

COMENTÁRIO DA ABREU ADVOGADOS À PROPOSTA DE ANTEPROJECTO DE TRANSPOSIÇÃO DA DIRECTIVA PRIVATE ENFORCEMENT EM CONSULTA PÚBLICA

[TEXTO DO ANTEPROJECTO COM SUGESTÕES E COMENTÁRIOS MARCADOS]

i) Enquadramento geral e inserção do diploma no ordenamento jurídico português

- o O objectivo da directiva é que os pressupostos em que assenta a aplicação de uma sanção pela violação das regras da concorrência relevem para a atribuição de uma indemnização pelos danos resultantes dessa violação. Ou seja, pretende-se nesta medida articular em termos coerentes a tutela primária (sancionatória) e a tutela secundária (indemnizatória), o que vai permitir, designadamente, uma garantia mais eficaz dos direitos dos lesados (artigos 1.º e 3.º da Directiva). A desarticulação ente as formas de tutela primária e secundária é um fenómeno comum no ordenamento jurídico.
- o Os tribunais têm poderes, no quadro de um processo indemnizatório, para ordenar a divulgação de elementos de prova contendo informações confidenciais, uma vez ponderados todos os interesses envolvidos (artigo 5.º da Directiva). Os processos de indemnização por danos causados por actuações violadoras das regras da concorrência podem ter por efeito restringir a protecção genericamente conferida aos elementos protegidos por um regime de confidencialidade.
- o A divulgação por ordem dos tribunais de elementos de prova incluídos em processos em tramitação nas autoridades da concorrência está sujeita, porém, a um regime restritivo (tal como aqueles que estejam cobertos pelo sigilo profissional dos advogados) - artigos 5.º-6 e 6.º da Directiva.
- o Os limites à solidariedade limitam de certo modo a efectividade dos direitos indemnizatórios dos lesados - artigo 11º da Directiva.
- o As orientações da Comissão dirigidas aos tribunais não podem ter maior vinculatividade do que a assistência fornecida aos mesmos tribunais por parte das autoridades da concorrência nacionais - artigos 16.º e 17.º-3 da Directiva.
- o A vinculatividade dos efeitos declarativos das decisões das autoridades da concorrência no âmbito dos subsequentes processos indemnizatórios corresponde a um regime pouco vulgar, na medida em que restringe a livre apreciação dos pressupostos do dever de indemnizar por parte do tribunal da acção de indemnização (artigo 9.º da Directiva) Seria de ponderar acolher o regime do CPC para a eficácia da decisão penal, condenatória ou absolutória.

Nos termos do artigo 623º do CPC (cuja redacção é idêntica à do artigo 674º-A do antigo CPC), a condenação definitiva proferida no processo penal constitui, em relação a terceiros, presunção ilidível no que se refere à existência dos factos que integram os pressupostos da punição e os elementos do tipo legal, bem como dos

que respeitam às formas do crime, em quaisquer acções civis em que se discutam relações jurídicas dependentes da prática da infracção.

Pode, então, afirmar-se que “provada no processo penal a prática dum acto criminoso que constitua ilícito civil, o titular do interesse ofendido não tem o ónus de provar na acção civil subsequente o acto ilícito praticado nem a culpa de quem o praticou, sem prejuízo de continuar onerado com a prova do dano sofrido e do nexo de causalidade (...) Não se trata, directamente, da eficácia extraprocessual da prova produzida no processo penal, mas da eficácia probatória da própria sentença, independentemente das provas com base nas quais os factos tenham sido dados como assentes. A presunção estabelecida difere das presunções stricto sensu, na medida em que a ilação imposta ao juiz cível resulta do juízo de apuramento dos factos por um acto jurisdicional com trânsito em julgado” – Lebre de Freitas, Montalvão Machado e Rui Pinto in Código de Processo Civil Anotado, Volume 2, 2008, página 691.

Também se considera que se estabelece “neste preceito a relevância “reflexa” do caso julgado penal condenatório em subsequentes acções de natureza civil, materialmente conexas com os factos já apurados no processo penal — e tendo, nomeadamente, em conta que a condenação penal pressupõe uma exaustiva e oficiosa indagação de toda a matéria de facto relevante, bem como a certeza “prática” de que o arquido cometeu a infracção que lhe era imputada. Entendeu-se, porém, em homenagem à regra do contraditório (...) que a condenação definitiva no processo penal não deveria impor-se, necessária e “cegamente”, a sujeitos processuais que nele não tiveram oportunidade de expor as suas razões — constituindo tão-somente presunção ilidível, relativamente aos elementos referenciados no preceito. (...) A eficácia erga omnes da decisão penal condenatória é (...) temperada com a possibilidade de os titulares de relações civis conexas — terceiros relativamente ao processo penal — ilidirem a presunção de que o arquido cometeu efectivamente os factos integradores da infracção que ditou a sua condenação” – Lopes do Rego, in Comentários ao Código de Processo Civil, Volume 1, 2ª edição, 2004, página 563.

Ora, com o artigo 7.º do Anteprojecto, aparentemente, ocorrerá presunção inilidível com eficácia erga omnes no que respeita à ocorrência dos factos consubstanciadores das infracções verificadas e provadas no processo contra-ordenacional, oponível não só aos sujeitos processuais, mas também a terceiros: “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”.

Poderá ser conveniente restringir, nestes termos, a oponibilidade a terceiros da decisão condenatória da Autoridade da Concorrência. Por identidade de razão, seria ainda de acolher o regime do CPC previsto para a eficácia da decisão penal absolutória – simples presunção legal da inexistência dos factos imputados ao alegado infractor, ilidível mediante prova em contrário (artigo 624.º do CPC).

Pode discutir-se que a presunção inilidível da violação nas follow-on actions é susceptível de violar o princípio do processo equitativo (constitucionalmente consagrado no artigo 20.º da CRP), materializado nos

direitos à igualdade de armas e de posições no processo e à decisão judicial, em especial, no caso de decisões definitivas de autoridades de concorrência.

o Especializar a jurisdição das acções de indemnização (e acções de declaração de nulidade) cujo pedido se fundamente exclusivamente em infracções ao direito da concorrência, das acções destinadas ao exercício do direito de regresso entre co-infratores, bem como, dos pedidos de acesso a meios de prova relativos a tais acções, atribuindo competência material para os julgar ao Tribunal da Concorrência e Regulação (artigo 1.º do Anteprojecto e artigo 112.º da LOSJ).

o A introdução neste contexto de um regime especial, de um modo geral mais favorável à parte lesada, pode no limite suscitar dúvidas à luz do princípio de igualdade de posição em matéria de direitos e deveres (artigo 13.º da CRP), não só no que concerne à outra parte, mas também relativamente as acções de indemnização análogas.

o Por fim, tendo em conta a matéria do acto normativo de transposição, dado que se trata de uma regulação de direito a indemnização por perdas e danos que tem sido tratado pelas jurisprudências, constitucional e não só, como integrante do conteúdo do direito de propriedade, que tem por correlato a imposição de um sacrifício patrimonial, para mais imposto em nome da protecção do interesse público da Concorrência, justificar-se-á, nos termos da alínea b) do n.º 1 do artigo 165.º da CRP, a forma de lei da Assembleia da República ou de decreto-lei autorizado.

ii) Outros Comentários às disposições do Anteprojecto

PROPOSTA DE ANTEPROJETO DE TRANSPOSIÇÃO DA DIRETIVA “PRIVATE ENFORCEMENT”

[.....n.º.../2016, de....]

Transpõe para a ordem jurídica interna a Diretiva 2014/104/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de novembro de 2014, relativa a certas regras que regem as ações de indemnização no âmbito do direito nacional por infração às disposições do direito da concorrência dos Estados-Membros e da União Europeia.

[.....] decreta, nos termos do artigo..... da Constituição, o seguinte:

Capítulo I

DO DIREITO DE INDEMNIZAÇÃO POR INFRAÇÃO AO DIREITO DA CONCORRÊNCIA

Artigo 1.º

Objeto e âmbito de aplicação

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

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

Artigo 2.º

Definições

Para efeitos do presente diploma, entende-se por:

- a) «Autoridade de concorrência», a Comissão Europeia ou uma autoridade nacional de concorrência designada por um Estado-Membro nos termos do artigo 35.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003, de 16 de dezembro de 2002, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81.º e 82.º do Tratado, como responsável pela aplicação dos artigos 101.º e 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (“TFUE”), ou ambas, conforme o contexto o exija;
- b) «Autoridade da Concorrência», a Autoridade criada pelo artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de janeiro, com os Estatutos aprovados pelo Decreto-Lei n.º 125/2014, de 18 de agosto;
- c) «Cartel», o acordo ou prática concertada entre duas ou mais empresas concorrentes que vise coordenar o seu comportamento concorrencial no mercado ou influenciar os parâmetros relevantes da concorrência, através de condutas como, nomeadamente, fixar ou coordenar os preços de aquisição ou de venda ou outras condições de transação, incluindo relativamente a direitos de propriedade intelectual, atribuir quotas de produção ou de venda, repartir mercados e clientes, incluindo a concertação em leilões e concursos públicos, restringir importações ou exportações ou conduzir ações anticoncorrenciais contra outros concorrentes, tal como proibido pelo artigo 9.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, e, se aplicável, pelo artigo 101.º do TFUE;
- e)d) «Controlo», qualquer ato, independentemente da forma que este assuma, que implique a possibilidade de exercer, com carácter duradouro, isoladamente ou em conjunto, e tendo em conta as circunstâncias de facto ou de direito, uma influência determinante sobre a actividade de uma empresa, decorrente nomeadamente de: i) A titularidade da totalidade ou de parte do capital social; ii) A titularidade da totalidade ou de parte dos direitos de propriedade, de uso ou de fruição sobre a totalidade ou parte dos ativos de uma empresa; iii) A titularidade da totalidade ou de parte de direitos ou de posições contratuais que confirmam uma influência determinante na composição ou nas deliberações ou decisões dos órgãos de uma empresa.
- e)f) «Decisão definitiva», uma decisão de uma autoridade de concorrência que não pode ou já não pode ser objeto de recurso ordinário;
- e)g) «Custo adicional», a diferença entre o preço efetivamente pago e o preço que teria sido pago na ausência de infração ao direito da concorrência;

- f)g) «Cliente/fornecedor direto», uma pessoa singular ou coletiva que, respetivamente, adquiriu ou forneceu, diretamente a um infrator, bens ou serviços objeto de uma infração ao direito da concorrência;
- g)h) _____ «Cliente/fornecedor indireto», uma pessoa singular ou coletiva que, respetivamente, adquiriu ou forneceu, não diretamente a um infrator mas através de um cliente ou fornecedor direto ou subsequente, bens ou serviços objeto de uma infração ao direito da concorrência ou bens ou serviços que os contêm ou que deles derivam;
- h)i) «Declaração para efeitos de dispensa ou redução de coima», qualquer comunicação oral ou escrita apresentada voluntariamente por uma pessoa singular ou por uma empresa, ou em seu nome, a uma autoridade de concorrência, ou um registo dessa comunicação, que descreve as informações de que essa entidade tem conhecimento sobre um cartel secreto e o papel que nele a mesma desempenha, elaborada especificamente para apresentação a uma autoridade de concorrência a fim de obter dispensa ou redução da coima aplicável, nomeadamente nos termos e para os efeitos do capítulo VIII da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, excluindo meios de prova preexistentes;
- i)j) «Empresa», uma unidade económica tal como definida no artigo 3.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio;
- j)k) «Infração ao direito da concorrência», uma violação das disposições previstas nos artigos 9.º, 10.º, 11.º e 12.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, e/ou nos artigos 101.º e 102.º do TFUE;
- k)l) «Infrator», a empresa ou a associação de empresas que cometeu uma infração ao direito da concorrência;
- l)m) _____ «Meios de prova», todos os tipos de provas admissíveis em ações de indemnização, incluindo documentos e outros objetos que contenham informações, independentemente do suporte em que essas informações sejam armazenadas;
- m)n) _____ «Meios de prova preexistentes», meios de prova que existem independentemente de uma investigação de uma autoridade de concorrência, quer constem ou não do processo da autoridade de concorrência;
- n)o) _____ «Proposta de transação», qualquer comunicação voluntária apresentada por uma pessoa singular ou por uma empresa, ou em seu nome, a uma autoridade de concorrência na qual a entidade em questão reconheça ou renuncie a contestar a sua participação numa infração ao direito da concorrência e a sua responsabilidade por essa infração, e elaborada especificamente para que a autoridade de concorrência possa aplicar um procedimento simplificado ou acelerado, nomeadamente nos termos e para os efeitos dos artigos 22.º e 27.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio;
- o)p) _____ «PME (Pequena e média empresa)», uma empresa tal como definida no artigo 2.º da Recomendação n.º 2003/361/CE, da Comissão Europeia, de 6 de maio, relativa à definição de micro, pequenas e médias empresas;
- p)q) _____ «Resolução extrajudicial de litígios», qualquer mecanismo que permita às partes resolverem extrajudicialmente o litígio respeitante ao pedido de indemnização, nomeadamente a mediação, a conciliação, a arbitragem e a transação prevista no artigo 1248.º do Código Civil;
- q)r) «Acordo extrajudicial», um acordo ou uma decisão resultantes de uma resolução extrajudicial de litígios;
- r)s) «Tribunal de recurso», um tribunal de um Estado-Membro, na aceção do artigo 267.º do TFUE, competente para, em sede de através de recurso ordinário, apreciar decisões de uma autoridade

de concorrência ou decisões judiciais proferidas sobre essa decisão, independentemente da competência desse tribunal para declarar a existência de uma infração ao direito da concorrência.

Alínea d) do artigo 2.º: Quando se define decisão definitiva de uma autoridade de concorrência, fala-se da decisão que não admita “recurso ordinário”. Ora, “recurso ordinário”, sendo um termo designativo da impugnação processual de decisões jurisdicionais, poderá ser usado para decisões de Autoridades Administrativas Independentes? Não fará sentido falar-se apenas em “recurso”? O mesmo se diga relativamente à alínea r).

“Controlo” - Sugere-se a inclusão da definição de “controlo”, a fim de colmatar – estamos em crer – a omissão de imputação da responsabilidade civil prevista no artigo 3º do Anteprojecto às pessoas jurídicas que controlam as empresas infractoras.

Sugere-se a indicação por ordem alfabética dos conceitos elencados.

Artigo 3.º

Responsabilidade civil

1 – ~~As empresas~~ ou as associações ~~de empresas que cometer uma infração infringem a~~ o direito da concorrência ~~fica são~~ obrigadas a indemnizar integralmente os lesados pelos danos resultantes de tais ~~infrações~~.

2 – Quando uma empresa ou associação de empresas ~~prossiga a sua actividade através de~~ ~~incluir~~ uma pluralidade de pessoas jurídicas, a atuação de uma dessas ~~jurídicas~~ é igualmente imputável às ~~àdemais~~ ~~pessoa ou~~ ~~pessoas~~ jurídicas que com ela constituem a mesma ~~uma~~ unidade económica ou mantêm entre si ~~laços de interdependência, bem como às pessoas jurídicas que~~ ~~e que~~ sobre aquela ~~ela~~ tenham exercido controlo ~~influência determinante~~.

3 – ~~Presume-se que uma pessoa jurídica exerce influência determinante sobre outra pessoa jurídica quando detém a totalidade do seu capital social, salvo prova em contrário.~~

Artigo 4.º

Cálculo da indemnização

O dever de indemnizar compreende o prejuízo ~~causados danos emergentes, bem como os benefícios que o lesado deixou de obter em consequência da lesão, incluindo e~~ ~~os lucros cessantes~~ ~~cessantes que sejam~~ ~~calculados~~ ~~previsíveis, acrescidos dos juros moratórios, calculados~~ desde o momento da ocorrência do dano ~~e~~ ~~sujeitos a~~ ~~atualização, sem prejuízo do pagamento de juros moratórios contados desde o momento da decisão atualizadora~~ e até ao seu ~~efetivo~~ pagamento, sem prejuízo da actualização pecuniária nos termos da lei.

Artigo 5.º

Responsabilidade solidária entre coinfratores

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

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

a) Perante os seus próprios clientes ou fornecedores, diretos ou indiretos, se:

- i. A sua quota em cada um dos mercados afetados pela infração ao direito da concorrência tiver sido inferior a 5% ao longo de toda a duração da infração; e
- ii. A aplicação das regras de responsabilidade solidária prejudicar de forma irremediável a sua viabilidade económica e desvalorizar totalmente os seus ativos;

b) Perante quaisquer outros lesados, apenas se estes não puderem obter das outras empresas infratoras a reparação integral dos danos sofridos.

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

a) Tiver liderado uma infração ao direito da concorrência ou coagido outras empresas a participarem na infração; ou

b) Tiver sido anteriormente condenada, por decisão definitiva, por outra infração ao direito da concorrência.

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

a) Perante os seus próprios clientes ou fornecedores, diretos ou indiretos; e

b) Perante quaisquer outros lesados, apenas se estes não puderem obter das outras empresas infratoras a reparação integral dos danos sofridos.

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

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

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

[N.º 2 do artigo 5.º: excepcionando a regra da solidariedade na pluralidade de infractores prevista no n.º 1, o n.º 2 vem dispor que se o dano tiver sido causado por uma PME, esta responde apenas perante os seus próprios clientes ou fornecedores, directos ou indirectos, se a sua quota em cada um dos mercados afectados pela violação do direito da concorrência tiver sido inferior a 5% ao longo de toda a duração da violação, ou se aplicação das regras de responsabilidade solidária prejudicarem de forma irremediável a sua viabilidade económica e desvalorizarem totalmente os seus activos.](#)

[Muito embora se compreenda perfeitamente o regime, a verdade é que uma empresa que não seja PME, mas que se veja em qualquer das situações da alínea a\) do n.º 2 do artigo 5.º pode arguir a violação do princípio da igualdade por esta norma só prever estas duas situações-limite – que podem ocorrer relativamente a qualquer empresa –](#)

apenas para as PME. Por isso seria talvez necessário adequar esta norma contra a invocação da desigualdade inconstitucional pelas não PME que, todavia, se vejam nalguma das situações da alínea a) do n.º 2 do artigo 6.º, merecedoras assim da exclusão da responsabilidade solidária.

É que a quota de uma não-PME, em cada um dos mercados afectados pela violação do direito da concorrência pode ter sido inferior a 5% ao longo de toda a duração da violação; do mesmo modo que a aplicação das regras de responsabilidade solidária podem prejudicar de forma irremediável a viabilidade económica de uma não PME e desvalorizar totalmente os activos de uma não-PME; pelo que pode mostrar-se difícil excluir, nessas circunstâncias, também uma não-PME da responsabilidade solidária.

Artigo 6.º

Prazo de prescrição

1 – 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 infração ao direito da concorrência;
- b) Da identidade do infrator; e
- c) Do facto de a infração ao direito da concorrência lhe ter causado danos.

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

3 – Para efeitos da alínea b) do n.º 2 e da alínea b) do n.º 4 do artigo 5.º, o prazo de prescrição do direito de indemnização, perante uma PME ou uma empresa beneficiária de dispensa de coima, dos lesados que não sejam seus clientes ou fornecedores, é de 3 anos e começa a correr na data em que a incapacidade de pagamento dos restantes coinfratores estiver definitivamente estabelecida por decisão judicial.

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

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

6 – O prazo de prescrição para intentar uma ação de indemnização suspende-se em relação às partes que participam, participaram, estão ou estiveram representadas num procedimento de resolução extrajudicial de litígios, durante o período de tempo em que tal procedimento decorrer, sem prejuízo do disposto no artigo 324.º do Código Civil.

7 – O prazo de prescrição interrompe-se pela citação ou notificação judicial ao alegado infrator de quaisquer atos que expressem a intenção de exercer o direito, nomeadamente os que decorrem dos artigos 13.º e 16.º do presente diploma.

8 – O direito de regresso entre coinfratores prescreve no prazo de cinco anos, a contar da data em que o coinfrator pagou o que pretende reaver por via de regresso.

Artigo 7.º

Força probatória das decisões das autoridades de concorrência e dos tribunais de recurso

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

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

3 – A declaração por um tribunal de recurso de qualquer Estado-membro da União, através de decisão transitada em julgado e observado o princípio do reconhecimento mútuo, nos termos do Direito da União aplicável, da existência de uma infração ao direito da concorrência constitui presunção inilidível da existência, natureza e âmbito material, pessoal, temporal e territorial dessa infração, para efeitos da ação de indemnização pelos danos dela resultantes.

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

[Vide comentários gerais *supra*. Vide ainda o regime previsto nos artigos 978º e seguintes do CPC.](#)

Artigo 8.º

Repercussão de custos adicionais

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

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

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

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

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

Artigo 9.º

Quantificação dos danos e do valor da repercussão

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

2 – Se for praticamente impossível ou excessivamente difícil calcular com exatidão os danos totais sofridos pelo lesado ou o valor da repercussão a que se refere o artigo 8.º, tendo em conta os meios de prova disponíveis, o tribunal julgará equitativamente dentro dos limites que tiver por provados, tendo por referência um limiar máximo de custo adicional estimado em 50%~~procede a esse cálculo por recurso a uma estimativa aproximada, tendo por referência a Comunicação da Comissão, de 13 de junho de 2014, sobre a quantificação dos danos nas ações de indemnização que tenham por fundamento as infrações aos artigos 101.º e 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (2013/C 167/07).~~

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

Nos termos da Comunicação da Comissão sobre a quantificação dos danos nas acções 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), dispõe-se o seguinte:

“12. O Guia Prático tem um **caráter puramente informativo** e não vincula os órgãos jurisdicionais nacionais ou as partes. Por conseguinte, não tem qualquer incidência sobre as normas jurídicas dos Estados-Membros que regem as ações de indemnização, nem afeta os direitos e obrigações conferidos pelo direito da UE aos Estados-Membros e às pessoas singulares ou coletivas.

13. Em especial, o Guia Prático **não deve ser considerado como destinado a aumentar ou diminuir o nível de prova ou o nível de detalhe dos elementos de facto exigidos pelas partes nos sistemas jurídicos dos Estados-Membros.** Nem deverá ser considerado como uma forma de alterar as regras e práticas nos Estados-Membros em matéria de ónus da prova.” (sublinhados nossos).

Seria de ponderar seguir o critério base do artigo 566º-3 do Código Civil, julgamento segundo a equidade, e balizar os limiares máximos do juízo de equidade, em linha por exemplo com a orientação metodológica prevista no artigo 338º-L do Código da Propriedade Industrial e/ou no artigo 34º do Decreto-Lei 178/86 de 3 de Julho, com as devidas adaptações.

Artigo 10.º

Ações intentadas por autores situados em diferentes níveis da cadeia de produção ou distribuição

1 – A fim de evitar que as ações de indemnização intentadas por autores situados em diferentes níveis da cadeia de produção ou distribuição conduzam a uma compensação excessiva ou à ausência de compensação dos lesados, o tribunal tem em conta:

- As ações de indemnização relativas à mesma infração, mas intentadas por autores situados em outros níveis da cadeia de produção ou distribuição; ou
- As decisões judiciais proferidas no âmbito das ações de indemnização referidas na alínea a); ou

c) As informações relevantes de domínio público relativas à aplicação do direito da concorrência por entidades públicas.

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

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

N.º 2 - A norma dá a entender que o mesmo tribunal pode optar pela apensação ou pela suspensão, mas importa notar que a apensação é requerida ao tribunal perante o qual penda o processo a que os outros tenham de ser apensados (275.º, n.º 3, do CPC); Diversamente, a suspensão é decidida no próprio processo, que naturalmente será aquele no qual se discute a causa dependente (272.º, n.º 1, do CPC).

Artigo 11.º

Efeitos das resoluções extrajudiciais de litígios

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

2 – O pedido de indemnização de um lesado que participou num acordo extrajudicial dirigido aos coinfratores que não participaram nesse acordo não pode exceder o montante do dano que sofreu, deduzido do montante correspondente à responsabilidade relativa do infrator que participou no acordo extrajudicial, calculado nos termos do n.º 5 do artigo 5.º.

3 – O lesado que participou num acordo extrajudicial apenas pode pedir o montante da indemnização remanescente aos coinfratores que não participaram no acordo, salvo nos casos em que estes se encontrem impossibilitados de ressarcir o lesado. ~~nos casos em que estes não puderem pagar esse montante.~~

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

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

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

A solução de suspensões parciais do processo por via de tentativas alternativas de resolução de litígios é susceptível de atingir a singularidade da dinâmica processual (direito ao contraditório, ónus de impugnação, direito ao recurso, etc.), alterar a posição relativa das partes quanto aos momentos processuais de cada parte face às demais.

Um exemplo: a ordem de liberação de documentos em poder de uma parte que se relacionem com outra parte pode ser impedida / suspensa na medida em que esta parte beneficie da suspensão do processo? Outro exemplo: o prazo máximo de 1 ano é aplicável a todas as suspensões ou cada suspensão beneficia de um prazo de até 1 ano?

A possibilidade de um acordo condicionado à solvabilidade dos co-infratores não participantes (facto futuro e incerto) pode constituir um forte “desincentivo” a esta solução, sobretudo para os co-infratores solventes. De facto, sabendo que poderá haver um risco de ao co-infrator solvente ser exigido um direito de regresso, quando a solvência dos outros co-infratores está incerta, elimina o incentivo principal de fazer um acordo extrajudicial.

Não é claro que o limite previsto no artigo 14º/5, alínea b) do anteprojecto inclua os acordos arbitrais ou pactos de mediação, sendo certo que a lei da mediação parece impor a confidencialidade dos acordos alcançados nesta sede.

Caso algumas das partes decidam resolver um litígio por via da mediação, o processo, conteúdo e o resultado final está protegido pela confidencialidade, e esta confidencialidade só pode cessar quando tal seja necessário para efeitos de aplicação ou execução do acordo obtido por via da mediação, na estrita medida do que, em concreto, se revelar necessário para a protecção dos referidos interesses (artigo 5º da Lei 29/2013 de 19 de Abril). Contudo, na alínea 6 do artigo 11.º do Anteprojecto prevê-se que “o tribunal competente deve ter em conta quaisquer indemnizações pagas em virtude de um acordo extrajudicial anterior em que participe o co-infrator de quem é exigido o direito de regresso”.

Parece portanto que o tribunal terá de considerar um elemento confidencial discutido e obtido pela via da mediação, sem que este elemento esteja incluído na excepção prevista na lei de mediação para fazer cessar esta confidencialidade, mas para decidir sobre matérias fora do escopo da mediação, nomeadamente, em determinar o direito de regresso contra o co-infrator que participou numa mediação.

Capítulo II

ACESSO A MEIOS DE PROVA

Artigo 12.º

Apresentação de meios de prova no âmbito da ação de indemnização

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

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

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

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

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

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

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

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

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

8 – O tribunal não ordena a divulgação de informações abrangidas pelo sigilo profissional do advogado, nos termos da lei aplicável.

9 – O tribunal não ordena a apresentação de meios de prova sem que a pessoa a quem essa apresentação é ordenada tenha oportunidade de se pronunciar.

[Na alínea c\) do n.º 5 do artigo 12.º, ao referir-se “existência de informações confidenciais nos meios de prova cuja apresentação é requerida, em especial no que respeita a terceiros, e a natureza dos procedimentos adotados para proteger tais informações”, não parece claro se a confidencialidade é uma confidencialidade nos termos de legislação aplicável ou uma confidencialidade determinada caso a caso pelo juiz.](#)

Artigo 13.º

Acesso a meios de prova antes de intentada a ação de indemnização

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

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

Artigo 14.º

Acesso a meios de prova constantes de um processo de uma autoridade de concorrência

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

10 – 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.

11 – O disposto no presente artigo não prejudica:

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

- N.º 5 – Esta solução parece colidir com a jurisprudência do Tribunal de Justiça antecedente (nomeadamente, com os casos Pfeiderer AG e Donau Chemie AG), na medida em que, segundo a mesma, a recusa total de acesso viola o Direito da Concorrência da União Europeia e, em especial, o princípio da efectividade – curiosamente expressamente consagrado pela Directiva. É que esta salvaguarda da aplicação pública, para além de desnecessária face à globalidade das soluções consagradas na directiva, coloca o lesado numa posição menos favorável do que a que estaria, em termos de direito à prova, numa acção de indemnização análoga, em evidente contradição com o mencionado princípio. Neste seguimento, podemos estar, igualmente, perante uma violação do princípio elementar da igualdade de posição em matéria de direitos e deveres (artigo 13.º CRP). Finalmente, a aplicabilidade prática desta disposição é colocada em causa com a manutenção da redacção actual do artigo 81.º n.º 3 do RJC: “O acesso de terceiros aos pedidos, documentos e informações apresentados pelo requerente, para efeitos da dispensa ou redução da coima, carece de autorização deste”.

Artigo 15.º

Limites à utilização de meios de prova obtidos exclusivamente através do acesso a um processo de uma autoridade de concorrência

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

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

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

Artigo 16.º

Medidas para preservação de meios de prova

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

Artigo 17.º

Sanções em matéria de acesso a meios de prova

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

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

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

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

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

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

Artigo 18.º

Informação à Autoridade da Concorrência

O tribunal competente junto do qual seja intentada ação de indemnização ou apresentado pedido de acesso a meios de prova nos termos previstos no artigo 14.º, ou que receba um recurso, notifica a Autoridade da Concorrência desses factos mediante envio de cópia da respetiva petição inicial, requerimento, ou alegações.

Capítulo III

PROTEÇÃO DOS CONSUMIDORES

Artigo 19.º

Ação Popular

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

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

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

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

5 – A sentença condenatória indica a entidade responsável pela receção, gestão e pagamento das indemnizações devidas a lesados não individualmente identificados, podendo ser designados para o efeito, designadamente, uma associação de defesa dos consumidores ou um ou vários lesados identificados na ação.

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

Capítulo V

ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS

Artigo 20.º

Alteração à Lei n.º 19/2012, de 8 de maio

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

«Artigo 22.º

Procedimento de transação no inquérito

- 1 – (...).
- 2 – (...).
- 3 – (...).
- 4 – (...).
- 5 – (...).
- 6 – (...).
- 7 – (...).

- 8 – (...).
- 9 – (...).
- 10 – (...).
- 11 – A proposta de transação apresentada nos termos do n.º 7 é considerada sem efeito decorrido o prazo referido no n.º 9 sem manifestação de concordância do visado pelo processo, e não pode ser utilizada como elemento de prova contra nenhum visado no procedimento de transação.
- 12 – (...).
- 13 – (...).
- 14 – (...).
- 15 – (...).
- 16 – (...).

Artigo 27.º

Procedimento de transação na instrução

- 1 – (...).
- 2 – (...).
- 3 – (...).
- 4 – (...).
- 5 – (...).
- 6 – A proposta de transação apresentada nos termos do n.º 1 é considerada sem efeito decorrido o prazo referido no n.º 4 sem manifestação de concordância do visado pelo processo, e não pode ser utilizada como elemento de prova contra nenhum visado no procedimento de transação.
- 7 – (...).
- 8 – (...).
- 9 – (...).
- 10 – (...).
- 11 – (...).

Artigo 33.º

Acesso ao processo

- 1 – (...).
- 2 – (...).
- 3 – (...).
- 4 – O acesso a documentos contendo informação classificada como confidencial é permitido apenas ao advogado ou ao assessor económico externo do visado e estritamente para efeitos do exercício de defesa nos termos do n.º 1 do artigo 25.º e da impugnação judicial da decisão da Autoridade da Concorrência, não sendo permitida a sua reprodução, total ou parcial por qualquer meio, nem a sua

utilização para qualquer outro fim, sem prejuízo do disposto no n.º 7 do artigo 12.º, e nos artigos 14.º e 15.º do [DIPLOMA DE TRANSPOSIÇÃO].

Artigo 69.º

Determinação da medida da coima

- 1 – (...):
 - a) (...);
 - b) (...);
 - c) (...);
 - d) (...);
 - e) (...);
 - f) O comportamento do visado pelo processo na eliminação das práticas restritivas e na reparação dos prejuízos causados à concorrência, nomeadamente através do pagamento de indemnização aos lesados na sequência de acordo extrajudicial;
 - g) (...);
 - h) (...);
 - i) (...).
- 2 – (...).
- 3 – (...).
- 4 – (...).
- 5 – (...).
- 6 – (...).
- 7 – (...).
- 8 – (...).

Artigo 81.º

Documentação confidencial

- 1 – A Autoridade da Concorrência classifica como confidencial o pedido de dispensa ou de redução da coima, neste se compreendendo qualquer comunicação oral ou escrita, documento ou registo dessa comunicação que descreva as informações de que o requerente tem conhecimento sobre um cartel secreto e o papel que nele o mesmo desempenha elaborado especificamente para apresentação à Autoridade da Concorrência a fim de obter dispensa ou redução da coima aplicável, excluindo meios de prova preexistentes.
- 2 – (...).
- 3 – (...).
- 4 – (...).»

Artigo 21.º

Aditamento à Lei n.º 19/2012, de 8 de maio

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

«Artigo 94.º-A

Informação da Autoridade da Concorrência pelos tribunais

- 1 – O tribunal competente que profira uma sentença, acórdão ou decisão no âmbito de um processo judicial no qual seja invocada uma infração aos artigos 9.º, 10.º, 11.º e 12.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, e/ou aos artigos 101.º e 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, notifica a Autoridade da Concorrência desses factos, mediante envio de cópia da respetiva sentença, acórdão ou decisão.
- 2 – A Autoridade da Concorrência assegura o cumprimento da obrigação prevista no artigo 15.º, n.º 2 do Regulamento (CE) n.º 1/2003, de 16 de dezembro de 2002, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81.º e 82.º do Tratado.»

Artigo 22.º

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

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

«Artigo 54.º

Especialização das secções

- 1 – (...).
- 2 – As causas referidas nos artigos 111.º, 113.º e 128.º são sempre distribuídas à mesma secção cível.
- 3 – As causas referidas no artigo 112.º são sempre distribuídas à mesma secção criminal, com exceção das causas referidas nos n.ºs 2 a 4 do artigo 112.º, que são sempre distribuídas à mesma secção cível.

Artigo 67.º

Definição, organização e funcionamento

- 1 – (...).
- 2 – (...).
- 3 – (...).
- 4 – (...).

5 – Se não estiver instalada a secção de concorrência, regulação e supervisão, as causas referidas no artigo 112.º são sempre distribuídas à mesma secção.

6 – [anterior n.º 5].

Artigo 112.º

Competência

1 – (...).

2 – (...).

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

4 – Compete ainda ao tribunal julgar ações de declaração de nulidade cujo pedido se fundamente exclusivamente em infrações ao direito da concorrência previstas nos artigos 9.º, 10.º, 11.º e 12.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, e/ou nos artigos 101.º e 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

5 – [anterior n.º 3].»

Capítulo IV DISPOSIÇÕES FINAIS

Artigo 23.º

Direito aplicável

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

2 – A aplicação das regras substantivas e processuais relativas a ações de indemnização por danos resultantes de infrações ao direito da concorrência não podem tornar praticamente impossível ou excessivamente difícil o exercício do direito à indemnização.

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

Artigo 24.º

Aplicação no tempo

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

2 – As demais disposições do presente diploma aplicam-se a ações de indemnização intentadas após 26 de dezembro de 2014.

- Artigo 23.º e n.º 1 do artigo 24.º: O termo “as disposições substantivas” pode ser discutível em termos de conformação com o princípio constitucional da segurança jurídica, implícito na cláusula de Estado de Direito democrático consagrada no artigo 2.º da Constituição. Na verdade, não só os destinatários da lei em geral, como mesmo muitos especialistas em Concorrência sem formação jurídica mas que tenham de aplicar esta lei, não têm acesso ao conceito de “disposições substantivas”. E, mesmo no Direito, para juristas iniciados, a distinção entre disposições substantivas e processuais é uma distinção doutrinária, não sendo natural ao legislador ser um tratadista para a usar; além de, relativamente a normas como as da prescrição, se poder levantar a dúvida sobre se são substantivas ou processuais, até porque serão, talvez, ambas coisas. Por isso, parece-os desejável discriminar as normas cuja aplicação se quer regular neste n.º 1.

- N.º 2 do artigo 24.º em conjugação com o n.º 1 do artigo 6.º: nos termos da primeira das normas citadas, “As demais disposições do presente diploma aplicam-se a ações de indemnização intentadas após 26 de dezembro de 2014.”

Ora, quanto às acções, tudo certo, atendendo ao efeito directo da Directiva em transposição, eventualmente, no caso de normas claras, garantísticas, etc... Simplesmente, se este regime se aplica a acções intentadas a partir de 2014, significará que se aplica a factos ocorridos antes de 2014, relativamente aos quais em 2014 tão-só ainda não tenha ocorrido a prescrição, nos termos do artigo 7.º? Significará portanto, combinando o n.º 2 do artigo 24.º com o n.º 1 do artigo 6.º, aplicar-se um diploma que entra em vigor em Dezembro de 2016 a factos conhecidos em 2009?

Sabemos que não haverá nisso retroactividade, e sim retroconexão. Mas o Tribunal Constitucional e o STJ têm afirmado, em jurisprudência constante, que a interferência da legislação em situações passadas e de reporte imprevisível, independentemente da sua qualificação como retroactividade, pode vulnerar a segurança jurídica e a tutela da confiança, o que sucede ante a possibilidade de se colocarem estas perguntas.

Não é clara e certa qual possa ser a solução clarificadora, mas talvez seja avisado, no artigo 23.º, explicitar uma baliza temporal relativamente aos factos passados a que se aplicará este diploma.

Artigo 25.º

Entrada em vigor

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