



MINISTÉRIO PÚBLICO  
PORTUGAL

PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

Chefe de Gabinete

Rua da Escola Politécnica, n.º 140, 1269-269 Lisboa-Portugal.

Tel: 213 921 900 Fax: 213 975 255 Email: correiopgr@pgr.pt

DIVISÃO DE APOIO ÀS COMISSÕES	
Comissão de Economia, Inovação e Obras Públicas	
CEIOP	
N.º Único	586 563
Entrada/Saida n.º	438
Data	26/10/2017

P/ PROTOCOLO

Exm.o(a) Sr.(a)

Ofício n.º 97250.17 de 25-10-2017 - DA n.º 5338/17

**Assunto - Envio de Parecer sobre o Projeto Lei n.º 599/XIII/2.ª**

Exmo. Senhor

Presidente da Comissão de Economia, Inovação e Obras Públicas

Dr. Hélder Amaral

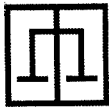
Por determinação superior, tenho a honra de remeter a Vossa Exacelência o Parecer da Procuradoria-Geral da República sobre o **Projecto de Lei n.º 599/XIII/2.ª - Reforça a defesa da concorrência e regula as ações de indemnização por infração às disposições do direito da concorrência private enforcement**, o qual mereceu a total concordância da Conselheira Procuradora-Geral da República.

Com os melhores cumprimentos.

Pela Chefe de Gabinete

A Assessora

Maria de Lurdes Lopes



**MINISTÉRIO PÚBLICO  
PORTUGAL**

PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA  
GABINETE DA PROCURADORA-GERAL

## **Parecer**

### **Projeto de Lei n.º 599/XIII/2ª (PSD)**

#### **I – Introdução**

A Comissão de Economia, Inovação e Obras Públicas da Assembleia da República remeteu para emissão de parecer o Projeto de Lei n.º 599/XIII/2ª (PSD), que reforça a defesa da concorrência e regula as ações de indemnização por infração às disposições do direito da concorrência “private enforcement”.

#### **II – O Ministério Público**

O projeto em apreço surge pela imperiosa necessidade de transposição da Diretiva 2014/104/UE do PE e do Conselho, de 26/11/2014 “Private Enforcement”, cujo prazo de transposição conheceu o seu termo no dia 27/12/2016. ([1])

O projeto contém uma norma atributiva de legitimidade ativa cujo elenco inclui o Ministério Público (artigo 19.º, n.º 1).

Trata-se de solução que introduz um novo e renovado desafio ao Ministério Público em matéria civil do direito da concorrência, ao fazer uma clara remissão para o regime da ação popular (LAP) regulado na Lei 83/95, de 31/08, e que, naturalmente, merece a nossa concordância absoluta.

Importará agora clarificar a atuação do Ministério Público em matéria civil da concorrência, enquanto órgão competente para a defesa da “legalidade democrática” – artigo 219º, nº 1 da Constituição da República Portuguesa. Na verdade, através do Decreto-Lei n.º 214-G/2015, de 02/10, o legislador atribuiu ao Ministério Público, por via da norma do artigo 16.º da Lei de Ação Popular, uma ampla “legitimidade ativa e dos poderes de representação e de intervenção processual que lhe são conferidos por lei”, leia-se, também aqui, conferidos pela futura lei que irá transpor a Diretiva “private enforcement”.

Na concretização do desígnio constitucional ditado pela norma do artigo 52.º, n.º 3 da Constituição da República Portuguesa, o Ministério Público estará doravante confrontado com a necessidade de defesa da concorrência no plano civil com vista ao ressarcimento dos danos causados por práticas anticoncorrenciais.



Com esta solução, parece-nos que o Ministério Público intervirá em nome próprio para defesa dos interesses públicos quando esteja em causa a ofensa destes, perspectivada esta como o bem público da concorrência - interesses difusos na sua "dimensão supra individual". Indiretamente, claro está, essa intervenção poderá determinar a defesa dos direitos subjetivos de ordem privada, porquanto serão potenciais beneficiados a pluralidade de interesses individuais sobre bens exclusivos repartidos por cada um dos respetivos titulares prejudicados com o dano da concorrência.

Sendo de realçar, face à solução alcançada, que o considerando (13) da Diretiva torna claro que os Estados Membros não estão obrigados a introduzir mecanismos de tutela coletiva *«a presente diretiva não deverá obrigar os Estados-Membros a introduzirem mecanismos de tutela coletiva para efeitos da aplicação dos artigos 101º e 102º do TFUE»*.

A solução encontrada é pois de aplaudir e acompanha claramente a posição constitucional do Ministério Público na tutela de bens comunitários e com evidente reflexo na própria fiscalização da própria legalidade.

Chama-se, no entanto, à atenção que o n.º 7 do artigo 19º do projeto suscita dificuldades de compatibilização, ao prever que *«as indemnizações que não sejam reclamadas pelos lesados num prazo razoável fixado pelo juiz da causa, ou parte delas, serão afetadas ao pagamento das custas, encargos, honorários e demais despesas incorridos pelo autor por força da ação»*.

Este n.º 7 não está em harmonia com o Regulamento de Custas Processuais (Decreto-lei n.º 34/2008, de 26/2) pois, de acordo com o artigo 29.º, n.º 1 *«A conta de custas é elaborada pela secretaria do tribunal que funcionou em 1.ª instância no prazo de 10 dias após o trânsito em julgado da decisão final»* e as custas de parte (artigo 25.º, n.º 1), *«Até cinco dias após o trânsito em julgado ou após a notificação de que foi obtida a totalidade do pagamento ou do produto da penhora, consoante os casos, as partes que tenham direito a custas de parte remetem para o tribunal, para a parte vencida e para o agente de execução, quando aplicável, a respetiva nota discriminativa e justificativa»*.

Ora, após o decurso do "prazo razoável" e estando já elaborada a conta, reclamadas as custas de parte e, certamente, decorrido o prazo de pagamento (e até o visto de correição) como é efetuada a prevista afetação *«... ao pagamento das custas, encargos, honorários e demais despesas incorridas pelo autor...»*.



Por outro lado, o autor de uma ação popular que obtenha vencimento não está sujeito a custas e encargos (artigo 4.º, n.º 1, alínea b) e n.ºs 5 e 6 do Regulamento de Custas Processuais), pelo que, nesses casos a norma legal parece não ter aplicação.

### III - Algumas soluções analisadas numa perspetiva global

Foi no Acórdão do Tribunal de Justiça de 20/09/2001, *Courage vs. Crehan*, P. C-453/99, que se afirmou pela primeira vez, que «*qualquer particular tem o direito de, em juízo, invocar a violação do artigo 85.º, n.º 1([2]), do Tratado, mesmo quando é parte num contrato susceptível de restringir ou falsear o jogo da concorrência na aceção daquela disposição*» (v. § 24.), pois de contrário «*a plena eficácia do artigo 85.º do Tratado e, em particular, o efeito útil da proibição enunciada no seu n.º 1 seriam postos em causa*» (v. § 26.). «*Nesta perspetiva, as ações de indemnização por perdas e danos junto dos órgãos jurisdicionais nacionais são suscetíveis de contribuir substancialmente para a manutenção de uma concorrência efetiva na Comunidade*».[(3)]

O mesmo Tribunal, em 13/07/2006, no caso *Vincenzo Manfredi contra Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA e outro*, (P. C-295/04), reafirmou este entendimento tendo proclamado, ainda, o direito de invocar a nulidade de um acordo ou de uma prática proibida pelo artigo 101.º do TFUE.

Do efeito direto das normas contidas nos artigos 101.º e 102.º do TFUE decorre, por um lado, a aplicação pública do direito da concorrência da EU (por via de um sistema descentralizado de competência paralelas entre a Comissão e as Autoridades Nacionais de Concorrência [ANC]) ([4]) e, por outro lado, a sua aplicação privada pelos tribunais nacionais dos Estados Membros (v. os considerandos 1 e 2 da Diretiva 2014/104). Como referia o 4º § do ponto 1.1. da exposição de motivos da proposta de directiva do PE e do Conselho ([5]), «*A reparação pelos danos causados pelas infracções às regras de concorrência da UE não pode ser obtida através de uma aplicação pública. A concessão de uma reparação está fora do domínio de competência da Comissão e das ANC, sendo do domínio dos tribunais nacionais, do direito civil e do direito processual civil*» ([6]).

A respeito do direito processual civil e em particular das regras de competência em razão do território, O Acórdão do Tribunal de Justiça de 21/05/2015, *Cartel Damage Claims (CDC) Hydrogen Peroxide SA contra Akzo Nobel NV e outros*, P. C-352/13 constitui um precedente de referência uma vez que interpretou as normas dos artigos 6.º, n.º 1, 5.º, n.º 3 e 23º do Regulamento (CE) n.º44/2001 a



propósito de ação civil intentada contra vários demandados domiciliados em diferentes Estados Membros que participaram num cartel declarado contrário ao artigo 81.ºCE e ao artigo 53.º do Acordo EEE, ação essa destinada a obter a condenação solidária dos demandados ao pagamento de uma indemnização e à prestação de informações.

O Regulamento UE nº 1215/2012 **([7])** do PE e do Conselho, de 12/12/2012, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial (Regulamento de Bruxelas I reformulado) entrou em vigor a 10/01/2015 mas apenas aplicável às ações interpostas após esta data. O Regulamento UE nº 1215/2012 revogou o Regulamento 44/2001 do Conselho, de 22 de Dezembro de 2000. **([8])**

A Decisão do Conselho de 04/12/2014 relativa à aprovação, em nome da União Europeia, da Convenção da Haia, de 30/06/2005, sobre os Acordos de Eleição do Foro (2014/887/UE) **([9])**, entrou em vigor no dia 01/10/2015, conforme Aviso 105/2016 publicado no DR, 1ª série, nº 194, de 10/10/2016.

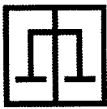
Se há função específica atribuída aos tribunais nacionais em matéria de concorrência é a respeitante ao “private enforcement”.

De acordo com o considerando 7º do Regulamento 1/2003 do Conselho, de 16/12/2002, «*Ao deliberarem sobre os litígios entre os particulares*», os tribunais nacionais «*salvaguardam os direitos subjectivos decorrentes do direito comunitário, nomeadamente através da concessão de indemnizações às vítimas das infracções*».

«*A função especificamente própria dos tribunais nacionais na aplicação das normas da União em matéria de concorrência consiste na salvaguarda dos direitos subjectivos decorrentes dessas normas nos litígios entre particulares. Sob este aspeto, os tribunais nacionais desempenham um papel complementar e diferente relativamente ao que consiste na aplicação por via administrativa, no interesse público, das regras de concorrência comunitárias (V. acórdão do Tribunal Geral de 18 de setembro de 1992, Automec/Comissão, P. Tâ 24/90, Colet., IIâ 2223, n.º85)*». **([10])**

O objetivo da Diretiva “Private Enforcement” é o de estabelecer regras relativas a ações de indemnização por infração às regras do direito da UE que assegurem o pleno efeito das normas dos artigos 101º e 102º, bem como o correto funcionamento do mercado interno. **([11])**

Como refere o § 29 do Acórdão do Tribunal de Justiça de 14/06/2011, Pfeiderer AG contra Bundeskartellamt, P. C-360/09, «*um direito deste tipo reforça o carácter*



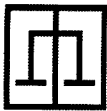
*operacional das regras comunitárias de concorrência e é susceptível de desencorajar acordos ou práticas, frequentemente disfarçados, capazes de restringir ou falsear o jogo da concorrência. Nesta perspectiva, as acções de indemnização por perdas e danos junto dos órgãos jurisdicionais nacionais são susceptíveis de contribuir substancialmente para a manutenção de uma concorrência efetiva na União Europeia».***([12])**

O “private enforcement” é assim uma parte complementar mas vital do “public enforcement” **([13])** da concorrência e do compromisso a que a norma do artigo 3.º, n.º 3, do TUE dá tradução.

É preocupação da Diretiva que o estabelecimento de tais regras garanta um standard mínimo de protecção das vítimas da violação do direito antitrust que seja equivalente em toda a União (v. considerando 34 da Diretiva), de acordo com o princípio da aplicação uniforme do direito da UE (artigo 1.º, n.º 1, *in fine* da Diretiva).

Para que tais regras tenham aplicação prática os Estados Membros deverão respeitar quer o princípio da efectividade (ou da eficiência) **([14])**, quer o princípio da equivalência, ambos explicitados na norma do artigo 4º da Diretiva, aos quais o texto desta e vários dos seus considerandos fazem referência por exemplo: a propósito da efectiva aplicação pública do direito da concorrência (considerando 6, 1ª parte), das condições do exercício do direito de indemnização (considerando 7, 1ª parte), dos requisitos da responsabilidade civil prevista nas diferentes ordens jurídicas internas (v. o enfático considerando 11 e o artigo 3º da Diretiva), da divulgação de elementos probatórios (considerando 21 e 32, 1ª parte), da prestação de informações confidenciais (considerando 18, parte final), do ónus da prova (considerando 34 a propósito do artigo 9.º, n.º 2 da Diretiva e considerando 47 a propósito da norma do artigo 17º da Diretiva), da responsabilidade solidária (v. o considerando 37 e o artigo 11.º da Diretiva).

O pedido de indemnização consiste na formulação de um pedido de reparação (*compensation for harm*) **([15])**. Este pedido de reparação assenta no princípio da reparação integral **([16])** plasmado no artigo 3.º da Diretiva. A reparação integral funciona como princípio geral que opera como descrito no n.º 2 deste preceito - reconstituição da situação que existiria na ausência da infracção ao direito da concorrência -, à semelhança do princípio geral plasmado na norma do artigo 562.º do Código Civil.



O artigo 3.º, n.º 2, 2ª parte, da Diretiva estabelece «por conseguinte, abrange o direito à reparação por danos emergentes e por lucros cessantes acrescido do pagamento de juros». O texto em língua castelhana é equivalente ao português **([17])**, assim como o italiano**([18])**. O texto francês fala em dano real**([19])**. O texto em língua inglesa não usa o conceito de dano mas o de perda**([20])** e o texto em língua alemã emprega o termo perda/prejuízo patrimonial “Vermögenseinbuße”**([21])**, o que tudo significa que apesar de os termos não serem exatamente coincidentes, os diferentes direitos nacionais seguiram a nomenclatura da sua tradição para expressar a mesma realidade. A Diretiva não definiu o que entende por dano ou, na versão inglesa, perda, o que sempre deixará ao legislador nacional campo para a sua definição, de acordo com a sua tradição civil.

A questão do conceito de perda e do conceito de dano tem importância para aquilatar a abrangência do direito à reparação. Na verdade, se este conceito for construído de forma restritiva, como é o caso português**([22])**, fica excluída a possibilidade de, por via do exercício do direito à reparação (*claim for damages*), na aceção da Diretiva, obter do autor da infracção ao direito da concorrência a privação de todos os proveitos obtidos ilicitamente. **([23])**

A Diretiva solucionou a questão no artigo 3.º, n.º 3 «*A reparação integral nos termos da presente diretiva não pode conduzir à reparação excessiva, por meio de indemnizações punitivas, múltiplas ou de outro tipo*». Desta norma do artigo 3.º, n.º 3 parece resultar a proibição de, por via do direito à reparação integral, ser obtida uma reparação excessiva**([24])**, proibição esta ancorada na proibição de excesso que subjaz ao princípio da proporcionalidade, tal como referido na parte final do considerando 54 da Diretiva.

Quer dizer, o legislador europeu entendeu que os interesses que se pretendem salvaguardar com as normas dos artigos 101º e 102º do TFUE e o correto funcionamento do mercado interno ficam plenamente assegurados, no contexto e no âmbito da Directiva 2014/104, se as ações de indemnização se ficarem pela compensação ao lesado do prejuízo por este sofrido, com exclusão de outros pedidos de indemnização não baseados em danos provocados em um concreto lesado, como por exemplo as acções cujo pedido consista na privação de todos os benefícios obtidos pelo infrator “full compensation”.

A ordem jurídica portuguesa consagra o instituto do enriquecimento sem causa na lei geral. Este instituto não prevê, contudo, a possibilidade de ressarcir os danos produzidos que vão para além da esfera de um concreto direito subjetivo,



isto é, as ações que visem anular todos os ganhos obtidos ilicitamente pelo infractor. É certo que a norma do artigo 228.º-L do Código da Propriedade Industrial prevê que o montante indemnizatório tenha em conta não apenas os danos emergentes e os lucros cessantes mas também «os encargos suportados com a protecção, a investigação e a cessação da conduta lesiva do seu direito» e, bem assim, o lucro obtido. Mas este mero modo de calcular a indemnização não o transforma numa acção de privação dos benefícios obtidos pelo infrator, *maxime*, os lucros obtidos.

Entre as ações que é de esperar venham a ser interpostas entre nós, para salvaguarda das normas dos artigos 101.º, 102.º do TFUE e 9.º, 11.º e 12.º da Lei n.º 19/2012, de 8/05 que aprovou o novo regime jurídico da concorrência, além das previstas na Diretiva “private enforcement” e no respetivo diploma de transposição, serão as de enriquecimento sem causa e as ações de declaração de nulidade que tenham como causa de pedir exclusiva as infrações aos direito da concorrência. Isto poderá significar dificuldades de compatibilização entre estes dois tipos de ações - entre as previstas na Diretiva e as puramente nacionais - uma vez que obedecem a diferentes tipos de normas, quer substantivas, quer adjetivas. **([25])**

Esta assimetria de regimes será sucestível de resolução **([26])** com aditamento na parte final da norma do artigo 1º da proposta, nos seguintes termos: «*bem como regras relativas a outros pedidos fundados em infrações ao direito da concorrência*».

Daqui parece resultar:

1. A aplicação ao direito nacional, entre outros, dos conceitos de empresa e de associação de empresas tal como definidos na jurisprudência europeia; **([27])**
2. O aumento do prazo de prescrição previsto no artigo 482.º do Código Civil de 3 para 5 anos, em linha com o artigo 10.º, n.º 3 da Diretiva (vide, artigo 6.º do projeto do PSD);
3. A extensão da aplicação do regime probatório previsto no artigo 7.º do projeto;
4. A extensão do regime de resolução extrajudicial de litígios previsto no artigo 11.º, *idem*; e





5. A extensão do regime de acesso aos meios de prova do capítulo II, idem.

Do exposto resulta a falta de credencial do legislador europeu que permita a previsão legal, no plano interno, da possibilidade de propositura de uma ação que vise obter, no plano interno, uma indemnização pelas disfuncionalidades introduzidas no mercado nacional decorrentes da prática de uma infração ao direito da concorrência eventualmente a interpor pelo Ministério Público.

Na verdade, esta possibilidade, que sem dúvida se colocará no futuro, não foi encarada pela Diretiva pois, como referido, estaria para além da órbita de um concreto direito subjetivo e como tal seria encarada como meio de indemnização múltiplo na aceção do artigo 3.º, n.º 3 da Diretiva.

Isto não significa que a União esteja privada do direito a pedir reparação do prejuízo sofrido junto dos órgãos jurisdicionais nacionais quando exista um nexo de causalidade entre esse prejuízo e uma prática proibida (cfr. os §§ 43 e 44 do Ac. do TJ de 06/11/2012, *Europese Gemeenschap contra Otis NV e o., P. C-199/11*). **([28])**

#### **IV – O articulado**

Atenemos agora nas soluções plasmadas em algumas das normas do articulado.

Como já explanado anteriormente, o artigo 1º deverá ser alterado nos termos assinalados.

O artigo 2º deveria conter na alínea h) a menção “às decisões dos tribunais”, existindo desse modo uma clara omissão.

O artigo 3º, nº 1 do projeto, respeita a Diretiva num duplo sentido: estabelece que o sujeito ativo do direito à reparação (o lesado) é «qualquer pessoa singular ou coletiva - consumidores, empresas e autoridades públicas, sem distinção -, independentemente de existir uma relação contratual direta com a empresa infratora e de ser previamente declarada a infração por uma autoridade da concorrência» (considerando 13 da Diretiva). Por outro lado, estabelece que o sujeito passivo do pedido de reparação não são as pessoas singulares mas apenas as empresas ou associações de empresas, como estabelecido no artigo 1.º, n.º 1, 1.º período, da Diretiva. **([29])**

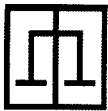
No que se refere ao “cometimento da infração” rege, no direito europeu como no direito sancionatório nacional, o princípio da responsabilidade pessoal e da



individualização das sanções, cf. a propósito e a título de exemplo, os Acórdãos General Química e o./Comissão, P. C-90/09, n.os 34 a 36, e ThyssenKrupp Nirosta/Comissão, P. C-352/09, n. 143.

O artigo 3.º, n.º 1, tal como se mostra redigido, dispensa claramente a alegação e a prova dos cinco requisitos da responsabilidade civil consagrados no artigo 483.º, n.º 1 do Código Civil (facto, ilícito, culposo ou meramente culposo, dano do lesante, nexos causal entre o facto ilícito e o dano), alegação e prova que apenas terá lugar no contexto das chamadas civil *stand-alone actions* ou ações independentes. Trata-se de acções que não foram precedidas de pronúncia judicial ou de decisão administrativa da Comissão ou ANC que tivesse declarado a existência de um facto ilícito, culposo e punível por violação das regras da concorrência.

No caso das ações *follow-on*, que se prevê sejam as que venham a ser interpostas maioritariamente, o autor não está vinculado a respeitar aqueles cinco requisitos da responsabilidade civil. ([30]). A 2ª parte do considerando 34 da Diretiva torna claro aquilo que se pretende neste domínio: «*A fim de reforçar a segurança jurídica, evitar incoerências na aplicação dos artigos 101.º e 102.º do TFUE, aumentar a efetividade e a eficácia processual das ações de indemnização e promover o funcionamento do mercado interno para as empresas e os consumidores, a declaração de uma infração ao artigo 101.o ou ao artigo 102.o do TFUE numa decisão definitiva de uma autoridade nacional da concorrência ou de um tribunal de recurso não deverá ser novamente pleiteada nas ações de indemnização subsequentes. Por isso, a referida infração declarada deverá considerar-se irrefutavelmente estabelecida nas ações de indemnização intentadas no Estado-Membro da autoridade nacional da concorrência ou no tribunal de recurso relativas a essa infração. No entanto, 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. Caso, por decisão, se tenha declarado uma infração às disposições do direito nacional da concorrência em casos em que sejam aplicados no mesmo processo e em paralelo o direito da concorrência nacional e da União, a infração também deverá considerar-se irrefutavelmente estabelecida*». Daí as disposições da Diretiva quanto ao efeito das decisões (artigo 9º), o regime da solidariedade (artigo 11.º, n.º 1) e a quantificação dos danos (artigo 17.º) ([31]).



Neste sentido aponta ainda o artigo 7.º do projeto que estabelece uma presunção da existência, natureza e âmbito material, pessoal, temporal e territorial da infracção ao direito da concorrência.

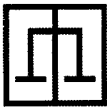
Parece-nos, assim, que a redação do n.º 1 do artigo 3.º, tal como está, assume coerência com o propósito da Diretiva.

O artigo 6.º do projeto indica como prazo de prescrição da ação de reparação 5 anos, proposta que é equilibrada face ao avolumar da dificuldade que a recolha de informação e da prova implicam com o passar do tempo.

Este dado é particularmente relevante se se confirmar a expectativa de a generalidade das ações futuras de responsabilidade por violação do direito da concorrência (private enforcement) resultarem da aplicação pública sancionatória do direito da concorrência, no âmbito da qual os processos são muito extensos devido à vastidão dos factos e à complexidade e especificidade das regras jurídicas que lhe são aplicáveis. O passar do tempo será particularmente relevante para o lesado que foi apenas um adquirente indireto do infrator, para o qual, as mais das vezes, a notícia do comportamento, da identidade do infrator e a noção de que foi prejudicado só mais tarde pode vir a chegar ao seu conhecimento. Também do lado do infrator um alongamento do prazo de prescrição poderá tornar excessivamente penoso o ónus da prova nos chamados casos de “passing on” (artigo 13.º da Diretiva e artigo 8.º, n.º 1 da iniciativa legislativa).

Como se sabe, o artigo 10.º, n.º 3 da Diretiva deixou uma margem de transposição ao estabelecer que «*Os Estados-Membros asseguram que o prazo de prescrição para intentar a ação de indemnização seja pelo menos de cinco anos*». Tanto quanto é relatado por Anna Piszcz ([32]), os drafters polacos aproveitaram para aumentar de 3 para 5 anos o prazo de prescrição das ações de responsabilidade civil previsto no seu direito interno ([33]). Citando Sarah Smith e Sam Szlezinger ([34]), a mesma autora dá notícia de o Reino Unido ter proposto se bem compreendemos, apenas no âmbito da Diretiva private, o prazo de prescrição de 6 anos.

O artigo 7º do anteprojeto da Autoridade da Concorrência estabelecia uma presunção inilidível da existência, natureza, âmbito material, pessoal, temporal e territorial de uma infração ao direito da concorrência quando esta é declarada, com carácter definitivo, quer pela Autoridade da Concorrência ou pelos tribunais



nacionais, quer quando é declarada pelas ANC e pelos tribunais dos outros Estados Membros.

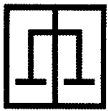
Já o projeto do PSD distingue a força probatória dessas mesmas decisões em razão da proveniência das mesmas: se provenientes da Autoridade e dos tribunais nacionais constituem uma presunção inilidível **([35])** (artigo 7.º, n.º 1); se proferidas pelas ANC e pelos tribunais dos outros Estados Membros a mesma presunção passa de inilidível para ilidível **([36])** (artigo 7.º, n.ºs 2 e 3).

Conquanto esta solução possa ter um começo de cobertura no artigo 9.º da Diretiva, onde se distingue entre infração “irrefutavelmente estabelecida” ao direito da concorrência (n.º 1) e prova *prima facie* **([37])** da mesma infração (n.º 2), a verdade é que não se encontra uma razão objectiva plausível que justifique a diferenciação. Presta-se assim a ser questionada quanto ao respeito pelo princípio da igualdade entre os Estados Membros (artigo 4.º, n.º 2 do TUE) e poderá levar à discriminação dos cidadãos europeus em razão da nacionalidade (artigo 21.º, n.º 2 da CDFUE).

Artigo 9.º: Já se referiu acima que o legislador europeu presume (presunção *iuris tantum*) que as infrações praticadas por cartel causam danos (artigo 17.º, n.º 2 da Diretiva), presunção que no entanto não abrange o montante concreto destes (considerando 47 da Diretiva).

Importa relembrar que a quantificação dos danos não é regida pelo direito europeu.

Como refere o ponto 8. da COM. da Comissão sobre a quantificação dos danos 2013/C 167/07[38], são as normas nacionais do Estado Membro que determinam o tipo de prova adequado e o grau necessário de precisão para indicar o montante dos danos sofridos. São ainda as normas nacionais que regem a repartição do ónus da prova e das responsabilidades entre as partes interessadas em relação aos factos alegados. Como continua a referir o dito ponto 8., «*O direito nacional pode prever a inversão do ónus da prova desde que o demandante tenha feito prova de um certo número de elementos, e pode prever regras simplificadas de cálculo e presunções de natureza ilidível ou inilidível. Além disso, determina em que medida e de que modo os órgãos jurisdicionais são competentes para quantificar os danos sofridos com base nas melhores estimativas aproximativas ou recorrendo a considerações de equidade. Todas estas normas e procedimentos nacionais que regem a quantificação dos danos devem ser estabelecidos e aplicados caso a caso, de modo a que as partes que sofreram danos*



*por infrações ao direito da concorrência da UE possam obter uma reparação integral pelo dano sofrido, sem terem de enfrentar dificuldades desproporcionadas; em nenhuma circunstância podem ser menos eficazes do que em ações similares baseadas no direito interno».*

O artigo 9.º, n.º 1 do projeto estabelece: «*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*». O legislador ressalva o ónus do *lien de causalité*, o que é coerente com a norma do artigo 563.º do Código Civil.

Artigo 9.º, n.ºs 2 e 3: O tribunal não se pode eximir a calcular os danos por mais dificuldades que encontre. Por isso, os n.ºs 2 e 3 do artigo 9.º do projeto estabelece os mecanismos de auxílio que a partir da comparação entre a situação real do lesado com aquela que estaria na ausência da infração ao direito da concorrência permitem ao tribunal quantificar os danos:

1. A Comunicação da Comissão 2013/C 167/07, de 13/06/2014 que remete, nos seus pontos 10. a 16, para o guia prático que contém a indicação de métodos e técnicas sobre a quantificação dos danos nas ações de indemnização com base nas infrações aos artigos 101.º e 102.º do TFUE; **([39])**
2. O auxílio da Autoridade da Concorrência (artigo 9.º, n.º 3), aqui investida de *amicus curiae*;
3. Caso seja “praticamente impossível ou excessivamente difícil calcular” os danos sofridos com exactidão, o tribunal realiza o cálculo destes com os elementos de prova disponíveis. Esta última operação é feita por “estimativa aproximada” o que na tradição civil portuguesa significa “equidade” (artigo 566.º, n.º 3 do Código Civil).

Do exposto resulta que a norma do artigo 609.º, n.º 2 do Código de Processo Civil «*Se não houver elementos para fixar o objecto ou a quantidade, o tribunal condena no que vier a ser liquidado, sem prejuízo de condenação imediata na parte que já seja líquida*» é incompatível com as ações de responsabilidade civil por violação do direito da concorrência que agora o Estado português se propõe transpor.

O projeto do PSD traduziu esta incompatibilidade no artigo 23.º, n.º 1 através da ideia de não contrariedade «*Em tudo o que não for contrário ao presente diploma*



*são aplicáveis as normas substantivas e processuais constantes, respectivamente, do Código Civil e do Código de Processo Civil».*

A aplicação do artigo 609.º, n.º 2 do Código de Processo Civil é exemplo, além do mais, da contrariedade aos propósitos da Diretiva à luz do princípio da efetividade, cujo respeito o legislador nacional, através das iniciativas legislativas agora apresentadas, foi particularmente sensível ao estabelecer no artigo 23.º, n.º 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*».

Artigo 12.º: O anteprojeto da Autoridade da Concorrência dispunha que «até ao termo da audiência prévia, o tribunal pode, a pedido de qualquer parte na ação, 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». O projeto retirara aquela parte inicial «Até ao termo da audiência prévia».

Esta solução é de aplaudir por ser mais consentânea com o modelo do atual Código de Processo Civil, designadamente com as normas dos artigos 6.º e 7.º, n.º 2, tirando rigidez ao momento processual em que pode ser exercido um direito tão decisivo como o do acesso a meios e prova, assim tornando compatível a obtenção de meios de prova com o regime das normas dos artigos 607.º, n.º 1 e 611.º do mesmo diploma legal.

Artigo 13.º, n.º 1: o projeto do PSD retoca a versão do anteprojeto da Autoridade da Concorrência tendo eliminado a parte riscada: «*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 ou documentos que o possuidor ou detentor não lhe queira facultar, pode ...*» a qual substituíram pelo agora sublinhado «...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».

No contexto da Diretiva a referência a “documentos” proposta pela Autoridade da Concorrência parece redundante dada a sua função de meios de prova (v.



artigos 364.º a 366.º, 368.º, 371.º, 372.º, 374.º, 376.º a 379.º, 380.º a 387.º do Código Civil).

O direito à obtenção de informação disciplinado nos artigos 573.º e seguintes do Código civil tem como finalidade dissipar a dúvida acerca da existência ou conteúdo de um direito (artigo 573.º, n.º 1 do Código Civil). Por exemplo, existindo a dúvida sobre a titularidade de um imóvel, o eventual titular pode solicitar uma visita ao local (artigo 574.º do Código Civil) e a apresentação dos documentos pertinentes (artigo 575.º do Código Civil). É assim que nasce para o obrigado o dever de “apresentação de coisas ou documentos”, regulado nos artigos 1045.º a 1047.º do Código de Processo Civil como processo de jurisdição voluntária.

No caso do artigo 13.º das presentes iniciativas legislativas, o direito à obtenção de informação tem como finalidade dissipar a dúvida acerca da existência ou conteúdo do direito à acção de indemnização pelos danos causados por uma infracção ao direito da concorrência, sendo por isso anterior à sua propositura. Para tanto o legislador europeu apenas se preocupa em assegurar que os demandantes obtenham os elementos de prova relevantes, sem necessidade de os especificar, assim ultrapassando a assimetria de informação que caracteriza a litigância no direito da concorrência (v. considerando 15 e artigo 5.º, n.º 1 da Diretiva) e em limitar a divulgação ao que for proporcional (artigo 5.º, n.ºs 3 e seguintes da Diretiva).

Deste modo propõe-se uma redacção mais curta que assegura as apontadas finalidades e as cautelas do legislador: *«Aquele que pretenda obter informações ou a apresentação de meios de prova pode, com os limites estabelecidas no presente capítulo, requerer ao tribunal competente a citação do recusante para os apresentar, aplicando-se o regime previsto nos artigos 1045.º a 1047.º do Código de Processo Civil»*.

O artigo 14.º, no seu n.º 5 diz-nos: *«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 transacção» parece não estar em sintonia com a jurisprudência da União*.

Nesta norma o legislador estabelece taxativamente a impossibilidade de acesso a meios de prova que se encontrem na posse da Autoridade da Concorrência, obtidos no âmbito de um programa de clemência. O legislador dá como adquirida esta proibição mediante como que uma presunção de ponderação



legal, quando na verdade essa ponderação deve ser feita pelo juiz caso a caso (cfr. v.g. o § 32 do Ac. Pfeidere AG de 14/06/2011, P. C-360/09).

Como referiu o Acórdão do Tribunal de Justiça de 06/06/2013, Donau Chemie, §§ 41 a 43, «Os Estados-Membros não podem organizar o acesso aos autos de modo a lesar interesses públicos como, designadamente, a eficácia da política de repressão das violações do direito da concorrência. O Tribunal de Justiça reconheceu que os programas de clemência constituem instrumentos úteis no combate eficaz para detetar e pôr cobro às violações das regras de concorrência (...) e que a eficácia destes programas poderia ser afetada pela comunicação dos documentos relativos a um procedimento de clemência às pessoas que pretendem propor uma ação de indemnização por danos. Com efeito, é razoável considerar que, face à eventualidade de tal comunicação, uma pessoa implicada numa violação do direito da concorrência seria dissuadida de utilizar a possibilidade oferecida por esses programas de clemência. (...) No entanto, (...) estas considerações (...) não implicam que tal acesso possa ser sistematicamente recusado, uma vez que qualquer pedido de acesso aos documentos em causa deve ser objeto de apreciação caso a caso que tome em conta todos os elementos do processo».

A simples invocação do risco de afectação de um programa de clemência não pode justificar a recusa de acesso (idem, § 46).

Ora, a redação proposta deste n.º 5 do artigo 14.º poderá tornar praticamente impossível ou excessivamente difícil o exercício do direito à reparação por parte do lesado e assim violar o princípio da efetividade (cfr. os §§ 25 a 27 do Ac. Donau Chemie citados).

Sugere-se, por isso, a eliminação deste artigo e que a parte final da alínea c) do n.º 3 passe a ter a seguinte redação: «Nas situações previstas nos n.ºs 2 e 4 ou a pedido de uma autoridade de concorrência nos termos do n.º 1 do artigo 15.º, 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, as declarações para efeitos de isenção ou redução da coima e as propostas de transação».

O projeto elimina o n.º 10 do artigo 14.º do anteprojeto da Autoridade da Concorrência que foi abrigado no novo artigo 15.º da iniciativa legislativa.





O artigo 14.º, n.º 10, alínea b) do projeto Governo refere que a disciplina do artigo 14.º não prejudica as normas em matéria de acesso público aos documentos ao abrigo do Regulamento (CE) 1049/2001 relativo ao acesso aos documentos do PE, do Conselho e da Comissão.

Em termos de aplicação desta norma o intérprete deverá atentar que no contexto das ações private o acesso à informação não é solicitado por um membro do público, com base nas regras de transparência estabelecidas no Regulamento 1049/2001 mas pelo lesado que sofreu danos pela infração às regras da concorrência. O lesado é portador de um direito específico que enquadra o acesso a meios de prova necessários à propositura de uma ação de responsabilidade civil, direito esse que afasta a disciplina do acesso geral prevista no Regulamento 1049/2001.

Artigo 18.º, n.º 2: a proposta parece ir ao encontro daquilo que é preconizado pela Diretiva. Com efeito, no seu artigo 8.º, n.º 2 recomenda-se que *«Os Estados-Membros asseguram que as sanções que podem ser impostas pelos tribunais nacionais sejam efetivas, proporcionais e dissuasivas»*.

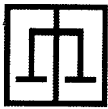
O valor proposto parece mais efetivo e dissuasivo, sob pena de compensar ao demandado a ocultação e destruição de provas que caso fossem disponibilizadas poderiam suportar uma condenação em valores desproporcionadamente mais elevados que o valor máximo desta sanção.

A lei espanhola dá uma ideia do grau de gravidade que tais condutas assumem, ao prever a aplicação de uma multa entre € 600 e € 60 000 por cada dia de atraso no cumprimento da medida. **([40])**

#### **V – As alterações à Lei 19/2012, de 08/05**

Artigo 33.º, n.º 4: O projeto propõe-se eliminar a parte sublinhada do texto atual desta norma, do seguinte teor: *«O acesso aos documentos referidos no n.º 3 do artigo 31.º é dado apenas ao advogado ou ao assessor económico externo 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 na qual os referidos elementos tenham sido utilizados como meio de prova, não sendo permitida a sua reprodução, total ou parcial por qualquer meio, nem a sua utilização para qualquer outro fim.»*

Tem sido disputada no Tribunal da Concorrência e Regulação de Santarém (TCRS) a pretensão de os visados acederem a todos os elementos de prova do



processo que não foram utilizados pela Autoridade da Concorrência com o argumento do seu potencial carácter exculpatório.

O TCRS tem indeferido essa pretensão com fundamento na norma do artigo 33.º, n.º 4 da Lei da Concorrência. Aquela pretensão seria altamente intrusiva na medida em que, a ser permitida, implicaria o contato com informação confidencial, designadamente a relativa a segredos de negócio de terceiros. Num caso foram selecionados pelo Juiz e pela Autoridade um total de 95 006 ficheiros num acervo documental inicial superior a 5000000 documentos apreendidos. A Autoridade apenas utilizou 1124 para suporte probatório da nota de ilicitude.

O acesso ao processo constitui garantia processual destinada a aplicar o princípio da paridade de meios e a proteger os direitos de defesa. É diferente do direito geral de acesso aos documentos administrativos ao abrigo do Regulamento 1049/2001 (cfr. o ponto 2. da Comunicação (COM) da Comissão 2005/C 325/07) ou do regime de acesso aos documentos administrativos, atualmente regulado pela Lei n.º 26/2016, de 22/08.

Por “acesso ao processo” entende-se exclusivamente o acesso concedido às pessoas, empresas ou associações de empresas destinatárias de uma decisão da Autoridade da Concorrência/comunicação de objeções da comissão (cfr. o ponto 3. da Comunicação 2005/C 325/07). **([41])**

O artigo 33.º, n.º 4 da Lei da Concorrência resolveu o acesso dos documentos confidenciais não utilizados como meio de prova ao dispor que para efeitos de defesa, o acesso respeita apenas aos elementos que foram utilizados como meio de prova. De acordo com esta norma, as informações que contêm segredos de negócio “SN” prevalecem sobre o direito de defesa quando respeitem a documentos não utilizados como meio de prova.

Neste sentido se dirige a 1ª parte do ponto 187., das Orientações da Autoridade da Concorrência de 22/03/2013: «*Os documentos que contenham elementos de informação considerados confidenciais por motivos de segredo de negócio, bem como a correspondência respeitante aos mesmos entre a Autoridade da Concorrência e as entidades titulares dessa informação, e que a Autoridade não entenda serem necessários para prova da infração, serão juntos aos autos em apenso não acessível aos visados pelo processo ou a terceiros, devidamente identificado como contendo informação confidencial*» **([42])**



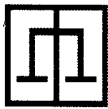
A Ordem Europeia prevê mesmo que tais documentos saiam do processo quando se conclua que são irrelevantes, como decorre do ponto 9. da COM. da Comissão 2005/C 325/07, na redação da COM. da Comissão 2015/C 256/03, de 05/08/2015: «*No decurso das investigações em matéria de concorrência, a Comissão pode obter documentos, alguns dos quais possam, na sequência de uma análise mais aprofundada, vir a afigurar-se irrelevantes para o processo em questão. Esses documentos podem ser devolvidos à empresa junto da qual foram obtidos. Uma vez devolvidos, esses documentos deixam de fazer parte do processo». Se deixaram de fazer parte do processo fica prejudicada a possibilidade de acesso sob qualquer forma.*

Num primeiro momento da investigação os documentos que mais tarde acabaram por não ser utilizados na NI/Decisão como meio de prova constituíram apenas “prova recolhida”, prova de primeira aparência. Após uma análise mais fina e aprofundada da globalidade dos elementos recolhidos por parte da entidade que tem o poder-dever de investigar, instruir e decidir, não viram confirmado o seu estatuto probatório. São elementos que deixaram de constituir prova por não serem necessários nem idóneos para suportar a imputação de uma infração.

Os “SN” neles contidos viram transferida, de forma implícita, *ope legis*, a tutela oferecida pelo artigo 30.º, n.º 1 da Lei da Concorrência para a tutela individual do seu titular, responsável pela gestão da confidencialidade dos mesmos.

É este equilíbrio que fica irremediavelmente comprometido se a alteração proposta for concretizada. Ela irá permitir o acesso pelos visados a documentos confidenciais que contêm “SN” e informações relativas a dados pessoais de particulares não utilizados como meio de prova, com fundamento no seu potencial carácter exculpatório. Os visados passarão a poder exercer uma defesa prospetiva, indiscriminada, de relevância improvável, cujo resultado concreto não será a demonstração de provas que ilibem ou mitiguem a culpa mas uma litigiosidade *ad infinitum* na batalha pelos elementos do processo. Tal implicará sucessivos testes de ponderação pela Autoridade da Concorrência e pelos tribunais por via de recurso; uma litigiosidade maior entre os visados na gestão dos seus interesses antagónicos; e onerar os próprios visados com descrições de documentos que não suportam qualquer imputação (v. artigo 30.º, n.º 2 e seguintes da Lei da Concorrência).

O resultado poderá representar uma espécie de “via verde” para a prescrição do procedimento contra-ordenacional instaurado por violação às normas da Lei da



Concorrência, deixando comprometida a efetividade da aplicação pública do direito da concorrência.

A razão possível da alteração agora pretendida prende-se com o objectivo de equiparar o acesso do lesado nas ações de aplicação privada do direito da concorrência ao acesso do visado no âmbito da aplicação pública do direito da concorrência.

Trata-se de uma preocupação que nos parece carecer de fundamento porque visa equiparar situações que são em si materialmente diferentes. O direito público sancionatório da concorrência protege como que a imaterialidade de bens jurídicos, ao passo que o direito privado da concorrência visa a reparação do prejuízo causado por práticas anticoncorrenciais.

Além disso é uma equiparação destituída de efeito prático porquanto, além da possibilidade de o lesado obter meios de prova junto da Autoridade da Concorrência (artigo 14.º), a norma do artigo 13.º que agora se propõe venha a ter estatuto legal prevê a obtenção de meios de prova que se encontrem na posse de terceiros, aqui incluídos os visados a quem os documentos foram inicialmente apreendidos. Esta norma permite aceder aos documentos que por não terem sido utilizados como meio de prova foram devolvidos pela Autoridade da Concorrência ao respetivo visado, por se afigurar que afinal eram irrelevantes para sustentar a nota de ilicitude.

Artigo 81.º: O anteprojeto da Autoridade da Concorrência alterava este n.º 1 de modo a acomodar o conceito de “pedido de dispensa ou de redução da coima”, sugestão que não foi acolhida pelo projeto, solução esta que é de acolher: «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».

Esta redação torna a norma mais concisa e clara. Além disso o lugar sistematicamente mais apropriado para indicar aquele conceito situar-se-á entre os artigos 76.º e 77.º (poderia pois ser aditado um artigo 76.º-A com a definição pretendida pela Autoridade). Em alternativa, poderá esta definição ser aditada ao Regulamento 1/2013 da Autoridade da Concorrência, publicado no DR, 2ª série, nº 2, de 03/01/2013.

A existência de uma definição desta natureza terá o benefício de evitar a existência de litígios acerca do conteúdo do pedido.



O Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo, introduziu este conceito no ponto 3) del nuevo apartado 3 da Ley 15/2007, de 3 de julio, que poderá inspirar o legislador português, apesar da sua grande semelhança com a noção que foi avançada pela Autoridade da Concorrência: *«Declaración en el marco de un programa de clemencia”: toda declaración, verbal o escrita, efectuada voluntariamente por una empresa o una persona física, o en su nombre, a una autoridad de la competencia, o la documentación al respecto, en la que se describan los conocimientos que esa empresa o persona física posea sobre un cártel y su papel en el mismo, y que se haya elaborado específicamente para su presentación a la autoridad con el fin de obtener la exención o una reducción del pago de las multas en el marco de un programa de clemencia, sin que esta definición incluya la información preexistente».*

Artigo 94.º-A: a inserção desta norma no capítulo X que regula as taxas que são cobradas pela Autoridade da Concorrência em alguns dos processos em que intervém parece algo deslocada, pelo que se sugere que a norma que agora se pretende aditar passe a ser albergada pelo artigo 93.º-A sob um novo título com a epígrafe “Comunicações”, o que implica a renumeração dos dois capítulos finais da Lei da Concorrência.

O projeto adita um n.º 2 cujo teor é impercetível e por isso deverá ser eliminado. Na verdade, o n.º 1 tem por finalidade informar a Autoridade das ações relativas à aplicação privada do direito da concorrência. O n.º 3 deixa a cargo da Autoridade o cumprimento do dever de comunicação à Comissão de todas as sentenças proferidas no âmbito da aplicação pública do direito da concorrência, certamente no pressuposto de a prática dos tribunais ignorar esta norma. Não se vê a que mais tipo de comunicações o n.º 2 proposto por estas duas iniciativas legislativas se esteja a referir.

## **VI – As alterações à lei do sistema judiciário aprovada pela Lei 62/2013, de 26/08, entretanto alterada pela Lei 40-A/2016, de 22/12.**

Artigo 112.º da Lei do Sistema Judiciário: É de saudar a alteração ao n.º 1 deste artigo 112.º que nas suas alíneas a) a l) indicou de forma esgotante as 12 entidades independentes com funções de regulação e eliminou a atual alínea g) que atribui competência ao TCRS para conhecer questões relativas a recurso, revisão e execução das decisões, despachos e demais medidas em processo de contraordenação legalmente suscetíveis de impugnação das demais entidades administrativas independentes com funções de regulação e supervisão.



A alteração agora proposta parece-nos plena de oportunidade e perfilha-se como uma solução distinta daquela que tem sido assumida pelo Supremo Tribunal de Justiça que, ao longo dos últimos quase cinco anos, no âmbito de conflitos negativos de competência entre tribunais, considerou terem o estatuto de independência (integrados na chamada administração autónoma) entidades administrativas que, na verdade, não são dotadas desta característica, como o INFARMED, o IMPIC e até a ASAE.

Este o nosso parecer.

**(1)** Artigo 21.º, 1 da Diretiva.

**(2)** Atual artigo 101º, 1 do TFUE.

**(3)** Atual EU, desde a entrada em vigor do Tratado de Lisboa a 01/12/2009.

**(4)** As ANC e os tribunais nacionais (v. artigo 6º do Regulamento 1/2003) aplicam os artigos 101º e 102º do TFUE em conformidade com os respetivos ordenamentos nacionais por força do princípio da autonomia processual desde que sejam respeitados os *princípios da equivalência* (v. Ac. do TJ de 29/10/2009, Pontin, P. C-63/08, § 45) e *da efetividade ou eficácia* (v. entre outros os Acs. do TJ de 04/07/2006, Adeneler, P. C-212/04, § 95 e de 15/04/2010, Barth, P. C-542/08, § 17).

**(5)** Cfr. a Comunicação 2013/0404 final/2, 2013/0185(COD).

**(6)** Cfr. ainda os §§ 21 a 26 do Ac. di TJ de 06/06/2013, Donau Chemie AG, P. C-536/11.

**(7)** JO, L 351/1, de 20.12.2012. O Regulamento UE nº 1215/2012 foi alterado pelo Regulamento UE nº 542/2014 do PE e do Conselho no tocante às regras a aplicar em relação ao Tribunal Unificado de Patentes e ao Tribunal de Justiça do Benelux, dotado de competência exclusiva para a resolução de litígios respeitantes a patentes europeias. O Acordo Relativo ao Tribunal Unificado de Patentes, assinado em Bruxelas, em 19/02/2013 e aprovado pela Resolução da Assembleia da República n.º 108/2015, em 10 de abril de 2015 foi ratificado a 6/08/2015 pelo Decreto do Presidente da República n.º 90/2015.

**(8)** JO, L 12/1, de 16.1.2001.



**([9])** JO, L 353/5, de 10.12.2014.

**([10])** Cfr. o ponto 62 das conclusões apresentadas pelo Advogado-Geral Paolo Mengozzi a 19/09/2013 nos Processos apensos C-231/11, C-232/11 e C-233/11.

**([11])** Cfr. o considerando 54) e o artigo 1.º da Diretiva.

**([12])** No mesmo sentido cfr. o Ac. do TJ de 06/06/2013, Donau Chemie AG, P. C-536/11, § 23.

**([13])** Vide a alusão feita nos considerandos 24, 25 e 30 da diretiva, a propósito da divulgação de elementos probatórios.

**([14])** Princípio que serviu de fundamento ao citado acórdão Courage /Crehan.

**([15])** Tal como definido no artigo 2.º, 5) da Diretiva.

**([16])** Neste sentido Cfr. Piszcz, Anna, «Room for manoeuvre for Member States» in Market and Competition Law Review, Vol. 1, nº 1/April/2017, p. 87, 2º §.

**([17])** «Por tanto, dicho resarcimiento abarcará el derecho a indemnización por el daño emergente y el lucro cesante, más el pago de los intereses».

**([18])** Esso comprende quindi il diritto al risarcimento per il danno emergente e per il lucro cessante, oltre al pagamento di interessi.

**([19])** Elle couvre dès lors le droit à une réparation du dommage réel et du manque à gagner, ainsi que le paiement d'intérêts.

**([20])** «It shall therefore cover the right to compensation for actual loss and for loss of profit, plus the payment of interest».

**([21])** «Er erfasst daher das Recht auf Ersatz der eingetretenen Vermögenseinbuße und des entgangenen Gewinns, zuzüglich der Zahlung von Zinsen».

**([22])** Os artigos 563.º e 564.º do Código Civil, a propósito do nexo de causalidade e do cálculo de indemnização, configuram, de modo implícito, a obrigação de indemnizar como uma obrigação não punitiva, por exemplo por via da privação de todos os benefícios obtidos com o evento “Full compensation”.

**([23])** Neste caso o objetivo não é compensar o lesado pelo prejuízo sofrido, através uma simetria o mais aproximada possível entre os danos e a lesão - se



necessário com recurso à equidade (artigo 17.º, n.º 1, *in fine* da Diretiva), mas privar o infractor de todos os benefícios obtidos, *maxime*, dos lucros, e reverter todo o enriquecimento indevido. Esta possibilidade de exercer uma “full compensation” também é *private enforcement mas ficou de fora do âmbito da Diretiva*.

**([24])** Cfr. ainda a parte final do considerando 13, numa clara alusão às “class actions” do direito antitrust norte americano, bem como o artigo 12.º, n.ºs 1 e 2.

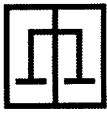
**([25])** No caso da ação de enriquecimento sem causa os artigos 473.º e seguintes do Código Civil e as regras do Código de Processo Civil. No caso das ações interpostas ao abrigo da Diretiva e do diploma de transposição, as regras substantivas e processuais nestes previstas respeitantes à recolha, divulgação e valoração dos meios de prova, aos efeitos das decisões, aos prazos de prescrição, etc, conjugadas com o direito da concorrência tal como aplicado, designadamente, pelo Tribunal de Justiça da UE.

**([26])** No caso espanhol o Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo que transpõe a Diretiva2014/101, procedeu a essa compatibilização através da alteração à *Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (Lei de processo civil), através da introdução de uma nova secção 1.ª bis dentro do Capítulo V («De la prueba: disposiciones generales») do Título I («De las disposiciones comunes a los procesos declarativos») do Libro II («De los procesos declarativos») – cfr. BOE, nº 126, de 27/05/2017, Sec. I, p. 42820 e seguintes.*

**([27])** Sobre o conceito de empresa cfr. o § 76. e ss das conclusões do Advogado-Geral Paolo Mengozzi, apresentadas a 19/09/2013, Processos apensos C-231/11, C-232/11 e C-233/11. Sobre os *Conceitos de «unidade económica» entre duas sociedades, de «influência determinante» sobre o controlo conjunto por duas sociedades-mãe* cfr. o Acórdão do Tribunal de Justiça de 18/01/2017, Toshiba Corp./Comissão Europeia, P. C-623/15 P. Sobre o entendimento jurisprudencial acerca de empresa, grupo de sociedades, separação formal de sociedades, sociedades em relação vertical, por exemplo entre comitente e seu agente ou intermediário e sobre o contrato de agência, cfr. §§ 134 a 142 do Ac. do TG de 15/07/2015, voestalpine AG e voestalpine Wire Rod Austria GmbH contra Comissão, P. T-418/10.

**([28])** Estava em causa a formulação pela Comissão de um pedido de indemnização pelo prejuízos que sofreras em razão de práticas anticoncorrenciais respeitante a várias instituições e órgãos da União, na





sequência de vários contratos públicos de instalação, manutenção e modernização de elevadores e escadas rolantes em diversos edifícios das instituições europeias com sede na Bélgica e no Luxemburgo. O Ac. considerou ainda não haver incompatibilidade entre o exercício do direito à indemnização pela Comissão e o disposto na norma do art. 16º do Regulamento 1/2003 (v. §§ 50 a 67).

**([29])** Neste sentido cfr. o artigo 11.º da Diretiva e o artigo 5º do anteprojeto da Autoridade da Concorrência e do projeto.

**([30])** Isto mesmo resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça – cfr. o § 65 do citado Ac. de 06/11/2012, *Europese Gemeenschap contra Otis NV e o.*, P. C-199/11 que no contexto da rejeição da tese de o artigo 16.º, n.º 1 do Regulamento 1/2003 violar o direito a um processo equitativo, tal como plasmado no artigo 47.º da CDFUE e no artigo 6.º da CEDH, expendeu: «*Embora seja verdade que a obrigação do juiz nacional de não tomar decisões que sejam contrárias à decisão da Comissão que declara uma infração ao artigo 101º TFUE obriga esse juiz a concluir pela existência de um cartel ou de uma prática proibida, há que precisar que a verificação de um prejuízo e de um nexo de causalidade direta entre esse prejuízo e o cartel ou a prática em causa continua, em contrapartida, sujeita à apreciação do juiz nacional*».

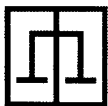
**([31])** A este respeito presumindo o legislador europeu que as infracções de cartel causam danos (artigo 17.º, n.º 2 da Diretiva), presunção que no entanto não abrange o montante concreto dos danos (v. considerando 47 da Diretiva).

**([32])** Cfr. o artigo citado «*Room for manoeuvre for Member States*» in *Market and Competition Law Review*, Vol. 1, nº 1/April/2017, pp 102/103.

**([33])** Para as ações não previstas no *regime específico* consagrado pela Diretiva *private* e respectivo diploma de transposição, o artigo 498.º, n.º 1 do Código Civil estabelece o prazo de 3 anos, o qual se mantém inalterado.

**([34])** “Putting flesh on the Damages Directive-Some recent developments in the UK, The strategic View in <http://www.strategicview.co.uk/strategicview-directive-some-recent-developements-in-the-uk>.

**([35])** Segundo a tradição do nosso direito civil é uma *presunção iures et de iure* que nem sequer admite prova do contrário – cfr. v.g. Varela, Antunes e outros, *Manual de Processo Civil*, Coimbra Editora, 2ª edição, 1985, p. 473.



**[[36]]** Segundo a tradição do nosso direito civil é uma *presunção iuris tantum* que pode ser ilidida mediante prova do contrário – cfr. Varela, Antunes und anderen, Op. cit., p. 472.

**[[37]]** “Anscheinsbeweis” na versão alemã.

**[[38]]** JO C 167/19 a 21, de 13/06/2013.

**[[39]]** Como adverte a Comissão no ponto 13. da COM 2013/C 167/07 citada, o guia prático não serve para aumentar ou diminuir o nível de prova ou o detalhe dos elementos de facto exigidos às partes ou a alterar as regras do ónus da prova mas a proporcionar informação que possa ser utilizada no contexto da legislação e das práticas nacionais, «e não em vez delas».

**[[40]]** O Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo que transpôs a Diretiva 2014/101, alterou a *Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil através da introdução de uma nova secção 1.ª bis* dentro do Capítulo V («De la prueba: disposiciones generales») do Título I («De las disposiciones comunes a los procesos declarativos») do Libro II («De los procesos declarativos»), passando a dispor o Artículo 283 bis h), sob a epígrafe “*Consecuencias de la obstrucción a la práctica de las medidas de acceso a fuentes de prueba*”: «1. Si el destinatario de la medida destruyese u ocultase las fuentes de prueba, o de cualquier otro modo imposibilitase el acceso efectivo a éstas, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 3 del artículo anterior y de la responsabilidad penal en la que en su caso se pudiera incurrir por desobediencia a la autoridad judicial, el solicitante podrá pedir al tribunal que imponga alguna o algunas de las siguientes medidas: d) Que imponga al destinatario de las medidas una multa coercitiva que oscilará entre 600 y 60.000 de euros por día de retraso en el cumplimiento de la medida».

**[[41]]** JO 325/p. 7 e ss, de 22/12/2005.

**[[42]]** De acordo com o artigo 25.º, n.º 7 da Lei da Concorrência: «A Autoridade da Concorrência adota, ao abrigo dos seus poderes de regulamentação, linhas de orientação sobre a investigação e tramitação processuais». Os poderes de regulamentação da AdC são os resultantes do artigo 7.º, n.ºs 1 e 4 dos seus estatutos aprovados pelo Decreto Lei n.º 10/2003, de 18/01. Neste quadro legal de atribuições normativas, as Orientações da AdC constituirão mais do que mera soft law.