

Directiva de *Private Enforcement*

AS INDEMNIZAÇÕES POR INFRAÇÕES AO DIREITO DA CONCORRÊNCIA

INTRODUÇÃO

Foi publicado no dia de hoje, 5 de Dezembro, a Directiva 2014/104/UE de 26 de Novembro, que estabelece as regras que vão reger as acções de indemnização no âmbito do direito nacional e do direito europeu por infracções às disposições do Direito da Concorrência – o comumente conhecido por “*private enforcement*”. Após anos de discussão à volta de um tema sensível e que cruza a difícil aplicação pública e privada¹ do Direito da Concorrência, estabeleceram-se determinadas regras que procuram facilitar os pedidos de indemnização junto dos tribunais sobretudo às vítimas de cartéis e de abusos de dominância. Com esta Directiva estabeleceram-se normas comuns de forma a garantir a reparação integral de danos sofridos quando exista um nexo de causalidade entre esses danos e uma infracção às regras de concorrência sem, no entanto, frustrar o mecanismo da *clémência*² e o da própria *transacção*³.

É, de resto, neste equilíbrio que reside uma das principais dificuldades destas acções indemnizatórias: uma empresa infractora que pretenda reduzir a coima aplicável (ou, até mesmo, isentar-se desta coima), assume a culpa de uma infracção e entrega à autoridade

da concorrência competente documentos inculpatórios – ficando, no entanto, com a incerteza de saber se e que terceiros poderão ter acesso (e como) a esses documentos e em que termos poderão ser usados num processo cível de indemnização.

OBSTÁCULOS ACTUAIS

A Comissão Europeia concluiu (o que de resto já era percebido pela comunidade jurídica) que permaneciam muitos obstáculos a um sistema eficaz de acções de indemnização no domínio do *antitrust*, nomeadamente: a dificuldade na obtenção dos elementos de prova necessários para instruir um processo; a ausência de um valor probatório claro das decisões das autoridades da concorrência; dúvidas sobre o procedimento indemnizatório a intentar depois de uma autoridade da concorrência ter constatado uma infracção (*follow on actions*); e dificuldade na quantificação dos danos no domínio *antitrust*.

A Directiva regula muitos destes aspectos, dos quais se destacam abaixo alguns dos mais relevantes:

DIVULGAÇÃO DE ELEMENTOS DE PROVA

Regra Geral

A Directiva atribui extensos poderes aos tribunais nacionais para ordenar a entrega e divulgação de prova muito embora se exija que:

- i. a parte que solicita demonstre que os elementos de prova sob o controlo da outra parte (ou de um terceiro) são relevantes para fundamentar o seu pedido ou a sua defesa;
- ii. esse pedido de divulgação de prova seja o mais preciso e específico possível, com base em “*factos e elementos de prova razoavelmente disponíveis*”.

¹ O efeito directo dos arts. 101.º e 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (bem como o Regulamento n.º 1/2003) significa que estas disposições que proíbem acordos anticoncorrenciais (incluindo cartéis) e os abusos de posição dominantes criam direitos e obrigações para as pessoas que podem ser aplicados pelos tribunais nacionais dos Estados-Membros. Entre estes, o direito de pedir reparação por danos causados pela violação destas normas.

² Regime jurídico que permite a uma empresa denunciar a sua participação num cartel, confessando a sua participação em troca de dispensa ou redução de coima.

³ Possibilidade legal (novidade da nova Lei da Concorrência portuguesa) que permite um acordo entre a autoridade da concorrência e uma empresa visada num processo de infracção sobre o valor da coima, encurtando o procedimento, contra a confissão dos factos.

O acesso e a divulgação da prova deve ser feita de forma tão precisa e estrita quanto possível, evitando o acesso desnecessário e sem foco a documentação sensível. Por outro lado, as pessoas de quem se requer a divulgação terão oportunidade de ser ouvidas antes do tribunal nacional ordenar a divulgação. Quando estejam em causa as regras de sigilo profissional a divulgação não deve ser autorizada. Deste modo, competirá aos Estados-Membros garantir que os tribunais têm à sua disposição medidas efectivas para proteger o mais possível as informações confidenciais de uma “*utilização incorrecta*”, mas também dar-lhes meios para sancionar de forma dissuasora a recusa em cumprir a ordem de divulgação (ou, até mesmo, a destruição de provas relevantes).

Limites

Protecção Absoluta: Declarações de clemência e propostas de transacção

O mecanismo encontrado para garantir a virtuosidade da clemência e da transacção foi limitar a divulgação de alguns elementos de prova, excluindo do regime acima descrito as declarações de uma empresa em matéria de clemência e as propostas de transacção. Sobre estes dois tipos de documentos recai uma “*protecção absoluta*”. Ou seja, a escolha terá sido de excluir estes documentos na medida em que são “auto-inculpatórios”, por conterem confissões das infracções.

Protecção Temporária

Outra categoria de documentos na posse das autoridades da concorrência nacionais, por exemplo, respostas a pedidos de elementos, notas de ilicitude ou propostas de transacção revogados, gozam de “protecção temporária” – i.e. só podem ser divulgados, depois de a autoridade ter encerrado o caso.

CARACTER PROBATÓRIO DA DECISÃO

A nível europeu, o Regulamento n.º 1/2003, atribui efeito probatório às decisões da Comissão nas acções de indemnização subsequentes (*follow-on actions*), uma vez que um tribunal nacional não pode tomar decidir contrariamente a essa decisão da Comissão. A nova Directiva atribuiu o mesmo efeito às decisões de infracção definitivas tomadas pela Autoridade da Concorrência (AdC) ou por um tribunal nacional de recurso.

PRESCRIÇÃO

Os Estados-Membros devem assegurar um prazo de, pelo menos, cinco anos para ser intentada uma acção após a cessação da infracção e de a vítima ter conhecimento ou se poder razoavelmente presumir que teve conhecimento dessa infracção.

RESPONSABILIDADE CONJUNTA E SOLIDÁRIA

Quando várias empresas infringirem conjuntamente as regras da concorrência – o que é típico no caso de um cartel - estas serão solidariamente responsáveis pela totalidade dos danos causados pela infracção (podendo a parte lesada exigir uma reparação integral dos danos a qualquer uma dessas empresas, com um regime de excepção para as PME). Embora seja esta a regra geral, a Directiva introduz também algumas excepções no que respeita ao regime de responsabilidade dos beneficiários de imunidade.

Para limitar as consequências de uma maior exposição por parte de um beneficiário de imunidade (na medida em que disponibilizou documentos inculpatórios) estabeleceu-se que o beneficiário de imunidade apenas responde:

- pelos danos que causou aos seus próprios adquirentes directos ou indirectos;
- directamente perante essas partes lesadas quando estas demonstrem que não podem obter uma reparação integral junto das demais empresas envolvidas na infracção (tendo essas empresas, por sua vez, direito de regresso⁵ mas sem exceder o referido montante dos danos que causou aos seus próprios adquirentes ou fornecedores directos ou indirectos).

Caso um cartel tenha causado danos a outros que não os clientes/fornecedores das empresas infractoras, o beneficiário de imunidade será responsável apenas pela sua parte nos danos causados pelo cartel.

⁵ Essas empresas, por sua vez, terão direito de regresso mas sem exceder o referido montante dos danos causados aos seus próprios adquirentes ou fornecedores directos ou indirectos. Para garantir o efeito útil desta excepção, os Estados-Membros terão de garantir que as partes lesadas podem ainda exigir uma reparação do beneficiário de imunidade no momento em que tomem conhecimento de que não podem obter uma reparação integral dos outros membros do cartel.

RESPONSABILIDADE POR DANOS

O art. 3.º n.º 2 da Directiva define “danos” e o que deve ser entendido por “reparação integral”: colocar qualquer pessoa que tenha sofrido danos na posição em que estaria se a infracção não tivesse sido cometida (ou seja, danos emergentes, lucros cessantes e o pagamento de juros desde o momento em que ocorreram os danos até ao momento em que a indemnização correspondente a esses danos for efectivamente paga).

Ónus da prova e quantificação de danos

A Directiva estabelece uma presunção ilidível (ou seja, que aceita prova em contrário) no que respeita à existência de danos resultantes de um cartel. O ónus da prova de que a infracção não causou danos compete assim à empresa infractora. A quantificação de danos no âmbito de um cartel pode ser dos aspectos mais complexos num processo de indemnização, por essa razão, se inverteu o ónus da prova e também por isso a Comissão emitira em 2013 orientações não vinculativas numa Comunicação que versa sobre o tema⁶. Cabe, no entanto, aos tribunais a última palavra na quantificação dos danos com base nas regras e nos procedimentos nacionais, sempre que o ónus da prova e o nível da prova não tornem praticamente impossível ou extremamente difícil o exercício por parte da parte lesada do seu direito a uma indemnização.

COMPENSAÇÃO VOLUNTÁRIA DOS DANOS

A Directiva prevê a possibilidade de uma resolução amigável do litígio na medida em que permitirá aos lesados uma reparação dos seus danos sem necessariamente recorrerem aos tribunais. Nesse caso, a Directiva exige que se suspendam os prazos de prescrição e dos processos pendentes durante a tentativa.

A TRANSPOSIÇÃO E O FUTURO

Foi dado aos Estados-Membros um prazo de dois anos para transpor a Directiva após a sua publicação no Jornal Oficial, i.e. 27 de Dezembro de 2016.

⁶ Comunicação da Comissão sobre a quantificação dos danos nas acções de indemnização que tenham por fundamento as infracções aos artigos 101º e 102º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, C(2013) 3440.

No entanto, a sua aprovação é desde já uma clara orientação que seguramente não será ignorada pelos aplicadores nacionais, até porque existe já um acervo de normas e orientações europeias em vigor sobre a matéria. As infracções às normas de concorrência são cada vez mais pesadamente punidas e aconselham redobrados cuidados de *compliance*, aconselhando auditorias internas aos métodos de trabalho e à forma de exercício da actividade das empresas.

O QUE FAZER?

A publicação do novo regime jurídico relativo às acções indemnizatórias por ilícitos de concorrência vem reforçar a importância de implementação de programas de *compliance* e a instrução cuidada de um pedido de clemência ou de assessoria a um procedimento de transacção. Aconselha-se, por isso e nomeadamente:

- Desenvolvimento de programas de *compliance* e acções de formação;
- Elaboração de directrizes internas de conduta (por exemplo, de negociação comercial de contratos);
- Realização de auditorias e prevenção de problemas.

O QUE DIZEM SOBRE NÓS

[Gonçalo Anastácio] “is one of the best competition lawyers in Portugal!” – Legal 500, 2014

“The team’s expertise spans compliance, private enforcement, merger control, cartel investigations and abuse of dominance cases.” – Legal 500, 2013

“Within EU and Competition, SRS Advogados is a first tier firm.” – Legal 500, 2012

“The seven-lawyer competition department at this prominent Portuguese firm advises on all aspects of the discipline. It is particularly adept in highly regulated sectors and has been extremely busy handling mandates before national and European competition authorities.” – Chambers, 2011

Este apontamento é geral e abstracto, não constituindo aconselhamento jurídico a qualquer caso concreto.

CONTACTOS

www.srslegal.pt

LISBOA

R. Dom Francisco Manuel de Melo, n.º 21
1070-085 Lisboa
T. +351 21 313 2000
F. +351 21 313 2001

FUNCHAL

Av. Zarco, n.º 2, 2.º
9000-069 Funchal
T. +351 291 20 2260
F. +351 291 20 2261

PORTO

R. Tenente Valadim, n.º 215
4100-479 Porto
T. +351 22 543 2610
F. +351 22 543 2611



1_ JOSÉ CARLOS SOARES MACHADO

SÓCIO | CONTENCIOSO
T. +351 21 313 2021
soares.machado@srslegal.pt

2_ GONÇALO ANASTÁCIO

SÓCIO | CONCORRÊNCIA
T. +351 21 313 2080
goncalo.anastacio@srslegal.pt

3_ MARIA JOSÉ DE TAVARES

SÓCIA | CONTENCIOSO
T. +351 21 313 2088
mariajose.tavares@srslegal.pt

4_ ANA RITA ANDRADE

ADVOGADA COORDENADORA | CONCORRÊNCIA
T. +351 21 313 2080
ana.andrade@srslegal.pt

5_ CARLA NEVES MATIAS

ADVOGADA COORDENADORA | CONTENCIOSO
T. +351 21 313 2088
carla.matias@srslegal.pt

6_ DUARTE PIRRA XAREPE

ADVOGADO SÉNIOR | CONCORRÊNCIA
T. +351 21 313 2080
duarte.pirra@srslegal.pt

7_ MARIANA FRANÇA GOUVEIA

CONSULTORA | CONTENCIOSO
T. +351 21 313 2088
marianafgouveia@srslegal.pt

8_ PROFESSOR MANUEL PORTO

CONSULTOR | CONCORRÊNCIA
T. +351 21 313 2080

Os Currícula dos contactos podem ser consultados em www.srslegal.pt

Sociedade
Rebello de Sousa
& Advogados
Associados, RL

SRS Global
_ANGOLA
_BRASIL
_MACAU
_MOÇAMBIQUE