsthof, 2015: 60.

15 Morais Carvalho (2015: 64) sustenta que “a força do negócio da Uber está ligada à marca e à aplicação, não tendo os prestadores do serviço qualquer notoriedade” (tradução nossa).

A Uber fornece aos motoristas, em muitos dos casos, o material necessário para o exercício da atividade designadamente um smartphone como uma aplicação específica e estabelece uma política de preços comum. Também a forma de pagamento dos motoristas, efetuada pela própria Uber que recebe o valor dos clientes e depois o transfere para o parceiro, deduzindo a sua comissão, aponta no sentido de uma centralização do controlo naquela.

Mesmo na gíria, a forma como a Uber é percecionada é evidente. Já se tornou comum a expressão “chamar um Uber”. Ninguém diz que vai “chamar um motorista através da Uber”, como por exemplo se diz “marcar um hotel pela Booking”.

Ao procurar ser qualificada como mera intermediária, a Uber pretende ter as vantagens da aparência de que é consigo que o cliente celebra o contrato, designadamente a confiança dos clientes associada à marca, sem assumir as correspondentes obrigações, nomeadamente a responsabilidade pela (boa) execução do contrato, o que se afigura desproporcional no equilíbrio da relação.

Pelo exposto, concluímos que o contrato para o transporte dos passageiros é celebrado diretamente com a Uber.

Impõe-se agora clarificar que tipo de contrato é este, que é celebrado entre a Uber e o passageiro, para saber se aquela pode celebrá-lo e executá-lo livremente.

#### 4. QUALIFICAÇÃO DA ATIVIDADE DA UBER

O contrato de transporte é habitualmente definido na doutrina portuguesa como o contrato mediante o qual uma das partes se obriga perante outrem a fazer deslocar fisicamente pessoas ou coisas<sup>16</sup>. A maior parte da doutrina considera que se trata de um contrato de prestação de serviços (artigo 1154.º do Código Civil)<sup>17</sup>, estando tipificado apenas na sua vertente comercial (artigo 344.º do Código Comercial).

O Regulamento dos Transportes em Automóveis, aprovado pelo Decreto n.º 37272, de 31 de dezembro de 1948 (RTA), determinava no artigo 1.º que “os transportes em veículos automóveis classificam-se em duas categorias, particulares e públicos”.

Eram considerados transportes particulares de passageiros “os transportes realizados por entidades singulares ou coletivas, em veículos de sua propriedade e sem direito a qualquer remuneração” (artigo 1.º, alínea I) e os que, “ainda que

16 Bastos, 2004: 47-48; Engrácia Antunes, 2009: 539; Menezes Cordeiro, 2008: ponto 10.

17 Bastos, 2004: 54; Lacerda Barata, 2013: 623; Menezes Cordeiro, 2008: ponto 10.

remunerados, assumem uma função complementar ao exercício do comércio ou indústria da entidade transportadora, quando realizados em veículos da sua propriedade”. Por seu lado, eram considerados transportes públicos de passageiros “todos os transportes que, nos termos deste regulamento, não devam ser classificados como particulares”.

O artigo 3.º do RTA estabelecia que “os transportes públicos só podem ser explorados em regime de transportes de aluguer ou de transporte coletivo” e que “são de aluguer os transportes em que os veículos são, no conjunto, da sua lotação ou da carga, postos ao exclusivo serviço de uma só entidade, segundo itinerários da sua escolha, mediante retribuição” e coletivos “os transportes em que os veículos são postos, mediante retribuição, à disposição de quaisquer pessoas, sem ficarem exclusivamente ao serviço de nenhuma delas, sendo utilizados por lugar da sua lotação ou por fração da sua carga, segundo itinerários e frequências devidamente aprovados”.

Nesta classificação, que pretendia ser exaustiva, no sentido em que todos os transportes realizados em Portugal se integravam necessariamente numa das categorias, parece-nos que o transporte efetuado pela Uber seria considerado um transporte público de aluguer.

Não é privado uma vez que é remunerado e não assume uma função complementar ao exercício do comércio ou indústria da entidade transportadora. É de aluguer, uma vez que a totalidade da lotação é colocada ao serviço exclusivo de uma só pessoa, segundo itinerário à sua escolha, mediante retribuição.

Esta classificação apontava claramente para a aplicação ao serviço prestado pela Uber do Decreto-Lei n.º 251/98, de 11 de agosto, que regula “os transportes públicos de aluguer em veículos automóveis ligeiros de passageiros” (artigo 1.º).

O RTA foi revogado pelo Decreto-Lei n.º 52/2015, de 9 de junho, que aprovou o Regime Jurídico do Serviço Público de Transporte de Passageiros (RJSPTP).

Este diploma, ao contrário do RTA, não pretende regular todo o tipo de transportes rodoviários, mas apenas os transportes públicos coletivos e, além disso, não se restringe ao transporte rodoviário. Neste sentido, pode ler-se no seu artigo 1.º que o diploma “estabelece o regime aplicável ao planeamento, organização, operação, atribuição, fiscalização, investimento, financiamento, divulgação e desenvolvimento do serviço público de transporte de passageiros, por modo rodoviário, fluvial, ferroviário”.

Tendo em conta o seu âmbito de aplicação, comprehende-se que o diploma não tenha qualquer preocupação em estabelecer as diferentes categorias de transportes, como fazia o RTA.

Contudo, da interpretação conjunta do artigo 1.º e do artigo 2.º, n.º 2, do RJSPTP decorre que transportes públicos são os regulados pelo diploma (no essencial transportes coletivos) e os identificados no elenco de exclusões ao âmbito de aplicação, a saber:

- a) O serviço público de transporte de passageiros com caráter histórico e de âmbito turístico;
- b) O serviço público de transporte de passageiros abrangido por legislação específica, entre os quais:
  - i) O transporte em táxi, de acordo com o Decreto-Lei n.º 251/98, de 11 de agosto, alterado pelas Leis n.ºs 156/99, de 14 de setembro, e 106/2001, de 31 de agosto, pelos Decretos-Leis n.ºs 41/2003, de 11 de março, e 4/2004, de 6 de janeiro, e pela Lei n.º 5/2013, de 22 de janeiro;
  - ii) O transporte coletivo de crianças, de acordo com a Lei n.º 13/2006, de 17 de abril, alterado pela Lei n.º 17-A/2006, 26 de maio, pelo Decreto-Lei n.º 255/2007, de 13 de julho, e pela Lei n.º 5/2013, de 22 de janeiro;
  - iii) Os serviços de transporte ocasionais e regulares especializados, de acordo com o Decreto-Lei n.º 3/2001, de 10 de janeiro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 90/2002, de 11 de abril;
  - iv) O serviço de transporte regular fluvial, de acordo com o Decreto-Lei n.º 16/2014, de 3 de fevereiro.

Ainda que o RJSPTP não estabeleça a distinção entre transporte privado e transporte público, parece-nos claro que temos de considerar que o serviço que a Uber presta é um serviço de transporte público, na medida em que a declaração que aquela emite, que configura um convite a contratar, é dirigida ao público em geral<sup>18</sup>.

Estando o âmbito de aplicação do RJSPTP construído por via residual, o seu regime aplica-se a todos os transportes públicos que não se encontrem excluídos pelo artigo 2.º, n.º 2.

---

18 Morais Carvalho, 2015: 64.

Importa, pois, analisar se o serviço prestado pela Uber se reconduz a alguma das categorias do artigo 2.º, n.º 2 ou a outra prevista em legislação especial. Numa primeira análise do artigo podemos excluir a primeira parte da alínea *a*) e os pontos *ii*), *iii*) e *iv*) da alínea *b*), uma vez que o serviço prestado não tem caráter histórico, não é transporte de crianças, não é realizado em automóveis com lotação superior a nove lugares e não é transporte fluvial.

Restam-nos, pois, as possibilidades do transporte de âmbito turístico, do aluguer de veículos de passageiros sem condutor (por se tratar de serviço público de transporte de passageiros abrangido por legislação específica, nos termos do artigo 2.º, n.º 2, alínea *b*), do do RJSPTP) e do transporte em táxi.

O Decreto-Lei n.º 61/2011, de 6 de maio, que estabelece o regime de acesso e de exercício da atividade das agências de viagem e turismo determina, para o que aqui releva, que as agências de viagem e turismo desenvolvem, a título exclusivo, as atividades de receção, transferência e assistência a turistas (artigo 3.º, n.º 1, alínea *e*), e artigo 4.º, n.º 1). O artigo 4.º, n.º 2, alínea *b*), esclarece, no entanto, que “não estão abrangidos pelo exclusivo reservado às agências de viagens e turismo: o transporte de clientes pelos empreendimentos turísticos e agentes de animação turística, com meios de transporte próprios”.

Ainda que a Uber fosse uma agência de viagens, dedicada apenas à receção, transferência e assistência a turistas, uma grande parte da sua atividade cairia fora desta classificação, uma vez que provavelmente a maioria dos passageiros transportados pela Uber não são turistas.

No que diz respeito ao transporte de clientes por agentes de animação turística, o Decreto-Lei n.º 108/2009, de 15 de maio, determina no artigo 26.º, n.º 3, que as empresas de animação turística podem efetuar o transporte de passageiros em veículos automóveis com lotação até nove lugares, “desde que os veículos utilizados sejam da sua propriedade, ou objeto de locação financeira, aluguer de longa duração ou aluguer operacional de viaturas (renting), se a empresa de animação turística for a locatária, ou ainda quando recorram a entidades habilitadas para o transporte”, mas apenas na “realização de passeios turísticos ou transporte de clientes no âmbito das suas atividades”.

Ora, do artigo 3.º do mesmo diploma decorre que “são atividades de animação turística as atividades lúdicas de natureza recreativa, desportiva ou cultural, que se configurem como atividades de turismo de ar livre ou de turismo cultural e que tenham interesse turístico para a região em que se desenvolvam”. Parece, pois, estar vedado às empresas de animação turística o transporte de passageiros fora do âmbito destas atividades, designadamente o transporte

que tenha como única finalidade a deslocação de um local para outro, pelo que, ainda que a Uber se constituísse como empresa de animação turística a atividade que desenvolve não poderia ser enquadrada nas atividades a que tais empresas estão autorizadas.

Importa referir ainda, por se tratar de legislação especial, o diploma que regula a atividade de aluguer de veículos de passageiros sem condutor (Decreto-Lei n.º 181/2012, de 6 de agosto). No seu artigo 13.º pode ler-se que “pode ser celebrado um contrato adicional ao de aluguer do veículo de passageiros sem condutor tendo por objeto exclusivo a sua condução, a qual só pode ser exercida por pessoas contratadas pelo locador, considerando-se este serviço prestado pelo próprio locador”. Daqui decorre que as empresas de aluguer de veículos de passageiros sem condutor, comumente chamadas empresas de *rent-a-car*, estão autorizadas a celebrar contratos mistos, de locação e prestação de serviços, que se traduzem no transporte de passageiros. Contudo, a Uber não é uma empresa de *rent-a-car*, nem a atividade que a mesma leva a cabo pode ser qualificada como aluguer de automóveis de passageiros, mesmo com condutor, uma vez que os automóveis não são propriedade sua. Note-se que concluímos atrás que os contratos devem considerar-se celebrados pela própria Uber com os passageiros, pelo que não releva saber se as empresas que prestam efetivamente o serviço de transporte estão autorizadas a fazê-lo (como parecem estar), mas sim se a própria Uber o está.

No que diz respeito ao transporte em táxi, o Decreto-Lei n.º 251/98, de 11 de agosto, determina no artigo 1.º que o mesmo se aplica “aos transportes públicos de aluguer em veículos automóveis ligeiros de passageiros, adiante designados por transportes em táxi”.

O RTA fornecia uma definição de transportes públicos de aluguer nos seguintes termos: “são de aluguer os transportes em que os veículos são, no conjunto, da sua lotação ou da carga, postos ao exclusivo serviço de uma só entidade, segundo itinerários da sua escolha, mediante retribuição” (artigo 3.º).

Quando o Decreto-Lei n.º 251/98, de 11 de agosto, foi aprovado o RTA encontrava-se em vigor, pelo que o objetivo daquele Decreto-Lei era o de regular o transporte em veículos que são, no conjunto, da sua lotação ou da carga, postos ao exclusivo serviço de uma só entidade, segundo itinerários da sua escolha, mediante retribuição, tal como decorria da definição do RTA.

Contudo, à data, o único tipo de transporte que na prática preenchia esta definição era o transporte em táxi. Tal constatação decorre da própria norma

do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 251/98, na parte em que faz equivaler o transporte público de aluguer ao transporte em táxi: “transportes públicos de aluguer em veículos automóveis ligeiros de passageiros, adiante designados por transportes em táxi”. Também no preâmbulo as expressões “transportes de aluguer em veículos automóveis ligeiros de passageiros” e “transporte em táxi” são utilizadas indistintamente.

Todo o resto do diploma é construído sobre esse pressuposto.

Veja-se, por exemplo, a alínea *a*) do artigo 2.º que define táxi como “o veículo automóvel ligeiro de passageiros afeto ao transporte público, equipado com aparelho de medição de tempo e distância (taxímetro) e com distintivos próprios”.

Assim, o transporte público de aluguer, pelo menos o regulado por este diploma, fica reduzido ao transporte em automóvel ligeiro equipado com taxímetro e com distintivos próprios e é apenas esse transporte que é regulado pelo diploma.

Ora, a realidade evolui e neste momento é evidente que há outros tipos de transporte público de aluguer que não os realizados em automóvel com distintivos próprios e taxímetro<sup>19</sup>.

Em termos interpretativos não nos parece possível enquadrar a atividade da Uber noutra categoria que não a do transporte público de aluguer.

Pela forma como está construído, o Decreto-Lei n.º 251/98 apresenta-se como o diploma geral em matéria de transporte público de aluguer. Consideramos que outros diplomas que regulam atividades que também podem ser consideradas transporte público de aluguer, como as prestadas por agências de turismo, empresas de rent-a-car e agentes de animação turística, nos termos acima identificados, devem ser considerados legislação especial em relação a este diploma.

Assim, não se enquadrando a atividade da Uber na legislação especial sobre transporte público de aluguer é necessariamente regulada pelo diploma geral.

Daqui decorre que a atividade exercida pela Uber não pode neste momento ser considerada lícita em Portugal, na medida em que não cumpre os requisitos impostos pela legislação aplicável, designadamente o Decreto-Lei n.º 251/98, de 11 de agosto.

---

<sup>19</sup> Gata (2015: 8) assinala que os processos contra a Uber têm o mérito de chamar a atenção para a necessidade de revisitar o quadro regulatório do serviço de táxi.

## 5. REFLEXÃO ACERCA DO FUTURO DA UBER EM PORTUGAL

O Direito acompanha constantemente a sociedade e a sua evolução, pelo que não temos dúvidas de que, a breve trecho, a questão da Uber será regulada.

No que diz respeito à forma como a questão será regulada, uma teoria realista do Direito impõe que apenas seja considerado Direito o que respeitar a regra de reconhecimento do ordenamento jurídico<sup>20</sup>, sendo que num ordenamento jurídico como o nosso a regra de reconhecimento abrange não apenas os aspectos formais de elaboração das normas, mas também exigências materiais<sup>21</sup>, acolhidas, designadamente, como princípios na Constituição.

Neste caso, ao contrário do que sustentam a ANTRAL e, parece-nos, também o tribunal, a atividade da Uber não coloca em abstrato em causa direitos fundamentais previstos na Constituição como o direito à integridade física ou à segurança (artigos 25.º e 27.º da Constituição da República Portuguesa – CRP) ou mesmo os direitos dos consumidores (artigo 60.º da CRP).

A regulação terá necessariamente de ter em causa estes e outros princípios constitucionais para que, em concreto, a atividade da Uber venha a ser lícita<sup>22</sup>. Contudo, parece-nos que tal regulação não deve passar pela imposição à Uber das mesmas exigências que atualmente são impostas ao transporte em táxi pelo Decreto-Lei n.º 251/98.

O modelo de negócio não é o mesmo dos táxis, pelo que a regulação não deve ser a mesma<sup>23</sup>.

O mesmo vale em geral para os negócios da *sharing economy*. Os modelos contratuais da *sharing economy* são inovadores e diferentes dos tradicionais, pelo que as normas que os regulam devem também elas ser inovadoras.

O fenómeno da *sharing economy* em Portugal é ainda bastante recente, pelo que nos parece ser importante observar de que forma esses negócios vão funcionar efetivamente para, apenas depois de se conhecer as suas particularidades, se legislar adequadamente<sup>24</sup>, protegendo os envolvidos na medida do necessário, mas sem com isso travar a inovação.

20 Hespanha, 2009: 117.

21 Hespanha, 2009: 121.

22 Geradin (2015: 3) assinala que a inovação não altera a necessidade de medidas destinadas a assegurar a segurança pública e a proteger os utilizadores de várias categorias de riscos.

23 Geradin (2015: 12-14) oferece algumas possíveis soluções de regulação para o mercado dos táxis e dos “online-enabled car transportation services”.

24 No sentido da importância de se esperar até haver informação suficiente, Smorto (2015: 264) e, assinalando a importância da prática para a alteração da legislação, Orsi, 2012: 16.

Em concreto no que diz respeito à proteção das pessoas e dos seus interesses, importa sublinhar um dos traços distintivos das empresas da *sharing economy* que deve ser tido em conta no momento da regulação. Habitualmente, as empresas da *sharing economy* desenvolvem mecanismos de autorregulação, designadamente de controlo da reputação<sup>25</sup>, permitindo a avaliação da contraparte<sup>26</sup>, tanto através da atribuição de uma pontuação como da elaboração de comentários.

## 6. CONCLUSÃO

A Uber apresenta-se como mera intermediária nos contratos de transporte celebrados entre passageiros e motoristas através da sua aplicação.

Contudo, no momento da contratação o passageiro tem contacto apenas com a Uber e não com o motorista. Seria possível, em abstrato, defender que a Uber atuaria em representação do motorista ou que o contrato celebrado seria um contrato para pessoa a nomear. No entanto, um declaratório normal não deduz do comportamento da Uber no momento da contratação que esta age em representação ou que se reserva a possibilidade de nomear um terceiro para assumir a sua posição. Parece-nos, pois, forçoso concluir que o contrato de transporte é celebrado entre o passageiro e a própria Uber.

Este contrato de transporte é classificado, no âmbito da legislação portuguesa, como transporte público de aluguer, sendo, na falta de lei especial, regulado pelo Decreto-Lei n.º 251/98, que se aplica “aos transportes públicos de aluguer em veículos automóveis ligeiros de passageiros” (artigo 1.º).

Este diploma contém diversas exigências que a Uber teria de cumprir para atuar licitamente em Portugal.

A leitura da legislação portuguesa torna evidente que a mesma estava pensada para uma realidade em que o único tipo de transporte de veículos de aluguer era o táxi.

A Uber, tal como outras empresas da *sharing economy* de outras áreas, veio revolucionar a forma como se accede ao serviço de transporte de aluguer dentro

---

25 Botsman & Rogers, 2011: 219, previam, em 2011, que, em breve, haveria *sites* que agregassem a informação reputacional da pessoa em todas as plataformas nas quais está ativa. Esses *sites* já existem hoje – por exemplo o ERated.co ou o Trust Cloud. Smorto (2015: 260) refere-se aos mecanismos de controlo da reputação como a segunda mão invisível do mercado.

26 Gansky (2012: 106) defende que, no futuro, a reputação do utilizador irá influenciar o preço que lhe é cobrado pelo serviço.

da cidade, em evidente rutura com os modelos tradicionais de negócio, desig-  
nadamente o dos táxis.

Pensamos que a atividade desenvolvida pela Uber será, certamente a breve  
trecho, regulada em Portugal, sendo fundamental ter em conta o caráter inova-  
dor do seu modelo de negócio, que não se coaduna com as regras tradicionais  
da regulação na área dos transportes.

## BIBLIOGRAFIA

- BASTOS, Nuno Manuel Castello-Branco  
 2004 *Direito dos Transportes*, Coimbra: Almedina.
- BOTSMAN, Rachel & ROGERS, Roo  
 2011 *What's mine is yours*, Londres: Harper Collins.
- BRITO, Maria Helena  
 1999 *A representação nos contratos internacionais: Um contributo para o estudo do princípio da coerência em direito privado internacional*, Coimbra: Almedina.
- CAMPOS CARVALHO, Joana  
 2016 “A Proteção do Consumidor na *Sharing Economy*”, in *I Congresso de Direito do Consumo*, Coimbra: Almedina, pp. 115-129.
- ENGRÁCIA ANTUNES, José  
 2009 “O Contrato de Transporte”, in *O Direito*, n.º 141, pp. 539-566.
- FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos  
 2013 *Contratos I*, 5.ª ed., Coimbra: Almedina.  
 2012 *Contratos II*, 3.ª ed., Coimbra: Almedina.
- GANSKY, Lisa  
 2012 *The Mesh*, 2.ª ed., Nova Iorque: Portfolio/ Penguin.
- GATA, João  
 2015 “The Sharing Economy, Competition and Regulation”, in *Competition Policy International*, Novembro 2015, disponível em <https://www.competitionpolicyinternational.com/assets/Europe-Column-November-Full.pdf>.
- GERADIN, Damien  
 2015 “Should Uber be Allowed to Compete in Europe? And if so how?”, *George Mason Legal Studies Research Paper*, n.º LS 15-11, disponível em <http://ssrn.com/abstract=2615530>.
- HESPANHA, António Manuel  
 2009 *O Caleidoscópio do Direito – O Direito e a Justiça nos Dias e no Mundo de Hoje*, 2.ª Ed., Coimbra: Almedina.
- LACERDA BARATA, Carlos  
 2013 “Contrato de Transporte Terrestre: Formação e Conclusão”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 73, n.ºs 2/3, pp. 619-668.
- MENEZES CORDEIRO, António  
 2008 “Introdução ao Direito dos Transportes”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 68, n.º 1, pp. 139-172.

MORAIS CARVALHO, Jorge

2015 “Uber in Portugal”, in *EuCML – Journal of European Consumer and Market Law*, n.ºs 1-2/2015, pp. 63-65.

ORSI, Janelle

2012 *Practicing law in the sharing economy*, Chicago: American Bar Association.

SMORTO, Guido

2015 “Verso la disciplina giuridica della sharing economy”, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2/2015, pp. 245-278.

WÜSTHOF, Lucas

2015 “Uber in Germany”, in *EuCML – Journal of European Consumer and Market Law*, n.ºs 1-2/2015, pp. 60-62.



# LEGISLAÇÃO

*Legislação nacional*



# LEGISLAÇÃO NACIONAL

## LEGISLAÇÃO NACIONAL – ABRIL A JUNHO DE 2016 *elaborado por Nazaré da Costa Cabral*

### BANCO DE PORTUGAL

#### **Aviso n.º 6/2016, de 8 de junho**

Revoga o Aviso n.º 1/2015, de 17 de setembro, que regulamentou a aplicação da reserva de conservação de fundos próprios.

#### **Aviso n.º 5/2016, de 12 de maio**

Revoga expressamente os Avisos do Banco de Portugal n.ºs 5/2007, 7/2007, 8/2007, 9/2007 e 10/2007, todos de 27 de abril, aquando da entrada em vigor da regulamentação relativa aos requisitos prudenciais aplicáveis às caixas económicas anexas.

#### **Aviso n.º 4/2016, de 12 de maio**

Estabelece os requisitos prudenciais aplicáveis às caixas económicas anexas.

#### **Aviso n.º 3/2016, de 11 de maio**

Regulamenta a divulgação das medidas nacionais adotadas pelo Bando de Portugal, enquanto autoridade macroprudencial, no âmbito de uma decisão de reciprocidade voluntária de medidas macroprudenciais implementadas pelas autoridades competentes ou designadas de outros Estados-Membros a fim de eliminar ou diminuir riscos sistémicos e cujo conteúdo será divulgado até ao último dia do mês, quando aplicável, no sítio da Internet.

#### **Aviso n.º 2/2016, de 1 de abril**

Regulamenta o reporte de informação financeira, em base individual, para fins de supervisão, estatísticos e de análise de riscos macroprudenciais com uma periodicidade trimestral. Revoga a Instrução n.º 24/2014, publicada no BO n.º 11, de 17.11.2014.

### **Aviso n.º 1/2016, de 18 de março**

Adapta o quadro regulamentar referente ao risco imobiliário, enquadrando-o no quadro prudencial vigente. O reporte de informação previsto no artigo 3.º, com referência ao ano de 2015, deve ser efetuado até 15 de abril de 2016. Revoga a Instrução n.º 120/96, de 16 de agosto, com exceção do disposto na alínea b) do n.º 2, que se mantém em vigor até 31 de dezembro de 2017, nos termos previstos no artigo 11.º do Aviso n.º 6/2013, de 27 de dezembro.

### **ANACOM – AUTORIDADE NACIONAL DE COMUNICAÇÕES**

#### **Decreto-Lei n.º 30/2016, de 24 de junho**

Procede à segunda alteração ao Decreto-Lei n.º 79/2013, de 11 de junho, que estabelece regras relativas à restrição da utilização de determinadas substâncias perigosas em equipamentos elétricos e eletrónicos (EEE) com o objetivo de contribuir para a proteção da saúde humana e do ambiente.

#### **Lei n.º 15/2016, de 17 de junho**

Reforça a proteção dos consumidores nos contratos de prestação de serviços de comunicações eletrónicas com período de fidelização (décima segunda alteração à Lei n.º 5/2004, de 10 de fevereiro, Lei das Comunicações Eletrónicas).

### **ERSAR- ENTIDADE REGULADORA DOS SERVIÇOS DE ÁGUAS E RESÍDUOS**

#### **Decreto-Lei n.º 23/2016, de 3 de junho**

Estabelece os requisitos para a proteção da saúde do público em geral no que diz respeito às substâncias radioativas presentes na água destinada ao consumo humano, fixando os valores paramétricos, frequências e métodos aplicáveis para o seu controlo, e transpõe a Diretiva n.º 2013/51/EURATOM, do Conselho, de 22 de outubro de 2013.

#### **Decreto Legislativo Regional n.º 6/2016/A, de 29 de março**

Aprova o Plano Estratégico de Prevenção e Gestão de Resíduos dos Açores (PEPGRA).

#### **Portaria n.º 164/2016, de 8 de junho**

Aprova a delimitação dos perímetros de proteção de várias captações de água subterrânea localizadas no concelho de Góis.

**Portaria n.º 163/2016, de 8 de junho**

Primeira alteração à Portaria n.º 17/2016, de 4 de fevereiro, que aprova a delimitação dos perímetros de proteção de várias captações de água subterrânea localizadas no concelho de Pampilhosa da Serra.

**Portaria n.º 94/2016, de 18 abril**

Aprova a delimitação dos perímetros de proteção de várias captações de água subterrânea localizadas nos concelhos de Mação, Proença-a-Nova e Sardoal.

**Portaria n.º 41/2016, de 8 de março**

Aprova a delimitação dos perímetros de proteção de várias captações de água subterrânea localizadas nos concelhos de Oleiros, Pampilhosa da Serra e Sertã.

**Portaria n.º 40/2016, de 7 de março**

Aprova a delimitação dos perímetros de proteção de várias captações de água subterrânea localizadas nos concelhos de Tomar, Alvaiázere, Castanheira de Pêra e Entroncamento.

**Portaria n.º 38/2016, de 4 de março**

Aprova a delimitação dos perímetros de proteção de várias captações de água subterrânea localizadas nos concelhos de Castelo Branco e Idanha-a-Nova.

**Portaria 36/2016, de 2 de março**

Aprova a delimitação dos perímetros de proteção de várias captações de águas subterrâneas localizadas nos concelhos de Vila Velha de Ródão e Nisa.

**ERSE – ENTIDADE REGULADORA DOS SERVIÇOS ENERGÉTICOS****Resolução do Conselho de Ministros 33-A/2016, de 9 de junho**

Cria as condições para a aplicação automática da tarifa social de energia elétrica e de gás natural, determinando a troca de informações entre os serviços competentes da Administração Pública.

**ERS – ENTIDADE REGULADORA DA SAÚDE****Portaria n.º 147/2016, de 19 de maio**

Estabelece o processo de classificação dos hospitais, centros hospitalares e unidades locais de saúde do Serviço Nacional de Saúde e define o processo de criação e revisão das Redes de Referenciação Hospitalar.

**Portaria n.º 121/2016, de 4 de maio**

Revoga a Portaria n.º 11/2014, de 24 de maio, que regula a prestação de cuidados de saúde primários do trabalho através dos Agrupamentos de Centros de Saúde (ACES).



# JURISPRUDÊNCIA

*Comentário de Jurisprudência*

*Jurisprudência Geral*



# COMENTÁRIO DE JURISPRUDÊNCIA

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL  
DE 8 DE JUNHO DE 2016, PEUGEOT PORTUGAL  
AUTOMÓVEIS, S.A. CONTRA AUTORIDADE DA  
CONCORRÊNCIA – EFEITO DEVOLUTIVO  
DA INTERPOSIÇÃO DO RECURSO DE IMPUGNAÇÃO  
JUDICIAL

*Margarida Caldeira<sup>1</sup>*

## 1. INTRODUÇÃO

O Tribunal Constitucional (doravante, “TC”), pelo Acórdão n.º 376/2016, de 8 de junho de 2016<sup>2</sup>, decidiu não julgar inconstitucional a norma extraída do artigo 84.º, n.ºs 4 e 5, da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio (Lei da Concorrência, doravante também abreviada para “LdC”), segundo a qual a impugnação interposta de decisões da Autoridade da Concorrência (“AdC”) que apliquem coimas tem, em regra, efeito devolutivo, apenas lhe podendo ser atribuído efeito suspensivo quando a execução da decisão cause ao visado prejuízo considerável e este preste caução. Em consequência, o TC concedeu provimento ao recurso que foi interposto para este Tribunal pelo Ministério Público, ordenando a reforma da decisão recorrida.

## 2. ANTECEDENTES

A AdC emitiu em 26.6.2015 uma decisão condenatória da Peugeot Portugal Automóveis, S.A. (“Peugeot”) em processo contraordenacional<sup>3</sup> por

<sup>1</sup> Advogada no Departamento Jurídico e do Contencioso da Autoridade da Concorrência. As opiniões expressas neste artigo são da inteira responsabilidade da autora e não vinculam, de forma alguma, a Autoridade da Concorrência.

<sup>2</sup> Proferido pela 3.ª seção no processo n.º 1094/15. A data do Acórdão foi retificada pelo Acórdão n.º 392/16, da mesma seção (sendo esse o único aspeto objeto de retificação).

<sup>3</sup> Autos de contraordenação n.º INC 2015/1.

incumprimento da obrigação de prestação de informação à AdC em infração ao artigo 68.º, n.º 1, alínea *h*), da LdC. Esta norma estipula que a não prestação ou a prestação de informações falsas, inexatas ou incompletas, em resposta a pedido da AdC, no uso dos seus poderes sancionatórios, constitui contraordenação punível com coima.

Segundo a AdC, a Peugeot, ao não ter remetido à AdC, em resposta ao pedido de elementos desta Autoridade, informação e documentação de que dispunha respeitante ao Contrato de Extensão de Garantia Peugeot Service, cometeu a apontada infração.

Em consequência, foi aplicada à Peugeot, pela mesma decisão, uma coima de cento e cinquenta mil euros, determinada dentro da moldura estabelecida no artigo 69.º, n.º 3, da LdC que estipula o limite máximo de 1% do volume de negócios do exercício imediatamente anterior à Decisão.

A Peugeot interpôs recurso de impugnação judicial da decisão da AdC para o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (“TCRS”), tendo invocado, entre outros argumentos, a inconstitucionalidade da norma do n.º 4 do artigo 84.º da LdC, na parte em que atribui ao recurso de impugnação efeito meramente devolutivo. O artigo 84.º da LdC, sob a epígrafe “Recurso, Tribunal competente e efeitos do recurso”, estipula, efetivamente, no n.º 4, que o recurso de impugnação tem efeito meramente devolutivo, exceto no que respeita a decisões que apliquem medidas de caráter estrutural, determinadas nos termos do n.º 4 do artigo 29.º da LdC<sup>4</sup>, cujo efeito é suspensivo.

No entanto, o n.º 5 do artigo 84.º da LdC permite que, no caso de decisões que apliquem coimas ou outras sanções previstas na lei<sup>5</sup>, o visado possa requerer, ao interpor o recurso, que o mesmo tenha efeito suspensivo quando a execução da decisão lhe cause prejuízo considerável e se ofereça para prestar caução em substituição, ficando a atribuição desse efeito condicionada à efetiva prestação de caução no prazo fixado pelo tribunal.

A Peugeot considerou que a alegada inconstitucionalidade da norma constante do n.º 4 do artigo 84.º, na parte em que prevê o efeito meramente devolutivo

<sup>4</sup> Estas medidas de caráter estrutural podem ser aplicadas aquando da conclusão da fase de instrução do processo contraordenacional e acompanhar a declaração de existência de uma prática restritiva da concorrência. As medidas são determinadas quando se verifique serem indispensáveis à cessação da prática restritiva da concorrência ou dos seus efeitos.

<sup>5</sup> As outras sanções, a que se refere esta norma, são as sanções pecuniárias compulsórias estabelecidas no artigo 72.º da LdC.

do recurso da Decisão da AdC, quanto ao pagamento da coima, radica na violação do princípio constitucional da presunção de inocência.

Em abono desta posição, a Peugeot avançou os seguintes argumentos: (i) a decisão condenatória é proferida por uma entidade administrativa, sendo executada antes de um órgão judicial apreciar o seu mérito; (ii) as coimas no âmbito do Direito da Concorrência assumem valores elevados; (iii) a dificuldade e morosidade na devolução pelo Estado de montantes que lhe hajam sido indevidamente pagos, ademais sem a previsão de mecanismos de reposição do valor económico desses montantes.

A AdC, nas respetivas contra-alegações de recurso, pugnou pela não constitucionalidade dos n.ºs 4 e 5 do artigo 84.º da LdC.

O TCRS admitiu o recurso e, apreciando a questão da inconstitucionalidade invocada, decidiu recusar a aplicação conjugada das normas constantes do artigo 84.º, n.ºs 4 e 5 da LdC, por inconstitucionalidade material. No entanto, o TCRS não considerou que a violação da presunção de inocência fosse o fundamento para tal desconformidade, mas sim a violação dos artigos 20.º, n.º 1; 268.º, n.º 4; 32.º, n.º 10; e 2.º, todos da Constituição da República Portuguesa (“CRP”).

O TCRS identificou, como *ratio legis* do preceito, (i) um objetivo de natureza processual, a saber o de desincentivar a apresentação de recursos infundados e (ii) um objetivo de natureza substantiva, conseguido pela atribuição de poderes mais amplos à autoridade incumbida de sancionar as práticas anticoncorrenciais, visando-se dessa forma, ainda que reflexa, assegurar o funcionamento eficiente dos mercados, incumbência prioritária do Estado com assento constitucional (artigo 81.º, alínea f), da CRP).

Para o TCRS, os n.ºs 4 e 5 do artigo 84.º da LdC violam o acesso ao direito e tutela jurisdicional efetiva, com repercussões nas garantias do processo contraordenacional, nomeadamente do direito de audiência e defesa, e da própria ideia de Estado de Direito democrático. Segundo o TCRS, o quadro constitucional não é posto em causa pela atribuição legal, *per se*, de efeito meramente devolutivo à impugnação judicial da decisão administrativa sancionatória, mas sim pela inexistência de norma que possibilite a atribuição de efeito suspensivo ou, quando tal norma exista, da mesma resulte ora a imediata executoriedade da decisão administrativa não transitada em julgado e sem possibilidade de prestação de caução; ora a imposição da prestação de caução sem que esteja acautelada a potencial situação de insuficiência de bens económicos do arguido.

Desta forma, o TCRS determinou o efeito suspensivo do recurso, afastando o n.º 4 do artigo 84.º da LdC, sem a prévia prestação de caução (indeferindo assim o pedido de prestação de caução deduzido pela Peugeot).

Perante a recusa pelo TCRS de aplicação das apontadas normas, com fundamento no juízo de inconstitucionalidade formulado, o Ministério Público (“MP”) interpôs, em cumprimento da sua obrigação legal, recurso para o TC, e sustentou a não inconstitucionalidade dos n.ºs 4 e 5 do artigo 84.º da LdC.

O TC veio a proferir o Acórdão de que agora damos nota.

### 3. OS FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO DO TC

O TC fez notar, em primeiro lugar, que a dimensão normativa identificada pelo TCRS (e por este considerada inconstitucional) – a de que as apontadas normas não acautelaram a potencial situação de insuficiência de bens económicos do arguido – não tem qualquer aplicação ao caso concreto. E não o tem porque a impugnante Peugeot não invocou perante o TCRS quaisquer factos que permitissem sustentar a impossibilidade económica de prestação de caução. Desta forma, tal dimensão normativa não constituiu a *ratio decidendi* da decisão judicial recorrida.

O TC entendeu que a avaliação da constitucionalidade das normas em causa deveria tomar em consideração, de modo global, a configuração orgânico-funcional da AdC, bem como o sistema de controlo judicial a que está sujeita a sua atuação.

Desta forma, examinou a natureza e atribuições da AdC previstas nos artigos 1.º, n.ºs 1 e 2 dos Estatutos da AdC<sup>6</sup>; os poderes desta Autoridade, estabelecidos nos artigos 6.º, n.ºs 1 e 2 dos Estatutos; a obrigação da prestação de informação e entrega de documentos à AdC sempre que esta o solicitar, como estipulado no artigo 15.º da LdC; e a tipificação como contraordenação da infração ao disposto nesta norma, ao abrigo do artigo 68.ºº, alínea b), da LdC.

Ainda relativamente ao estatuto e poderes da AdC, o TC observou, por um lado, a independência orgânica de entidades como a AdC enquanto reflexo de uma natureza diversa das entidades administrativas não independentes que tradicionalmente exerciam poderes sancionatórios.

Por outro lado, observou a especialidade da integração da AdC na rede europeia de concorrência, implicando a aplicação, em cooperação com a Comissão Europeia e demais congêneres europeus, do Direito da Concorrência da União

6 Aprovados pelo DL n.º 125/2014, de 18 de agosto.

Europeia. Tal exige a adoção de modelos normativos de atuação e controlo que acompanham a evolução dos instrumentos normativos da União Europeia, incluindo de natureza processual ou procedural, com especial enfoque no Regulamento (CE) n.º 1/2003, do Conselho, de 16.12.2002.

Foi ainda constatado o disposto na Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 45/XII, que esteve na origem da LdC – como havia sido salientado pelo M.P. no respetivo Recurso – no sentido de que o regime contido na LdC visa reforçar a eficiência e aplicação das regras da concorrência, de acordo com as linhas de orientação então definidas, entre elas, a de simplificar a lei e introduzir maior autonomia das regras sobre procedimentos de concorrência relativamente às regras de procedimentos penais e administrativos e a de aumentar a equidade, a celeridade e a eficiência dos procedimentos de impugnação judicial de decisões da AdC. Procurou-se, de igual modo, com a LdC, responder à evolução entretanto verificada na legislação e jurisprudência da União Europeia em matéria de promoção e defesa da concorrência, mediante, designadamente, a introdução de mecanismos processuais semelhantes aos da Comissão Europeia.

O TC considerou que as especificidades do regime da LdC, incluindo o mencionado efeito devolutivo do recurso de impugnação, devem ser compreendidas à luz do acima descrito enquadramento.

Recordou, no entanto, que a estipulação do efeito devolutivo dos recursos de impugnação de decisões por infrações às normas de defesa da concorrência está prevista no artigo 278.º do Tratado de Funcionamento da União Europeia<sup>7</sup>; nos recursos das decisões em processo contraordenacional da Entidade Reguladora da Saúde<sup>8</sup>, do Banco de Portugal<sup>9</sup>; das contraordenações laborais e da segurança social<sup>10</sup> e das infrações tributárias<sup>11</sup>.

O TC identificou, como fundamento da solução da LdC ao consagrar o efeito devolutivo do recurso de impugnação, a necessidade de conferir maior eficácia aos respetivos poderes sancionatórios, de modo a garantir, no plano substantivo, uma maior proteção aos valores e bens tutelados nos específicos

<sup>7</sup> Nos termos do qual os recursos interpostos pelo TJUE não têm efeito suspensivo. Todavia, o Tribunal pode ordenar a suspensão da execução do ato impugnado, se considerar que as circunstâncias o exigem.

<sup>8</sup> Artigo 67.º, n.º 5, do DL 126/2014, de 22 de agosto.

<sup>9</sup> Artigo 228.º – A do Regime Geral das Instituições de Crédito e Financeiras.

<sup>10</sup> Artigo 35.º, n.º 1 da Lei n.º 107/2009, de 14 de setembro.

<sup>11</sup> Artigo 84.º do Regime Geral das Infrações Tributárias.

domínios normativos em que atuam. Atribuindo, em regra, efeito devolutivo ao recurso, e condicionando o efeito suspensivo à prestação de caução e à existência de prejuízo considerável, o legislador pretendeu desincentivar os recursos judiciais infundados cujo escopo seja meramente dilatório quanto ao pagamento da coima. Esta intenção do legislador é também sublinhada pela estipulação da admissibilidade da *reformatio in peius*, que o TC já entendeu, em jurisprudência anterior, não ser desconforme à CRP<sup>12</sup>.

O TC ponderou, seguidamente, se as normas contidas nos n.ºs 4 e 5 do artigo 84.º da LdC constituem um obstáculo ao efetivo exercício do direito de impugnar judicialmente a decisão condenatória da AdC.

Para o TC, não se pode extrair do princípio da tutela jurisdicional efetiva a imposição constitucional da regra do efeito suspensivo.

O TC recorda jurisprudência anterior deste Tribunal em que foi afirmado que o legislador dispõe de ampla margem de conformação no que respeita à modelação do regime de acesso à via jurisdicional, podendo disciplinar o modo como se processa esse acesso, desde que não crie obstáculos ou condicionamentos substanciais<sup>13</sup>. Ora, no regime de acesso à via jurisdicional incluem-se as normas sobre o regime de subida e efeitos do recurso.

O TC sopesou, por outro lado, a natureza de “interesse público ou coletivo” dos bens jurídicos que o Direito da Concorrência pretende salvaguardar, com relevo constitucional (artigos 81.º, n.º 1, alínea f), e 99.º, n.º 1, alíneas a) e c) da CRP) e no quadro da União Europeia, não se afigurando injustificado ou irrazoável a regra geral do efeito devolutivo, uma vez que também comportamentos dilatórios e infundados comprometem a defesa efetiva desses valores constitucionalmente protegidos e supranacionais.

Acresce que as infrações estão tipificadas na lei (artigo 68.º da LdC), os critérios de determinação do montante das coimas estão legalmente previstos (artigo 69.º da LdC) e estão legalmente garantidos ao arguido os direitos de audiência e defesa (artigo 25.º, 26.º, 33.º, n.º 1 e 59.º da LdC).

Ademais, a possibilidade legalmente prevista de o arguido requerer a atribuição de efeito suspensivo quando a execução da decisão condenatória lhe cause prejuízo considerável, mediante prestação de caução (artigo 84.º,

12 Acórdão do TC n.º 373/2015, de 14.7.2015, que concluiu pela não constitucionalidade do artigo 416.º, n.º 8, do Código dos Valores Mobiliários, que prevê a admissibilidade de *reformatio in peius* da decisão da autoridade administrativa.

13 Acórdão do TC n.º 413/2015, de 29.9.2015.

n.º 5, da LdC), pela forma e montante que o Tribunal considere adequados ao caso, permite acautelar os riscos de lesão efetiva do direito, em caso de procedência do recurso, sem comprometer a efetividade da sanção, em caso da sua improcedência. Assim, introduz-se no sistema uma “válvula de escape” que lhe retira rigidez e automaticidade, permitindo o balanceamento razoável e proporcionado entre a proteção da esfera individual do arguido e a realização do interesse público.

Por estes motivos, o TC entendeu que a solução legislativa não ofende as garantias constitucionais de defesa do arguido, o que só poderia estar em causa se a sanção fosse aplicada sem que ao arguido fosse dado o direito de audição e de se defender das imputações que lhe sejam feitas, apresentando meios de prova e requerendo a realização de diligências tendentes a apurar a verdade.

Equacionando a alegada pela Peugeot (mas não subscrita pelo TCRS) inconstitucionalidade das normas dos n.ºs 4 e 5 do artigo 84.º da LdC em virtude da violação do princípio da presunção da inocência (ao implicar o pagamento da coima anteriormente ao trânsito em julgado da condenação ou absolvição), o TC entendeu não ver aí qualquer ofensa àquele princípio constitucional<sup>14</sup>.

O TC salientou a diversa natureza dos bens tutelados no crime e na contraordenação – e consequentemente a diversa reação do ordenamento jurídico – esclarecendo que, no caso do crime, estão em causa a aplicação de sanções com sentido de expiação ética e finalidade ressocializadora, podendo incluir a privação de liberdade, ou seja, de penas que comprimem com grande intensidade a esfera pessoal do arguido. Ao invés, a contraordenação constitui uma advertência de sentido comportamental, desprovido de censura ético-jurídica, e que se traduz apenas numa sanção patrimonial<sup>15</sup>. Conclui o TC que não é possível sustentar que as razões que impedem a aplicação de penas criminais antes do trânsito em julgado da condenação sejam inteiramente transponíveis para o domínio contraordenacional.

Assim, também por este motivo, não se vislumbra qualquer inconstitucionalidade nas normas dos n.ºs 4 e 5 do artigo 84.º da LdC.

14 Esta perspetiva de análise mereceu menor detalhe de fundamentação do que a perspetiva da alegada violação do direito de acesso aos tribunais o que, cremos, se deve ao facto de o TCRS não ter acolhido o argumento da Peugeot no sentido de que estivesse em causa a violação do princípio da presunção de inocência.

15 Acórdão do TC n.º 612/2014, de 30.9.2014.

#### 4. CONCLUSÃO

O Acórdão do TC constitui a primeira decisão deste Alto Tribunal a apreciar a alegada inconstitucionalidade das normas da LdC que estipulam, como regra, o efeito devolutivo da interposição do recurso de impugnação judicial das decisões da AdC (salvo as que apliquem medidas de caráter estrutural), incluindo quanto ao pagamento da coima (à semelhança do efeito do recurso no Direito da Concorrência da União Europeia). Não sendo esta uma solução inédita no ordenamento jurídico nacional – uma vez que consta da legislação que estabelece o regime de impugnação de algumas infrações contraordenacionais em outros domínios –, constitui, no entanto, um desvio à regra geral do efeito suspensivo prevista no Regime Geral das Contraordenações e Coimas.

O TC analisou a questão tanto na perspetiva da alegada violação do direito de acesso aos tribunais e na perspetiva da hipotética violação do princípio da presunção de inocência e dos direitos de defesa, concluindo que não se vislumbra qualquer inconstitucionalidade nos nºs 4 e 5 do artigo 84.º da LdC.

Consideramos de especial interesse a referência efetuada por este Tribunal à vocação transnacional da AdC (designadamente, pela cooperação com a Comissão Europeia e o dever de aplicação de Direito da União), justificando uma maior permeabilidade do Direito nacional às exigências comunitárias de eficácia, celeridade e flexibilidade, bem como a aproximação dos instrumentos normativos nacionais e da União, incluindo em matéria processual.

De igual modo, parece-nos relevante a atenção dada pelo TC, na fixação do quadro interpretativo das normas em causa e à sua compatibilidade com a CRP, à intenção legislativa de conferir maior autonomia às regras dos procedimentos jusconcorrenciais relativamente às regras dos procedimentos penais e administrativos. Acrescentaríamos que, em nossa opinião, é também esse o motivo pelo qual o regime procedural e processual previsto na LdC não pôde deixar de alargar o leque de especificidades relativamente ao regime geral contraordenacional, em comparação com o anterior regime jurídico da concorrência.

# JURISPRUDÊNCIA GERAL

## JURISPRUDÊNCIA NACIONAL DE CONCORRÊNCIA

– ABRIL A JUNHO DE 2016

*elaborado por Ricardo Bayão Horta*

**Acórdão** do Supremo Tribunal de Justiça (5.ª Secção), de 30.06.2016, proferida no âmbito do Processo n.º 774/12.6TYLSB.S1.

**Recorrente:** *Autoridade da Concorrência.*

**Recorrido:** *ACP – Automóvel Club de Portugal.*

**Sumário:** Julga improcedente o recurso interposto pela Autoridade da Concorrência e, em resultado disso, confirma integralmente a sentença recorrida.

**Normas relevantes:** Arts. 7.º, n.os 1 e 2, 8.º, n.os 1, 2 e 6, 17.º, 100.º e 101.º da LdC; arts. 22.º, n.º 1, 24.º, n.º 1 e 25.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de junho; art. 266.º, n.º 1 da CRP; art. 9.º, n.º 2 do CC; arts. 637.º e 639.º do CPC; arts. 280.º e 281.º do CPP; art. 43.º do RGCO; arts. 140.º, 142.º, 144.º e 147.º do CPTA (2011); arts. 46.º, n.os 1 e 2, al. *b*) e 71.º, n.º 1 e 2 do CPTA (2002).

**Acórdão** do Tribunal da Relação de Lisboa Justiça (3.ª Secção), de 11.05.2016, proferido no âmbito do Processo n.º 1/16.7YUSTR.L1.

**Recorrente:** *Autoridade da Concorrência.*

**Recorrido:** *Banco BPI, S.A.*

**Sumário:** Determina a junção dos presentes autos ao processo 225/15.4YUSTR; declara a nulidade insanável do processado, pela violação de regras de competência do Tribunal; declara não abrangidos pela nulidade os termos do presente processado até proferimento da decisão recorrida; declara nula e de nenhum efeito a decisão recorrida e bem assim os termos subsequentes do processado; declara prejudicado o conhecimento do recurso interposto.

**Normas relevantes:** Art. 85.º, n.º 3 da LdC; arts. 202.º, n.º 1, 203.º, 209.º, n.º 4 e 213.º da CRP; arts. 119.º, al. *e*), 122.º e 412.º, n.º 1 do CPP; RGCO.

**Acórdão** n.º 376/2016 do Tribunal Constitucional (3.ª Secção), de 8.06.2016, proferido no âmbito do Processo n.º 1094/15 (Recurso vindo do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão no âmbito do Processo n.º 273/15.4YUSTR).

**Recorrente:** *Ministério Público*.

**Recorrido:** *Peugeot Portugal, Automóveis, S.A.*

**Sumário:** Não julga inconstitucional a norma extraída do artigo 84.º, n.º 4 e 5 da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, segundo a qual a impugnação interposta de decisões da Autoridade da Concorrência que apliquem coimas tem, em regra, efeito devolutivo, apenas lhe podendo ser atribuído efeito suspensivo quando a execução da decisão cause ao visado prejuízo considerável e este preste caução.

**Normas relevantes:** Arts. 7.º, n.º 1 e 2, 15.º, 25.º, 26.º, 33.º, n.º 1, 59.º, 68.º, al. *b*), 69.º, 84.º, n.º 4 e 5 e 88.º, n.º 1 da LdC; arts. 20.º, n.º 1, 32.º, n.ºs 2 e 10, 81.º, al. *f*), 99.º, n.º 1, als. *a* e *c*) 102.º, 266.º, n.º 2 e 268.º, n.º 4 da CRP; art. 3.º, n.º 3 do TUE; arts. 3.º, n.º 1, al. *b*), 4.º, n.º 2, 101.º 102.º, 127.º, 129.º, 130.º e 278.º do TFUE; art. 408.º, n.º 1 al. *a*) do CPP; art. 41.º, n.º 2 do RGCO; arts. 1.º, n.ºs 1 e 2, 5.º, al. *a*), 6.º, n.º 1 e 2 e 10.º, n.º 1 dos Estatutos da Autoridade da Concorrência, aprovados pelo Decreto-Lei n.º 125/2014, de 18 de agosto; Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho, de 16 de dezembro de 2002; art. 67.º, n.º 5 do Decreto-Lei n.º 126/2014, de 22 de agosto; arts. 1.º, 3.º, n.º 3 e 7.º do Protocolo relativo aos Estatutos do SEBC e do BCE; art. 17.º dos Estatutos do Banco de Portugal; art. 35.º, n.º 1 da Lei n.º 107/2009, de 14 de setembro; art. 84.º do RGIT.

**Acórdão de Uniformização de Jurisprudência (penal)** do Supremo Tribunal de Justiça (5.ª Secção), de 9.06.2016, proferida no âmbito do Processo n.º 204/13.6YUSTR.L1-C.S1.

**Recorrentes:** *Sport TV Portugal, S.A.*

**Recorrido:** *Autoridade da Concorrência*.

**Sumário:** Acorda rejeitar o recurso extraordinário para fixação de jurisprudência interposto pela Sport TV Portugal, S.A.

**Normas relevantes:** Art. 629.º, n.º 2, al. *a*) do CPC; arts. 4.º, 399.º, 400.º, 437.º, n.ºs 1, 2, 3 e 4, 438.º, n.ºs 1 e 2, 439.º e 441.º, n.º 1 do CPP; art. 75.º, n.º 1 do RGCO.

**Decisão Sumária** n.º 216/2016 do Tribunal Constitucional (1.ª Secção), de 8.06.2016, proferido no âmbito do Processo n.º 383/15 (Recurso vindo do Tribunal da Relação de Lisboa no âmbito do Processo n.º 204/13.6YUSTR L1).

**Recorrentes:** *Ministério Público; Sport TV Portugal, S.A.*

**Recorrido:** *Autoridade da Concorrência.*

**Sumário:** Não conhece do objeto do recurso obrigatório de constitucionalidade interposto pelo Ministério Público; não conhece do objeto do recurso interposto pela recorrente no que respeita à dimensão normativa, reportada ao artigo 69.º, n.º 2 da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, no segmento normativo que, no caso concreto, estabelece uma moldura sancionatória tendo como mínimo o valor de €3,74 e como máximo o valor de €13.937.159,10; não julga inconstitucional a norma constante do artigo 69.º, n.º 2 da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, quanto ao segmento normativo que estabelece o volume de negócios do agente como critério de determinação do valor máximo da coima aplicável.

**Normas relevantes:** Arts. 3.º, 11.º, 68.º, n.º 1, al. *a*) e 69.º, n.ºs 1 e 2 da LdC; art. 43.º, n.º 1 da Lei n.º 18/2003, de 11 de junho; arts. 81.º, al. *f*) e 204.º da CRP; art. 72.º-A do RGCO.

**Acórdão** n.º 400/2016 do Tribunal Constitucional (1.ª Secção), de 21.06.2016, proferido no âmbito do Processo n.º 383/15 (Recurso vindo do Tribunal da Relação de Lisboa no âmbito do Processo n.º 204/13.6YUSTR L1).

**Recorrentes:** *Ministério Público; Sport TV Portugal, S.A.*

**Recorrido:** *Autoridade da Concorrência.*

**Sumário:** Indefere a reclamação apresentada e, em consequência, confirma a Decisão Sumária reclamada.

**Normas relevantes:** Art. 69.º, n.º 2 da LdC.

**Acórdão** do Tribunal da Relação de Lisboa Justiça (5.ª Secção), de 5.04.2016, proferido no âmbito do Processo n.º 225/15.4YUSTR.L1.

**Recorrentes:** *Banco Espírito Santo, S.A. e outro.*

**Recorrido:** *Autoridade da Concorrência.*

**Sumário:** Acordam em não conhecer dos recursos na parte referente à exigência de fundamentação do potencial valor exculpatório dos documentos confidenciais que não tenham sido utilizados pela AdC na Nota de Ilicitude, dada a inutilidade da decisão em consequência da deliberação da Autoridade da Concorrência de 17 de novembro de 2015. Mais negam provimento aos recursos e confirmam a decisão recorrida.

**Normas relevantes:** Arts. 15.º, n.º 1, al. *c*) e n.º 3, 25.º, n.º 1, 30.º, 31.º, n.ºs 2 e 3, 33.º, n.ºs 1, 3 e 4 e 81.º, n.º 2 da LdC; arts. 18.º, n.º 2, 20.º, n.º 4 e 32.º,

n.º 10 da CRP; art. 6.º da CEDH; art. 9.º do CC; arts. 379.º, n.º 1, al. *c*) e 410.º, n.º 2, al. *b*) do CPP; arts. 41.º, n.º 1 e 75.º do RGCO; art. 41.º, n.º 2, als. *a*) e *b*) da CDFUE; art. 15.º do Regulamento (CE) n.º 773/2004 da Comissão, de 7 de Abril de 2004; Comunicação 2005/C 325/07, de 22 de dezembro de 2005. **Acórdão** do Tribunal da Relação de Lisboa Justiça (5.ª Secção), de 19.04.2016, proferido no âmbito do Processo n.º 276/15.9YUSTR.L1.

**Recorrente:** *Autoridade da Concorrência.*

**Recorrido:** *C.P. Carga – Log. Transp. Ferroviários Merc., S.A.*

**Sumário:** Julgam improcedentes os presentes recursos, confirmando-se a decisão recorrida.

**Normas relevantes:** Arts. 374.º, n.º 2, 400.º, n.º 1, al. *d*) e 425.º, n.º 5 do CPP.

**Sentença** do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, de 28.05.2016, proferido no âmbito do Processo n.º 3/15.0YQSTR.

**Recorrente:** *Município do Barreiro.*

**Sumário:** Julga totalmente improcedente a presente ação especial administrativa e, em consequência, absolve a Ré Autoridade da Concorrência e as Contra-Interessadas do pedido de declaração de anulabilidade da decisão da AdC proferida no processo Ccent. 37/2014 – SUMA/EGF.

**Normas relevantes:** Arts. 11.º, 12.º, n.º 2, 36.º, 37.º, 40.º, n.º 6, 41.º, 42.º a 57.º, 44.º, n.º 1, als. *a*) e *b*), 47.º, n.º 2, 50.º, n.º 1, al. *b*), 53.º, n.º 1, al. *a*) e n.º 2, 68.º, n.º 1, al. *f*) e 90.º, n.º 1 da LdC; arts. 165.º, n.º 1, als. *q*) e *u*) e 266.º, n.º 2 da CRP; arts. 3.º, n.º 3, 186.º, n.ºs 1 e 2, als. *a*) e *b*), 193.º, 234.º-A, 278.º, n.º 1, als. *b*) e *d*), 576.º, n.ºs 1 e 2, 577.º, n.º 1, als. *b*) e *e*), 578.º (*a contrario*) e 595.º, n.º 1, al. *a*) da CPC (2015); arts. 1.º, 2.º, n.º 2, 4.º, 5.º, n.º 1, 10.º, 31.º, 34.º, n.º 1, 36.º, n.º 1, al. *f*), 47.º, 57.º, 112.º a 134.º, 112.º, n.º 1, 113.º, 114.º e 120.º, n.ºs 1 e 2 do CPTA; art. 87.º, n.º 1, als. *a*) e *b*) do CPTA (2003); art. 38.º do CPA (2015); arts. 130.º, 133.º, n.ºs 1 e 2, 134.º e 135.º do CPA(91); Lei n.º 35/2013, de 11 de junho; Lei n.º 75/2013, de 12 de dezembro; Decreto-Lei n.º 92/2013, de 11 de julho; Decreto-Lei n.º 45/2014, de 20 de março; Decreto-Lei n.º 96/2014, de 25 de junho; Decreto-Lei n.º 108/2014, de 2 de julho; Decreto-Lei n.º 214-G/2015, de 2 de outubro; Regulamento (ERSAR) Tarifário dos Serviços de Gestão de Resíduos

**Sentença** do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, de 11.04.2016, proferido no âmbito do Processo n.º 8/15.1YQSTR.

**Recorrente:** *Município do Seixal*

**Sumário:** Julga totalmente improcedente a presente ação especial administrativa e, em consequência, absolve a Ré Autoridade da Concorrência e as Contra-Interessadas do pedido de declaração de nulidade da decisão da AdC proferida no processo Ccent. 37/2014 – SUMA/EGF, por vício de violação dos artigos 24.º, n.º 4 do Código das Sociedades Comerciais, na parte relativa ao Acordo de Acionistas da Amarsul, S.A. e 11.º e 53.º, n.º 1, al. *a*) do Regime Jurídico da Concorrência, e do pedido subsidiário de declaração de anulabilidade da decisão da AdC proferida no processo Ccent. 37/2014 – SUMA/EGF, por vício de forma, falta de fundamentação de indeferimento do Sr. Ministro do Ambiente, Ordenamento do Território e da Energia, por falta de fundamentação da decisão de não oposição decorrente da contradição do sentido em que foi proferida com os elementos constantes do procedimento.

**Normas relevantes:** Arts. 11.º, 12.º, n.º 2, 37.º, 41.º, 42.º a 57.º, 50.º, n.º 1, al. *b*) e 53.º, n.º 1, al. *a*) e n.º 2 da LdC; art. 266.º, n.º 2 da CRP; arts. 133.º, n.ºs 1 e 2, 134.º e 135.º do CPA (91); arts. 24.º, n.ºs 1 e 4 e 405.º do CSC; Lei n.º 35/2013, de 11 de junho; Decreto-Lei n.º 92/2013, de 11 de julho; Decreto-Lei n.º 45/2014, de 20 de março; Decreto-Lei n.º 96/2014, de 25 de junho; Regulamento (ERSAR) Tarifário dos Serviços de Gestão de Resíduos.

**Sentença** do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, de 7.02.2016, proferida no âmbito do Processo n.º 1/16.7YUSTR.

**Recorrente:** *Banco BPI, S.A.*

**Sumário:** Julga procedente o recurso de impugnação de medidas administrativas interposto pela Recorrente Banco B.P.I, S.A., e, em consequência, determina a anulação da decisão proferida pelo Conselho de Administração da AdC em 17 de novembro de 2015, e dos demais termos de processado subsequente dependentes da decisão, na parte em que permite às demais visadas o acesso incondicional e irrestrito aos documentos apreendidos à ora Recorrente classificados como confidenciais e não invocados pela AdC como provas na nota de ilicitude, sem qualquer exigência quanto à fundamentação do pedido de consulta.

**Normas relevantes:** Arts. 9.º, 18.º, n.º 1, al. *c*), 20.º, n.º 8, 24.º, n.º 3, al. *a*), 30.º, 31.º, n.ºs 1 a 4, 32.º, n.º 2, 77.º ss e 82.º da LdC; art. 4.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de junho; arts. 32.º, n.ºs 10, 267.º, n.º 2 e 268.º, n.º 4 da CRP; art. 101.º do TFUE; art. 608.º, n.º 2 do CPC (2015), art. 4.º do CPP; arts. 41.º e 50.º do RGCO; art. 78.º, n.º 1 do RGICSF; arts. 6.º, 8.º, n.º 2 e 17.º, n.º 1 da lei n.º 67/98, de 27 de outubro; Linhas de Orientação sobre a instrução de processos

relativos à aplicação dos artigos 9.º, 11.º e 12.º da lei n.º 19/2012, de 8 de maio e dos Artigos 101.º e 102.º do TFUE.

**Despacho** do Tribunal da Relação de Lisboa (1.ª secção), de 23.02.2016, proferido no âmbito do Processo n.º 8/15.1YQSTR-A.L1 (Sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão no âmbito do Processo n.º 6/15.5YQSTR, 1.º Juízo).

**Recorrentes:** *Município do Seixal*

**Sumário:** Notifica o apelante nos termos do disposto dos arts. 652.º, n.º 1, al. b) e 655.º, n.º 1, ambos do CPC (2015).

**Normas relevantes:** Arts. 91.º e 93.º da LdC; arts. 370.º, n.º 3, 615.º, 637.º, n.ºs 1 e 2, 639.º, n.ºs 1, 2 e 3, 641.º, n.º 2, al. b), 652.º, n.º 1, al. b) e 655.º do CPC (2015); arts. 116.º, n.º 3, 117.º, n.º 1, 131.º, 140, n.º 3, 144.º, n.º 2, 145.º, n.º 2 e 146.º, n.º 4 do CPTA; art. 112.º, n.ºs 1 e 2 da Lei n.º 62/2013, de 26 de agosto.

**Despacho** do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, de 4.03.2016, proferido no âmbito do Processo n.º 5/15.7YQSTR.

**Recorrente:** *Município da Amadora*.

**Sumário:** Determina a apensação da ação administrativa n.º 10/15.3YQSTR aos presentes autos.

**Normas relevantes:** Arts. 12.º, n.º 1, al. b) e 28.º, n.ºs 1 e 3 do CPTA.

**Acórdão** do Tribunal Constitucional (3.ª secção), de 9.03.2016, proferido no âmbito do Processo n.º 1052/15 (Recurso vindo do Tribunal da Relação de Lisboa no âmbito do Processo n.º 350/08.8TYLSB.L3, 3.ª secção).

**Recorrente:** *Laboratórios Abbott, Lda*

**Sumário:** Indefere a reclamação.

**Normas relevantes:** Arts. 89.º, n.º 1 e 100, n.º 1, al. a) da LdC; arts. 4.º, 45.º e 52.º, n.º 1 da Lei n.º 18/2003, de 11 de junho; arts. 20.º, n.º 1 e 32.º, n.ºs 1 e 10 da CRP; art. 6.º da CEDH; arts. 5.º, n.º 1 e 371-A do CPP; arts. 70.º, n.º 1, al. b) e 78-A da LTC; arts. 3.º, n.º 2 e 73.º do RGCO.

**Decisão singular** do Tribunal da Relação de Lisboa (1.ª secção), de 21.03.2016, proferido no âmbito do Processo n.º 8/15.1YQSTR-A.L1 (Recurso vindo do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão no âmbito do Processo n.º 6/15.5YQSTR, 1.º Juízo).

**Recorrente:** *Município do Seixal*.

**Sumário:** Não sendo admissível despacho de aperfeiçoamento, nos termos do disposto no art. 641.º, n.º 2, al. *b*) do CPC, indefere-se o requerimento, rejeitando-se o recurso interposto.

**Normas relevantes:** Arts. 91.º e 93.º da LdC; arts. 370.º, n.º 3, 615.º, 637.º, n.ºs 1 e 2, 639.º, n.ºs 1, 2 e 3, 641.º, n.º 2, al. *b*), 652.º, n.º 1, al. *b*) e 655.º do CPC(2015); arts. 116.º, n.º 3, 117.º, n.º 1, 131.º, 140, n.º 3, 144.º, n.º 2, 145.º, n.º 2 e 146.º, n.º 4 do CPTA; art. 112.º, n.ºs 1 e 2 da Lei n.º 62/2013, de 26 de agosto.

**Sentença** do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, de 24.03.2016, proferida no âmbito do Processo n.º 5/15.7YQSTR-C.

**Recorrentes:** *Citri Centro Integrado de Tratamento de Resíduos Industriais, SA e outras.*

**Sumário:** Julga o procedimento cautelar totalmente improcedente, absolvendo-se a requerida e as contrainteressadas do pedido.

**Normas relevantes:** Arts. 40.º, n.º 1, al. *a*), 41.º e 53.º, n.º 1 da LdC; arts. 60.º, n.º 1, 87.º, n.º 1, 100.º, n.º 1, 124.º e 125.º do CPA (2015); arts. 112.º, n.º 1 e 120.º, n.º 1, al.s *a*) e *b*) e n.ºs 2 e 3 do CPTA; Decreto-Lei n.º 45/2014 de 20 de março e Decreto-Lei n.º 96/2014, de 25 de junho.



JURISPRUDÊNCIA DE CONCORRÊNCIA  
DA UNIÃO EUROPEIA – ABRIL A JUNHO DE 2016  
*elaborado por Fernando Pereira Ricardo*

**Acordos, decisões de associações de empresas e práticas concertadas**

Acórdão do Tribunal Geral de 30/06/2016, proferido no âmbito do Processo T491/07 RENV.

Partes: *Groupement des cartes bancaires (CB)*/Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 28/06/2016, proferido no âmbito do Processo T-216/13.

Partes: *Telefónica*/Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 28/06/2016, proferido no âmbito do Processo T-208/13.

Partes: *Portugal Telecom*/Comissão.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 16/06/2016, proferido no âmbito do Processo C-155/14 P.

Partes: *Evonik Degussa e AlzChem*/Comissão.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 16/06/2016, proferido no âmbito do Processo C-154/14 P.

Partes: *SKW Stahl-Metallurgie e SKW Stahl-Metallurgie Holding*/Comissão.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 09/06/2016, proferido no âmbito do Processo C-617/13 P.

Partes: *Repsol Lubricantes y Especialidades e o.*/Comissão.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 09/06/2016, proferido no âmbito do Processo C-616/13 P.

Partes: *PROAS*/Comissão.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 09/06/2016, proferido no âmbito do Processo C-608/13 P.

Partes *CEPSA*/Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 02/06/2016, proferido no âmbito do Processo T-426/10.

Partes: *Moreda-Riviere Trefilerías*/Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 12/05/2016, proferido no âmbito do Processo T-669/14.

Partes: *Trioplast Industrier*/Comissão.

## **Auxílios de Estado**

Acórdão do Tribunal de Justiça de 30/06/2016, proferido no âmbito do Processo C-270/15 P.

Partes: Bélgica/Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 22/06/2016, proferido no âmbito do Processo T-118/13.

Partes: *Whirlpool Europe*/Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 09/06/2016, proferido no âmbito do Processo T-162/13.

Partes: *Magic Mountain Kletterhallen e o.*/Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 26/05/2016, proferido no âmbito do Processo T-479/11.

Partes: França/Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 12/05/2016, proferido no âmbito do Processo T-693/14.

Partes: *Hamr – Sport*/Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 10/05/2016, proferido no âmbito do Processo T-47/15.

Partes: Alemanha/Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 22/04/2016, proferido no âmbito do Processo T-60/06 RENV II.

Partes: Itália/Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 22/04/2016, proferido no âmbito do Processo T-56/06 RENV II.

Partes: França/Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 22/04/2016, proferido no âmbito do Processo T-50/06 RENV II.

Partes: Irlanda/Comissão.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 14/04/2016, proferido no âmbito do Processo C-100/15 P.

Partes: *Netherlands Maritime Technology Association*/Comissão.





## BIBLIOGRAFIA

*Novidades bibliográficas*



# NOVIDADES BIBLIOGRÁFICAS

*elaborado por Catarina Anastácio*

## CONCORRÊNCIA – ESTRANGEIRA

ADI AYAL – *Fairness in Antitrust: Protecting the Strong from the Weak*, reimpr., Oxford/Portland: Hart Publishing, 2016.

ALAN DEVLIN – *Antitrust and Patent Law*, Oxford: Oxford University Press, 2016.

BARBORA JEDLICKOVÁ – *Resale Price Maintenance and Vertical Territorial Restrictions: Theory and Practice in EU Competition Law and US Antitrust Law*, Cheltenham/Northampton: Edward Elgar Publishing, 2016.

DAVID HARRISON – *Competition Law and Financial Services*, reimpr., London: Routledge, 2016.

ELEANOR M. FOX/NICOLAS CHARBIT/ELISA RAMUNDO (eds.) – *Antitrust in Emerging and Developing Countries*, 2.ª ed., Paris: Institute of Competition Law, 2016.

ELEANOR M. HADLEY – *Antitrust in Japan*, Princeton: Princeton University Press, 2016.

GUNNAR NIELS/HELEN JENKINS/JAMES KAVANAGH – *Economics for Competition Lawyers*, 2.ª ed., Oxford: Oxford University Press, 2016.

MALGORZATA CYNDECKA – *The Market Economy Investor Test in EU State Aid Law: Applicability and Application*, Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2016.

MICHAEL J. FRESE – *Sanctions in EU Competition Law: Principles and Practice*, reimpr., Oxford/Portland: Hart Publishing, 2016.

PANAGIOTIS FOTIS/NIKOLAOS ZEVGOLIS – *The Competitive Effects of Minority Shareholdings: Legal and Economic Issues*, Oxford/Portland: Hart Publishing, 2016.

PAUL NIHOUL/NICOLAS CHARBIT/ELISA RAMUNDO (eds.) – *Choice – A New Standard for Competition Law Analysis?*, Paris: Institute of Competition Law, 2016.

RENE BARENTS – *Directory of EC Case Law on State Aid*, 2.ª ed., Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2016.

THOMAS V. VAKERICS – *Antitrust Basics*, New York: Law Journal Press, 2016.

**REGULAÇÃO – NACIONAL**

A. BARRETO MENEZES CORDEIRO – *Manual de Direito dos Valores Mobiliários*, Coimbra: Almedina, 2016.

MARGARIDA LIMA REGO – *Temas de Direito dos Seguros*, Coimbra: Almedina, 2016.

PAULO CÂMARA – *Manual de Direito dos Valores Mobiliários*, Coimbra: Almedina, 2016.

RUY DE CARVALHO – *Uma Breve História do Seguro: dos antecedentes ao final do século XVII*.

RUY DE CARVALHO – *O Seguro em Portugal: factos e histórias, 1974-2007*, Lisboa: INCM, 2016.

PEDRO ROMANO MARTINEZ/ARNALDO FILIPE DA COSTA OLIVEIRA/LEONOR CUNHA TORRES/MARIA EDUARDA RIBEIRO/JOSÉ PEREIRA MORGADO/JOSÉ VASQUES – *Lei do Contrato de Seguro – Anotada*, Coimbra: Almedina, 2016.

# RECENSÃO

**Miguel Sousa Ferro, *A Definição de Mercados Relevantes no Direito Europeu e Português da Concorrência: Teoria e Prática*, Almedina, 2014.**

*elaborado por Nuno Cunha Rodrigues*

Miguel Sousa Ferro é, atualmente, um nome incontornável em Portugal quando se estuda e trata de direito da concorrência.

O seu percurso profissional e académico cruzou-se, desde sempre, com o direito da concorrência, tendo sido absolutamente natural a escolha deste ramo de direito para a sua dissertação de doutoramento intitulada “*A Definição de Mercados Relevantes no Direito Europeu e Português da Concorrência: Teoria e Prática*”.

Aqueles que, quotidianamente, estudam e trabalham em direito da concorrência sabem que há dois conceitos essenciais a partir dos quais este se ergue: a noção de empresa e a noção de mercado relevante.

Para ambos os conceitos não há uma definição jurídica rigorosa – sem prejuízo do disposto no artigo 3.º da Lei da Concorrência relativamente à noção de empresa – estando em causa noções porosas que, ao longo dos anos, têm vindo a ser densificadas pela jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, pela prática decisória da Comissão Europeia e das autoridades nacionais de concorrência e, bem-assim, pelas orientações e *guidelines* daquela instituição europeia (no contexto da chamada *soft law*).

Como afirma o autor, na página 20, e citando o Tribunal Geral da União Europeia, “*a definição adequada do mercado em causa é condição necessária e prévia a qualquer julgamento que incida sobre um comportamento pretensamente anticoncorrencial*”. Neste momento, Miguel Sousa Ferro interpela o leitor procurando indagar se será mesmo verdade que toda e qualquer aplicação do direito da concorrência exige uma prévia delimitação do mercado em causa ou, por outro lado, até que ponto a definição de mercados é necessária à própria fundamentação jus-política do direito da concorrência.

Antes de responder a estas questões, Miguel Sousa Ferro procede a uma exaustiva e rigorosa análise, no seu estudo, de toda a densificação do conceito de *mercado relevante* operada ao longo dos anos por diferentes entidades – entre as quais o TJUE; a Comissão Europeia; os tribunais nacionais ou a Autoridade da Concorrência – para, a partir daí, identificar os conceitos e o método jurídico de definição de mercados relevantes no direito da concorrência.

Como o autor refere na sua obra, são analisados mais de 800 acórdãos da jurisdição europeia, 80 acórdãos e sentenças da jurisdição nacional, 200 decisões da Comissão Europeia e 170 decisões das autoridades administrativas nacionais, além de algumas decisões judiciais e administrativas de outras jurisdições.

Depois de proceder à apreciação de todos os elementos de estudo, Miguel Sousa Ferro conclui pela necessidade de assegurar um método objetivo, pre-definido e previsível de definição de mercados relevantes para justificar e legitimar o direito da concorrência, tanto em abstrato como na sua aplicação em casos concretos. Como afirma com propriedade no seu livro, este método de definição de mercados é único, devendo ser idêntico para todas as áreas e contextos de aplicação do direito da concorrência. Inspira-se na ciência económica, mas tem uma natureza jurídica autónoma.

Porém, afirma o autor, existe, neste domínio, uma profunda insegurança jurídica ao nível conceptual e metodológico uma vez que os conceitos dados como assentes na jurisprudência não correspondem, de facto, aos conceitos que resultam da leitura global da jurisprudência. Esta observação decorre de, para Miguel Sousa Ferro, o conceito de mercado, para efeitos do direito da concorrência, ser o que decorre da jurisprudência do TJUE e da Comunicação da Comissão Europeia sobre a definição de mercado relevante sabendo-se que esse conceito jurisprudencial é anterior e não partilha, integralmente, a lógica do teste SSNIP (cfr. página 384). Em síntese, face a várias interpretações incorretas, a realidade prática da definição de mercados relevantes dista muito da teoria.

Esta realidade conduziu, num passado recente, a novas tendências económicas que procuram abandonar a prévia definição de mercado relevante na apreciação do poder de mercado (pp. 637-651) e a problemas de prova no tocante à prévia definição de mercados relevantes, que suscitam interrogações a todos os defensores mais “fundamentalistas” (na expressão de Miguel Sousa Ferro) da operacionalidade necessária da noção de mercado relevante no direito da concorrência. No final da dissertação, é-nos proposto um método objectivo e único de definição de mercados relevantes, o qual deve ser considerado no

contexto da aplicação do direito da concorrência em ordem a permitir, *inter alia*, a medição do poder de mercado.

Por tudo isto estamos face a um dos (poucos) trabalhos científicos de grande fôlego sobre direito da concorrência publicados em Portugal e, podemos afirmá-lo, uma das teses mais relevantes e inovadoras publicadas na Europa, nos últimos tempos. Miguel Sousa Ferro revela, novamente, o seu profundo conhecimento de direito da concorrência e a qualidade da sua obra.

Este livro constitui uma obra de aquisição obrigatória para todos os especialistas em direito da concorrência ou para quem pretenda começar o estudo deste relevante ramo de direito.



# EVENTOS

*elaborado por Cristina Camacho e Nazaré da Costa Cabral*

## INSTITUTO DE DIREITO ECONÓMICO, FINANCEIRO E FISCAL DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA (IDEFF)

Realizou-se no dia 18 de maio, na FDUL, um *workshop* organizado pelo IDEFF sobre “A indemnização do Estado por práticas anticoncorrenciais”. Na abertura estiveram presentes a Senhora Procuradora-Geral da República, a Conselheira Joana Marques Vidal e o Presidente da Autoridade da Concorrência, Prof. Doutor António Ferreira Gomes.

Participaram juristas e economistas de diversas entidades, incluindo do Supremo Tribunal de Justiça, Tribunal de Contas, Ministério Público, Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, Autoridade da Concorrência, Entidade de Serviços Partilhados da Administração Pública, Serviços Partilhados do Ministério da Saúde, Universidade de Coimbra, Universidade de Lisboa, Universidade Nova de Lisboa e RBB Economics.

O Workshop partiu da constatação de que ainda não se verificou, em Portugal (como em quase todos os outros Estados-membros da UE) qualquer ação de *private enforcement* da concorrência em que fosse autora uma entidade pública. E, no entanto, há múltiplas decisões da Autoridade da Concorrência e da Comissão Europeia que identificaram infrações da concorrência que causaram danos a entidades públicas, tendo estas o direito de ser ressarcidas, e tendo os seus administradores, em princípio, o dever de tomarem os passos necessários a obter essa receita. O Workshop discutiu os termos em que poderiam ser implementadas estas ações de indemnização do Estado, bem como as consequências para os gestores públicos da sua não interposição.



# NOTAS CURRICULARES

## FRANCISCO HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ

Doutorado em Direito pela Universidade de Santiago de Compostela. Presidente da Autoridade Galega da Concorrência e Professor de Direito Comercial na Universidade de Santiago. Vice-diretor da divisão jurídica da Comissão Nacional de Valores Mobiliários espanhola (CNMV) de 1997 a 2000. Autor de múltiplas publicações sobre direito da concorrência e direito comercial.

*Francisco Hernández Rodríguez holds a PhD in Law from the University of Santiago de Compostela. He is the President of the Galician Competition Authority and a professor of commercial law at the University of Santiago de Compostela. He was vice director of the legal division of the Spanish securities commission (CNMV) from 1997 to 2000. He is the author of several publications on competition law and commercial law.*

## JOANA CAMPOS CARVALHO

Licenciada pela Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa (2007), onde obteve o grau de Mestre em Direito (2009). É atualmente doutoranda na mesma Faculdade, a preparar a sua tese sobre contratos na *sharing economy*, Bolsa de Fundação para a Ciência e a Tecnologia e membro do CEDIS – Centro de Investigação & Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade.

*Joana Campos Carvalho is graduated in Law from the Nova University Law School (2007), where she also concluded her Master (2009). She is currently a PhD Student at the same University, preparing her thesis on contracts in the sharing economy, a research fellow for the Portuguese national funding agency for science, research and technology and a member of CEDIS – Research Centre.*

## JOÃO E. GATA

Assessor Principal da Autoridade da Concorrência. Membro da Unidade de Investigação em Governança, Competitividade e Políticas Públicas (GOVCOPP) da DEGEIT, Universidade de Aveiro. Doutorado (Ph.D.) em Economia pela Universidade de Minnesota, Twin Cities, EUA, com equivalência atribuída pela Universidade Nova de Lisboa, e Diploma de Pós-Graduação

em Direito da Concorrência da União Europeia pelo *King's College*, Londres, Reino Unido.

*João E. Gata is Principal Advisor at the Portuguese Competition Authority. He is a member of the Unit for Research into Governance, Competitiveness and Public Policy (GOVCOPP) at DEGEIT, University of Aveiro. He holds a PhD in Economy from the University of Minnesota, Twin Cities, USA, with equivalence granted by the New University of Lisbon, and a Post-graduate diploma in Competition Law from King's College, London, United Kingdom.*

### **JOSÉ ANTONIO RODRÍGUEZ MIGUEZ**

Doutorado em Direito. Anterior Secretário-Geral da Autoridade Galega da Concorrência (2005/2015) e, desde novembro de 2015, Diretor de Investigações desta autoridade. Funcionário do Governo Autónomo da Galiza (Espanha) e autor de um grande número de trabalhos académicos sobre direito da concorrência e direito comercial, especialmente nos domínios dos auxílios de Estado, *public/private enforcement*, SIEGs, *advocacy* e *compliance*. Membro correspondente da Academia Real de Legislação e Jurisprudência de Espanha.

*José Antonio Rodríguez Miguez holds a PhD in Law. He is a former Secretary General of the Galician Competition Authority (2005/2015) and, from November 2015, the Chief of Investigation of this Competition Authority. He is Official of the Autonomous Government of Galicia (Spain) and author of many academic works on Competition and Commercial Law, particularly in relation to State Aid, Public/ Private Enforcement, SGEI, Advocacy and Compliance. He is a Correspondent Member of the Royal Academy of Legislation and Jurisprudence of Spain.*

### **MARGARIDA CALDEIRA**

Licenciada em Direito pela Universidade Católica de Lisboa (1991). Pós-graduada em Direito Comunitário pela Universidade Católica – Centro de Estudos Europeus, Lisboa (1992). Doutoranda em Direito na Universidade Nova de Lisboa. Inscrita na Ordem dos Advogados em 1991 (estágio de advocacia concluído em 1993), exerceu advocacia ininterruptamente, em prática privada até 2006, quer em regime individual, quer sobretudo integrada em diversas sociedades de advogados (advogada associada, sócia de indústria sénior e consultora). Aconselhou e patrocinou diversas empresas nacionais e multinacionais, principalmente nas áreas de Direito da Concorrência e da União Europeia, Comercial, Societário (fusões e aquisições), Civil (contratos) e contencioso. No mesmo período, publicou alguns artigos sobre Direito da Concorrência e da

União Europeia, Comercial e Societário, e apresentou diversas comunicações em seminários sobre contratação comercial internacional. Em 2006 ingressou na Autoridade da Concorrência, exercendo, desde então, advocacia em prática exclusiva no Departamento Jurídico e do Contencioso, nas áreas de Direito da Concorrência e da União Europeia, Contraordenacional, Processual (em particular, Processual Penal) e Administrativo.

*Margarida Caldeira is graduated in Law from the Catholic University of Lisbon (1991). She holds a post-graduate degree in European Union Law from the Center for European Studies of the same University (1992). Ph.D (law) student at the Nova Faculty of Law. Admitted to the Portuguese Bar in 1991 (lawyer training concluded in 1993), she worked as a lawyer continuously in private practice until 2006, both as an individual practitioner or (most of the time) integrated in several law firms (associate lawyer, partner, and of-counsel). Margarida Caldeira advised and represented several national and multinational companies, mainly regarding Competition and EU Law, Commercial Law and Companies Law (M&A), Civil Law (contracts) and litigation. During the same period, she published some articles on Competition and EU Law, Commercial and Companies Law, and was a speaker in seminars on international contracts. She joined the Portuguese Competition Authority in 2006 and since then has practised as a lawyer exclusively for this institution, integrated in the Legal Department focusing on Competition and EU Law, Regulatory Law, Procedural Law (especially Criminal Procedural Law) and Administrative Law.*

### **MARIA JOÃO MELÍCIAS**

Administradora da Autoridade da Concorrência desde 2014. Antiga referendária do TJUE (2012-2014). Associada Sénior da área de Concorrência da sociedade de advogados PLMJ até 2012. Licenciada em Direito (FDUL). LL.M em Trade Regulation (NYU). Distinguida pela NYU com o *Frank Diersen Prize. Research assistant* convidada na NYU. M.A. em *Competition Law*, com distinção (King's College). Leciona e publica regularmente, incluindo em diversas revistas internacionais, sobretudo em matéria de *antitrust* e política de concorrência.

*Maria João Melícias is Member of the Board of the Portuguese Competition Authority since 2014. Previously she was a “référendaire” at the ECJ (2012-2014). She was a Senior Associate of PLMJ law firm’s antitrust practice up to 2012. She holds a law degree from University of Lisbon Law, as well as a Master of Laws (LL.M) in Trade Regulation from New York University. She was awarded the Franz T. Diersen Prize by NYU. Guest research assistant at NYU. M.A. in EU*

*Competition Law, with distinction, from King's College London. She is a regular lecturer in academic courses and conferences and has published widely, particularly on antitrust and competition policy related topics.*

### **MIGUEL MOURA E SILVA**

Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Docente e Associado do IDEFF – Instituto de Direito Económico, Financeiro e Fiscal. Diretor do Departamento de Práticas Restritivas da Autoridade da Concorrência (2004-2013); Diretor da Unidade Especial de Avaliação de Políticas Públicas da Autoridade da Concorrência desde 2013.

*Miguel Moura e Silva is a Professor at the University of Lisbon Law School. He is an Associate member of IDEFF – Institute for Economic, Financial and Tax Law. He was Director of the Department of Restrictive Practices of the Portuguese Competition Authority (2004-2013) and is Director of the Special Unit for Assessment of Public Policies of the Portuguese Competition Authority since 2013.*

### **MIGUEL SOUSA FERRO**

Professor Convidado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e Professor na Universidade Europeia. As suas principais áreas de especialização são o Direito da União Europeia, Direito da Concorrência e Direito Nuclear. Obteve o seu doutoramento e a sua licenciatura na Universidade de Lisboa, um Mestrado em Estudos Europeus no Colégio da Europa. É codiretor da Revista de Concorrência e Regulação e membro do Comité Editorial da Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

*Miguel Sousa Ferro is a Guest Professor at the University of Lisbon Law School and a Professor at the European University. His main areas of specialization are EU Law, Competition Law and Nuclear Law. He obtained his PhD and his undergraduate degree from the University of Lisbon Law School, and an LL.M in European Studies from the College of Europe. He is co-Director of the Portuguese Competition & Regulation Journal and a member of the Editorial Board of the Lisbon Law Review.*

*Colaboração com a*

## REVISTA DE CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO

1. A *Revista de Concorrência e Regulação* (C&R) está aberta à colaboração dos seus Leitores, pelo que aceita para publicação artigos, estudos ou comentários de jurisprudência que se enquadrem na temática geral do Direito e Economia da concorrência e regulação e na temática específica de cada número, de acordo com um duplo critério de interesse informativo e qualidade científica.
2. Todos os textos a publicar na C&R são da responsabilidade exclusiva dos seus Autores. A publicação dos textos não significa a concordância da C&R com as posições neles expressas.
3. Os textos a publicar devem ser inéditos e podem ser apresentados em português, espanhol, francês ou inglês, sendo publicados na língua em que foram redigidos. Em casos excepcionais, poderão ser aceites textos não inéditos, devendo então o Autor indicar onde foram publicados anteriormente.
4. Os textos devem estar formatados em *Word* e não exceder, em regra, 70 mil caracteres (incluindo espaços). Devem também ser acompanhados de um resumo (“*abstract*”), com um máximo de 100 (cem) palavras, em inglês.
5. Aos textos, os Autores devem ainda juntar uma breve nota curricular (que não deverá exceder, para cada versão linguística, 950 caracteres, incluindo espaços) em português e inglês, morada e endereço eletrónico.
6. A informação sobre as normas formais aplicáveis aos textos a submeter à *Revista de Concorrência e Regulação* deve ser solicitada, antes do envio do texto, através do endereço eletrónico [revista@concorrencia.pt](mailto:revista@concorrencia.pt).
7. Os trabalhos devem ser remetidos em formato digital para o endereço eletrónico [revista@concorrencia.pt](mailto:revista@concorrencia.pt) ou para a morada: Autoridade da Concorrência – Avenida de Berna, 19, 1050-037 Lisboa, ao cuidado de Catarina Anastácio.
8. As provas tipográficas dos textos aprovados para publicação serão enviadas ao Autor para a morada ou endereço eletrónico por si indicados, para revisão.

*Collaboration with*

REVISTA DE CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO

1. *Revista de Concorrência e Regulação* (C&R) welcomes submissions for publication from its readers, including papers, studies or case comments, related to Competition and Regulation Law and Economics and the specific theme of each issue, according to the interest and scientific quality of each contribution.
2. Authors are exclusively responsible for their papers. Publication of papers does not mean that C&R endorses the views expressed therein.
3. Papers must not have been published elsewhere and can be submitted in Portuguese, Spanish, French or English. Papers will be published in the original language. In exceptional cases, papers that have already been published may be accepted. In such circumstances the Author will be required to indicate where the paper has been published previously.
4. Texts must be processed in Word, should not exceed 70,000 characters (including spaces) and must also be accompanied by an abstract, with a maximum of 100 words, in English.
5. Authors must provide a short CV in Portuguese and English, (which should not exceed 950 character, including spaces, for each of the languages) as well as mailing and email addresses.
6. Further information on the formal rules for submission of materials to the C&R must be requested in advance, by contacting [revista@concorrencia.pt](mailto:revista@concorrencia.pt).
7. Contributions must be sent in digital format to the email address [revista@concorrencia.pt](mailto:revista@concorrencia.pt) or to the address: Autoridade da Concorrência – Avenida de Berna, 19, 1050-037 Lisboa – Portugal, to the attention of Ms. Catarina Anastácio.
8. Prior to publication, proofs will be sent to the Authors, to the mailing address or email address previously indicated.

# ÓRGÃOS SOCIAIS

## DIREÇÃO

Paulo de Sousa Mendes/Miguel Sousa Ferro

## CONSELHO CIENTÍFICO

**Presidentes:** António Ferreira Gomes/Eduardo Paz Ferreira

### Membros:

António Avelãs Nunes

António Menezes Cordeiro

Augusto Silva Dias

Barry Hawk

Bernardo Feijóo Sánchez

Bo Vesterdorf

Carlos Pinto Correia

David Gerber

Diogo Rosenthal Coutinho

Donald Baker

Douglas Rosenthal

Eleanor Fox

Fernando Borges Araújo

Fernando Herren Aguillar

Francisco Marcos

Floriano Marques

François Souty

Frederic Jenny

Geraldo Prado

Gerhard Dannecker

Germano Marques da Silva

Giorgio Monti

Harry First

Heike Schweitzer

Ioannis Kokkoris

João Ferreira do Amaral

Jorge Braga de Macedo

Jorge de Figueiredo Dias

José António Veloso

José Danilo Lobato

José Luís da Cruz Vilaça

José de Faria Costa

José de Oliveira Ascensão

José Lobo Moutinho

José Manuel Sérvulo Correia

Jürgen Wolter

Keiichi Yamanaka

Klaus Rogall

Laurence Idot

Luís Cabral

Luís Greco

Manuel da Costa Andrade

Manuel Lopes Porto

Marco Bronckers

Maria Fernanda Palma

Mark Zöller

Miguel Moura e Silva

Miguel Nogueira de Brito

Miguel Poiares Maduro

Nicolas Charbit

Oswald Jansen

Patrick Rey

Paulo Câmara

Paulo de Pitta e Cunha

Paulo Pinto de Albuquerque

Pedro Pais de Vasconcelos  
Pedro Pitta Barros  
Peter Freeman CBE, QC  
Philip Marsden  
Piet Jan Slot  
René Smits

Richard Wish  
Rosa Greaves  
Vasco Pereira da Silva  
Vito Tanzi  
William Kovacic  
Wouter Wils

### **CONSELHO CONSULTIVO**

João E. Gata/Jorge Simões/Nuno Cunha Rodrigues

### **CONSELHO REDATORIAL**

**Presidente:** Catarina Anastácio

#### **Comissão Coordenadora:**

Cristina Camacho  
Fernando Pereira Ricardo  
João Cardoso Pereira  
José Renato Gonçalves

Luís Vale Lima  
Nazaré da Costa Cabral  
Ricardo Bayão Horta  
Vítor Miguel Lourenço

#### **Editores:**

*Concorrência – Questões gerais, europeu e comparado*  
Carlos Pinto Correia/João E. Gata

*Concorrência – Práticas restritivas*  
Fernando Xarepe Silveiro/João Pateira Ferreira

*Concorrência – Auxílios de Estado*  
Miguel Mendes Pereira/António Carlos dos Santos/Marco Capitão Ferreira

*Concorrência – Concentrações*  
Margarida Rosado da Fonseca

*Autoridades reguladoras*  
João Miranda

*Direito contraordenacional e processual penal*  
Teresa Quintela de Brito/João Matos Viana/Vânia Costa Ramos

*Economia*

António Pedro Santos/Jorge Rodrigues/Paulo Gonçalves

*Água e resíduos*

João Miranda

*Ambiente*

Carla Amado Gomes

*Aviação civil*

António Moura Portugal

*Comércio, consumo e concorrência desleal*

Teresa Moreira

*Contratação pública*

Nuno Cunha Rodrigues

*Energia*

Gonçalo Anastácio

*Financeiro*

Rute Saraiva

*Transportes terrestres e marítimos*

Tânia Cardoso Simões

*Saúde*

Nuno Castro Marques

**Secretariado Executivo:**

Manuela Oliveira

Natália Leite





# REVISTA DE CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO

## DIREÇÃO:

LUÍS SILVA MORAIS

PAULO DE SOUSA MENDES

## CUPÃO DE ASSINATURA

NOME												
MORADA												
CÓD. POSTAL			-				LOCALIDADE					
TELEFONE						Nº CONTRIBUINTE						
PROFISSÃO												
EMAIL												

4 NÚMEROS AVULSO €100

**ASSINATURA (4 NÚMEROS/ANO) €90 (DESCONTO DE 10%)  
COM IVA E DESPESAS DE ENVIO INCLUÍDOS**

DESEJO ADQUIRIR A ASSINATURA DA REVISTA  
DE CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO (4 NÚMEROS) DO ANO **20**

---

ASSINATURA \_\_\_\_\_ DATA --

ESTE CUPÃO DEVERÁ SER ENVIADO PARA  
ASSINATURA DA REVISTA DE CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO – JOAQUIM MACHADO, S.A.,  
Rua Fernandes Tomás, n.ºs 76, 78, 80, 3000-167 Coimbra, ou via email para assinaturas@almmedina.net.

PARA ESCLARECIMENTOS ADICIONAIS  
Telefone: 239 851 903 Fax: 239 851 901 Email: editora@almmedina.net



## AUTORIZAÇÃO DE DÉBITO DIRECTO (ADC)

ENTIDADE 1 0 6 4 4 4

NÚMERO DE AUTORIZAÇÃO

Na rede Multibanco poderá definir: A Data de expiração da autorização | O montante máximo de débito autorizado

## AUTORIZAÇÃO DE DÉBITO EM CONTA PARA DÉBITOS DIRECTOS

EMAIL

Por débito na nossa/minha conta abaixo indicada queiram proceder ao pagamento das importâncias que lhes forem apresentadas pela empresa EDIÇÕES ALMEDINA SA

CONTRIBUINTE FISCAL

DATA     =   =

ASSINATURA(S) CONFORME BANCO

BENS/SERVIÇOS	VALOR	REGULARIDADE <sup>(1)</sup>	INICIA A MÊS	INICIA A ANO	TERMINA A MÊS	TERMINA A ANO

(\*) REGULARIDADE: MENSAL, TRIMESTRAL, SEMESTRAL, ANUAL

## PROCEDIMENTOS

- Preencher completamente e assinar Autorização de Débito, de acordo com a ficha de assinatura de Banco. No caso de ser empresa carimbar ADC com carimbo da empresa.
  - Remeter a ADC para:  
EDIÇÕES ALMEDINA SA, Rue Fernandes Tomás, n.ºs 76, 78, 80, 3000-167 Coimbra, ou via email para [sd@almedina.net](mailto:sd@almedina.net).
  - Qualquer alteração que pretenda efectuar a esta autorização basta-  
r contactar as EDIÇÕES ALMEDINA SA por qualquer forma escrita
  - Também poderá fazer alterações através do Sistema Multibanco, conforme se apresenta seguidamente, ou no sistema de home  
banking, caso tenha essa opção. Também neste caso agradece-  
mos informação escrita sobre as alterações efectuadas.
  - Esta autorização destina-se a permitir o pagamento de bens/serviços adquiridos à nossa empresa e só poderá ser utilizada para  
outros efeitos mediante autorização expressa do(s) próprio(s)
  - Dos pagamentos que vierem a ser efectuados por esta forma  
serão emitidos os recibos correspondentes.

## INFORMAÇÕES

**INFORMAÇÕES**  
Através do Sistema Multibanco, relativamente a esta autorização de Débito em Conta, poderá, entre outras, efectuar as seguintes operações:

- Visualizar a Autorização Débito em Conta concedida;
  - Actualizar os Dados Desta Autorização de Débito em Conta;
  - Cancelar esta Autorização Débito em Conta;

Em cumprimento do aviso 10/2005 do Banco de Portugal, informa-se que é dever do devedor, conferir, através de procedimentos electrónicos, nomeadamente no multibanco, os elementos que compõem as autorizações de débito em conta concedidas.

PARA ESCLARECIMENTOS ADICIONAIS  
Telefone: 239 851 903 Fax: 239 851 901 Email: [sdd@almedina.net](mailto:sdd@almedina.net)