

CONCORRÊNCIA & UNIÃO EUROPEIA



Lei n.º 23/2018, de 5 de junho

TRANSPosição DA DIRETIVA *PRIVATE ENFORCEMENT*

Indemnizações por infrações ao direito da concorrência

INTRODUÇÃO

Foi publicada hoje, 5 de junho, a Lei n.º 23/2018, que regula o direito a indemnização por infrações ao direito da concorrência, comumente conhecido por “private enforcement”. A Diretiva 2014/104/eu, que a lei transpõe, tinha já sido publicada a 26 de novembro de 2014, após anos de discussão à volta do tema, tendo o prazo para a transposição terminado no dia 27 de dezembro de 2016.

A nova lei, estabelece determinadas regras que procuram facilitar os pedidos de indemnização junto dos tribunais nacionais, sobretudo por parte das vítimas de cartéis e de abusos de posição dominante. Para além do objetivo de garantir a reparação integral dos danos sofridos por infrações anticoncorrenciais, a lei visa salvaguardar a eficácia da aplicação pública do direito da concorrência, procurando evitar, em particular que os mecanismos

da clemência¹ e da transação, importantes instrumentos ao dispor das autoridades da concorrência, percam atratividade².

ÂMBITO DE APLICAÇÃO

A lei agora aprovada transpõe a Diretiva mas vai, em determinados aspetos, para além do necessário a essa transposição, consagrando algumas soluções inovadoras face ao conteúdo da mesma.

Um dos aspetos mais relevantes dessa inovação diz respeito ao próprio âmbito de aplicação da lei. Esta aplica-se não apenas a ações de indemnização por violação de normas de direito da concorrência da União Europeia (artigos 101.º e 102.º do TFUE, com ou sem aplicação paralela das normas nacionais equivalentes), como estatui a Diretiva, mas também a ações por infrações puramente nacionais, isto é,

¹ Regime que permite a uma empresa denunciar a sua participação num cartel, confessando a sua participação em troca de dispensa ou redução de coima.

² Acordo entre a autoridade da concorrência e uma empresa visada num processo de infração mediante o qual esta reconhece a sua participação na infração e obtém uma redução da coima, através de um procedimento mais simples e ágil do que o habitual.

infrações que, por não terem efeitos transfronteiriços, violam apenas os artigos 9.º, 11.º e 12.º da Lei da Concorrência (Lei n.º 19/2012, de 8 de maio) ou normas correspondentes de outros Estados-Membros.

Além disso, a lei aplica-se não só a pedidos de indemnização, mas também a “outros pedidos fundados em infrações ao direito da concorrência”.

PRINCIPAIS REGRAS

As normas da lei dizem respeito aos seguintes aspetos essenciais:

Responsabilidade por danos

Um outro aspeto em que a Lei foi mais além do necessário para transpor a Diretiva diz respeito aos sujeitos da obrigação de indemnização. Para além da própria empresa que cometeu a infração, é igualmente responsável a pessoa ou pessoas que tenham exercido influência dominante sobre a infratora durante a infração, presumindo-se que exerce influência dominante sobre outra a pessoa que detém 90% ou mais do seu capital social.

Os danos ressarcíveis incluem 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 efetivamente paga.

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 infração, podendo a parte lesada exigir uma reparação integral dos danos a qualquer uma dessas empresas.

Há, contudo, exceções, aplicáveis a PME (com um regime especial) e aos beneficiários de imunidade da coima (ao abrigo do programa de clemência). Para limitar as consequências de uma maior exposição por parte de um beneficiário de imunidade (na

medida em que disponibilizou documentos autoincriminatórios) estabeleceu-se que o beneficiário de imunidade apenas responde: i) Pelos danos que causou aos seus próprios adquirentes diretos ou indiretos; ii) Diretamente perante essas partes lesadas, quando estas demonstrem que não podem obter uma reparação integral junto das demais empresas envolvidas na infração (tendo essas empresas, por sua vez, direito de regresso, mas sem exceder o montante dos danos que causaram aos seus próprios adquirentes ou fornecedores diretos ou indiretos).

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

Prescrição

Após a cessação da infração e de a vítima ter conhecimento, ou se poder razoavelmente presumir que teve conhecimento, dessa infração, da identidade do infrator e de que ocorreram danos, o prazo para ser intentada uma ação é de 5 anos.

Este prazo suspende-se em duas situações: i) Se uma autoridade da concorrência der início a uma investigação relativa à infração com a qual a ação de indemnização está relacionada (caso em que a suspensão apenas cessa depois de ter decorrido um ano após a existência da infração ter sido declarada de forma definitiva pela autoridade ou um tribunal de recurso); ii) Se tiver sido iniciado um procedimento de resolução extrajudicial de recurso, em relação às partes que nele participam, e pelo tempo em que o mesmo decorrer.

Força probatória das decisões

Uma grande novidade da Diretiva e da Lei é a consagração do efeito vinculativo das decisões definitivas da Autoridade da Concorrência ou das decisões transitadas em julgado de um tribunal nacional de recurso, que constituem presunção inilidível da existência de uma infração no âmbito de

ações de indemnização subsequentes (*follow-on actions*).

Também aqui a Lei foi inovadora pois, indo para além do disposto na Diretiva, atribui efeito de presunção ilidível às decisões definitivas de autoridades da concorrência de outros Estados-Membros.

Repercussão dos custos adicionais

A Lei consagra explicitamente a admissibilidade da invocação, quer pelo réu como meio de defesa, quer pelo autor como fundamento do pedido, do facto de os custos adicionais gerados por um cartel terem sido repercutidos ao longo da cadeia de distribuição. É igualmente criada uma presunção, ilidível e condicionada, de repercussão desses custos no cliente indireto do infrator, por forma a facilitar a prova, por este, dos danos sofridos.

Resolução extrajudicial de litígios

A Lei consagra diversas regras relativas à resolução extrajudicial do litígio decorrente da interposição de uma ação de indemnização por infrações anticoncorrenciais, procurando incentivar o recurso a essa forma de resolução e evitar que do mesmo resultem situações de sub- ou sobrecompensação.

Divulgação de elementos de prova

A Lei atribui aos tribunais nacionais extensos poderes para, mediante requerimento do lesado, ordenar a entrega e divulgação de prova necessária para fundamentar uma ação de indemnização, sujeito a determinadas condições, em especial: i) Que a parte que a 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) Que o pedido de divulgação de prova seja o mais preciso e específico possível.

O acesso e a divulgação da prova devem ser feitos de forma tão direcionada quanto possível, evitando o

acesso desnecessário e sem foco a documentação sensível. Por outro lado, as pessoas de quem se requer a divulgação têm sempre a oportunidade de ser ouvidas antes de o tribunal nacional ordenar a divulgação.

Há dois importantes limites a esta divulgação, destinados sobretudo a salvaguardar a investigação das autoridades da concorrência e, em particular, os institutos da clemência e da transação:

- a) Apenas podem ser divulgadas depois de a autoridade da concorrência em causa ter concluído o processo os documentos especificamente preparados para instrução desse processo, quer pelas partes (tais como respostas a pedidos de elementos), quer pela autoridade (como notas de ilicitude), bem como propostas de transação revogadas;
- b) Beneficiam de proteção absoluta (i.e., a sua divulgação nunca pode ser ordenada) as declarações de clemência e as propostas de transação.

A Lei consagra também medidas de preservação de meios de prova e de acesso antecipado a esses meios de prova, o que também são inovações face à Diretiva, que é omissa a esse respeito.

Sanções

São estabelecidas diversas sanções (multas processuais, pagamento de custas e consequências ao nível da apreciação da prova) para o incumprimento das normas estabelecidas na Lei.

Ação popular

Embora a Diretiva não contenha qualquer disposição respeitante a ações coletivas, a Lei consagra uma norma a esse respeito, o que constitui mais uma situação em que foi além do necessário para cumprir a tarefa de transposição.

Clarifica-se, antes de mais, que a Lei de Ação Popular é aplicável para efeitos de obtenção, por parte dos consumidores, de uma indemnização por

infrações ao direito da concorrência. Para além disso, são criadas várias regras específicas tendentes a facilitar a obtenção dessa indemnização, referentes a: i) Legitimidade ativa para intentar ações (que se estende a associações e fundações que tenham por fim a defesa dos consumidores e associações de empresas cujos associados tenham sido lesados); ii) Diversos aspetos operacionais, como os critérios de identificação dos lesados e de quantificação dos danos, o método de distribuição das indemnizações e a entidade responsável pela sua receção, gestão e pagamento.

O QUE FAZER?

A publicação do novo regime jurídico relativo às ações indemnizatórias por ilícitos de concorrência, ao facilitar, por diversas vias, a interposição e fundamentação de ações de indemnização por violação de regras da concorrência, expõe as empresas infratoras a consequências ainda mais gravosas (aplicáveis cumulativamente, quando for o caso, com a imposição de coimas pela Autoridade da Concorrência) pagamento de coimas.

Nessa medida, reforça-se a importância, para todas as empresas, da implementação de medidas efetivas tendentes a garantir o cumprimento das regras de concorrência:

- O desenvolvimento de programas de *compliance* completos e eficazes destinados a prevenir, detetar e fazer cessar eventuais infrações ao direito da concorrência;
- A realização de ações de formação tendentes à sensibilização dos dirigentes e

demais colaboradores para a necessidade de cumprimento das regras da concorrência e para as consequências decorrentes da sua violação;

- A elaboração de diretrizes internas destinadas a evitar condutas proibidas (por exemplo, no âmbito da negociação comercial de contratos);
- A realização de auditorias internas.

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

Esta Newsletter não constitui aconselhamento jurídico e destina-se a ser distribuída entre Clientes e Colegas, não devendo a informação nela contida ser usada para qualquer outro fim ou reproduzida, no seu todo ou em parte, sem a expressa autorização da SRS. Caso deseje obter esclarecimentos adicionais sobre este assunto contacte-nos: marketing@srslegal.pt.

