



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

DIVISÃO DE APOIO ÀS COMISSÕES	
Comissão de Economia, Inovação e Obras Públicas	
CEIOP	
N.º Único	599 525
Entrada/Saída n.º	247
Data	19/04/2018

Exmo. Senhor
Presidente da Comissão de Economia, Inovação e Obras
Públicas
Dr. Hélder Amaral
E-Mail: 6ceiop@ar.parlamento.pt

V/ Referência: Of. 215/CEIOP	V/ Data: 13-09-2017	N/ Referência: 2017/GAVPM/4023	Ofício n.º 2018/OFC/01561	Data: 12-04-2018
--	-------------------------------	--	-------------------------------------	----------------------------

ASSUNTO: **Projeto de Lei n.º 599/XIII/2º (PSD)**

Exmo. Senhor Presidente da Comissão de Economia, Inovação e Obras Públicas

Dr. Hélder Amaral

No seguimento do V/ofício mencionado em epígrafe, remete-se a V. Exa., em conformidade com o solicitado, a pronúncia recolhida junto dos Exmos. Senhores Juizes do Tribunal da concorrência regulação e supervisão, sobre a iniciativa legislativa identificada.

Com os melhores cumprimentos e *elevada consideração*,

A Chefe de Gabinete

Ana de Azeredo Coelho

Juíza Desembargadora

**Ana Isabel De
Azeredo
Rodrigues C. F.
Da Silva**
Chefe de Gabinete

Assinado de forma digital por Ana Isabel
De Azeredo Rodrigues C. F. Da Silva
d96250b85dca173599a70e6ea87f98bbe715282
Dados: 2018.04.13 14:39:58



Pronúncia sobre a transposição da Directiva *Private Enforcement* – Projecto de Lei n.º 599XIII/2.^a (PSD)

Exmo. Sr. Presidente do Conselho Superior de Magistratura, Sr. Dr. Juiz Conselheiro António Silva Henriques Gaspar; Exmo. Senhor Juiz Presidente do Tribunal Judicial da Comarca de Santarém, Sr. Dr. Luís Miguel Caldas, consultada a proposta de Lei de transposição legislativa, os Juízes em exercício de funções no Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão vêm, na sequência da notificação para a audição relativa à Proposta de Lei n.º 599XIII/2.^a (PSD) de transposição da Directiva 2014/104/EU, **expor os seguintes pontos de crítica**¹:

- a) De forma ideal, o que seja redundância ou mera repetição de normas do Código Civil e do Código de Processo Civil deveria ser eliminado por desnecessidade;
- b) A expressão *Direito da Concorrência* deve sempre ser efectuada com maiúscula. Não se trata da enunciação de um direito subjectivo;
- c) **Art.º 3.º, n.º 2²** – Trata-se de uma inovação legislativa sem correspondência na Directiva e que introduz uma noção de imputação de responsabilidade que não se encontra tratada jurisprudencialmente, deixando aberta a possibilidade de aplicação de um regime de imputação por responsabilidade objectiva que não é correspectivo do princípio da culpa vigente em Direito Sancionatório Público;
- d) Em atenção àquele princípio, o conceito de *influência dominante* deverá consubstanciar um modo de imputação do facto ilícito à actuação culposa da chamada *empresa-mãe* através de umnexo causal que deverá constar da narração dos factos e para preenchimento do tipo objectivo e/ou subjectivo;
- e) A extensão da imputabilidade do dever de indemnizar a pessoas jurídicas diferentes daquela que praticou a infracção pode gerar desafios complexos na aplicação da força probatória das decisões condenatórias, prevista no art.º 7.º da proposta de Lei;

¹ Já enunciados na nossa pronúncia sobre a transposição da Directiva *Private Enforcement* – Proposta de Lei n.º 101/XIII.

² 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.*

f) **Art.º 4.º³** - Eliminação. O cálculo da indemnização já resulta do regime substantivo da responsabilidade extracontratual do Código Civil e está uniformizado na jurisprudência;

g) **Art.º 5.º, n.º 1⁴** – A responsabilidade solidária não distingue entre formas de partilhação e cumplicidade no que respeita ao comportamento conjunto;

h) **Art.º 6.º, n.º 1⁵** – O início do prazo de prescrição depende da verificação cumulativa dos requisitos previstos nas respectivas alíneas. Na alínea a), além do conhecimento do comportamento em causa, acrescenta-se *e que este constitui uma infracção ao direito da concorrência*. A declaração de constituição de uma infracção corresponde a uma declaração de Direito Público Sancionatório que não depende de um acto cognitivo do lesado pela infracção. Por conseguinte, em acções de *stand alone* em que não há qualquer condenação pela autoridade ou Tribunal, pode-se chegar à conclusão que o prazo **nunca se iniciará, tornando o direito de indemnização virtualmente imprescritível nestes casos;**

i) **Art.º 7.º, n.º 1⁶** – A fórmula semântica de presunção inilidível é susceptível de gerar dificuldades interpretativas no que respeita à *existência, natureza e âmbito material, subjectivo, temporal e territorial dessa infracção*, uma vez que exige uma depuração interpretativa quanto aos pressupostos da responsabilidade extracontratual que se consideram presumidos;

j) **Art.º 7.º, n.º 2 e 3⁷** – O artigo estabelece um regime ab-rogante ou, pelo menos, omissivo dos meios processuais de reconhecimento de autenticidade e

³ O dever de indemnizar compreende os danos emergentes e os lucros cessantes calculados desde o momento da ocorrência do dano e sujeitos a actualização nos termos do artigo 566.º, n.º 2, do Código Civil, sem prejuízo da condenação ao pagamento de juros moratórios contados desde o momento da decisão atualizadora e até efetivo e integral pagamento.

⁴ 1 – Se a infracção 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.

⁵ 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 razoavelmente presumir que teve conhecimento: a) Do comportamento em causa, e de que este constitui uma infracção ao direito da concorrência; b) Da identidade do infrator; e c) Do facto de a infracção ao direito da concorrência lhe ter causado danos, ainda que com desconhecimento da extensão integral dos danos.

⁶ 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 infracção ao direito da concorrência constitui presunção inilidível da existência, natureza e âmbito material, pessoal, temporal e territorial dessa infracção, para efeitos da acção de indemnização pelos danos dela resultantes.

⁷ 2 – A declaração por uma autoridade de concorrência de qualquer Estado-Membro da União, através de decisão definitiva, da existência de uma infracção ao direito da concorrência constitui presunção inilidível da existência, natureza e âmbito material, pessoal, temporal e territorial dessa infracção, para efeitos da acção 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

executoriedade de decisões proferidas por autoridades estrangeiras próprias da cooperação judiciária. Esta norma pressupõe a atribuição de efeitos de uma decisão proferida por uma entidade não nacional (autoridade ou Tribunal de Estado-membro) sem definir o regime de reconhecimento de autenticidade de uma decisão estrangeira no nosso ordenamento jurídico;

k) **Art.º 9.º, n.º 1⁸** – Discutível utilidade da presunção de nexo de causalidade entre cartéis e danos, uma vez que se mantém o ónus de prova do nexo de causalidade e do dano que incumbe ao lesado. Trata-se do estabelecimento de uma presunção sem contributo efectivo na composição do objecto da acção ou na distribuição do ónus da prova;

l) **Art.º 9.º, n.º 2⁹** – A norma implica um afastamento expresso do recurso à equidade previsto no art.º 566.º, n.º 3 do Código Civil, no mesmo passo em que vincula o cálculo da indemnização em caso de dificuldade ou impossibilidade de cálculo exacto à figura do Direito da União Europeia de uma estimativa aproximada;

m) **Art.º 15.º, n.º 1¹⁰** – **Eliminação.** Não se vislumbra fundamento, razão ou utilidade para prever uma intervenção potestativa no processo por parte da Autoridade da Concorrência, susceptível de gerar incidentes de contraditório e perturbação na tramitação do processo. **A direcção do processo compete, exclusivamente, ao Juiz, e, sendo um processo de partes, em cooperação com as partes, mandatários judiciais e outras entidades.**

*

Cumprе assinalar que, entre a versão do Projecto da Proposta de Lei n.º 356/2017, de 30 de Agosto de 2017, enviada para o CSM em 04-10-2017, a Proposta de Lei n.º 101/XIII, objecto da nossa anterior pronúncia e a presente Proposta de Lei n.º

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

⁸ 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.*

⁹ 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).*

¹⁰ 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.*

599XIII/2.^a (PSD), subsiste uma notória e flagrante inconsistência das propostas legislativas quanto ao elenco do n.º 1 do art.º 112.º da LOSJ.

Nesta Proposta deixou-se novamente intocada a actual redacção do art.º 112.º, n.º 1 da LOSJ, incluindo a alínea g), a qual tem sido objecto de inúmeros conflitos de competência quando estão em causa recursos de impugnação judicial de entidades não contempladas nas alíneas a) a f) do mesmo artigo ou que não dispõem de norma de competência especial.

Esta intervenção errática, titubeante e desconexa sobre o art.º 112.º da LOSJ tem sido efectuada sem qualquer menção na exposição de motivos, sem qualquer sindicância das razões de Direito ou de política legislativa e tem auferido de uma relativa dispersão do debate inerente à transposição da Directiva.

Como já dissemos, relativamente à eventual eliminação da actual **alínea g) do n.º 1 da versão actual do art.º 112.º da LOSJ**, pensamos que a enumeração taxativa das entidades sujeitas à competência material do Tribunal iria resolver, de modo imediato e directo, determinadas divergências jurisprudenciais sobre a aplicação dessa cláusula. Todavia, não podemos deixar de sublinhar que a *ratio* de atribuição de foro jurisdicional por referência às competências sancionatórias de autoridades administrativas independentes deixaria de ser um critério previsto na letra da Lei, permitindo a incorporação de outras entidades por mera extensão legislativa, sem conexão com a matriz e paradigma do TCRS, os quais presidiram à sua criação.

Este desiderato poderia ser resolvido se o art.º 112.º, n.º 1 tivesse a seguinte enunciação: *Compete ao tribunal da concorrência, regulação e supervisão conhecer das questões relativas a recurso, revisão e execução das decisões, despachos e demais medidas em processo de contraordenação legalmente suscetíveis de impugnação das seguintes entidades administrativas independentes (...).*

O TCRS está geneticamente relacionado com o conceito de entidades administrativas independentes, sendo este o **factor agregador, individualizador e identificador da parcela de jurisdição** que lhe cabe, ou seja, o elemento histórico, teleológico, textual e sistemático de sentido que, dentro do ordenamento jurídico, justifica esta especialização.

Tal conceito foi assumido desde o início do TCRS em sentido amplo, ou seja, equivalendo ao conceito das “autoridades administrativas independentes (AAI), de cunho francês”, que inclui quer as entidades administrativas independentes com funções de regulação económica, quer as entidades criadas para defesa de certos direitos

fundamentais, como a regulação dos meios audiovisuais e o controlo do direito à autodeterminação informativa¹¹. **Incluem-se necessariamente nesta segunda parcela a ERC e a CNDP.**

Não se encontram razões, do ponto de vista dogmático-conceptual, para restringir o conceito, limitando-o às entidades administrativas independentes com funções de regulação económica.

Poderiam, é certo, existir razões de natureza prática ou de conveniência que justificassem essa restrição conceptual, para efeitos de atribuição de competência ao Tribunal. Mas também neste plano não se encontram fundamentos, uma vez que a **assunção prática do referido conceito amplo reflectiu-se na consolidação jurisprudencial sobre essas competências sancionatórias, acompanhada da intervenção pedagógica sobre a actividade sancionatória destas autoridades ao longo dos últimos 5 anos, seja na afirmação do *due process* seja na apreciação substantiva dos tipos contra-ordenacionais.**

Adicionalmente, deve-se lembrar que a resposta do TCRS tem sido de uma absoluta eficiência nestas matérias, com tempos de resolução inferiores a 30-45 dias entre o recebimento do processo e a prolação de decisão final em 1.ª instância.

Pelas razões expostas, entendemos que o artigo 112.º, n.º 1, da LOSJ, deve incorporar o conceito de entidades administrativas independentes em sentido amplo, **incluindo a ERC e a CNDP**, e assumindo-se no corpo do preceito esse elemento individualizador nos termos acima propostos.

*

A referência a *infracções ao direito da concorrência* do n.º 3 e a do n.º 4 do art.º 112.º é equívoca quanto à delimitação da competência material, sugerindo-se a **decomposição do n.º 3 de acordo com os vários tipos de acções em causa**, como a demais técnica legislativa utilizada para a definição do foro jurisdicional prevista nos

¹¹ Maria Fernanda Maçãs, “O controlo jurisdicional das autoridades reguladoras independentes”, *in* Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 58, julho e agosto de 2006, p. 23-24. Refere textualmente a autora o seguinte: “Na Europa, a figura das autoridades reguladoras independentes veio a ser compreendida no contexto mais amplo das autoridades administrativas independentes (AII), de cunho francês, a qual integra outras entidades públicas independentes, porém com outras funções que não e regulação dos meios audiovisuais, o acesso a documentos administrativos e o controlo da informatização de dados, etc. Podemos, desta forma, dizer que as autoridades administrativas visam corresponder a necessidades que se fazem sentir em dois domínios fundamentais, por um lado, assegurar a regulação de sectores sensíveis ou estratégicos, cuja actividade tem de se desenvolver num ambiente de liberdade e concorrência; por outro lado, proteger os direitos à transparência e à informação, contra o risco da actuação burocrática e arbitrária da Administração”.

artigos 111.º, n.º 1, 113.º, n.º 1, 114.º, n.º 3, 122.º, n.º 1, 123.º, n.º 1, 124.º, n.º 1 e 2, 126.º, n.º 1 e 128.º, n.º 1 da LOSJ.

*

Os Juízes do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão disponibilizam-se para eventual prestação presencial de esclarecimentos ou outra audição que a Assembleia da República e a Comissão de Economia e Obras Públicas entendam por convenientes.

*

Com os melhores cumprimentos,

Marta Campos,

Sérgio Sousa,

Alexandre Baptista.