

## Observações sobre o Anteprojeto de Transposição da Diretiva *Private Enforcement*

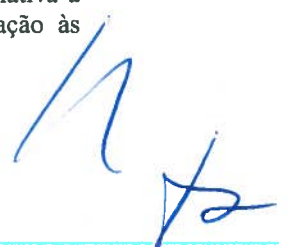
### *1 - Considerações prévias*

A iniciativa da Autoridade da Concorrência (AdC) de lançar um processo de consulta pública ao anteprojeto de diploma de transposição da Diretiva *private enforcement*<sup>1</sup>, a qual foi antecedida por uma ronda de consultas aos *stakeholders*, na qual tivemos já ensejo de participar, constituem iniciativas cuja novidade e mérito importa realçar e valorizar de forma muito significativa, permitindo-nos formular votos no sentido de que seja dada continuidade às mesmas (incluindo no presente processo com outras intervenções complementares dos *stakeholders* nos vários estádios do processo legislativo). Da iniciativa em curso e das que se lhe seguirem resultará, estamos certos, um diálogo profícuo entre a AdC e os *stakeholders* do qual beneficiará certamente a cultura de concorrência em Portugal.

Neste espírito, as considerações extremamente sucintas que se seguem – no período de tempo limitado que foi possível dedicar às mesmas - não pretendem exaurir o tema do *private enforcement*, cujas ramificações e implicações no ordenamento jurídico dos Estados-Membros são múltiplas e

---

<sup>1</sup> 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.



complexas como já tivemos ensejo de aflorar *ex professo* noutros contextos de análise,<sup>2</sup> mas tão-só proporcionar um aprofundamento em alguns pontos específicos ora selecionados de modo cirúrgico (*'brevitatis causa'*) das observações oportunamente feitas em sede da consulta aos *stakeholders* à luz do novo texto da «Proposta de Anteprojeto de Transposição da Diretiva *Private Enforcement*» (20 de abril de 2016)<sup>3</sup> e da respetiva exposição de motivos (nossas anteriores observações, de 16 de março de 2016, para as quais nos permitimos aqui remeter).

A Diretiva *Private Enforcement* aborda aqueles que têm sido apontados – a justo título acrescente-se – como os três grandes obstáculos à expansão do *private enforcement* no espaço europeu. Desde logo, (i) a questão do acesso ao material probatório necessário à sustentação de uma pretensão indemnizatória no âmbito de danos sofridos em decorrência de comportamentos anticoncorrenciais (*problema de assimetria de informação*). Seguem-se (ii) as dificuldades relacionadas com a mobilização dos consumidores, titulares de interesses difusos afetados por práticas anticoncorrenciais, para que reajam de forma concertada aos danos que lhes são infligidos por tais práticas (*problema de ação coletiva*). E, por fim, (iii) obstáculos relacionados com o cálculo e quantificação do dano concorrencial (*problema de assimetria de informação*).

A Diretiva *Private Enforcement*, cujo propósito último é o de dinamizar e mobilizar o mecanismo da responsabilidade civil extracontratual em defesa

---

<sup>2</sup> Cfr., a este propósito, Luis Silva Morais *The Interplay between Private and Public Enforcement of Competition Law/Chapter*, in *European Competition Law Annual, EUI, Florence*, Edited by Philip Lowe and Mel Marquis, Hart Publishing, 2014.

<sup>3</sup> Como é sabido, a consulta aos *stakeholders* que teve lugar no dia 16 de março de 2016 versou sobre uma versão anterior do anteprojeto, datada de 29 de fevereiro de 2016.

da ordem jusconcorrencial, ocupa-se destes e de outros aspetos. O anteprojeto de diploma de transposição naturalmente também o faz, não deixando de lançar mão da margem de apreciação deixada pela Diretiva *Private Enforcement* aos Estados-Membros para adaptar e concretizar algumas das soluções da Diretiva à luz do direito interno. Para o efeito, o anteprojeto é composto por um diploma autónomo, o qual tem por objeto as ações de responsabilidade civil pela prática de infrações ao direito da concorrência (artigos 1.º a 19.º do anteprojeto), introduzindo ainda alterações a dois diplomas vigentes: (i) o regime jurídico da concorrência, aprovado pela Lei n.º 19/2012, de 8 de maio (artigos 20.º e 21.º do anteprojeto); e (ii) a Lei de Organização do Sistema Judiciário, aprovada pela Lei n.º 62/2013, de 26 de agosto (artigo 22.º do anteprojeto).

Considera-se que o anteprojeto de diploma de transposição constitui, no seu todo, um trabalho que contribui num sentido globalmente positivo para a realização dos objetivos primaciais *supra* expostos. Esta ponderação global não isenta, contudo, o anteprojeto de algumas observações complementares, algumas de natureza crítica, que se prendem quer com o teor das soluções adotadas, quer com a redação de alguns preceitos. Sem pretensão de exaustividade e não obstante a ponderação global *supra* referida, será essencialmente sobre estes pontos que centraremos as nossas observações (por ora esquemáticas e às quais poderemos retornar noutra horizonte temporal se tal se mostrar exequível no quadro do presente processo).



## ***2 - Âmbito de aplicação (artigo 1.º e artigo 2.º/j do anteprojeto)***

O anteprojeto estende a sua aplicação às ações de indemnização por infrações ao direito da concorrência de âmbito *puramente nacional*, categoria na qual se incluem não apenas as práticas restritivas da concorrência e os abusos de posição dominante *insuscetíveis de afetar o comércio entre Estados-Membros*, mas também o *abuso de dependência económica* enquanto infração da concorrência sem equivalente no Direito europeu. Para além das considerações que justificaram este alargamento e que resultam da exposição de motivos que acompanha o anteprojeto<sup>4</sup>, cujo teor se acompanha globalmente, crê-se que a transposição da Diretiva *Private Enforcement* proporcionará uma boa oportunidade para enquadrar o abuso de dependência económica no campo das questões contratuais a serem apreciadas pelos tribunais comuns, confinando a intervenção da AdC aos casos que envolvam um hipotético impacto jusconcorrencial.

## ***3 - Cálculo da indemnização (artigo 4.º do anteprojeto)***

Ao invés da referência à «decisão atualizadora», afigura-se preferível por razões de clareza e de redação a inclusão de uma remissão expressa para o artigo 566.º/2 do CC, salvaguardando a possibilidade de serem devidos juros moratórios até integral pagamento da indemnização.

---

<sup>4</sup> Pp 2-3 da exposição de motivos.



## ***5 - Força probatória das decisões de autoridades da concorrência e tribunais (artigo 7.º do anteprojeto)***

Crê-se que o anteprojeto terá ido neste ponto demasiado longe – e, em todo o caso, mais longe do que a própria Diretiva *Private Enforcement* – ao prever que «[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» (artigo 7.º/2 do anteprojeto). A solução preconizada na Diretiva – a de que as mesmas decisões constituem mero princípio de prova (prova *prima facie*) – constitui uma solução equilibrada e proporcional, que reflete as assimetrias ainda existentes entre Estados-membros no que respeita à cultura de concorrência e acautela, na justa medida, os direitos de defesa (dentro dos *equilíbrios* no contexto dos sistemas jurídicos diversos dos vários Estados-membros que se procurou salvaguardar no processo europeu conducente à aprovação da Diretiva em causa, afastando alguns ‘excessos’ inerentes a algumas soluções menos realistas consideradas a título exploratório durante o longo período de preparação do novo normativo europeu<sup>5</sup>).

---

<sup>5</sup> Cfr., uma vez mais, sobre esses difíceis *equilíbrios*, implicando também um balanço cuidadoso entre as esferas do *public enforcement* e do *private enforcement*, Luis Silva Morais, *The Interplay between Private and Public Enforcement of Competition Law*/Chapter, in *European Competition Law Annual, EUI, Florence*, Edited by Philip Lowe and Mel Marquis, Hart Publishing, 2014, cit.

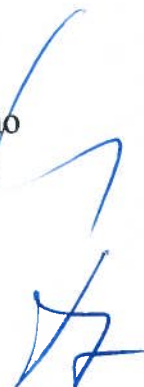


## **6 - Quantificação dos danos e do valor da repercussão (artigo 9.º do anteprojeto)**

É de saudar a iniciativa de abandonar a presunção de dano que constava da anterior versão do anteprojeto e da qual decorria que «os cartéis causam danos equivalentes a, pelo menos, 10% de custos adicionais». No nosso entender, tal presunção carecia de bases empíricas suficientemente sólidas para merecer consagração legal e poderia até resultar numa *sobrecompensação* (vedada pelo artigo 3.º/3 da Diretiva *Private Enforcement*, uma vez mais dentro dos *equilíbrios* essenciais a que já aludimos e que se procurou observar neste processo europeu tendente ao *private enforcement* marcando justamente determinadas diferenças de cultura jurídica ou jurídico-económica em relação à jurisdição *antitrust* norte-americana).

Em todo o caso, a presunção *ilidível* da ocorrência de danos permanece no texto do anteprojeto – que neste ponto, reconheça-se, segue o texto da Diretiva *Private Enforcement* –, dando azo a fundadas preocupações sobre a sua verdadeira natureza. Isto porque, atentas as conhecidas e manifestas dificuldades de fazer prova de *factos negativos* (*in casu*, a **não** ocorrência do dano) e alguma propensão por parte de autoridades da concorrência para utilizar de modo mais recorrente a qualificação infração *pelo objeto*, cabe perguntar se a referida presunção não tenderá, afinal e em termos práticos, a equivaler, de algum modo, a uma presunção virtualmente “*inilidível*”.

A referência à Comunicação da Comissão de 13 de junho de 2014 como instrumento auxiliar para o *cálculo* das indemnizações pelos tribunais



afigura-se útil – e porventura preferível, pelo menos de um ponto de vista de certeza jurídica, ao critério da *equidade* que constava anteriormente do anteprojeto –, mas não deixa de levantar algumas reticências sobre o grau de “vinculação” dos tribunais a um instrumento de *soft law* dimanado da Comissão Europeia.

### ***7 - Acesso a meios de prova no âmbito da ação de indemnização (artigo 12.º do anteprojeto)***

Uma vez que o acesso a meios de prova inclui aqueles que estejam na posse de *terceiros que residam ou se encontrem noutro Estado-membro*, sugere-se a utilidade de prever expressamente esta hipótese no artigo 12.º, acompanhada da referência à aplicabilidade do Regulamento (CE) n.º 1206/2001 do Conselho, de 28 de Maio de 2001, relativo à cooperação entre os tribunais dos Estados-Membros no domínio da obtenção de provas em matéria civil ou comercial<sup>6</sup>.

À semelhança do que sucedia já com a anterior versão do anteprojeto, também a atual optou por uma solução ambígua no que toca à proteção do sigilo profissional do advogado (artigo 12.º/8 do anteprojeto). É sabido que o Direito europeu não abrange os advogados *in-house* no âmbito dessa proteção, diferentemente do que sucede com o direito nacional e com o direito de outros Estados-membros. Ao estatuir que «[o] tribunal não ordena a divulgação de informações abrangidas pelo sigilo profissional do advogado, **nos termos da lei aplicável**» (ênfase a negrito nossa), o artigo

<sup>6</sup> Neste sentido, ver considerando 17 e artigo 5.º/1 da Diretiva *Private Enforcement*.



12.º/8 do anteprojeto adia a clarificação de uma questão que, mais tarde ou mais cedo, se colocará em razão das regras relativas à aplicação do Direito da União e do Direito nacional decorrentes do artigo 3.º do Regulamento n.º 1/2003.

Afigura-se-nos, todavia, que o texto da Diretiva *Private Enforcement* (artigo 5.º/6: «Os Estados-Membros asseguram que os tribunais nacionais confirmam pleno efeito ao sigilo profissional de advogado aplicável nos termos do direito da União *ou* do direito nacional, quando ordenam a divulgação de elementos de prova»; ênfase nossa) aponta para a compatibilidade com o Direito da União de soluções de direito nacional que tutelam de forma mais abrangente o sigilo profissional dos advogados, mormente no que respeita aos advogados *in-house*. Ora, esta solução deveria resultar patente do texto do artigo 12.º/8 do anteprojeto.

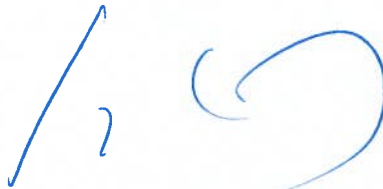
## **8 – Considerações finais**

Reitera-se, a concluir que, *por razões de calendário*, nos limitamos a aflorar seletivamente alguns pontos específicos que admitimos poderem apresentar maior relevância potencial para, com um *fundamental realismo jurídico e económico* e conseqüente *adequação ao sistema jurídico nacional*, promoverem uma realização *equilibrada* dos objetivos primaciais subjacentes à Diretiva, os quais pressupõem, também, algum gradualismo na transição para modelos de *private enforcement* do direito da concorrência em moldes que não afetem negativamente a fundamental esfera do *enforcement* público deste ordenamento. A importância da matéria justifica certamente a nossa disponibilização para um diálogo




complementar que possa acompanhar outros passos deste processo sensível de transposição da Diretiva.

**Lisboa, Maio de 2016**



**Luís Silva Morais**  
**Sócio Fundador Luís Silva Morais/Sérgio Gonçalves do Cabo e**  
**Associados, rl**  
**Doutor em Direito**  
**Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**  
**Cátedra Jean Monnet em Regulação Económica na EU**



**Lúcio Tomé Feteira**  
**Associado Luís Silva Morais/Sérgio Gonçalves do Cabo e Associados,**  
**rl**  
**Doutor em Direito**  
**Professor da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa**