

COMENTÁRIO À PROPOSTA DE ANTEPROJETO DE TRANSPOSIÇÃO DA
DIRETIVA *PRIVATE ENFORCEMENT*

A 26 de abril de 2016 foi publicado no sítio da Autoridade da Concorrência a Proposta de Anteprojeto de diploma de transposição da 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 (“Diretiva *Private Enforcement*”). Estando a referida proposta de Anteprojeto em fase de consulta pública, vem a Morais Leitão, Galvão Telles, Soares da Silva & Associados pronunciar-se sumariamente quanto ao referido documento e às soluções que dele constam.

Em primeiro lugar, cumpre saudar a Autoridade da Concorrência pela elaboração deste Anteprojeto e pelo esforço muito meritório e, em nossa opinião, fundamentalmente bem-sucedido de transpor as preocupações e soluções avançadas na Diretiva *Private Enforcement* para o ordenamento jurídico português de forma coerente e equilibrada, encontrando-se as soluções consagradas no projeto de diploma globalmente em sintonia com os regimes da lei civil e processual civil nacionais. A apreciação na generalidade ao conteúdo do Anteprojeto é claramente, em nossa opinião, muito favorável, para o que terá contribuído também o esforço notório da Autoridade da Concorrência em garantir que o processo de elaboração deste Anteprojeto fosse amplamente participado.

A esse respeito, importa mais uma vez elogiar as opções seguidas em termos procedimentais, cabendo saudar o processo público transparente que tem vindo a ser seguido e que, entre outros aspetos, se refletiu na realização de um *workshop* prévio durante o mês de março no qual uma versão anterior do projeto foi objeto de ampla, e frutífera, discussão, com nítidas vantagens para a versão do diploma que foi agora submetida a consulta pública.

Nalguns aspetos mais inovadores especificamente suscitados pela Diretiva *Private Enforcement*, é de assinalar também a procura de soluções equilibradas e eficazes,

nomeadamente no que respeita ao equilíbrio entre os regimes do *public* e *private enforcement* do direito da concorrência (cabendo destacar neste âmbito, a título de exemplo, o cuidado evidenciado com a proteção dos segredos de negócio e a efetividade dos institutos da clemência e transação com, respetivamente, a efetividade do direito à indemnização e o acesso a meios de prova indispensáveis para garantir a aplicabilidade prática do regime).

Quanto a uma análise mais detalhada, e na especialidade, das várias soluções consagradas no projeto de diploma, gostaríamos de registar um breve comentário a algumas das normas do Anteprojeto em que as opções legislativas propugnadas nos parecem questionáveis e porventura merecedoras de uma análise mais aprofundada e/ou, de revisão na versão final do projeto de transposição, através da adoção de soluções alternativas.

- Artigo 3.º, n.ºs 2 e 3

A matéria da imputação de responsabilidade civil pelas infrações ao direito da concorrência no contexto de grupos de empresas, e a extensão “automática” de responsabilidade às empresas-mãe das empresas infratoras afigura-se-nos desnecessária e de difícil compatibilização com o princípio da responsabilidade limitada das sociedades comerciais.

É certo que, no plano sancionatório, a jurisprudência dos Tribunais da União Europeia tem tendido para uma clara responsabilização, em primeira linha, das empresas-mãe de entidades infratoras, quando estas detenham 100% (ou quase) do respetivo capital social, com base numa presunção de influência decisiva sobre o comportamento das subsidiárias. No entanto, cabe assinalar que, apesar de ilidível, tem-se revelado quase impossível na prática afastar esta presunção.

Aceitando-se, no entanto, que a presunção em análise não suscita dúvidas no contexto da aplicação dos artigos 101.º e 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (“TFUE”), temos muitas dúvidas de que se justifique estender um regime equivalente no plano civil atinente à reparação dos danos causados.

Desde logo, a regra de imputabilidade prevista no n.º 2 do artigo 3.º e a presunção de “influência determinante” constante do n.º 3 da mesma norma do Anteprojeto parecem contender com o conceito de limitação de responsabilidade das sociedades comerciais tal como é reconhecido, pelo menos, na ordem jurídica portuguesa. No domínio dos grupos de sociedades, e no contexto de grupos constituídos por domínio total, a regra vigente é a da responsabilidade limitada e subsidiária da sociedade-mãe dominante, nos termos previstos no artigo 501.º, n.º 2, do Código das Sociedades Comerciais (aplicável por força do disposto no artigo 491.º do mesmo Código), não se afigurando existir justificação suficiente para a consagração de um regime de exceção especificamente em matéria de *private enforcement* do direito da concorrência.

Consideramos que seria claramente preferível não responsabilizar “automaticamente” as empresas-mãe (conferindo-lhes legitimidade processual passiva) no contexto das ações de indemnização por danos resultantes de infrações ao direito da concorrência, por não se tratar de solução coerente com as regras de direito societário vigentes.

- Artigo 7.º, n.ºs 2 e 3

De igual forma parece-nos também questionável a opção tomada nos números 2 e 3 do Artigo 7.º que confere às decisões das autoridades da concorrência e dos tribunais de recurso de qualquer Estado-Membro a força de “presunção inilidível” para efeitos da aferição de existência de uma infração ao direito da concorrência.

Neste aspeto o Anteprojeto foi claramente além do que a Diretiva *Private Enforcement* determina, já que esta não estatui a atribuição da mesma força probatória às decisões das autoridades da concorrência e tribunais de recurso dos Estados-Membros. Em nosso entender, opção mais razoável seria a de conferir a estas decisões – definitivas ou transitadas em julgado, consoante os casos – uma força probatória menor, por via de uma presunção (apenas) *juris tantum*, mais consonante com o conceito de prova *prima facie* consagrado na Diretiva.

Com efeito, não nos parece seguro que as soluções preconizadas pelos ordenamentos jurídicos dos vários Estados-Membros no âmbito do direito da concorrência sejam suficientemente uniformes – nomeadamente no plano dos direitos e garantias em matéria processual – para que se justifique um tal alargamento em matéria de força probatória deste universo de decisões.

- Artigo 9.º, n.º 2

No que diz respeito ao artigo 9.º do Anteprojeto, relativo à quantificação dos danos e do valor da repercussão de custos adicionais, parece-nos que o n.º 2 se alonga em demasia – e porventura desnecessariamente – na alusão à Comunicação da Comissão de 13.06.2014 como base de cálculo a ter em conta pelos tribunais nacionais.

Consideramos questionável, neste âmbito, que o regime do artigo 566.º, n.º 3 do Código Civil – relativo à fixação por equidade do valor dos danos sofridos, quando não possa ser averiguado o seu valor exato – não seja suficiente para acomodar, com mais flexibilidade, as situações em que se revele necessário quantificar por estimativa os danos sofridos. O nível de abstração inerente ao princípio da equidade permite aos tribunais judiciais não ficarem excessivamente vinculados a um determinado tipo de critérios. Por outro lado, a proibição de denegação de justiça deverá impedir também que qualquer tribunal demandado omita a devida estimação do justo cálculo dos danos sofridos pelo lesado quando não estejam disponíveis elementos que permitam a sua quantificação precisa.

- Artigo 22.º (alterações à Lei da Organização do Sistema Judiciário)

Por fim, a centralização de competência para julgar as ações de indemnização por danos resultantes de infração ao direito da concorrência no Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (“TCRS”) suscita uma leitura mista. Por um lado, é inegável que a centralização permitirá ao TCRS potenciar um grau de especialização indispensável ao adequado julgamento das matérias relacionadas com a responsabilidade civil

especificamente resultante das infrações ao direito da concorrência, facilitando a emanção de uma jurisprudência coerente e unívoca com o conseqüente reforço da segurança jurídica para as empresas, e para os lesados, em geral. Por outro lado, porém, e especificamente no contexto de ações *follow-on* (em que o ilícito anti-concorrencial haja sido apreciado, e confirmado, pelo mesmo TCRS, em anterior recurso de impugnação judicial de decisão de aplicação de coima) não é certo que não se possam suscitar, objetivamente, questões relacionadas com a necessária imparcialidade dos juizes que forem chamados a apreciar as ações de indemnização subsequentes. Conviria, porventura, refletir já nesta fase sobre como operacionalizar as garantias necessárias para assegurar que a confiança necessária nas decisões do TCRS no âmbito cível não saia prejudicada (eventualmente através de uma regra especial referente à distribuição de processos naquele tribunal).

Lisboa, 27 de maio, 2016

*Morais Leitão, Galvão Teles, Soares da Silva & Associados, R.L.
Sociedade de Advogados*