



**REPÚBLICA
PORTUGUESA**

GABINETE DO SECRETÁRIO DE ESTADO
DOS ASSUNTOS PARLAMENTARES

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

| SUA REFERÊNCIA | SUA COMUNICAÇÃO DE | NOSSA REFERÊNCIA Nº: 3545 ENT.: 7412 PROC. Nº: | DATA 29/11/2017 |
|----------------|--------------------|---|--------------------|
|----------------|--------------------|---|--------------------|

ASSUNTO: Envio de Parecer sobre a Proposta de Lei n.º 101/XIII/3.ª (Governo) - “Estabelece as regras relativas às ações de indemnização por infração ao direito da concorrência, transpondo a Diretiva 2014/104/UE”.

Encarrega-me o Secretário de Estado dos Assuntos Parlamentares de junto enviar, conforme solicitado pelo Gabinete do Senhor Ministro da Economia, o parecer relativo à Proposta de Lei mencionada em epígrafe.

Com os melhores cumprimentos,

O Chefe do Gabinete
Nuno Miguel da Costa Araújo
2017.11.29 17:50:43 Z
Nuno Araújo

589143
1 483
30 11 2017



Proposta de lei n.º 356/2017

Ministério da Economia

Regras que regem as ações de indemnização por infração ao direito da concorrência

O Gabinete de Sua Excelência o ministro da Economia apresentou-nos para parecer a proposta de lei acima referida, o qual será vertido ao longo da narrativa seguinte em que se enunciam os princípios mais relevantes da legislação proposta.

Segundo o artigo 24.º, n.º 1 do projectado diploma: «As disposições substantivas da presente lei, incluindo as relativas ao ónus da prova, não se aplicam retroativamente.», o que de per si evidencia o carácter mais gravoso do regime previsto face ao que decore da lei vigente, como veremos.

Trata-se de dar cumprimento à Diretiva 2014/104/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de novembro de 2014, que por sua vez regulamenta os artigos 101.º e 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, possibilitando aos lesados por infracções ao direito da concorrência solicitarem indemnização nos tribunais nacionais pelos danos causados.

No que se refere ao âmbito material de aplicação, optou-se estender a aplicação da presente proposta de lei igualmente às infracções puramente nacionais, por formar a assegurar a criação de um sistema unitário e não discriminatório tanto em relação a empresas infratoras como a lesados.

Assim se promove um maior nível de certeza e segurança jurídicas, o que se torna compreensível em função de uma regra de não discriminação que, a não ser cumprida, geraria o vazio legal e a disparidade de soluções em detrimento da tutela jurídica de ilícitos cometidos no espaço nacional.

Trata-se, pois, de conferir protecção ao previsto nos artigos 101.º e 102.º do TFUE e aos artigos nacionais equivalentes (artigos 9.º e 11.º da Lei da Concorrência).

O regime de ressarcimento indemnizatório efectua-se por remissão para o previsto no Código Civil, tanto no que se refere ao cômputo de danos emergente como de lucros cessantes.

Estabelecem-se, porém, presunções probatórias que não podemos acompanhar, por mais que elas simplifiquem o trabalho das instâncias jurisdicionais, o que só é conseguido à custa de uma compressão da segurança jurídica, trocada pela ficção conveniente, num domínio em que, os pressupostos presumidos são, afinal, os do ilícito que é causa de pedir da acção de indemnização.

Estabelece-se a regra geral a responsabilidade solidária e permitidas apenas as derrogações previstas no texto da Diretiva, ou seja, às pequenas e médias empresas [artigo 5.º, n.º 3], desde que verificadas determinadas condições e aos beneficiários de dispensa de coima, esta nos termos do artigo 77.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio.



«Quando uma empresa incluir uma pluralidade de pessoas, é igualmente responsável pela obrigação de indemnização prevista no n.º 1 a pessoa ou pessoas que sobre a infratora tenha exercido influência determinante durante a infração.» [artigo 3.º, n.º 2], influência esta definida já pelo n.º 3 do artigo 36.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio.

Pequena e média empresa tal como definida no artigo 2.º da Recomendação n.º 2003/361/CE, da Comissão Europeia, de 6 de maio, relativa à definição de micro, pequenas e médias empresas.

Em decorrência do regime previsto estabelece-se direito de regresso entre coinfractores [artigo 5.º, n.º 5], na medida da responsabilidade de cada um, «presumindo-se tal responsabilidade equivalente à média das quotas de cada coinfrator nos mercados afetados pela infração, salvo prova em contrário, nomeadamente, quanto ao papel [*sic, lapsa*] desempenhado por cada coinfrator na infração.»

De novo uma presunção, de entre as várias que são, afinal, a espinhal dorsal do regime jurídico cuja consagração se pretende.

Consagram-se ainda regras orientadas a estabelecer:

-» repercussão de custos adicionais;

Estatui o artigo 8.º, n.º 1: «Nas ações de indemnização o réu pode invocar como meio de defesa o facto de o autor ter repercutido total ou parcialmente os custos adicionais resultantes da infração ao direito da concorrência no preço praticado a jusante na cadeia de produção ou de distribuição, cabendo-lhe o respetivo ónus da prova.», clausulando-se um também discutível regime de presunção de repercussão [n.º 3], aplicável igualmente ao caso em que o lesado é fornecedor do réu [n.º 4].

» presunção de dano em caso de cartel;

O cartel é definido no diploma como o «acordo ou prática concertada entre duas ou mais empresas concorrentes que vise coordenar o seu comportamento concorrencial no mercado ou influenciar os parâmetros relevantes da concorrência, através de condutas como, nomeadamente, fixar ou coordenar os preços de aquisição ou de venda ou outras condições de transação, incluindo relativamente a direitos de propriedade intelectual, atribuir quotas de produção ou de venda, repartir mercados e clientes, incluindo a concertação em leilões e concursos públicos, restringir importações ou exportações ou conduzir ações anticoncorrenciais contra outros concorrentes, tal como proibido pelo artigo 9.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, e, se aplicável, pelo artigo 101.º do TFUE»

«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.» [artigo 9.º, n.º 1], prevendo-se a possibilidade de o tribunal proceder «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)», no caso de ser impossível fixar o valor exacto do dano.

Trata-se agora já não da presunção da prova mas do próprio facto, o que se nos afigura inaceitável, visto estarmos afinal a configurar uma ficção legal face a um tipo de ilícito.

-> acesso a meios de prova, consagrando-se, relativamente a esta última, a inviolabilidade das declarações para efeitos de isenção ou redução de coima e das propostas de transação;

O acesso à prova que se encontre na posse da outra parte ou de terceiro, incluindo entidades públicas, facultada [artigo 12º, n.º 2] por decisão judicial é «fundamentado com factos e meios de prova razoavelmente disponíveis e suficientes para corroborar a plausibilidade do pedido de indemnização ou da defesa e indica os factos que se quer provar.», restrição que se afigura incompreensível pelo carácter indeterminado da previsão legal, se bem que se entenda a regra da proporcionalidade prevista no n.º 4, segundo o qual a prova em causa deve ser «proporcional e relevante para a decisão da causa, sendo recusados os pedidos que pressuponham pesquisas indiscriminadas de informação.» [n.º 4, desenvolvido no n.º 5], com salvaguarda da confidencialidade, incluindo o segredo profissional de advogado [nsº 7 e 8].

-> força de presunção inilidível às decisões definitivas da Autoridade da Concorrência quanto à existência, natureza e âmbito material, subjetivo, temporal e territorial de uma infração, tendo-se optado, dentro da margem de transposição conferida, atribuir a força de presunção ilidível às decisões autoridades da concorrência e dos tribunais de recurso de outros Estados-Membros da União Europeia;

Eis o que decorre do n.º 1 do artigo 7º: «A declaração pela Autoridade da Concorrência, ou por um tribunal de recurso, através de decisão definitiva, da existência de uma infração ao direito da concorrência constitui presunção inilidível da existência, natureza e âmbito material, subjetivo, temporal e territorial dessa infração, para efeitos da ação de indemnização pelos danos dela resultantes.»; idem quanto à «declaração por uma autoridade de concorrência de qualquer Estado-Membro da União» [n.º 2]; idem quanto a decisões emanadas de um tribunal de recurso de outros Estados-Membros da União [n.º 3].

Não podemos acompanhar esta solução, tendo dúvidas sobre se a mesma não ofenderá princípios constitucionais essenciais, nomeadamente ao nível da garantia do direito de defesa e da presunção de inocência [artigo 32º da Lei Fundamental] gerando um ónus de infirmação, porque, para além da sua extensão ao dano ressarcível, se está, no fundo, a prever uma presunção ao nível do próprio ilícito gerador do dano.

-> a aplicabilidade do regime da ação popular, ao abrigo da Lei n.º 83/95, de 31 de agosto, na redação dada pelo Decreto-lei n.º 214-G/2015, de 2 de outubro, às ações indemnizatórias neste âmbito, mediante algumas adaptações do regime, atribuindo-se legitimidade processual ativa

tanto às associações e fundações que tenham por fim a defesa dos consumidores, bem como às associações de empresas cujos associados sejam lesados pela infração em causa;

O extenso catálogo de entidades a quem é conferida legitimidade para a acção vai abrir a porta a uma generalizada litigação, sendo de perguntar se existem meios suficientes para dotar as estruturas judiciais para fazer face a tal, do que duvidamos, isto para não pôr em crise, e urge suscitá-lo, se a litígio temerário não terá aqui a sua oportunidade privilegiada, nem que seja como forma de alcançar, por exaustão, um acordo patrimonial interesseiro.

- > prazo prescricional alargado de cinco anos, salvo o caso das pequenas e médias empresas [artigo 6º];
- > competência exclusiva ao Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão para conhecer e julgar ações de indemnização fundadas em infrações ao direito da concorrência;
- > admissibilidade de procedimento de resolução extrajudicial de litígios, com concomitante suspensão da instância [artigo 11º].

Lisboa, 17 de Outubro de 2017

O Bastonário



Guilherme Figueiredo

