



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

**A RESPONSABILIDADE DOS
ADMINISTRADORES PERANTE A
SOCIEDADE
NO ÂMBITO DAS PRÁTICAS RESTRITIVAS DA
CONCORRÊNCIA**

Autor

Nádia Soraia Cunha Rocha

Faculdade de Direito | Escola do Porto

maio, 2019



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

**A RESPONSABILIDADE DOS
ADMINISTRADORES PERANTE A
SOCIEDADE
NO ÂMBITO DAS PRÁTICAS RESTRITIVAS DA
CONCORRÊNCIA**

Autor

Nádia Soraia Cunha Rocha

Dissertação de mestrado
Orientador: José Engrácia Antunes

Faculdade de Direito | Escola do Porto

maio, 2019

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais por sempre acreditarem em mim e por todo o seu esforço para me apresentarem com oportunidades que nunca tiveram. Ao meu irmão, um exemplo de perseverança.

Ao Hugo, cuja paciência parece não ter limites. Aos meus padrinhos e afilhada por todo o apoio e alegria que me transmitem.

Um sincero obrigada ao meu Professor e Orientador Doutor José Engrácia Antunes que sempre demonstrou a maior disponibilidade, agradeço a pertinência das suas observações e sugestões, o incentivo e as exigências constantes com que orientou este estudo.

RESUMO

O tema da presente dissertação é “A responsabilidade dos administradores perante a sociedade no âmbito das práticas restritivas da concorrência”, e tem como objetivo abordar as principais consequências para efeitos de responsabilidade dos administradores dos atos anticoncorrenciais, proibidos pelo artigo 9.º do Regime Jurídico da Concorrência, realizados pelas empresas que os mesmos administram.

Neste trabalho procura-se analisar a responsabilidade civil dos administradores perante a sociedade quando a mesma é condenada pela Autoridade da Concorrência por infração ao Direito da Concorrência. Iremos iniciar esta análise com um indispensável enquadramento da temática das práticas restritivas da concorrência; de seguida, assentando a responsabilidade dos administradores perante a sociedade na violação dos deveres inerentes às suas funções dedicamos a nossa atenção aos pressupostos dessa responsabilidade, examinando os deveres de cuidado e de legalidade; por fim, atentamos, brevemente, na recente Lei nº 23/2018 e aludimos à possibilidade de responsabilidade civil extracontratual dos administradores perante os lesados pela infração anticoncorrencial.

Todo o desenrolar do nosso trabalho passa, necessariamente, pela interseção e mediação entre o Direito Societário e o Direito da Concorrência.

Palavras-chave: responsabilidade civil dos administradores, práticas restritivas da concorrência.

ABSTRACT

The theme of this dissertation is "The responsibility of the directors to the company within the restrictive practices of competition". The aim of our dissertation is to address the main consequences for the directors' civil responsibility of anti-competitive acts, which are prohibited by article 9 of the legal Regime of competition, carried out by the companies they manage.

This paper analyses the liability of directors to the company when it is condemned by the competition authority for the infringement of the competition law. We will begin this analysis by providing an indispensable framework of the subject of restrictive competition practices; Then, based on the responsibility of the directors to the company in breach of the rules inherent to their duties, we dedicate our attention to the requirements of this responsibility, examining the duties of care and legality; Finally, we briefly consider the recent Law No. 23/2018 and we allude to the possibility of the civil liability of the directors towards those injured by the anti-competitive infringement.

All our work is based around the intersection between corporate law and competition law.

Keywords: civil liability of directors, restrictive practices of competition.

SIGLAS E ABREVIATURAS

Ac. - Acórdão

AdC – Autoridade da Concorrência

Al. - Alínea

Art. - Artigo

BJR – *Business Judgement Rule*

CC – Código Civil

CE – Comissão Europeia

CSC - Código das Sociedades Comerciais

CRP-Constituição da República Portuguesa

DdPE – Diretiva n.º 2014/104/UE do *Private Enforcement*

DSR – Direito das Sociedades em Revista

Ed. - Edição

EUA – Estados Unidos da América

Ibid. – *Ibidem*

I.e. - Isto é

jan. - janeiro

jul. - julho

LOSJ – Lei de Organização do Sistema Judiciário

mar. - março

N.º - Número

S.l. – *Sin Loco*

TCRS – Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

TFUE – Tratado de Funcionamento da União Europeia

TJ – Tribunal de Justiça

TUE – Tratado da União Europeia

TRL – Tribunal da Relação de Lisboa

Op. Cit. – *Opus citatum*

P. – Página

Par. – Parágrafo

Pp. – Páginas

Proc. – Processo

RC&R – Revista de Concorrência e Regulação

RJC - Regime Jurídico da Concorrência

RIC – Regulamentos de Isenção por Categoria

ROA – Revista da Ordem de Advogados

Ss. – Seguintes

UE – União Europeia

V. – *Vide*

V.g. – *Verbi Gratia*

Sumário

RESUMO

SIGLAS E ABREVIATURAS

| | |
|---|----|
| Introdução | 1 |
| CAPÍTULO I – As práticas restritivas da concorrência | 4 |
| 1. Considerações Gerais | 4 |
| 2. Pressupostos | 5 |
| 2.1 Empresa..... | 6 |
| 2.2 Acordo..... | 7 |
| 2.3 Restrição sensível da concorrência..... | 8 |
| 3. Consequência..... | 9 |
| CAPÍTULO II – A responsabilidade dos administradores para com a sociedade pelas práticas restritivas da concorrência | 12 |
| 1. Enquadramento do tema..... | 12 |
| 2. Pressupostos | 13 |
| 2.1 Facto..... | 14 |
| 2.2 Ilicitude..... | 15 |
| 2.2.1 Dever de cuidado..... | 15 |
| i. Dever de vigilância..... | 16 |
| ii. Dever de atuação procedimentalmente correta..... | 17 |
| iii. Dever de tomar decisões razoáveis..... | 18 |
| 2.2.2 Dever de legalidade | 19 |
| 2.3 Culpa | 21 |
| 2.4 Dano | 22 |
| 2.5 Nexo de causalidade..... | 23 |
| 3. Consequência..... | 23 |
| CAPÍTULO III – O <i>Private Enforcement</i> | 25 |
| 1. Breve análise à Lei nº 23/2018..... | 25 |
| 2. A responsabilidade civil das empresas e dos seus administradores pelas práticas restritivas da concorrência | 27 |
| 3. A aplicação do <i>private enforcement</i> em Portugal..... | 29 |
| Conclusão | 31 |
| Bibliografia | 35 |

Introdução

Ainda que o tópico da nossa dissertação pareça, à primeira vista, algo circunscrito, são vários os problemas que pretendemos tratar, sendo nosso intento primordial analisar a responsabilidade dos membros da administração, no âmbito das práticas restritivas, de maneira transversal, focando-nos no regime jus-concorrencial e no regime societário nacional.

Esta análise revela-se fulcral no nosso ordenamento jurídico, sobretudo, a partir do momento em que se publicou a nova Lei nº23/2018¹ sobre o direito a indemnização por infração à concorrência, esperando-se uma ampliação do número de ações de indemnização, mas também de incertezas, em particular no que respeita à responsabilidade dos administradores. Apesar do interesse e da complexidade que este tema revela, é pouca a doutrina no que se refere à responsabilidade dos administradores no campo específico das práticas restritivas da concorrência, aquando do estudo do regime geral da responsabilidade civil dos administradores. Daí a escolha desta problemática para tema desta dissertação de mestrado para a qual pretendemos obter contornos mais claros.

Com a transposição da DdPE para o ordenamento jurídico português era importante voltar a explorar questões outrora levantadas por alguns autores portugueses². A primeira questão tem a ver com o problema central do trabalho, referimo-nos à possibilidade do administrador ser responsável para com a sociedade no âmbito das práticas restritivas da concorrência. Relativamente ao segundo quesito, sobre o qual nos debruçaremos, ainda que de forma breve, na terceira parte do trabalho, interrogamo-nos sobre a hipótese de os administradores poderem ser diretamente responsáveis perante os terceiros lesados pelos atos anticoncorreciais da empresa por eles administrada.

Para uma melhor compreensão, todo o desenvolvimento da nossa dissertação deve ser entendido, a partir de uma situação hipotética: a empresa participa num acordo restritivo da concorrência, é investigada e punida pela AdC, resultando daí prejuízo. Tanto para a empresa que é sancionada, como para os potencialmente lesados pela prática – estamos a referir-nos aos seus concorrentes, aos consumidores. É nossa opinião que a empresa pode reclamar uma

¹Publicada a 5.06.2018, a Lei nº 23/2018 transpõe a Diretiva n.º 2014/104/UE, designada comumente Diretiva de *Private Enforcement*, procede à primeira alteração à Lei n.º 19/2012, de 8 de maio (RJC), e à quarta alteração à Lei n.º 62/2013, de 26 de agosto (LOSJ).

²Particularmente, Elisabete Ramos, in “Práticas restritivas da concorrência e deveres dos administradores de sociedades”, DSR, ano 6, Vol. II, 2014, 107-148. Mas também, J. M. Coutinho de Abreu, in “*Private enforcement of competition law in Portugal*”, in L. A. Velasco San Pedro and others (ed.), *Private enforcement of competition law*, Lex Nova, Valladolid, 2011, p. 101.

compensação pelos danos aos seus administradores, nos termos do art. 72.º do CSC. Por seu lado, os lesados pelo ato anticoncorrencial podem exigir uma indemnização à empresa infratora com base no art. 3.º da Lei nº23/2018, mas, conjeturalmente, também o podem exigir aos administradores que decidiram ou ignoraram a participação da sociedade no ato violador das regras concorrenciais. Isto é possível não porque os administradores tenham deveres perante terceiros, veremos que eles têm deveres unicamente para com a sociedade dada a relação fiduciária e orgânica existente entre eles, mas porque consideramos as normas da concorrência como normas de proteção legal de interesses alheios, permitindo invocar aqui a responsabilidade dos administradores perante terceiros nos termos do art. 79.º do CSC.

A existência de concorrência é imprescindível à promoção da eficácia produtiva e à inovação nos produtos e serviços, logrando ser um dos estimuladores do crescimento e do desenvolvimento económico. Basta pensarmos que cada operador económico, que atua no mercado em concorrência, quer vender os seus produtos e/ou serviços em maior quantidade que os seus concorrentes. Para tal, é impelido a ser mais eficiente de forma a conseguir, v.g., produzi-los com menor custo praticando menores preços para atrair mais clientes, ou então ser mais inovador, introduzindo diferenciação nos seus produtos e/ou serviços de modo a oferecer mais valor acrescentado aos seus clientes. Pelo contrário, a inexistir concorrência assistiríamos a todo o tipo de ineficiências, obrigando, muitas vezes, as autoridades da concorrência a implementar medidas de regulação de modo a evitar prejuízos para a economia, em geral, e para os seus atores.

Não obstante, as empresas, nos dias de hoje, sentem maiores dificuldades para chegar ao seu público-alvo. Assistimos ao surgimento de novos meios de comunicação e marketing, assomam-se novas formas das empresas publicitarem e venderem os seus produtos e/ou serviços, mas, quanto maior se revelar a competição e a concorrência, só aqueles com maior poder económico conseguem vingar no mercado. Aqueles que, eventualmente, não conseguem subsistir e perdurar, encerram o seu negócio ou procuram outros meios para se conseguirem manter no mercado, v.g. fazendo uso de contratos de distribuição dos produtos e/ou serviços que as empresas negociam com terceiros, para se poderem localizar num espaço geográfico distinto do seu e aí vender os seus produtos e/ou serviços, alargando, de forma potencial, a sua clientela, ou recorrendo a operações de concentração e reorganização societária. Contudo, há empresas que preferem recorrer a outras soluções não tão conformes com a lei, particularmente com o Direito da Concorrência, atuando através de acordos anticoncorrenciais que conduzem à diminuição da concorrência e, conseqüentemente, à

limitação de escolha dos consumidores, pois estes acabam afetados pelo aumento dos preços e pela falta de alternativas àqueles produtos e/ou serviços. Vejamos, por exemplo, o caso dos cartéis³: duas ou mais empresas chegam a acordo para repartirem o mercado ou combinam preços de venda dos seus produtos e/ou serviços, violando o princípio da autonomia da estratégia empresarial na concorrência, segundo o qual cada operador económico deve decidir independentemente e autonomamente a sua política de mercado. O facto de determinados agentes económicos atuarem em cartel dificulta a entrada de outros operadores económicos no mercado que até podiam oferecer bens e/ou serviços alternativos e a preços mais diminutos; estes tipos de acordo restritivos da concorrência são considerados os mais graves pelas AdC.

Quando as empresas adotam comportamentos que violam o Direito da Concorrência, tanto através de acordos como o referido *a priori* ou, até mesmo, através de práticas individuais como o abuso de posição dominante; estamos perante condutas que são proibidas tanto pelo Direito Europeu da Concorrência - arts. 101.º e 102.º do TFUE -, como pelo Direito Nacional da Concorrência – arts. 9.º e 11.º do RJC -, e são designadas práticas restritivas da concorrência. As primeiras são práticas coletivas e envolvem sempre uma ou mais empresas, enquanto as segundas, designadas práticas restritivas individuais, pautam-se, normalmente, pela atuação anticoncorrencial de apenas uma empresa que, dada a sua posição no mercado e o seu poder económico, tem a possibilidade de, v.g., praticar preços predatórios de forma a prejudicar os seus concorrentes, eliminando do mercado aqueles que não conseguem competir com tais preços, assumindo uma posição cada vez mais dominante.

É nosso propósito focarmo-nos, apenas, nas práticas restritivas da concorrência coletiva⁴. Para cumprir tal desígnio, logo no primeiro capítulo, começamos por definir práticas restritivas de concorrência; de seguida, abordamos, sinteticamente, os trâmites do processo de condenação de uma sociedade por infração à concorrência (art. 9.º do RJC) e analisamos as suas consequências, tanto para a empresa como para os seus administradores⁵.

³Segundo o art. 2º, al. e) da Lei nº 23/2018, o cartel consiste num “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 (...), 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”.

⁴Daqui em diante quando nos referirmos a práticas restritivas da concorrência estamos a aludir às práticas restritivas coletivas previstas e proibidas pelo art. 9.º do RJC.

⁵Referirmo-nos aqui a administradores, num sentido amplo do termo, englobando os administradores, os gerentes, diretores e outros titulares dos órgãos de gestão das sociedades, de forma simplificar e a abranger ao mesmo tempo a pluralidade de designações existentes no direito português.

A responsabilidade dos administradores assenta em 3 linhas fundamentais: a responsabilidade para com a sociedade (art. 72º e ss do CSC), a responsabilidade para com os credores (art. 78º do CSC) e a responsabilidade para com os sócios e terceiros (art. 79º do CSC).

Dedicaremos o segundo capítulo deste trabalho à responsabilidade dos administradores para com a sociedade. A este propósito, vamos discernir sobre a relação entre o administrador e a sociedade, e, fundamentalmente, examinar os pressupostos para a sua responsabilidade e as respetivas consequências. Centramos a nossa reflexão nos deveres dos administradores face à sociedade que, na nossa opinião, são preteridos quando os mesmos tomam decisões empresariais que violam a proibição legal de práticas restritivas da concorrência ou ignoram a sua violação, nada fazendo para a dirimir – são eles o dever de cuidado previsto no art. 64.º CSC, al. a) e o dever de legalidade que, embora não se encontre consagrado na lei, não parece haver dúvidas sobre a sua existência.

Por fim, olhamos sumariamente para a supramencionada Lei n.º 23/2018, dando enfoque aquelas que, para nós, são as principais novidades, fazendo um breve enquadramento da aplicação do *private enforcement* em Portugal e arguindo sobre a possibilidade de responsabilidade civil dos administradores perante os lesados pela infração anticoncorrencial.

CAPÍTULO I – As práticas restritivas da concorrência

1. Considerações Gerais

O direito da concorrência é um ramo do direito cujas normas intentam proteger o “processo de concorrência”⁶ com o objetivo de maximizar o bem-estar do consumidor⁷.

A política de defesa da concorrência está intimamente ligada à construção da comunidade europeia, mormente ao nível do mercado interno. Uma concorrência sem distorções é o

⁶Na visão de Abel M. Mateus, a concorrência é entendida como o “mecanismo básico de funcionamento da economia de mercado (...) em que cada empresa decide autonomamente das suas concorrentes as variáveis sob o seu controlo, tais como preços, quantidades, investimentos, mercados geográficos e de clientes, atividades de marketing, de forma a maximizar o lucro dessa mesma empresa.” MATEUS, Abel M., “Sobre os fundamentos do direito e economia da concorrência”, Revista OA, Ano 66 - Vol. III - dez. 2006. Por sua vez, Miguel Moura e Silva, definiu a concorrência como: “um processo de rivalidade, em que dois ou mais agentes disputam entre si a preferência de um cliente na venda dos respetivos bens ou serviços.” SILVA, Miguel Moura e (2018), *Direito da Concorrência*, Lisboa: AAFDL, p.29.

⁷EASTERBROOK, Frank H., Daniel R. Fischel, "Antitrust Suits by Targets of Tender Offers," 80 Michigan Law Review 1155, 1982, p. 1157. WHISH, Richard, David Bailey (2015), *Competition Law*, eighth edition, s.l.: Oxford University Press, p.1.

instrumento essencial para a concretização da integração dos mercados ao nível da UE, conduzindo ao incremento do bem-estar social e a uma alocação mais eficiente dos recursos⁸.

Como vimos, as empresas tendem a atuar de modo a colocar em risco a concorrência eficiente e livre⁹. O objetivo das empresas sempre que usam meios que não são permitidos pelo Direito da Concorrência passa por obterem vantagens sobre os seus concorrentes, prejudicando a competitividade, reduzindo o bem-estar dos consumidores, e penalizando a economia em geral, em busca de maiores vantagens para o seu negócio. Sumariamente, “através de tais práticas ilícitas, as empresas procuram furtar-se ou mitigar os efeitos fisiológicos da concorrência¹⁰”.

Cabe ao Direito da Concorrência, nestas situações, verificar se as empresas que estão num determinado mercado a vender bens e a prestar serviços se comportam em concorrência, isto é, se atuam de forma unilateral e autónoma e não através de acordos e práticas que podem restringir a concorrência no mercado. Por outras palavras, há violação da livre concorrência quando o comportamento adotado pela empresa afeta o supracitado princípio da autonomia da estratégia empresarial¹¹.

Todavia, quando as empresas adotam comportamentos anticoncorrenciais, as entidades reguladoras como a AdC, em Portugal, têm como dever principal investigar e punir estas práticas¹².

2. Pressupostos

O Regime Jurídico da Concorrência Nacional é, atualmente, regulado pela Lei nº 19/2012 de 8 de maio e pelos arts. 101.º e ss do TFUE.

É sabido que o Direito da Concorrência assenta em quatro pilares fundamentais¹³: proibir acordos¹⁴ restritivos da concorrência (arts. 9º do RJC e 101º do TFUE) proibir abusos de

⁸Distinguindo as múltiplas finalidades de uma política de defesa da concorrência, sobretudo, ao nível da UE: PAIS, Sofia Oliveira (2011), *Entre a inovação e a concorrência em defesa de um modelo europeu*, Lisboa: Universidade Católica Editora, cap. II, parte I, pp. 61 ss.

⁹CAMPOS, João Mota de, João Luiz de Mota de Campos, António Pinto e Pereira (2014), *Manual de Direito Europeu O sistema institucional, a ordem jurídica e o ordenamento económico da União Europeia*, 7ª ed., s.l.: Coimbra Editora, p. 618. Segundo estes autores, temos uma concorrência efetiva e eficaz “se às empresas for assegurada *liberdade de acesso ao mercado* e se elas dispuserem de *liberdade de ação* necessária para autonomamente tomarem as suas decisões; e se, em correspondência com esta liberdade das empresas, os consumidores utilizadores puderem exercer a *liberdade de escolha em função do preço e da qualidade* dos bens e serviços que lhes são propostos”. (itálicos no original)

¹⁰RAMOS, Maria Elisabete, “Situação do “*private enforcement*” da concorrência em Portugal”, RC&R, pp. 27-83, Ano VII, Nº 27-28, jul. – dez. 2016, p. 28.

¹¹Neste sentido v. Sumário do Ac. do TRL de 7.11.2007, proc. nº 7251/2007-3, relator Carlos Almeida.

¹²V. art. 5.º do RJC e 1º e 6º dos Estatutos da AdC.

posição dominante que restrinjam a concorrência (arts. 11º do RJC e 102º do TFUE); controlar as concentrações de empresas (art. 36º e ss do RJC e Regulamento sobre as Concentrações¹⁵); proibir auxílios públicos (arts. 65.º RJC e 107.º do TFUE). No âmbito do Direito da Concorrência Nacional, encontramos mais um pilar: a proibição do abuso de dependência económica (art. 12º do RJC). Estes comportamentos, quando restrinjam ou distorçam de forma sensível a concorrência no mercado, ou quando sejam suscetíveis de resultar em restrições concorrenciais, independentemente de tal efeito ter sido pretendido ou de se ter efetivamente verificado, constituem formas ilícitas das empresas se comportarem nos mercados¹⁶.

Nos termos do nº1 do art. 9º previsto no RJC “são proibidos os acordos entre empresas, as práticas concertadas entre empresas e as decisões de associações de empresas que tenham por objeto ou como efeito impedir, falsear ou restringir de forma sensível a concorrência no todo ou em parte do mercado nacional”. Elenca ainda este nº1 as situações em que podem consistir tais acordos, tendo em conta o seu objetivo imediato - v.g. fixação de preços¹⁷.

2.1 Empresa

A proibição da norma do art. 9.º do RJC dirige-se ao comportamento das empresas, e como tal exige-se que a entidade que potencialmente restringiu a concorrência seja uma empresa nos termos do art. 3º do RJC, a saber: são entidades que exercem uma atividade económica (ofereçam bens ou serviços num determinado mercado¹⁸), “independentemente do seu estatuto jurídico e do seu modo de financiamento¹⁹”.

O conceito de empresa aqui utilizado é específico do Direito da Concorrência e não deve ser confundido com aquele que é utilizado noutros ramos do direito como o Direito

¹³WHISH, Richard, David Bailey (2015), *op. cit.*, p. 3.

¹⁴O “acordo” entendido em sentido amplo, engloba os acordos entre empresas em sentido estrito, as práticas concertadas ou decisões de associações de empresas.

¹⁵Regulamento (CE) n.º139/2004 do Conselho, 20.01.2004, relativo ao controlo das concentrações de empresas.

¹⁶Para o autor José L. Caramelo Gomes, a prática anticoncorrencial “é qualquer tipo de comportamento por operador ou conjunto de operadores que tenha em vista a obtenção e exploração, singular ou coletiva, do poder de mercado, ou seja, o poder de manter o preço dos seus produtos acima do preço que seria praticado num mercado competitivo”. GOMES, José Luís Caramelo (2010), *Lições de Direito da Concorrência*, s.l.: Almedina, p.54.

¹⁷Para uma maior explicitação sobre as características do tipo de acordos enumerados no nº1, do art. 9.º do RJC, v. GOMES, José Luís Caramelo (2010), *ibid.*, p. 56 e ss.

¹⁸Sobre a definição de mercado v. Comunicação da Comissão (97/C 372/03), 09.12.1997, relativa à definição de mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência.

¹⁹Para mais desenvolvimentos sobre o conceito de empresa v. MONIZ, Carlos Botelho (Coord.) (2016), *Lei da Concorrência Anotada*, Coimbra: Almedina, pp. 31-35 e TJ, ac. Wouters, proc. C-309/99, 19.02.2002, par. 46 ss.

Comercial²⁰. Nestes termos Miguel Mendes Pereira, define a empresa, *para efeitos do Direito da Concorrência, [como] a destinatária de normas jusconcorrenciais correspondentes a um conjunto organizado de elementos humanos, materiais e imateriais, ordenados funcionalmente para o exercício de um atividade económica que se traduza em qualquer prestação efetuada contra remuneração no circuito de produção, distribuição ou troca de bens*²¹.

No âmbito de aplicação do RJC a empresa é entendida como uma unidade económica (art. 3.º/2 do RJC), isto é, considera-se uma única empresa o conjunto de empresas que, embora juridicamente distintas, constituem uma unidade económica (grupo económico) ou mantêm entre si laços de interdependência decorrentes de alguma das situações previstas nas alíneas do n.º2, do art.3º do RJC. Deste modo, é irrelevante para a aplicação do art. 9º do RJC as relações entre as empresas do mesmo grupo, e se elas não tiverem autonomia de decisão no mercado, são consideradas uma única empresa²².

2.2 Acordo

Chegados à conclusão de que as partes envolvidas são empresas, temos de olhar para a sua conduta e concluir se esta constitui ou não um acordo, ou uma prática concertada entre empresas ou decisão de associações de empresas (9º/1 RJC).

A noção do acordo, em sentido restrito, exige apenas a “concordância de vontades” entre as partes para atuarem num certo sentido, sendo desnecessária a existência de uma convenção juridicamente vinculativa, isto é, a forma como este acordo se manifesta é irrelevante²³. Integram-se aqui os contratos, mas também outros meios de entendimento informais e sem carácter vinculativo, estejam ou não em vigor. Os acordos podem ser verticais - entre empresas em diferentes níveis da cadeia de produção ou de distribuição - ou horizontais (cartéis) entre empresas concorrentes, isto é, no mesmo nível da cadeia de produção ou de distribuição²⁴.

Além disso, o comportamento anticoncorrencial das empresas pode traduzir-se, quer em atos isolados quer numa série de comportamentos que constituem expressão de uma “infração

²⁰PEREIRA, Miguel Mendes (2009), *Lei da Concorrência – Anotada, s.l.:* Coimbra Editora, p. 67.

²¹PEREIRA, Miguel Mendes (2009), *Ibid.*, pp. 70-71.

²²V. neste sentido SILVA, Miguel Moura e (2018), *Ibid.*, pp. 245-246 e TJ, ac. Akzo, C-97/08, 10.09.2009, n.ºs 54 ss.

²³V. MONIZ, Carlos Botelho (Coord.) (2016), *Lei da Concorrência...*, op. cit., pp. 84 ss e TJ, ac. Bayer, C-2 e 3/01, 6.01.2004, n.ºs 83 e ss, 92, 96-107,141-146.

²⁴PEREIRA, Miguel Mendes (2009), *op. cit.*, p. 87.

única e complexa²⁵”. Esta noção de acordo é objetiva, não relevando os “motivos reais (e as intenções escondidas) que subjazem ao comportamento adotado e que são irrelevantes²⁶”.

No que respeita às “decisões de associações de empresas” podemos defini-las como atos pelos quais os membros de uma associação coordenam a sua conduta no mercado, por exemplo, através da emissão de resoluções. Não se afigura necessário que a resolução apresente efeitos jurídicos obrigatórios²⁷, “bastando que tenha como objeto ou efeito influenciar o comportamento comercial dos seus membros²⁸”.

Diz-se existir uma prática concertada quando o comportamento das empresas resulta de uma “forma de coordenação entre empresas que, sem terem chegado a uma fase de conclusão de um acordo propriamente dito, substituem conscientemente os riscos de concorrência entre si, por uma cooperação prática²⁹”.

2.3 Restrição sensível da concorrência

Estabelecida a existência de um acordo, temos de demonstrar se o acordo em causa tem por objeto ou efeito impedir, falsear ou restringir a concorrência³⁰.

Se o acordo concluído teve como objetivo restringir a concorrência não é necessário provar os seus efeitos sobre a concorrência³¹. No entanto, se não for possível estabelecer um objeto anticoncorrencial exige-se a prova dos efeitos restritivos do acordo na concorrência³² – “é necessário comprovar uma afetação da concorrência afetiva ou potencial de magnitude tal que sejam de esperar, com um grau de probabilidade razoável, efeitos negativos sobre os principais parâmetros da concorrência – preços, produção (...) - com impacto na entrada de

²⁵V. neste sentido, TJ, ac. Anic, C-49/92, 8.07.1999, pars. 40-43, 112-114.

²⁶V. Decisão 2003/207/CE da Comissão, 24.07.2002, Gases Industriais e Medicinais.

²⁷V. MONIZ, Carlos Botelho (Coord.) (2016), *op. cit.*, pp. 91 ss.

²⁸PEREIRA, Miguel Mendes (2009), *op. cit.*, p. 90.

²⁹V. MONIZ, Carlos Botelho (Coord.) (2016), *ibid.*, pp. 91 ss e TJ, ac. ICI c Comissão, proc. n.º 48/69, 14.07.1972, par. 64.

³⁰Neste sentido, PEREIRA, Miguel Mendes (2009), *ibid.*, p. 90.

³¹As restrições por objeto são aquelas que “(...) pela sua natureza, podem restringir a concorrência. (...) têm um elevado potencial em termos de efeitos negativos na concorrência e relativamente às quais não é necessário (...) demonstrar os seus efeitos concretos no mercado. Esta presunção baseia-se na natureza grave da restrição e na experiência que demonstra ser provável que as restrições da concorrência por objetivo tenham efeitos negativos no mercado e contrariem os objetivos das regras comunitárias da concorrência”. V. Comunicação da Comissão - Orientações sobre a aplicação do n.º 3 do art. 81.º (2004/C 101/08), 27.04.2004, par. 21- 22.

³²“No caso das restrições da concorrência por efeito, não existe qualquer presunção de efeitos anticoncorrenciais.” Comunicação (2004/C 101/08), *cit.*, par. 24.

novos agentes económicos no mercado ou na expansão dos agentes já estabelecidos”³³. Logo, estas condições não são cumulativas, mas sim alternativas³⁴.

Por fim, o acordo deve restringir de forma “sensível” o mercado (art. 9º/1 in fine, do RJC), concludentemente, o acordo só será proibido se a limitação introduzida às regras da concorrência for significativa. A comunicação de *minimis*³⁵ fixa limiares de quotas de mercado abaixo dos quais a Comissão considera que uma restrição não restringe sensivelmente a concorrência. Quer isto dizer que os acordos de menor importância - aqueles que fiquem abaixo dos referidos limiares - beneficiam de uma isenção genérica (Regra de *Minimis*)³⁶. A referida comunicação não abrange os acordos que tenha como objetivo impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno³⁷.

3. Consequência

Uma vez verificados todos os pressupostos supra explanados, achamo-nos perante um acordo restritivo da concorrência proibido pelo art. 9º RJC, que será nulo, nos termos do nº 2 do art.9º, exceto se satisfizer os critérios de justificação presentes no art. 10.º/1 do RJC ou de isenção de um RIC.

Um acordo restritivo da concorrência pode ser justificado nos termos do art. 10º, nº1 do RJC quando contribua para melhorar a produção ou a distribuição de bens ou serviços ou promova o desenvolvimento técnico ou económico desde que, e enquanto, respeite cumulativamente as condições enumeradas nesse mesmo número. Segundo o 10º/2 do RJC «compete às empresas ou associações de empresas que invoquem o benefício da justificação fazer prova do preenchimento das condições previstas».

Acrescenta o nº3 do artigo 10.º RJC que são considerados justificados os acordos entre empresas, as práticas concertadas entre empresas e as decisões de associações de empresas proibidos pelo art.9.º que, embora não afetando o comércio entre os Estados membros, preencham os restantes requisitos de aplicação de um regulamento adotado nos termos do disposto no n.º 3 do artigo 101.º do TFUE³⁸.

³³PEREIRA, Miguel Mendes (2009), *op. cit.*, p.104.

³⁴PEREIRA, Miguel Mendes (2009), *ibid.*, p.102.

³⁵Comunicação da Comissão relativa aos acordos de pequena importância que não restringem sensivelmente a concorrência nos termos do n.º 1 do artigo 101.º do TFUE (JO 2014 C 291), 30.08.2014.

³⁶MONIZ, Carlos Botelho (Coord.) (2016), *op. cit.*, pp. 97 ss.

³⁷V. TJ, ac. Expedia, C- 226/11, 13.12.2012.

³⁸O Regulamento (UE) N° 330/2010, 20.04.2010, relativo à aplicação do art. 101.º, n.º 3, do TFUE a determinadas categorias de acordos verticais e práticas concertadas é o exemplo de um RIC.

Justificado, nos termos da lei, o acordo será válido e aplicável enquanto tais condições justificativas se verificarem. Contudo, se o acordo não for isento pelo artigo 10.º do RJC, e se se enquadrar na proibição do art.9º do RJC, não será só nulo, podendo a empresa ser alvo das seguintes sanções: sanção pecuniária - coima (arts. 67.º e 68º/1/a) e 69º/2 do RJC), sanções acessórias (art. 71º do RJC) ou pecuniária compulsória e (art. 72º do RJC), não esquecendo as possíveis medidas de conduta ou estruturais (art. 29º/4/5 do RJC).

As empresas participantes na infração anticoncorrencial podem ser punidas com coima que pode atingir 10% do volume de negócios (art. 69.º/2 do RJC). Ademais, também os titulares dos órgãos de administração das pessoas coletivas e entidades equiparadas, bem como os responsáveis pela direção ou fiscalização de áreas de atividade em que seja praticada alguma contraordenação podem ser alvo de coimas cujo valor pode atingir 10% da respetiva remuneração anual auferida pelo exercício de funções na empresa infratora, no último ano completo em que se tenha verificado a prática proibida, quando tenham sido executores da infração nos termos da alínea a) do n.º2, 73º do RJC, isto é, participem ativamente no acordo anticoncorrencial levado a cabo pela empresa na qual assumem uma posição de liderança ou tendo/devendo ter conhecimento da prática da infração, não adotem as medidas adequadas para lhe pôr termo imediatamente (arts. 69.º/4 e 73º do RJC)³⁹.

É de salientar o Programa de Clemência adotado no âmbito dos cartéis. Encontra-se, atualmente, previsto no capítulo VIII do RJC (arts. 75.º a 82.º), e estabelece o regime jurídico da dispensa ou redução da coima em processos de contraordenação por infração às regras de concorrência. Devido ao facto de os cartéis serem de difícil deteção e prova, o intento deste programa pauta-se por estimular as empresas participantes a delatar ou a fornecer provas contra o cartel. Na verdade, ao incentivar a cooperação das empresas, revela-se um dos instrumentos mais importantes no combate aos cartéis. No direito nacional, este regime de clemência está previsto apenas para os cartéis, diferentemente do anteriormente estipulado⁴⁰.

O art. 75.º do RJC estabelece as condutas que podem beneficiar de dispensa ou de atenuação especial da coima. Tanto as empresas como as pessoas (art.79.º do RJC), visadas por um processo de contraordenação que decidam colaborar com o esforço investigatório da

³⁹ Gonçalo Anastácio e Alberto Saavedra, admitiram que a norma que responsabiliza os administradores deve ser interpretada restritivamente: "(...) aplicando-se as coimas única e exclusivamente às infrações mais graves, i.e. cartéis. Na verdade, nem sempre é óbvia a ilicitude jus-concorrencial, designadamente quando esteja em causa um abuso de posição dominante ou uma prática anticoncorrencial vertical (i.e., entre empresas que não são concorrentes)". ANASTÁCIO Gonçalo, Alberto Saavedra "A nova lei da concorrência portuguesa - Notas Preliminares", ROA, Ano 73, jan. - mar., 2013, I, p. 340.

⁴⁰ V. art. 2º da Lei nº39/2006 e MONIZ, Carlos Botelho (Coord.) (2016), *op. cit.*, p. 702 *in fine*.

AdC no âmbito do Programa de Clemência, devem cumprir as condições previstas na lei (art. 77.º/2/3 do RJC): a empresa que denuncie à AdC um cartel em que tenha participado com o objetivo de obtenção da dispensa total de coima (imunidade) deverá fornecer informações e elementos de prova à autoridade; na hipótese de redução de coima, a empresa prestará “informações e provas de valor adicional significativo” (art. 78.º RJC).

Acompanhamos Elisabete Ramos, quando afirma que os acordos ou práticas concertadas que beneficiam da decisão administrativa de dispensa ou redução de coima no âmbito de um programa de clemência continuam a constituir factos ilícitos – “o regime de clemência não constitui uma causa de exclusão ou de limitação de responsabilidade civil”⁴¹. Significa isto que os consumidores ou fornecedores lesados pela empresa beneficiária (da clemência) continuarão a ter a possibilidade de exigir uma indemnização pelos danos causados pelo acordo restritivo, nos termos da Lei nº23/2018. Mas não é só, pois também a sociedade continuará a poder exigir uma indemnização aos administradores, nos termos do art. 72º/1 do CSC, pelos danos causados pela prática anticoncorrencial, ainda que na devida proporção “do montante correspondente ao que lhe foi perdoado”, i.e., se a dispensa for total, a sociedade não pode pedir indemnização ao administrador por danos que não suportou, mas se a coima for apenas reduzida, mantém-se o pressuposto do dano uma vez que a sociedade continua a ter de pagar parte da coima com os prejuízos subsequentes, mantendo-se a possibilidade de responsabilizar civilmente o administrador⁴².

Em Portugal, são diminutas as decisões da AdC que apliquem uma sanção pecuniária aos representantes legais das empresas participantes numa infração às regras da concorrência. A primeira vez que tal ocorreu foi em 2009, no processo conhecido como “cartel das cantinas”⁴³. No comunicado de imprensa que acompanhou a adoção da decisão, a AdC fez saber que o principal objetivo por si visado ao aplicar coimas aos representantes legais das empresas sancionadas, é o de evidenciar que quem administra empresas deve fazê-lo no âmbito das regras de concorrência, procurando assim prevenir os ilícitos jusconcorreciais. Segundo a AdC, a gravidade das infrações imputadas a estas pessoas singulares decorre “das práticas restritivas que deviam ter evitado, em razão da sua posição de liderança nas empresas arguidas”⁴⁴.

⁴¹RAMOS, Maria Elisabete, “Práticas Restritivas da concorrência e deveres dos administradores de sociedades”, DSR, ano 6, Vol. II, 2014, p. 143.

⁴²RAMOS, Maria Elisabete, “Práticas Restritivas da concorrência...”, *op. cit.*, p. 144.

⁴³Processo contraordenacional nº PRC 2007/02, 24.12.2009.

⁴⁴Comunicado da AdC nº24/2009.

É também de assinalar que se tratou da primeira decisão condenatória em Portugal adotada ao abrigo do “regime jurídico da clemência”, criado pela Lei n.º 39/2006, de 25 de Agosto: o denunciante - administrador de uma das empresas infratoras -, foi dispensado da aplicação de qualquer sanção por ter fornecido informações e elementos de prova sobre os comportamentos em causa antes da Autoridade ter iniciado qualquer investigação.

No processo judicial Cantinas II, refletido na sentença do TCRS de 19/7/2013, proc. 88/12.1YUSTR, o TCRS manteve condenação por intercâmbio de informações entre as empresas⁴⁵.

O processo designado por “Formulários”⁴⁶ é outro exemplo de condenação pela AdC dos membros de administração das empresas em causa, nos termos do artigo 47.º, n.º 3 da Lei n.º 18/2003, por terem conhecimento das práticas restritivas da concorrência e se absterem de as impedir.

Mais recentemente, no final de 2018, a AdC condenou a Fidelidade – Companhia de Seguros, S.A. e a Multicare – Seguros de Saúde, S.A., ao pagamento de coimas num total de 12 milhões de euros por práticas restritivas da concorrência de repartição de mercados através da alocação de clientes, no segmento dos seguros contratados por grandes clientes empresariais nos sub-ramos acidentes de trabalho, saúde e automóvel. Relativamente às restantes três empresas e restantes titulares de órgãos de administração ou direção das empresas contra os quais foi emitida Nota de Ilícitude, o processo prossegue⁴⁷.

Em suma, uma empresa participante num dos acordos proibidos pelo art. 9º do RJC e os seus administradores suportarão, certamente, as consequências supraditas previstas no RJC, a não ser que o acordo seja justificado nos termos desta mesma lei.

CAPÍTULO II – A responsabilidade dos administradores para com a sociedade pelas práticas restritivas da concorrência

1. Enquadramento do tema

As sociedades comerciais apresentam um conjunto de órgãos sociais⁴⁸ de que carecem para o seu funcionamento. Entre eles, surge o órgão de Administração a quem “compete

⁴⁵FORTE, André, “Jurisprudência Geral”, RC&R, Ano III, nº 11/12, jul.- dez. 2012, p. 461.

⁴⁶Processo contraordenacional nº PRC 2010/08, 13.12.2012.

⁴⁷Comunicado da AdC nº 22/2018.

⁴⁸Nas palavras de José Engrácia Antunes, “(...) os órgãos sociais constituem centros de atribuição de poderes funcionais responsáveis pela formação e execução da vontade juridicamente imputável a uma sociedade comercial”. ANTUNES, José Engrácia (2016), *Direito das Sociedades*, 6ª ed., Porto: s.n., p. 315.

genericamente a gestão da empresa societária e a prossecução do respetivo objeto, além da sua representação no tráfico jurídico geral (arts. 192.º, 252.º, 259.º, 405.º, 406.º, 408.º, 431.º, 470.º do CSC)⁴⁹”, conquanto a administração e a representação da sociedade não competem em exclusivo a este órgão, “basicamente é a ele que competem”⁵⁰.

Vimos que a participação de uma empresa, num acordo anticoncorrencial, viola a norma proibitiva do art. 9.º do RJC e que daí advêm diversas consequências, resumindo: a empresa infratora pode ser condenada pela AdC ao pagamento de uma coima ou de uma sanção pecuniária compulsória; pode ser-lhe imposta uma sanção acessória de privação do direito de participar em determinados procedimentos concursais (arts. 68.º, ss. do RJC), além disso, como veremos posteriormente, há a possibilidade de ser obrigada ao pagamento de uma compensação aos lesados pela infração (Lei nº23/2018). Consequentemente, a empresa sofre danos que quer ver ressarcidos, mas a quem pode exigir a reparação destes danos? Os membros do órgão de administração e de representação da sociedade não são os destinatários diretos e imediatos das regras da concorrência, contudo as decisões empresariais tomadas por este órgão ou até omissões do dever de vigilância podem determinar que à sociedade sejam imputáveis infrações concorrenciais.

Assim, compreende-se que a decisão tomada pelo administrador de participação da empresa, num acordo anticoncorrencial ou o conhecimento de tal prática sem qualquer ato da sua parte para a dirimir, pode determinar a responsabilidade desse administrador perante a sociedade uma vez preenchidos os pressupostos de responsabilidade do art. 72.º do CSC. A nosso ver, nestas situações, os administradores não observam os deveres orgânicos que têm perante a sociedade nomeadamente, o dever de cuidado e o dever de legalidade correspondendo tal a um facto ilícito.

2. Pressupostos

De acordo com o preceito do art. 72.º do CSC sobre a responsabilidade civil dos administradores para com a sociedade, o administrador responde perante a sociedade “pelos danos a esta causados por atos ou omissões praticados com preterição dos deveres legais ou contratuais, salvo se provarem que procederam sem culpa”. É de evidenciar que o regime da

⁴⁹ANTUNES, José Engrácia (2016), *ibid.*, p. 316.

⁵⁰ABREU, J. M. Coutinho – “*Corporate governance* em Portugal”, IDET, *Miscelâneas* n.º 6, Almedina, Coimbra, 2010, p.16.

responsabilidade previsto no art. 72.º do CSC não se aplica apenas aos administradores de direito, aplicando-se também aos administradores de facto⁵¹.

Em Portugal, tem-se entendido que a responsabilidade dos administradores perante a sociedade é contratual⁵². O CSC institui a responsabilidade solidária quando há uma pluralidade de gestores responsáveis (art.73.º do CSC e arts. 512.º/ 1, 517.º/ 1, 519.º/1, 523.º do CC). Qualquer cláusula do contrato de administração, inserta ou não nos estatutos, que exclua ou limite a responsabilidade dos administradores, quer perante a sociedade, quer perante terceiros, é totalmente nula (art. 74.º/1 do CSC). Mas há três situações que podem levar à extinção da responsabilidade civil: a renúncia, a transação (art. 74º/2/3 do CSC e 1248.º do CC) e a prescrição (art.174.ºCSC e 318.º/d CC).

2.1 Facto

O facto constitutivo da responsabilidade dos administradores deve tratar-se de um ato voluntário (“um facto dominável ou controlável pela vontade”⁵³), sendo irrelevantes meros atos reflexos- os cometidos em estado de inconsciência - e os praticados sob o impulso de forças irresistíveis. Além disso, o ato deve ser causador de um dano, logo danoso.

O ato tanto pode consistir numa ação (*stricto sensu*), v.g. a decisão do administrador da sociedade em participar no acordo anticoncorrencial, como numa omissão (omissão propriamente dita) v.g do conhecimento de que a sociedade está a violar as regras da concorrência e a omissão de qualquer ato para travar tal situação (a omissão é a mais frequente).

Ademais, o ato danoso pode constituir responsabilidade, quer seja intencional (doloso), ou negligente (meramente culposos).

Esta responsabilidade caracteriza-se por ser uma responsabilidade funcional por incidir somente sobre os atos praticados pelos membros da administração no e por causa do exercício do cargo. Os atos praticados, fora do exercício das funções, são, em princípio, absorvidos pelo regime comum da responsabilidade civil ou até pelo regime penal. Além do mais, os

⁵¹COSTA, Ricardo, "Responsabilidade civil societária dos administradores de facto", Temas Societários, Colóquios n.º 2, IDET, Almedina, Coimbra, 2006, pp. 23 e ss.

⁵²VENTURA, Raul, Brito Correia, “Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades Anónimas e dos Gerentes de Sociedades por Quotas: estudo comparativo dos direitos alemão, francês, italiano e português: nota explicativa do capítulo II do decreto-lei nº 49.381 de 15 de novembro de 1969”, Suplemento aos BMJ n.ºs 192.º a 195,1970, p. 121.

⁵³VARELA, João de Matos Antunes (1998), *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, 9º ed., Coimbra: Almedina, p. 545.

administradores respondem por factos próprios não bastando a mera qualidade de membro do órgão de administração para a sua responsabilização⁵⁴.

Em suma, o facto – ato ou omissão do administrador – pode ser gerador de responsabilidade quando praticado com preterição de deveres legais ou contratuais, tornando o facto ilícito.

2.2 Ilícitude

O segundo pressuposto que nos propomos analisar é o da ilicitude - “consiste no juízo de valor negativo que a ordem jurídica emite acerca de determinada ação ou omissão⁵⁵”- do comportamento dos administradores que se funde na violação dos seus deveres perante a sociedade (art. 72.º/1 do CSC).

2.2.1 Dever de cuidado

De acordo com Elisabete Ramos, a “violação das regras da concorrência proibitivas de atos anticoncorrenciais (arts. 101.º e 102.º do TFUE e 9.º e 11.º do RJC) constitui, em regra, a violação de deveres de cuidado dos administradores⁵⁶”.

No âmbito da relação interna e orgânica existente entre o administrador e a sociedade emerge um conjunto de deveres aos quais os administradores devem obediência. No desempenho das suas funções, os membros da administração assumem riscos para tornar possível a obtenção de lucros⁵⁷, mas a assunção desses riscos deve estar “balizada desde logo pelo quadro de obrigações que devem nortear a atuação dos administradores⁵⁸”.

O dever de cuidado encontra-se plasmado na alínea a) do art. 64.º/1 do CSC e, conjuntamente com o dever de lealdade, integra a categoria dos “deveres legais” gerais. Na visão de Engrácia Antunes, os deveres gerais “representam fundamentalmente padrões ou “standards abstratos de conduta que balizam e conformam a atuação geral dos administradores e gerentes no exercício das suas funções”, enquanto os deveres específicos “impõem (aos administradores) uma determinada ação ou omissão concreta⁵⁹”.

⁵⁴RAMOS, Maria Elisabete, “Aspetos substantivos da responsabilidade civil dos membros do órgão de administração perante a sociedade”, Universidade de Coimbra, Boletim da Faculdade de Direito, ano 73, 1997, vol. LXXIII, p. 223 e ss.

⁵⁵OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto (2015), *Responsabilidade Civil dos Administradores Entre Direito Civil, Direito das Sociedades e Direito da Insolvência*, s.l.: Coimbra Editora, p. 34.

⁵⁶RAMOS, Maria Elisabete, “Práticas Restritivas da concorrência...”, *op. cit.*, p. 138.

⁵⁷COSTA, Ricardo, “Deveres gerais dos administradores e “gestor criterioso e ordenado”, I Congresso DSR, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 160 ss.

⁵⁸COSTA, Ricardo, *ibid.*, pp. 160 ss. V. também RAMOS, Maria Elisabete, “Aspetos substantivos da responsabilidade civil...”, *cit.*, pp. 233-234.

⁵⁹ANTUNES, Engrácia (2016), *op. cit.*, p. 332.

Nas palavras de Carneiro de Frada: “o cuidado que a lei manda ao administrador observar equivale a impor-lhe uma boa administração, uma administração cuidada, a condução da sua atividade de acordo com as boas ou as melhores práticas (*best practices*) da administração⁶⁰”. Por sua vez, Ricardo Costa define o dever de cuidado como a “obrigação dos administradores cumprirem, com diligência, as obrigações derivadas do seu ofício-função, de acordo com o máximo interesse da sociedade e com o cuidado que se espera de uma pessoa medianamente prudente em circunstâncias e situações similares⁶¹”. Tal dever implica que “os administradores não-de aplicar nas atividades de organização decisão e controlo societários, o tempo, o esforço e o conhecimento requeridos pela natureza das funções, as competências específicas e as circunstâncias⁶²”.

Na concretização do dever de cuidado, a lei manda atender à “disponibilidade”, à “competência técnica” e ao “conhecimento da atividade” adequado às suas funções (art. 64º/1/a) do CSC). Caso falte algum destes requisitos, o administrador pode ser responsabilizado e aquele que aceitar o cargo de administrador, embora sabendo que não preenche um destes requisitos – incorrendo na designada “*culpa in acceptando*⁶³” - já está a violar o dever de cuidado.

Seguimos a nomenclatura eleita por Coutinho de Abreu⁶⁴, que destaca no dever de cuidado: o dever de controlo ou vigilância organizativo – funcional, o dever de atuação procedimentalmente correta (para a tomada de decisões) e o dever de tomar decisões (substancialmente) razoáveis.

i. Dever de vigilância

O dever de controlo ou vigilância organizativo – funcional é aquele que obriga os administradores “a prestarem atenção à evolução económico-financeira da sociedade e ao

⁶⁰FRADA, Manuel Carneiro da, “A business judgement rule no quadro dos deveres gerais dos administradores”, ROA, 2007, Ano 67, Vol. I, p. 214.

⁶¹COSTA, Ricardo Santos, “Responsabilidade dos administradores e Business Jugement rule”, Reformas do Código das Sociedades Comerciais, Colóquios n.º 3, IDET, Coimbra: Almedina, 2007, p. 58.

⁶²ABREU, J. M. Coutinho de, “Deveres de cuidado e de lealdade dos administradores e interesse social”, IDET, Colóquios n.º 3 – Reformas do Código das Sociedades, Almedina, Coimbra, 2007, p. 19.

⁶³ALMEIDA, António Pereira de (2013), *Sociedades Comerciais, Valores Mobiliários, Instrumentos Financeiros e Mercados*, 7ª ed., s.l.: Coimbra Editora, p. 268.

⁶⁴ABREU, J. M. Coutinho de “Deveres de cuidado e de lealdade...”, *op. cit.*, p.20. Filipa Nunes Pinto, sugere outra divisão: entre deveres de vigilância e informação e deveres de responsabilidade decisória. PINTO, Filipa Nunes, “A responsabilidade civil dos administradores das sociedades – A concretização dos deveres legais que origina essa responsabilidade”, RDS, Ano VII, 2015, nº 1, p. 93.

desempenho de quem gere (administradores e outros sujeitos, designadamente trabalhadores de direção)⁶⁵”.

No problema em estudo o administrador parece violar o dever de vigilância quando não sabe, mas devia saber, que a empresa está envolvida num acordo anticoncorrencial. Tal não aconteceria, se ele tivesse realizado uma “eficaz vigilância sobre a organização e a atividade da sociedade⁶⁶” e tivesse prestado particular atenção ao desempenho de quem geria a sociedade⁶⁷.

Neste âmbito é de grande importância o acesso do administrador a toda a informação referente à vida da sociedade, produzida pelo próprio ou solicitada, a disponibilidade e o conhecimento da atividade da sociedade exigida ao administrador pelo art. 64.º/1/a) do CSC.

ii. Dever de atuação procedimentalmente correta

O dever de atuação procedimentalmente correta é o dever dos administradores prepararem adequadamente as decisões de gestão da vida societária. A execução deste dever exige que recolham e tratem informação razoavelmente disponível na qual assentará a sua decisão⁶⁸. A este propósito, Coutinho de Abreu afirma que a razoabilidade depende de circunstâncias como a importância da decisão e o tempo de que dispõe para decidir⁶⁹.

Em conformidade com o dever supracitado, o administrador tem a obrigação de preparar adequadamente a tomada de decisão sobre a eventual participação da empresa que ele administra num acordo restritivo da concorrência; ao fazê-lo, saberá que um acordo deste tipo viola as regras da concorrência impostas à sociedade e que ele enquanto administrador - dado que tem o dever de agir em conformidade com a lei (o dever de legalidade) - deve assegurar que a sociedade, nas suas relações externas, cumpra a lei, designadamente o RJC. Embora a empresa possa ter ganhos, a curto prazo, com a aplicação de um acordo anticoncorrencial, há a possibilidade de lhe serem aplicadas sanções o que lhe causará prejuízo. O administrador, ao recolher informação razoável para o auxiliar à decisão, saberá que há outros meios a usar na concorrência legitimados pela lei.

⁶⁵ABREU, J. M. Coutinho de (2010), *ibid.*, p. 20.

⁶⁶ABREU, J. M. Coutinho de “Deveres de cuidado e de lealdade...”, *op. cit.*, p. 20.

⁶⁷A organização societária implica divisão de trabalho, tanto no contexto do órgão de administração como em níveis inferiores de organização, com a inerente distribuição de tarefas, o que significa que não basta uma vigilância do conselho de administração, esta também é precisa «junto dos patamares inferiores da empresa», NUNES, Pedro Caetano (2012), *Dever de Gestão dos Administradores de Sociedade Anónimas, s.l.*: Edições Almedina, p. 506.

⁶⁸ABREU, J. M. Coutinho de (2010), *op. cit.*, p.21.

⁶⁹ABREU, J. M. Coutinho de (2010), *ibid.*, p. 21.

iii. Dever de tomar decisões razoáveis

O administrador goza da apelidada “discricionariedade empresarial” que se caracteriza pela faculdade de escolher dentre as várias alternativas razoáveis disponíveis a que lhe pareça ser mais compatível com o interesse da sociedade. Se o fizer, não violará o dever de tomar decisões razoáveis embora a mesma possa não ser a melhor solução. Ainda assim, ultrapassa o âmbito da discricionariedade empresarial quando opta pela alternativa que não integra o conjunto das decisões razoáveis⁷⁰.

A decisão da sociedade violar o Direito da Concorrência não parece integrar o conjunto das decisões razoáveis. O administrador, ao atuar com a diligência de um “gestor criterioso e ordenado”, como lhe é exigido pela lei, saberá ou (deverá saber) o que não fazer⁷¹ e, isso será, certamente, não desprezar a lei, não levar a sociedade a violar a lei da concorrência – “antes de decisão importante é preciso prever a possibilidade do pior desenlace (...)”⁷² – que, como já tivemos oportunidade de ver, seria a condenação da sociedade em sanções pecuniárias ou medidas de conduta, nos termos do RJC, ou o pagamento de uma indemnização aos lesados pela infração anticoncorrencial, com base na Lei nº23/2018, como consequência de daí advirem danos.

Coutinho de Abreu, para a realização deste dever, evidencia a “competência técnica”, os administradores estão obrigados a não delapidar (ou esbanjar) o património social e a evitar riscos desmedidos⁷³.

Ligada ao dever de cuidado, particularmente ao dever de tomar decisões razoáveis, uma vez que “é relativamente a este dever que a atuação dos administradores acaba por estar mais exposta à incerteza e à insegurança, já que é nele que se envolve a autonomia de julgamento que assiste ao administrador⁷⁴”, consagra o nº2 do art. 72.º do CSC, a Regra de Julgamento de Negócio, comumente conhecida pela expressão inglesa *Business Judgment Rule*. Importada do ordenamento jurídico norte-americano, a BJR estabelece que a responsabilidade do administrador é excluída se o mesmo provar que atuou em termos informados, livre de qualquer interesse pessoal e segundo critérios de racionalidade empresarial⁷⁵.

⁷⁰ ABREU, J. M. Coutinho de (2010), *ibid.*, p. 22.

⁷¹ ABREU, J. M. Coutinho de, “Deveres de cuidado e de lealdade...”, *op. cit.*, p. 21.

⁷² ABREU, J. M. Coutinho de “Deveres de cuidado e de lealdade...”, *op. cit.*, p. 22.

⁷³ ABREU, J. M. Coutinho de (2010), *op. cit.*, p. 22.

⁷⁴ Costa, Ricardo, “Deveres gerais dos administradores...”, *op. cit.*, p. 173.

⁷⁵ Sobre a BJR v. FRADA, Carneiro da, “A Business Judgement Rule...”, 2007, *op. cit.*, RODRIGUES, Ricardo Alexandre Cardoso, João Luz Soares, “Business Judgement Rule: enquadramento, apresentação, análise e reflexões”, RDS IX, 2017, pp. 677-711.

O legislador impõe ao administrador a “diligência de um gestor criterioso e ordenado” (al. a) do art. 64º, in fine do CSC), isto significa que deve observar, no exercício das suas funções, um padrão de cuidado superior, adotando os atos adequados com fim ao interesse da sociedade⁷⁶. A diligência assume-se como critério de aferição de culpa⁷⁷ com particular importância para efeitos da responsabilidade civil.

A doutrina portuguesa discutiu durante muito tempo se o art. 64º bastava como fonte de ilícito. A despeito disso, grande parte da doutrina portuguesa propende no sentido de que a violação do art. 64º CSC constitui ilícito⁷⁸ e pode ser fonte autónoma de responsabilidade civil⁷⁹. Por conseguinte, a violação do dever de cuidado por parte do administrador pode resultar na sua destituição com justa causa (arts. 257/6, 403/4,430/2 do CSC). Contudo, tudo isto se revela insuficiente uma vez que a sociedade sofre prejuízos resultantes da violação do dever de cuidado, assim sendo a sociedade ainda pode responsabilizar civilmente o administrador (art. 72.º do CSC).

2.2.2 Dever de legalidade

Concordamos com Coutinho de Abreu quando expõe que *os deveres que os administradores hão-de observar no exercício das suas funções não podem ser especificados em elenco legal fechado. São tantas e tão variadas as situações com que os administradores se deparam, são tantos e tão diversos os atos que têm de realizar, que um tal elenco é, manifestamente, impossível*⁸⁰. Daí que nada pareça obstar à existência de um dever de legalidade dos administradores no exercício das suas funções, embora não se trate de um dever codificado, pois ninguém negará que os Administradores das sociedades comerciais devem observar uma conduta conforme a lei⁸¹.

⁷⁶“A bitola de diligência, apesar de desgraduada para o final do artigo 64.º/1, a), conserva todo o seu relevo. (...) Obviamente: o administrador deve ser diligente na execução de todos os seus deveres e não, apenas, nos de cuidado.”, CORDEIRO, António Menezes, “Os deveres fundamentais dos administradores das sociedades”, ROA, Lisboa, Ano 66, Nº 2, set. 2006.

⁷⁷Segundo Nuno Lourenço: “[a] diligencia, como medida daquele esforço, permitirá graduar o juízo de censurabilidade pessoal do gestor, i. e., a diligencia é consagrada no preceito como critério de apreciação de culpa e já não como dever autónomo de conduta.” LOURENÇO, Nuno Claim (2011), *Os deveres de administração e a business judgement rule*, Coimbra: Edições Almedina, S.A., p.16.

⁷⁸Coutinho de Abreu admite que a “(...) a norma do 64º /1/a) releva, por si só, em sede de (i)licitude e de culpa. Os factos desrespeitadores dos deveres de cuidado que se descobrem na norma são ilícitos: e são culposos se a diligencia nela prevista não é observada...” ABREU, J. M. Coutinho de, (2010), *op. cit.*, p. 24.

⁷⁹LOURENÇO, Nuno (2011), *ibid.*, p. 13.

⁸⁰ABREU, J. M. Coutinho de “Deveres de cuidado e de lealdade...”, *op. cit.*, p. 17. No mesmo sentido, RAMOS, Maria Elisabete (2018), *Direito Comercial e das Sociedades entre as Empresas e o Mercado, s.l.*: Edições Almedina, p. 335.

⁸¹FRADA, Manuel Carneiro da, “O dever de legalidade: um novo (e não escrito?) dever fundamental dos administradores?”, DSR, Ano 4, Vol.8, 2012, pp. 65-74.

Na doutrina portuguesa foram, sobretudo, os autores Carneiro de Frada⁸², Elisabete Ramos⁸³ e Pedro Caetano Nunes⁸⁴ que escreveram sobre o dever de legalidade. Recentemente, Ana Perestrelo de Oliveira, no seu *Manual de Governo das Sociedades*, admite, explicitamente, a existência do dever de legalidade dos administradores no desempenho das suas funções: os membros da administração devem adotar “uma conduta que garanta o respeito pelos deveres da sociedade administrada⁸⁵”, quer dizer que o administrador no exercício das funções de gestão e representação deve respeitar as regras que recaiam sobre a sociedade, nomeadamente as regras da concorrência. No entanto, “(...) apesar das regras em causa se dirigirem à sociedade, enquanto ente personalizado, são os administradores quem ficticiamente assegura o seu cumprimento (...)”⁸⁶.

Na verdade, quem age no tráfico jurídico é a pessoa coletiva; como sujeito que age autonomamente é a sociedade a destinatária de tais normas. No cumprimento dos seus deveres, dada a natureza da sociedade, são os administradores que devem assegurar a observância das regras que competem sobre esta; conseqüentemente a sociedade só pode agir em conformidade ou não com a lei através dos seus administradores. Assim, os mesmos devem respeitar as regras da concorrência que impelem sobre a sociedade como se sobre eles impendessem⁸⁷. Por conseguinte, se a sociedade não cumprir as regras da concorrência e sofrer prejuízos por esse facto será o administrador o responsável pelas conseqüências danosas resultantes da infração anticoncorrencial.

O dever dos administradores é promover uma conduta da sociedade de acordo com a lei, um dever perante a sociedade, um dever relativo decorrente da função de administração também ela relativa⁸⁸. Por conseguinte, tendemos a integrar o dever de legalidade no dever de gestão dos administradores que devem administrar a sociedade, promovendo o seu interesse e respeitando a não violação da lei da concorrência, em virtude de lhe poderem ser imputadas conseqüências gravosas⁸⁹. Deste modo, essas regras impositivas e proibitivas que recaem

⁸²FRADA, Manuel Carneiro da, *ibid.*, pp. 65-74.

⁸³RAMOS, Maria Elisabete, “Práticas Restritivas da concorrência...”, *op. cit.*, 107-148.

⁸⁴NUNES, Pedro Caetano (2012), *op. cit.*, pp. 345ss, 455ss, 494ss.

⁸⁵OLIVEIRA, Ana Perestrelo de (2018), *Manual de Governo das Sociedades*, s.l.: Almedina, p. 228.

⁸⁶OLIVEIRA, Ana Perestrelo de (2018), *ibid.*, p. 229.

⁸⁷“Assim, as regras destinadas às sociedades são, no fundo, comandos dirigidos às administrações.” CORDEIRO, António Menezes (2007), *Manual de direito das sociedades*, Vol. I, Das sociedades em geral, 2ª ed., s.l.: Edições Almedina, p. 790.

⁸⁸Seguimos de perto FRADA, Manuel Carneiro da, “O dever de legalidade...”, *op. cit.*, p.71.

⁸⁹Em sentido próximo, NUNES, Pedro Caetano (2012), *op. cit.*, p. 495: “(...) a observância de normas jurídicas que impõem condutas à sociedade é do interesse dos sócios (e dos restantes sujeitos). A inobservância de normas jurídicas que impõem condutas à sociedade pode conduzir a sanções e afetar a imagem e a atividade económica da sociedade. No limite, a ilegalidade pode afetar a persistência da pessoa coletiva (art.172.º do CSC). (...) a

sobre a sociedade constituem são, antes de mais, limites ao espaço de apreciação e atuação discricionária dos administradores. Conquanto, os administradores gozem de autonomia para promover o interesse da sociedade, esta encontra-se circunscrita por aqueles deveres e proibições que lhe são impostos.

Raúl Ventura e Brito Correia defendem que o administrador tem o “dever funcional”, perante a sociedade, e não é uma obrigação pessoal, de cumprir todas as obrigações perante terceiros, integrando este dever o dever de gestão. Admitem, ainda, o não fazer sentido impor uma obrigação a uma sociedade se não se decretasse aos administradores o dever de a cumprir em nome e por conta da sociedade⁹⁰. Por sua vez, Coutinho de Abreu sustenta que o administrador não tem, ou não tem sempre, o dever de cumprir, perante a sociedade, as obrigações contratuais da sociedade para com terceiros⁹¹. Caetano Nunes rejeita a perspetiva de que o administrador tem, perante a sociedade, um dever de legalidade externa, enquanto “refração automática sobre a esfera jurídica do administrador, na relação contratual com a sociedade, das normas jurídicas que impõem condutas à sociedade⁹²”.

Apesar de o art. 72º/1 do CSC não especificar o tipo de deveres que abrange⁹³, segundo o que vimos parece não haver razões para negar que o administrador tem o dever de atuar em conformidade com a lei. Assim, qualquer que seja a conduta que o administrador assuma, no exercício das suas funções, que não respeite as proibições de práticas restritivas da concorrência, e que com tal comportamento exponha a sociedade a sanções, é ilícita.

2.3 Culpa

A culpa caracteriza-se pelo “juízo de valor negativo que a ordem jurídica emite acerca de determinada pessoa por ter agido ou omitido ilicitamente (i.e.: contra o direito), ainda que pudesse e devesse agir ou omitir licitamente (i.e. conforme o direito)⁹⁴”. O artigo 72º/1 prevê a culpa do administrador quando comprovados todos os outros pressupostos. Estamos perante uma responsabilidade subjetiva, isto é, assente na culpa do administrador, uma vez que o

inobservância de normas jurídicas que impõem condutas à sociedade tende a constituir uma violação do dever de gestão.”

⁹⁰VENTURA, Raul, Brito Correia, “Responsabilidade Civil...”, *op. cit.*, pp. 109 – 112.

⁹¹ABREU, J. M. Coutinho de (2010), *op. cit.*, p. 11, nt. 11.

⁹²NUNES, Pedro Caetano (2012), *ibid.*, p. 494.

⁹³Neste sentido FRADA, Manuel Carneiro da, “O dever de legalidade...”, *op. cit.*, p.70.

⁹⁴OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto (2015), *Responsabilidade Civil dos Administradores Entre Direito Civil, Direito das Sociedades e Direito da Insolvência, s.l.:* Coimbra Editora, p. 34.

comportamento adotado merece um juízo de censura “por ter agido ilicitamente, embora pudesse ter agido segundo o direito⁹⁵”.

Dado que os conhecedores da gestão da sociedade são os administradores e são eles que têm acesso a todas as informações e a todos os factos demonstrativos de que atuaram sem culpa, e não aqueles que vão propor a ação social que se encontram afastados da gestão da sociedade (seria-lhes difícil provar a atuação culposa dos administradores), compreende-se a inversão do ónus da prova que impõe a obrigação de provar que procederam sem culpa aos administradores.

Na perspetiva de Adelaide Menezes Leitão *a culpa, numa conceção normativa, corresponde à omissão da diligência que seria exigível ao administrador que causou danos à sociedade pela violação dos deveres de cuidado e de lealdade, de acordo com o padrão de conduta que a lei impõe. Ora, já vimos que esse padrão de conduta é o de gestor criterioso e ordenado*⁹⁶, o que significa que o juiz deve recorrer a esta bitola (art. 64º/1/a), *in fine* do CSC), para averiguar o comportamento culposos do administrador⁹⁷.

2.4 Dano

A responsabilidade civil do administrador depende sempre da existência de danos para a sociedade - sem prejuízo não há a obrigação de indemnizar. Consideram-se “danos societários” aqueles prejuízos que a sociedade sofre, excluindo-se, pois, os danos suportados por outros sujeitos, distintos da sociedade, sócios, credores, membros dos órgãos sociais, no contexto da atividade societária⁹⁸.

Carneiro de Frada distingue dois tipos de danos societários: a diminuição da capacidade da sociedade de gerar acréscimos patrimoniais e a delapidação ou diminuição injustificada do património social. Neste segundo tipo, podemos integrar as indemnizações, as multas ou coimas aplicadas à sociedade em virtude de uma “má administração”⁹⁹. A sociedade, ao pagar a coima ou a indemnização aos lesados em virtude do ato anticoncorrencial, sofre prejuízos patrimoniais; referimo-nos aqui, mais concretamente, a danos emergentes porque se verifica uma saída de património da sociedade.

⁹⁵VENTURA, Raul, Brito Correia, “Responsabilidade Civil...”, *op. cit.*, p.134.

⁹⁶LEITÃO, Adelaide Menezes, “Responsabilidade dos administradores para com a sociedade e os credores sociais por violação de normas de proteção”, p. 647, RDS, Ano I, n.º 3, Coimbra: Almedina, jan. 2010, p. 667.

⁹⁷ABREU, J. M. Coutinho de, Maria Elisabete Ramos (2010), *Código das Sociedades Comerciais em Comentário* (coord. de Coutinho de Abreu), Vol. I (Artigos 1.º a 84.º), Coimbra: Almedina, p. 842.

⁹⁸FRADA, Manuel Carneiro da, “Danos Societários e governação de sociedades (*corporate governance*)”, II Seminário dos Cadernos de Direito Privado “Responsabilidade Civil”, nº especial 02, dez. 2012, p. 31.

⁹⁹FRADA, Manuel Carneiro da, “Danos Societários e governação...”, *op. cit.*, p. 38.

Discute-se, na doutrina, a possibilidade de uma sociedade comercial sofrer danos não patrimoniais. Não é nosso propósito debruçarmo-nos sobre esta questão, mas, na nossa humilde opinião, a condenação de uma sociedade pela AdC, no âmbito de um ato anticoncorrencial ou até a ação de indemnização proposta pelos lesados, pode provocar danos ao nível da imagem da sociedade e da sua reputação. O facto de os outros operadores do mercado assistirem à condenação da sociedade por infração concorrencial traz consequências nefastas para a empresa, para a sua imagem e atividade, e originará, consequentemente, a perda de clientes, de fornecedores que deixaram de lhe fazer confiança. Por isso, consideramos que a violação ao direito à imagem da sociedade pode constituir um dano não patrimonial causado à sociedade, mas que, no fundo, é um dano patrimonial – “um dano económico¹⁰⁰” – que se traduz em lucro cessante – pois se não fosse a lesão teria entrado lucro.

2.5 Nexo de causalidade

Entre o ato do administrador e o prejuízo causado à sociedade tem de haver nexos de causalidade¹⁰¹. Posto que o art. 72.º/1 nada acrescenta ao que já resulta do regime do direito comum deve recorrer-se à doutrina civilista. Predomina, entre os civilistas, a doutrina da causalidade adequada¹⁰² e parece ser esta a doutrina presente no art. 563.º do CC: “(...) a indemnização confina-se aos danos que o lesado provavelmente não teria sofrido se não fosse a lesão do seu direito ou interesse protegido”. Considera-se causa o facto que, além de ter sido, no caso concreto, condição *sine qua non* do dano, se mostra em abstrato ou em geral adequado a produzi-lo.

3. Consequência

Verificados todos os pressupostos previstos no art. 72.º/1 do CSC, a efetivação judicial da responsabilidade do administrador para com a sociedade procede da seguinte forma: a sociedade pode propor a ação social (*ação ut universi*) – arts. 75.º e 76.º do CSC; o sócio pode subsidiariamente substituir-se à sociedade, cumprindo os requisitos previstos no n.º 1 do art. 77.º do CSC (*ação ut singuli*) que serve para evitar o risco de “inércia” da sociedade e

¹⁰⁰FRADA, Manuel Carneiro da, “Danos Societários e governação...”, *op. cit.*, p. 44.

¹⁰¹VARELA, Antunes (1998), *op. cit.*, p. 639.

¹⁰²VARELA, Antunes (1998), *ibid.*, p. 924.

assegurar uma “função preventiva”¹⁰³; por fim, temos a ação proposta pelos credores sociais em nome da sociedade que se designa de ação sub-rogatória (art. 78º/2 CSC).

Da responsabilidade civil do administrador surge a dever de indemnizar a sociedade com o objetivo de reparar o dano¹⁰⁴. Porém, se faltar algum dos pressupostos do art. 72º/1 do CSC não existe responsabilidade civil dos administradores, valendo o mesmo para quando seja aplicável a BJR, ou quando esteja em causa alguma das situações previstas nos números 3 ou 5 do art. 72.^o¹⁰⁵.

A justificação do acordo, nos termos do art. 10.º do RJC, tem também implicações na responsabilidade do administrador, na medida em que as condutas (art. 9.º/1 do RJC) satisfaçam cumulativamente as condições mencionadas no nº1 do art. 10.º; e, enquanto isso se verificar, não são proibidas, daí os acordos serem válidos e aplicáveis, não sendo imposta qualquer sanção à sociedade, ou seja, esta não sofrerá prejuízo. Assim, conseqüentemente falta um dos pressupostos da responsabilidade civil do administrador, o dano (art.72.º/1 do CSC). O mesmo sucede quando o acordo poder ser justificado por um RIC (art. 10.º/3 do RJC). Por outro lado, se o acordo for abrangido pelo Programa de Clemência e assim for concedida a dispensa de coima à empresa denunciante do cartel, uma vez mais faltará o pressuposto dano (72.º1 CSC).

Por fim, temos de referir que há situações em que da violação do dever de legalidade ou do dever de cuidado não resultam danos para a sociedade – mas sim proveitos – falta, novamente, o dano, não há responsabilidade civil dos administradores. Ainda assim, a sociedade tem um direito irrenunciável a uma conduta dos administradores, conforme aquilo que a ordem jurídica exija, por isso os administradores podem ser destituídos por justa causa.

Em suma, a sociedade pode exigir uma indemnização aos administradores, nos termos do art. 72.º do CSC, sempre que eles tomem decisões que violam os seus deveres perante a sociedade com conseqüências danosas para mesma – de que é exemplo a decisão de participar num ato anticoncorrencial - ou permitem que a sociedade viole a lei, nada fazendo para suprimir tal conduta.

¹⁰³RIBEIRO, Maria de Fátima, “A função da ação social “*ut singuli*” e a sua subsidiariedade”, DSR, vol.6,2011, 153-188, p.158.

¹⁰⁴No universo da responsabilidade civil do administrador, para além da função de reparação da indemnização, encontramos outras funções: “controlo da gestão, meio de pressão para que os administradores cumpram os deveres que a lei lhes assinala... No limite pretende-se afirmar que o sistema de responsabilidade civil da administração, além de reparar os danos, visa preveni-los”. RAMOS, Maria Elisabete, “Aspetos substantivos...”, *op. cit.*, p. 218 e ss.

¹⁰⁵ Para mais desenvolvimentos, v. ABREU, J. M. Coutinho de (2010), *op. cit.*, pp. 49-53.

CAPÍTULO III – O *Private Enforcement*

1. Breve análise à Lei nº 23/2018

Na realização deste trabalho não podíamos deixar de abordar a recentíssima Lei nº 23/2018 sobre o direito à indemnização por infração anticoncorrencial. O seu objetivo fundamental, seguindo em linha a DdPE, é facilitar a compensação dos lesados por uma infração anticoncorrencial, mas também articular a aplicação privada do Direito da Concorrência com a aplicação pública.

Estabelece o art. 3.º da Lei nº23/2018 que a empresa ou associação de empresas, que violaram a concorrência bem como àqueles que tenham exercido uma influência determinante durante a infração à concorrência, sejam incumbidas e responsabilizadas pela indemnização pelos danos causados aos lesados. Temos de elogiar o facto de a nossa lei, diversamente da DdPE, ter previsto os grupos económicos.

Segundo o art. 4.º da mesma lei, o dever de indemnizar inclui não só os danos emergentes – v.g. os compradores pagavam mais pelo produto e/ou serviço devido à infração - como o lucro cessante – v.g. alguns potenciais compradores deixam de comprar o produto e/ou serviço -, acrescido do pagamento de juros. Mais especificamente, e no que respeita à quantificação dos danos provocados pelos cartéis, estipula o art. 9º: “Os cartéis são responsáveis pelos danos causados pelas infrações que pratiquem, salvo prova em contrário”, ou seja, o lesado terá de provar que se integra entre aqueles que a norma visa tutelar, uma vez provada a violação da norma da concorrência relevante para estes efeitos, fica presumido o dano.

Tanto o art. 3º da DdPE como o art. 3º da nossa lei consagra o direito à reparação integral dos danos causados por uma infração ao Direito da Concorrência, isto é, a reposição da sua situação, caso a infração não tivesse sido cometida. Fica afastada a possibilidade da condenação do agente em *punitive damages*¹⁰⁶, quer isto dizer que a indemnização tem apenas como objetivo compensar os danos, e nunca ir além da compensação.

O art. 5.º determina que os lesados podem exigir, a qualquer uma das empresas infratoras do Direito da Concorrência, a reparação integral dos danos causados por aquela

¹⁰⁶V. BARBOSA, Mafalda Miranda “*Private Enforcement* do direito da concorrência em Portugal: o antes, o agora e o depois da responsabilidade civil por violação de normas concorrenciais”, *O direito* 149º, 2017, II, 277-310, p. 293; SILVA, Miguel Moura e (2018), *op. cit.*, pp. 491 e 492.

(responsabilidade solidária entre infratores); o mesmo artigo prevê ainda os regimes excepcionais previstos para as PME e para as empresas beneficiárias de dispensa de coima.

O prazo de prescrição do direito à indemnização é de 5 anos a contar da data em que o lesado tem conhecimento da infração (ou se pode presumir que teve conhecimento da mesma), da identidade do infrator e do que a infração anticoncorrencial lhe causou de danos (art. 6.º).

As decisões das Autoridades da Concorrência e dos tribunais de recurso que reconheçam a existência de uma infração às regras da concorrência passam a constituir presunção inilidível da existência e natureza da infração (art. 7.º).

Quanto ao acesso aos meios de prova é reforçado o poder discricionário dos Tribunais para, *ex officio* ou a pedido do demandado, ordenar a divulgação de elementos de prova relevantes (arts. 12.º, 13.º e 14.º)

Para o reforço da proteção dos consumidores e para permitir mais facilmente a sua compensação pelas infrações da concorrência surge no art. 19º a ação popular¹⁰⁷.

O TCRS passa a decidir e a julgar as ações de indemnização fundadas exclusivamente em infrações ao direito da concorrência, ações destinadas ao exercício de direito de regresso entre coinfratores e pedidos de acesso a meios de prova relativos a tais ações (alterações introduzidas aos arts. 54.º, 67.º e 112.º da LOSJ).

Uma vez que a Lei nº23/2018 se refere apenas aos “lesados”, definindo-os como “uma pessoa singular ou coletiva que sofreu danos causados por uma infração ao direito da concorrência” (art.2.º), parece haver a necessidade de limitação dos credores da pretensão indemnizatória em face da ausência de critérios disponibilizados pelo diploma. Nem a DdPE nem a lei que a transpôs apresentam um critério de delimitação da responsabilidade; aparentemente, o legislador assume que todos os danos sofridos por clientes ou fornecedores, diretos ou indiretos, decorrentes da infração, e por quaisquer outros lesados, são indemnizados. No entanto, “a ser aceite esta ideia, em termos literais, tal redundaria numa hiper-responsabilidade, sem limites, a contrariar o sentido do justo¹⁰⁸”. É, pois, necessário que a doutrina (e a jurisprudência) proceda à determinação dos critérios de seleção das pretensões indemnizatórias procedentes a este nível.

¹⁰⁷V. ac. do TRL, proc. 7074/15.8T8LSB. L1-1, 04-12-2018, relator Isabel Fonseca.

¹⁰⁸BARBOSA, Mafalda Miranda, “*Private Enforcement...*”, *op. cit.*, p. 304.

A concorrência “suporta o funcionamento da economia de mercado e mesmo a própria democracia¹⁰⁹”, integra no seu âmbito de proteção o mercado, o processo de concorrência e os seus agentes económicos (tanto os consumidores como os fornecedores, mas também outros sujeitos do mercado). Por outras palavras, “a concorrência é um valor que se traduz num bem comum de qualquer sociedade moderna e num bem público¹¹⁰ de qualquer economia de mercado (...)”¹¹¹; é o bem jurídico tutelado pela norma incriminadora (arts. 9.º e 11.º do RJC e 101.º e 102.º do TFUE). De forma a determinarmos quais são os sujeitos protegidos pela norma da concorrência violada, é necessário recorrer à sua teologia, perguntarmo-nos quem são os sujeitos que podem integrar diretamente o seu âmbito de proteção e contra que riscos/lesões é que ela acautela. Esta determinação será realizada, em concreto, de maneira a identificarmos aqueles que são protegidos pela norma violada. Seguimos de perto Mafalda Miranda, quando afirma que o *agente do mercado (a empresa) ao violar as normas da concorrência assume uma esfera de risco/responsabilidade, devendo responder por todos os danos que se liguem funcionalmente àquela infração que são precisamente aqueles que se pretendiam evitar com a adoção do comportamento lícito*¹¹².

2. A responsabilidade civil das empresas e dos seus administradores pelas práticas restritivas da concorrência

Nas palavras de Miguel Ferro, a aplicação privada do Direito da Concorrência (*Private Enforcement*): *abrange todas as circunstâncias em que uma pessoa promove uma ação na qual invoca normas europeias e/ou nacionais de concorrência em prol dos seus direitos ou interesses, ou de direitos ou interesses coletivos ou difusos, sem que esteja diretamente em causa a aplicação de contraordenações ou de medidas ao abrigo da lei da concorrência ou do direito europeu da concorrência*¹¹³. Sinteticamente, o *private enforcement* é entendido como um mecanismo que garante a compensação dos lesados e aumenta a eficácia das normas da concorrência¹¹⁴.

¹⁰⁹MATEUS, Abel M., “Sobre os fundamentos...”, *op. cit.*

¹¹⁰Miguel Teixeira de Sousa, distingue bem público como “aquilo que é comum a todos”, de bem privado que “é apenas de um ou de alguns”. SOUSA, Miguel Teixeira de (2003), *A legitimidade popular tutela dos interesses difusos*, Lisboa: Lex, p.15.

¹¹¹SEBASTIÃO, Manuel, “Concorrência: um valor, uma lei, uma instituição, uma praxis / *competition: a value, a law, an institution, a praxis*”, RC&R, Ano IX, N.º 35, jul. – set. 2018, p.160.

¹¹²BARBOSA, Mafalda Miranda, *ibid.*, p. 305.

¹¹³FERRO, Miguel Sousa (2016), *Jurisprudência Portuguesa de Direito da Concorrência Capítulo 7: Jurisprudência de private enforcement*.

¹¹⁴Segundo João Espírito Santo Noronha, “as expressões inglesas *public enforcement* e *private enforcement* devem traduzir-se, respetivamente, por aplicação por iniciativa de entidades públicas e aplicação no âmbito de litigância privada”, NORONHA, João Espírito Santo, “Litigância jurídico-privada e Direito da Concorrência– A Diretiva n.º 2014/104/UE, de 26 de novembro de 2014: divulgação de elementos de prova, efeitos das decisões nacionais, prazos de prescrição e responsabilidade solidária”, RC&R, pp. 53- 84, Ano III, N.ºs 11/12, jul. – dez. 2012, p. 61.

Segundo o que temos vindo a observar, a responsabilidade civil das empresas infratoras das regras da concorrência encontra-se contemplada no art. 3º da Lei nº 23/2018 que remete para o art. 483.º do CC. Deste modo, os lesados pelas práticas restritivas da concorrência podem exigir indemnização às empresas infratoras pelos danos causados se, concomitantemente, estiverem preenchidos os pressupostos gerais da responsabilidade civil por factos ilícitos enumerados no art. 483.º do CC, a saber: ilicitude, culpa, dano, nexo de causalidade entre o facto ilícito e culposo e o dano. Estamos assim perante uma responsabilidade civil extracontratual.

O modelo de responsabilidade civil consagrado em Portugal prevê três modalidades de ilicitude que funcionam como filtro objetivo de seleção das pretensões indemnizatórias procedentes: a violação de direitos de outrem; a violação de disposição legal destinada à proteção de interesses alheios; o abuso do direito que não se encontra previsto no art. 483.º, n.º 1 mas no âmbito das regras gerais (art. 334.º).

Os lesados pela infração à concorrência não são sujeitos de um direito absoluto e também não há aqui abuso de direito, estamos perante danos puramente patrimoniais pelo que vamos mobilizar o segundo tipo de ilicitude supracitado¹¹⁵. Para efeitos de aplicação do art.3º da Lei nº 23/2018 e 483.º do CC qualificamos as normas da concorrência como disposições legais de proteção de interesses alheios¹¹⁶, pois, o Direito da Concorrência não protege apenas os interesses “supra-individuais”, mas também interesses “individuais específicos”, i. e., “as regras da concorrência ao proibirem certos comportamentos protegem simultaneamente e não de uma maneira meramente reflexa direitos legítimos de terceiros - como liberdade de escolha, o uso de bens em condições não determinadas por práticas anticoncorrenciais¹¹⁷”. Por conseguinte, os lesados pelas infrações anticoncorrenciais (empresas e consumidores) têm o direito de reagir contra atos anticoncorrenciais que lhes provoquem danos, através de ações cíveis¹¹⁸. Após a transposição da DdPE para o ordenamento jurídico nacional, não parecem

¹¹⁵BARBOSA, Mafalda Miranda, “*Private Enforcement...*”, pp. 279 e 290.

¹¹⁶“Condição fundamental para afirmar a existência de uma norma legal de proteção reside na circunstância de o legislador ter prefigurado a tutela dos interesses privados de modo direto e imediato. Sendo as normas legais de proteção maioritariamente normas de direito público, não basta que os interesses dos particulares sejam protegidos de modo reflexo ou mediato face ao interesse público, ou da coletividade que surge naturalmente protegido a título principal”. MATOS, Filipe Albuquerque, “*Ilicidade Extracontratual (umas breves notas)*”, *Novos olhares sobre a responsabilidade civil*, Jurisdição Civil, out. 2018, CEJ, p. 13.

¹¹⁷Neste sentido v. ABREU, Coutinho de, “*Private Enforcement...*”, *op. cit.*, pp. 101-102, RAMOS, Maria Elisabete, “*Situação do “private enforcement” ...*”, *op. cit.*, pp. 50 e ss.

¹¹⁸Neste sentido, ABREU, J. M., Coutinho de, *ibid.*, p. 101, LEITÃO, Adelaide Menezes (2008), *Normas de Proteção e Danos Puramente Patrimoniais*, Coimbra: Almedina.

restar dúvidas quanto à possibilidade da invocação das regras da concorrência para fundamentar uma pretensão indemnizatória contra a empresa.

Mas, Coutinho de Abreu sustenta que os lesados não só podem demandar as empresas infratoras com fundamento nos ilícitos concorrenciais, como também os administradores nos termos do art. 79.º do CSC; e a prova de requisitos de que depende esta ação de responsabilidade cabe-lhes a eles. Neste sentido, defende o autor supracitado que preenchidos os pressupostos de aplicação do art. 79.º do CSC podemos responsabilizar os administradores perante os lesados pelas práticas restritivas da concorrência¹¹⁹.

Todavia, tal como evidencia António Pereira de Almeida, a fundamentação da responsabilidade dos administradores para com os sócios e terceiros (art. 79.º do CSC) não é pacífica¹²⁰. Os administradores agem em nome da sociedade como seus órgãos - expressando a sua vontade - não existindo qualquer relação direta entre os administradores e os sócios ou terceiros. Assim, a entidade responsável pelas infrações anticoncorrenciais deveria ser, em princípio, apenas a sociedade uma vez que é ela que age no tráfico jurídico, e é ela que se apresenta externamente como responsável. Não obstante, na linha de pensamento de Carneiro de Frada, a violação de normas de proteção de terceiros que recaem sobre a sociedade podem ditar a responsabilidade externa dos administradores, uma vez que tais normas recaem, igualmente, sobre estes últimos¹²¹.

3. A aplicação do *private enforcement* em Portugal

Não é novo que a aplicação do *private enforcement* é maior nos EUA do que na UE. Nos EUA, a aplicação de regras antitrust reside essencialmente em ações judiciais de natureza cível propostas por lesados por práticas anticoncorrenciais, recorrendo a instrumentos de tutela de interesses difusos, como as chamadas *class actions*¹²². Na Europa é privilegiado o modelo de *public enforcement* do direito da concorrência, confiando, por isso, a perseguição das infrações da concorrência a entidades públicas, remetendo-se o *private enforcement* para um lugar de segunda linha¹²³.

¹¹⁹Neste sentido, v. ABREU, J. M., Coutinho de, *ibid.*, p. 111, também, RAMOS, Maria Elisabete, “Ilícitos concorrenciais e proteção dos administradores”, III congresso DSR, 2014, p. 253.

¹²⁰ALMEIDA, António Pereira (2013), *op. cit.*, p. 311.

¹²¹FRADA, Carneiro da, “O dever de legalidade...”, *op. cit.*, pp. 71 e 72.

¹²²V. FIRST, Harry, Spencer Weber Waller, “*Antitrust’s democracy deficiiti*”, RC&R, Ano V, Nº18, pp. 19 – 63, abr. – jun. 2014.

¹²³RAMOS, Maria Elisabete, “Situação do “private enforcement” ...”, *op. cit.*, p. 30.

Têm sido “(...) escassas as iniciativas de aplicação privada do Direito da Concorrência nos estados membros da UE”, e o mesmo se passa em Portugal¹²⁴, pautando-se a experiência portuguesa em matéria de aplicação das normas de concorrência pela “aplicação pública protagonizada pela AdC¹²⁵”.

O trabalho de recolha jurisprudencial levado a cabo por Leonor Rossi e Miguel Sousa e Ferro¹²⁶ demonstrou que ainda estávamos longe de uma tutela jurisdicional efetiva adequada dos direitos dos lesados por infração às regras da concorrência¹²⁷. Apercebemo-nos da mudança desta moldura, mais tarde, através da recolha exaustiva de jurisprudência de *private enforcement* realizada por Miguel Sousa Ferro¹²⁸.

É importante frisar que o estudo de Miguel Ferro revelou que a grande maioria (segundo o autor, 93%) das ações propostas no âmbito do *private enforcement*, em Portugal é do tipo *standalone*, isto é, ações em que se discutem infrações de concorrência que não foram identificadas por autoridades da concorrência ao contrário do que se poderia pensar (ou seja, que seriam ações apoiadas numa decisão da AdC de condenação do infrator da concorrência - ações *follow-on*-, seguindo a orientação da Diretiva e, agora da nossa lei nº23/2018)¹²⁹.

Espera-se que, nos próximos anos, a aplicação do *private enforcement* em Portugal cresça desde logo, devido ao surgimento da Lei nº 23/2018 que vem facilitar a proposição de ações de indemnização dos lesados pelas práticas restritivas da concorrência, e, também, porque a AdC tem assumido um papel cada vez mais preponderante na criação de uma cultura de concorrência, através das suas decisões contribui para um maior esclarecimento dos agentes económicos, em especial os consumidores. São vários os benefícios que resultariam de uma maior aplicação do *private enforcement*, entre outros: ampliaria a dissuasão contra infrações e aumentaria o cumprimento da lei; as vítimas de comportamento anticoncorrencial ilegal

¹²⁴No entanto, note-se que os autores Leonor Rossi e Miguel Ferro, conseguiram demonstrar na recolha jurisprudencial, realizada em 2012, contra a crença generalizada dos juristas e especialistas desta matéria, que o número de casos em que se invocava o Direito da Concorrência, no contexto da ação privada, perante os tribunais portugueses, era maior do que se cogitava. Consideramos, apenas, que apesar da invocação das regras da concorrência, na maioria dos casos, efetivamente não se optava por aplicar o Direito da Concorrência para resolver o litígio ou aplicava-se incorretamente. V. ROSSI, Leonor, Miguel Sousa Ferro, “*Private Enforcement of Competition Law in Portugal (I): An Overview of Case-Law (July 1, 2012)*”, RC&R, Issue 3(2) (2012), p. 91; FERRO, Miguel Sousa (2016), *op. cit.*, p. 20 ss.

¹²⁵RAMOS, Maria E., “Ilícitos concorrenciais e proteção...”, *op. cit.*, p. 254.

¹²⁶ROSSI, Leonor, Miguel Sousa Ferro, *ibid.*

¹²⁷Leonor Rossi e Miguel Sousa Ferro identificaram apenas um único caso em que foi concedida uma indemnização a uma entidade privada por infração às regras de concorrência. V. ROSSI, Leonor, Miguel Sousa Ferro, *ibid.*, pp. 112-113 e 127.

¹²⁸Sobre este ponto e porque não podemos debruçar-nos sobre ele com o devido desenvolvimento remeto para o excelente trabalho realizado por Miguel Ferro: Ferro, Miguel Sousa (2016), *op. cit.*

¹²⁹FERRO, Miguel Sousa (2016), *op. cit.*, p. 5ss.

seriam compensadas pelas perdas sofridas; a Comissão e a AdC não dispõem de recursos suficientes para lidar com todos os casos de comportamento anticoncorrencial e o recurso a ações civis redundaria numa maior agilidade dos processos; as ações privadas desenvolverão uma cultura de concorrência entre os participantes no mercado, incluindo os consumidores, aumentando a conscientização das regras de concorrência¹³⁰.

Conclusão

Ao longo desta dissertação de mestrado não tivemos oportunidade de estabelecer conclusões no final de cada capítulo, como era nosso intento, de forma a realizar uma maior explicitação das linhas temáticas. Pela sua limitada dimensão não desenvolvemos cada capítulo com o aprofundamento e o detalhe pretendido. Enfatizaremos agora essas conclusões.

A responsabilidade civil dos administradores assume especial relevância nos dias de hoje. Quiçá a primeira explicação para o incremento da sua importância decorra da influência norte-americana. Porém, outras razões há a assinalar: como, por exemplo, a crescente profissionalização dos administradores ou o aumento do poder económico das empresas. Atualmente, assistimos a um panorama em que as empresas assumem papéis cada vez mais proeminentes no mercado, de tal forma que a sua atuação pode ter repercussões inimagináveis na economia de um Estado ou até mesmo do Mundo. Daí a previsão do quadro de responsabilidade civil dos administradores que, além da função compensatória, serve um propósito preventivo e dissuasor, ou seja, pretende-se que os administradores no exercício das suas funções de gestão e representação atuem advertidamente e competentemente, respeitando a lei e os seus deveres de forma a que as empresas por eles administradas cumpram as regras a elas impostas, sobretudo, quando estas sejam relevantes agentes económicos com capacidade de influenciar o mercado e a economia.

A concorrência revela-se tão omnipresente como essencial à economia. A sua existência efetiva e eficaz traduz-se num mercado mais equitativo e justo para os agentes económicos contemporâneos e vindouros. Pois, uma concorrência sem barreiras permite entrada de novos atores no mercado e a liberdade de atuação das empresas dentro dos limites legais. É permitido inferir-se que uma concorrência eficaz no fornecimento de bens e na prestação de serviços reduz os preços, aumenta a qualidade e permite uma escolha mais vasta para os consumidores. Além disso, os agentes económicos sentem-se constrangidos a apostar na

¹³⁰WOODS, Donnadh, Ailsa Sinclair and David Ashton, “*Private enforcement of Community competition law: modernisation and the road ahead*”, 2004, *Competition Policy Newsletter*, unit A-1, p. 32.

qualidade e novidade dos seus produtos e/ou serviços em busca do aumento do número dos seus clientes e da eliminação dos seus concorrentes - o que resulta num incremento da inovação, benéfico para toda a economia. Atente-se que a eliminação de concorrentes não é necessariamente desvantajosa para o mercado, aliás é vontade do Direito da Concorrência a eliminação de empresa ineficientes para abrir espaço à entrada de novas empresas.

Mas, a concorrência é inúmeras vezes colocada em causa pelas empresas. Com o propósito de assumirem uma posição vantajosa no mercado face aos seus concorrentes realizam acordos anticoncorrenciais ou adotam práticas individuais abusivas, proibidos pelos arts. 9.º e 11.º do RJC e 101.º e 102.º do TFUE. Partindo desta premissa procurámos proporcionar uma visão geral do tema das práticas restritivas da concorrência, dedicando a nossa atenção às práticas coletivas (art.9.º do RJC), nomeadamente aos pressupostos da sua proibição.

O acordo restritivo da concorrência proibido pelo art. 9º é considerado nulo e, para empresa que participou neste acordo decorrem várias consequências danosas, que vão desde o pagamento de uma coima ou imposição de medidas estruturais até à obrigação de indemnizar os lesados pela prática restritiva da concorrência nos termos da Lei nº23/2018. A coima possui um efeito dissuasor enquanto a indemnização tem como objetivo compensar os lesados.

Também os administradores podem ser sancionados com coimas nos termos do RJC. Pretende-se com isto, que os administradores se abstenham de tomar decisões de participação da empresa em práticas anticoncorrenciais ou que não ignorem a participação da empresa e tomem medidas para dirimir essas práticas. O administrador não deve adotar decisões que desrespeitem o Direito da Concorrência e resultem em prejuízos para o mercado e os seus protagonistas, principalmente, porque a sua empresa também sofrerá prejuízos. Como não podia deixar de ser, analisamos ainda a possibilidade de justificação do acordo pelo art. 10.º do RJC e a aplicação do Programa de Clemência com as consequentes implicações para afeitos do regime da responsabilidade do administrador perante a sociedade (art.72.º do RJC).

Posto isto, concentrámo-nos na questão central do nosso estudo a responsabilidade dos administradores perante a sociedade participante num acordo anticoncorrencial. Subjacente a esta problemática está a presença constante do dever legal de cuidado e o dever de legalidade que, ao remeterem para a relação fiduciária entre o administrador e a sociedade, devem ser respeitados pelo administrador no exercício das suas funções de gestão e representação. As sanções aplicadas à sociedade pela violação das regras da concorrência provocam danos, tanto

ao nível de danos emergentes como de lucro cessante; a coima representa uma saída do património da sociedade, pois se os clientes deixarem de comprar à empresa ou os fornecedores de fornecer os produtos e/ou serviços, isso indica que não há entradas no património da sociedade, que quer ver estes prejuízos ressarcidos.

Partindo desta base, explorámos a disposição que se encontra no nº1 do art. 72.º do CSC relativa à responsabilidade do administrador perante a sociedade. Analisámos os requisitos que têm de estar verificados para o administrador ser obrigado a indemnizar a sociedade pelos danos, especialmente o pressuposto da ilicitude por apresentar particularidades no que respeita ao problema em causa.

Quando o administrador toma a decisão da sociedade participar num ato anticoncorrencial, apresenta-se um cenário com dois patamares. Em primeiro lugar, o administrador encontra-se a violar o dever de cuidado e o dever de legalidade – não adota o comportamento diligente exigido pela lei com o sentido de cuidar que a sociedade atue respeitosamente pela mesma lei e não age em conformidade com as regras da concorrência que são impostas à sociedade que ele representa e gere, colocando, desta forma, o património da sociedade em risco. Aqui, indubitavelmente, dedicámos a nossa atenção à questão da fundamentação e explicitação do dever de legalidade, cuja existência afirmamos, sustenta a sua integração no dever de administrar. Dada a natureza da sociedade, a sua atuação, em conformidade ou não com a lei, depende forçosamente dos seus administradores. Tanto o dever de cuidado como o dever de legalidade são deveres para com a sociedade e só a própria pode invocar a violação desses deveres em seu benefício.

Em segundo lugar, não é apenas a sociedade que sofre danos devido ao ato restritivo da concorrência, também os seus concorrentes, os consumidores e a economia em geral são prejudicados no seu património; apresentam-se, entre outros motivos, os preços dos produtos e/ou serviços que aumentam para os consumidores ou porque os concorrentes não conseguem competir com os preços do cartel, acabando por sair do mercado, ficando a economia a perder, na medida em que o acordo anticoncorrencial diminui a diversidade de oferta e a qualidade dos produtos e/ou serviços ou obsta a entrada de novos operadores económicos. Como ficou anteriormente referido, os lesados podem exigir a compensação à empresa pelos danos, com base na Lei nº23/2018, se cumpridos os requisitos da responsabilidade por factos ilícitos explanados no art.483.º do CC, por remissão expressa do art. 3.º da Lei nº23/2018. Trata-se do *private enforcement* do Direito da Concorrência tão importante para prevenir

comportamentos prejudiciais à concorrência e, concomitantemente, compensar os lesados por estas práticas.

A realidade mostra que, embora o *private enforcement* da concorrência apresente inúmeras vantagens, a sua aplicação ainda é muito ténue em Portugal. No entanto, concluímos que a transposição da DdPE, através da Lei nº23/2018, constitui um passo muito importante para a consolidação de um sistema efetivo de aplicação privada do Direito da Concorrência, sendo expectável que se assista a um incremento do número de ações de indemnização intentadas para compensar os lesados pelos danos sofridos em resultado de infrações ao direito da concorrência. Contudo, acreditamos que é algo que demorará ainda o seu tempo.

Por último, e de forma breve, debruçamo-nos sobre a possibilidade de os administradores serem responsáveis perante os lesados pelas infrações anticoncorrenciais, nos termos do art.79.º do CSC. Salientamos que a responsabilidade que possa existir não pode ter fundamento no dever de legalidade do administrador pois é um dever que resulta da sua relação interna para com a sociedade e que não existe para com terceiros. O administrador não possui um dever de legalidade externa. Por seu lado, as regras da concorrência podem ser invocadas como normas de proteção legal de interesses alheios para sustentar a pretensão indemnizatória dos lesados pela violação das normas proibitivas de práticas restritivas da concorrência.

Podemos concluir que esta é uma questão ainda em aberto e, que só os tribunais, em concreto, podem resolver. Admitir a responsabilidade extracontratual do administrador, com base no art. 79.º do CSC, no âmbito das práticas restritivas da concorrência perante os terceiros lesados, vai depender do grau e da abrangência da proteção que reconhecemos ao Direito da Concorrência. No entanto, é necessário evidenciar que não podemos limitar de forma abrupta a discricionariedade empresarial dos administradores, ela é necessária, pois o administrador deve gozar de poder de escolha e de liberdade para assumir riscos necessários à prossecução do objeto social, sem receio de excessiva responsabilização.

Em suma, todas as consequências que podem advir ao administrador no e para o exercício das suas funções podem ser evitáveis, se o mesmo estiver informado e se adquirir os conhecimentos necessários à tomada das suas decisões, participando, por exemplo, em programas de formação e de *compliance* para perceber quais os comportamentos suscetíveis de violar o direito da concorrência e quais as consequências previsíveis de tais práticas.

Bibliografia

- ✓ ABREU J. M. Coutinho de. (2019) - *Curso de Direito Comercial. Vol. II*, 6º ed., s.l.: Edições Almedina.
- ✓ ABREU, J. M. Coutinho de (2010), *Governança das sociedades comerciais*, 2ª ed., Coimbra: Almedina.
- ✓ ABREU, J. M. Coutinho de, “Deveres de cuidado e de lealdade dos administradores e interesse social”, em IDET, Colóquios n.º 3 – Reformas do Código das Sociedades”, Almedina, Coimbra, 2007, p. 15.
- ✓ ABREU, J. M. Coutinho de, “Private enforcement of competition law in Portugal”, in L. A. Velasco San Pedro and others (ed.), *Private enforcement of competition law, Lex Nova*, Valladolid, 2011, p. 101.
- ✓ ABREU, J. M. Coutinho – “Corporate governance em Portugal”, IDET, Miscelâneas n.º 6, Almedina, Coimbra, 2010.
- ✓ ABREU, J. M. Coutinho de, “Responsabilidade civil de gerentes e administradores em Portugal”, in *Questões de direito societário em Portugal e no Brasil* (coord. de Fábio Ulhoa Coelho / Maria de Fátima Ribeiro), Almedina, Coimbra, 2012, p. 131.
- ✓ ABREU, J. M. Coutinho de, “Responsabilidade civil de administradores e de sócios controladores” (coautoria de Elisabete Ramos), IDET, Miscelâneas n.º 3, Almedina, Coimbra, 2004, p. 7.
- ✓ ABREU, J. M. Coutinho de, Maria Elisabete Ramos (2010), *Código das Sociedades Comerciais em Comentário* (coord. de Coutinho de Abreu), Vol. I (Artigos 1.º a 84.º), Coimbra: Almedina, p. 842.
- ✓ ALMEIDA, António Pereira de (2013), *Sociedades Comerciais, Valores Mobiliários, Instrumentos Financeiros e Mercados*, 7ª ed., s.l.: Coimbra Editora.
- ✓ ANTUNES, José Engrácia (2016), *Direito das Sociedades*, 6ª ed. Porto: s.n.
- ✓ ANASTÁCIO Gonçalo, Alberto Saavedra “A nova lei da concorrência portuguesa - Notas Preliminares”, ROA, Ano 73, jan. - mar., 2013, I.
- ✓ BARBOSA, Mafalda Miranda, “Private Enforcement do direito da concorrência em Portugal: o antes, o agora e o depois da responsabilidade civil por violação de normas concorrenciais”, *O direito* 149º, 2017, II, 277-310.
- ✓ BARBOSA, Mafalda Miranda, "Recensão da obra Da responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais de António Menezes Cordeiro", 2002, *Boletim da Faculdade de Direito*, 78: 1110 - 1141.

- ✓ BARREIROS, Filipe (2011), *Responsabilidade Civil dos Administradores: os Deveres Gerais e a Corporate Governance*, s.l.: Coimbra Editora.
- ✓ CAMPOS, João Mota de, João Luiz de Mota de Campos, António Pinto e Pereira (2014), *Manual de Direito Europeu O sistema institucional, a ordem jurídica e o ordenamento económico da União Europeia*, 7ª ed., s.l.: Coimbra Editora, p. 618.
- ✓ COSTA, Ricardo, “Deveres gerais dos administradores e ‘gestor criterioso e ordenado’”, *I Congresso DSR*, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 157 e ss.
- ✓ COSTA, Ricardo, "Responsabilidade civil societária dos administradores de facto", *Temas Societários, Colóquios n.º 2 – IDET*, Almedina, Coimbra, 2006, págs. 23 e ss.
- ✓ COSTA, Ricardo, "Responsabilidade dos administradores e *business judgment rule*", in *Reformas do Código das Sociedades Comerciais, Colóquios n.º 3 – IDET*, Almedina, Coimbra, 2007, págs. 49 e ss.
- ✓ CORDEIRO, António Menezes– “Os deveres fundamentais dos administradores das sociedades”, *ROA*, Lisboa, ano 66, n.º 2, set. 2006. Disponível em: <https://portal.oa.pt/comunicacao/publicacoes/revista/ano-2006/ano-66-vol-ii-set-2006/doutrina/antonio-menezes-cordeiro-os-deveres-fundamentais-dos-administradores-das-sociedades/>
- ✓ CORDEIRO, António Menezes (2007), *Manual de direito das sociedades*, Vol. I, *Das sociedades em geral*, 2ª ed., s.l.: Edições Almedina.
- ✓ COSTEIRA, Maria José, “A transposição da Diretiva Private Enforcement: perspetiva Crítica”, *UNIO - EU Law Journal*. Vol. 3, N.º 2, julho 2017, pp 175-184, Centro de Estudos em Direito da União Europeia, Escola de Direito – Universidade do Minho.
- ✓ EASTERBROOK, Frank H. & Fischel, Daniel R. "Antitrust Suits by Targets of Tender Offers," 80 *Michigan Law Review* 1155 (1982). Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2168&context=journal_articles
- ✓ FERRO, Miguel Sousa (2016), *Jurisprudência de private enforcement, Jurisprudência portuguesa de Direito da Concorrência*. (ebook disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3077488)

- ✓ FERRO, Miguel Sousa, “Práticas restritivas da concorrência: súmula orientada para a prática judicial”, coordenação de Teresa Moreira. Disponível em: <https://institutoeuropeu.eu/images/stories/E-book.pdf>
- ✓ FIRST, Harry, Spencer Weber Waller, “Antitrust’s democracy deficit”, RC&R, Ano V, Nº18, p. 19 – 63, abr. – jun. 2014.
- ✓ FORTE, André, “Jurisprudência Geral”, Revista C&R, Ano III, nº 11/12, jul.- dez. 2012.
- ✓ FRADA, Manuel Carneiro da, “O dever de legalidade: um novo (e não escrito?) dever fundamental dos administradores?”, DSR, ano 4, vol.8, 2012, 65-74.
- ✓ FRADA, Manuel Carneiro da, “Danos Societários e governação de sociedades (corporate governance)”, II Seminário dos Cadernos de Direito Privado “Responsabilidade Civil”, nº especial 02, dezembro 2012.
- ✓ FRADA, Manuel Carneiro da, “A business judgement rule no quadro dos deveres gerais dos administradores”, ROA, 2007, Ano 67, Vol. I, p. 214. Disponível em: <https://portal.oa.pt/comunicacao/publicacoes/revista/ano-2007/ano-67-vol-i-jan-2007/doutrina/manuel-a-carneiro-da-frada-a-business-judgement-rule-no-quadro-dos-deveres-gerais-dos-administradores/>
- ✓ GOMES, José Luís Caramelo (2010), *Lições de Direito da Concorrência*, s.l.: Almedina
- ✓ HENRIQUES, Miguel Gorjão (2019), *Direito da União, História, Direito, Cidadania, Mercado interno e Concorrência*, 9º ed., s.l.: Almedina.
- ✓ LEITÃO, Adelaide Menezes, “Responsabilidade dos administradores para com a sociedade e os credores sociais por violação de normas de proteção”, p. 647, RDS, Ano I, n.º 3, Coimbra: Almedina, jan. 2010, p. 667.
- ✓ LEITÃO, Adelaide Menezes (2008), *Normas de Proteção e Danos Puramente Patrimoniais*, Almedina: Coimbra.
- ✓ LOURENÇO, Nuno Claim (2011), *Os deveres de administração e a business judgement rule*, Coimbra: Edições Almedina, S.A.
- ✓ MATEUS, Abel M., “Sobre os fundamentos do direito e economia da concorrência”, Revista OA, ano 66 - Vol. III - dez. 2006.
- ✓ Matos, Filipe Albuquerque, “Ilicitude Extracontratual (umas breves notas)”, Novos olhares sobre a responsabilidade civil, Jurisdição Civil, out. 2018, CEJ. Disponível em: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/eb_ReponsCivil_2018.pdf

- ✓ MONIZ, Carlos Botelho (Coord.) (2016), *Lei da Concorrência Anotada*, Coimbra: Almedina.
- ✓ NORONHA, João Espírito Santo, “*Litigância jurídico-privada e Direito da Concorrência– A Diretiva n.º 2014/104/UE, de 26 de novembro de 2014: divulgação de elementos de prova, efeitos das decisões nacionais, prazos de prescrição e responsabilidade solidária*”, *RC&R*, pp. 53- 84, Ano III, N.ºs 11/12, jul. – dez. 2012.
- ✓ NUNES, Pedro Caetano (2012), *Dever de Gestão dos Administradores de Sociedade Anónimas*, s.l.: Edições Almedina.
- ✓ OLIVEIRA, Ana Perestrelo de (2018), *Manual de Governo das Sociedades*, s.l.: Almedina.
- ✓ OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto (2015), *Responsabilidade Civil dos Administradores Entre Direito Civil, Direito das Sociedades e Direito da Insolvência*, s.l.: Coimbra Editora.
- ✓ PAIS, Sofia Oliveira (2011), *Entre a inovação e a concorrência em defesa de um modelo europeu*, Lisboa: Universidade Católica Editora.
- ✓ PINTO, Filipa Nunes, “A responsabilidade civil dos administradores das sociedades – A concretização dos deveres legais que origina essa responsabilidade” *RDS- Ano VII*, 2015, nº 1, p. 93.
- ✓ RAMOS, Maria Elisabete (2018), *Direito Comercial e das Sociedades entre as Empresas e o Mercado*, s.l.: Edições Almedina.
- ✓ RAMOS, Maria Elisabete – “Práticas restritivas da concorrência e deveres dos administradores de sociedades”, *DSR*, ano 6, Vol. II, 2014, 107-148.
- ✓ RAMOS, Maria Elisabete. (2010) *O seguro de responsabilidade civil dos administradores (entre a exposição ao risco e a delimitação da cobertura)*, ed. 1. Coimbra: Almedina.
- ✓ RAMOS, Maria E., “Aspetos substantivos da responsabilidade civil dos membros do órgão de administração perante a sociedade”, Universidade de Coimbra, Boletim da Faculdade de Direito, ano 73, 1997, vol. LXXIII, p. 223 e ss.
- ✓ Ramos, Maria E. 2002. “A responsabilidade de membros da administração”. *Problemas do Direito das Sociedades*, Coimbra: IDET/Almedina.

- ✓ RAMOS, Maria Elisabete, “Situação do “private enforcement” da concorrência em Portugal”, RC&R, pp. 27-83, Ano VII, Nº 27-28, jul. – dez. 2016.
- ✓ Maria Elisabete, “Ilícitos concorrenciais e proteção dos administradores”, III congresso DSR, Coimbra: Almedina, 2014.
- ✓ VARELA, João de Matos Antunes (1998), *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, 9º ed., Coimbra: Almedina.
- ✓ VENTURA, Raul, Brito Correia, “Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades Anónimas e dos Gerentes de Sociedades por Quotas: estudo comparativo dos direitos alemão, francês, italiano e português: nota explicativa do capítulo II do decreto-lei nº 49.381 de 15 de novembro de 1969”, Suplemento aos BMJ n.ºs 192.º a 195,1970.
- ✓ PEREIRA, Miguel Mendes (2009), *Lei da Concorrência – Anotada*, s.l.: Coimbra Editora
- ✓ SEBASTIÃO, Manuel, “Concorrência: um valor, uma lei, uma instituição, uma praxis / competition: a value, a law, an institution, a praxis”, RC&R, Ano IX, Nº 35, jul. – set. 2018, p.160.
- ✓ SOUSA, Miguel Teixeira de (2003), *A legitimidade popular tutela dos interesses difusos*, Lisboa: Lex.
- ✓ RIBEIRO, Maria de Fátima, “A função da ação social “ut singuli” e a sua subsidiariedade”, DSR, vol.6, 2011, 153-188, p.158.
- ✓ RODRIGUES, Ricardo Alexandre Cardoso, João Luz Soares, “Business Judgement Rule: enquadramento, apresentação, análise e reflexões”, RDS IX,2017, PP. 677-711.
- ✓ Rossi, Leonor e Sousa Ferro, Miguel, *Private Enforcement of Competition Law in Portugal (I): An Overview of Case-Law (July 1, 2012)*. RC&R, Issue 3(2) (2012), p. 91.
- ✓ SILVA, Miguel Moura e (2018), *Direito da Concorrência*, AAFDL, Lisboa.
- ✓ WHISH, Richard, David Bailey (2015), *Competition Law, eighth edition, s.l.: Oxford University Press*.
- ✓ Woods, Donnadh, Sinclair, Ailsa e Ashton, David, “Private enforcement of Community competition law: modernisation and the road ahead”, 2004, Competition Policy Newsletter, unit A-1.