

PRONÚNCIA no ÂMBITO da CONSULTA PÚBLICA RELATIVA

à

PROPOSTA de ANTEPROJETO

de

TRANSPOSIÇÃO

da

DIRECTIVA PRIVATE ENFORCEMENT

1. INTRODUÇÃO

No âmbito da Consulta Pública iniciada com o *Workshop Consultivo sobre a Transposição da Diretiva Private Enforcement*, que teve lugar no passado dia 16 de março, apresentamos agora alguns comentários adicionais aos que foram por nós feitos no referido *Workshop*.

Não nos debruçamos aqui sobre aspetos por nós suscitados e que tiveram já acolhimento no Anteprojeto agora divulgado para Consulta, como por exemplo no que respeita a propostas de transação revogadas no inquérito ou na instrução, através das correspondentes alterações aos artigos 22.º e 27.º da Lei n.º 19/2012.

Não analisamos, tão pouco, questões que, tendo sido objeto de discussão alargada no referido *Workshop*, não mereceram acolhimento no atual Anteprojeto, nem outras que, tudo ponderado, têm menor relevância.

Permitimo-nos, contudo, insistir em certos pontos que ainda nos suscitam reservas.

Abordamos, também, algumas questões novas não tratadas por nós anteriormente.

Assim:

2. ARTIGO 3.º

N.º 1

Continuamos a sustentar que, em linha com o disposto no artigo 3.º da Diretiva 2014/104/EU (“Diretiva”) e, também, no artigo 562.º do Código Civil (“CC”) seria porventura tecnicamente mais adequado estipular, até porque não se pretende aqui qualquer inovação conceptual, que “[a] *empresa ou associação de empresas que cometer uma infração ao direito da concorrência fica obrigada a reparar integralmente os danos causados pela infração, devendo reconstituir a situação que existiria se esta não tivesse sido cometida*” (cfr. artigo 3.º da Diretiva e artigo 562.º do CC).

N.º 3

Compreendemos a consagração da presunção de exercício efetivo de uma influência determinante no caso de se verificar a detenção por uma sociedade-mãe de 100% do capital da sua filial. Notamos, contudo, que a redação do preceito pode conduzir a uma interpretação *a contrario* no sentido de ser excluída a existência de tal influência determinante em todos os outros casos em que a detenção não atinge os 100% embora consubstancie uma detenção da quase totalidade do capital social¹. Assim, em nosso entender, a pretender-se

¹ Não vemos razões para afastar as considerações a este propósito alcançadas pelos Tribunais da União (ainda que no âmbito do *Public Enforcement*) no sentido em que consideram que a sociedade-mãe que detém a quase totalidade do capital da sua filial se encontra, em princípio, numa situação análoga à de um proprietário exclusivo, no que respeita ao seu poder de exercer uma influência determinante sobre o comportamento da sua filial, tendo em conta os vínculos económicos, organizacionais e jurídicos que a unem à referida filial. Não se exclui, no entanto, que, em certos casos, os sócios minoritários possam dispor, relativamente à filial, de direitos que permitam pôr em causa a analogia considerada (cfr.,

entrar no campo da regulação da responsabilidade das empresas-mãe, será porventura mais prudente fazer operar a presunção a partir de uma percentagem razoável (por elevada) de detenção de capital social – por exemplo, 90% –, mantendo a possibilidade de tal presunção poder ser ilidida.

Por outro lado, cremos dever ser ponderada e eventualmente clarificada neste preceito a articulação do regime aqui consagrado com outras regras do ordenamento jurídico português que estabelecem a responsabilização de sociedades para com os credores, nomeadamente as resultantes do artigo 501.º do Código das Sociedades Comerciais em articulação com as restantes normas do Título VI. do mesmo Código.

3. Artigo 4.º

No sentido da clarificação do teor deste preceito e tendo nomeadamente presente o Acórdão de Uniformização de Jurisprudência n.º 4/2002 do Supremo Tribunal de Justiça, publicado no Diário de República – I Série-A, n.º 146, de 27 de junho de 2002, sugerimos que seja adotada a seguinte redação:

“O dever de indemnizar compreende os danos emergentes e os lucros cessantes calculados desde o momento da ocorrência do dano e sujeitos a atualização nos termos do artigo 566.º, n.º 2, do Código Civil, sem prejuízo da condenação no pagamento de juros moratórios contados desde o momento da decisão atualizadora até efetivo e integral pagamento.”

4. Artigo 6.º

N.º 3

Não existe no ordenamento jurídico português, pelo menos diretamente, uma “*decisão judicial*” que estabeleça “*definitivamente*” a “*incapacidade de pagamento*” de uma entidade. Sendo uma noção conhecida e presente amiúde no âmbito do *Public Enforcement* do Direito da Concorrência, nomeadamente no cálculo do montante da coima a aplicar à empresa infratora em sede de condenação pela prática de uma infração, a figura da “*incapacidade de pagamento*”, importada para a sede do *Private Enforcement* e dependente de uma (indeterminada) “*decisão judicial*” levantará, em nosso entender, dúvidas de interpretação e aplicação. No limite, há o risco de fazer depender o termo *a quo* do prazo de prescrição em causa neste preceito, por exemplo, da confirmação judicial do encerramento do processo de insolvência que, como se sabe, nalguns casos pode demorar muitos anos. Tal será prejudicial para o próprio lesado, mas também, para a PME e para a empresa que colaborou com a Autoridade de Concorrência e que, por isso, beneficiou de dispensa de coima.

Uma alternativa possível, e que consideramos dever ser ponderada, é estabelecer-se o início da contagem do prazo de prescrição da declaração de insolvência ou da extinção da ação executiva contra o coinfrator por falta de bens penhoráveis.

5. Artigo 7.º

N.º 2

Mantemos reservas relativamente à opção de ir mais longe do que a harmonização mínima prevista no artigo 9.º, n.º 2, da Diretiva relativamente às decisões das autoridades de concorrência de outros Estados-Membros. Para além das conhecidas questões de natureza constitucional que poderão vir a ser suscitadas, tal opção (sobretudo depois de a questão ter sido debatida em momento anterior e depois de uma solução tão ambiciosa ter sido abandonada no texto da Diretiva) poderá revelar-se demasiado arrojada e contribuir para

uma menor harmonização entre as legislações dos Estados-Membros do que a que seria possível, e desejável, numa matéria como a presente.

6. **Artigo 9.º**

N.º 3

Sugerimos a eliminação de “*e possível*”, por inutilidade.

7. **Artigo 12.º**

N.º 1

Fixar o termo da audiência prévia como o limite para esta decisão do tribunal constitui um *minus* em relação ao regime geral da lei processual e estabelece uma diferenciação em relação ao processo civil comum que parece ser excessiva e pouco razoável, pois pode bem acontecer que a necessidade de um meio de prova só se evidencie, por hipótese, em plena audiência de julgamento. Não cremos que eventuais preocupações de celeridade ou de dificuldade na apresentação de elementos possam colocar em causa o alcance da verdade material através do estabelecimento de uma “barreira” formal como a aqui prevista, além de que eventuais “abusos” poderão ser sempre controlados pelo tribunal.

N.º 9

Sugere-se a substituição de “é” por “*possa vir a ser*”.
