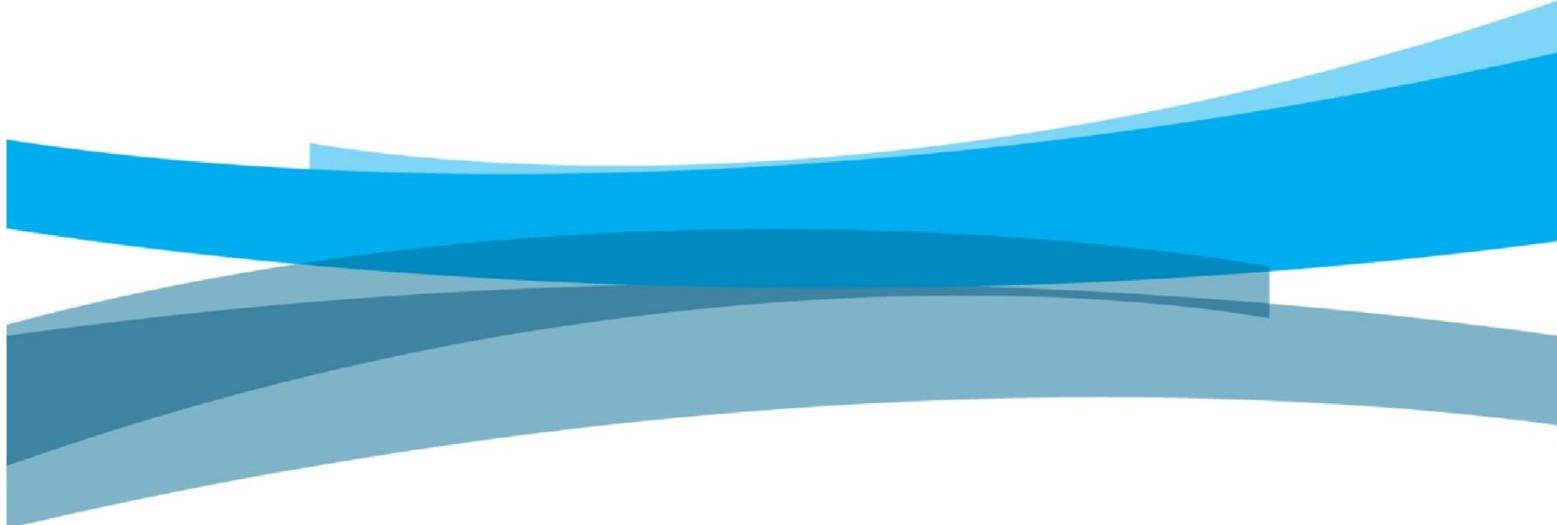


RELATÓRIO SOBRE A CONSULTA PÚBLICA DA PROPOSTA DE ANTEPROJETO DE TRANSPOSIÇÃO DA DIRETIVA *PRIVATE ENFORCEMENT*

- LISBOA, 13 DE JULHO DE 2016 -



1. Introdução

1. 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”).
2. 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

3. 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.
4. 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.
5. 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

6. 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”).
7. 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.
8. Em muitos casos foram aceites sugestões de redação sem impacto substantivo, as quais não serão expostas exaustivamente.
9. 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.
10. 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.
11. Elencam-se de seguida as disposições que suscitaram maior número de comentários ou observações e/ou de sugestões consideradas especialmente pertinentes.

3.1. Artigo 2.º – Definições

12. 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”.
13. 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

14. 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.
15. 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.

16. 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.
17. A alteração redacional sinaliza que a solução normativa em causa é aplicável no contexto de grupos económicos.
18. 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.
19. 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).
20. 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

21. 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”.
22. 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).
23. 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.
24. 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

25. 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.
26. 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 a la mise en oeuvre des règles de concurrence*”, SEC(2010) 737/2. Sendo estes meros auxiliares de aplicação e interpretação, não substituem a apreciação do tribunal, que não se quis condicionar através de uma maior concretização.
27. 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

28. Foram feitos diversos comentários ao artigo 6.º da Proposta, relativos aos seus diversos aspetos, na sequência dos quais foram introduzidas várias alterações, algumas de substância, outras meramente formais.
29. 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.
30. 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.
31. 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.
32. 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.

33. 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 coimbratores 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

34. 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.
35. 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 consagrarr, 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.
36. 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

37. 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.
38. 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

39. 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.
40. 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).
41. 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 eliminate 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

42. 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

43. 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.
44. Esta sugestão foi acolhida, dando origem ao n.º 3 do artigo 15.º da Proposta.

3.10. Artigo 19.º – Ação popular

45. 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.

46. 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

47. 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.
48. 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”).
49. 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.
50. 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.
51. 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

52. 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.
53. 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.

54. 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.
55. 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.

