

Chegou a Portugal a reparação dos danos causados por infrações à concorrência?

URL:

<https://www.dinheirovivo.pt/opiniao/chevou-a-portugal-a-reparacao-dos-danos-causados-por-infracoes-a-concorrenca/>

Até há pouco tempo, a aplicação privada do direito da concorrência na União Europeia e, designadamente, no nosso país, era quase uma miragem. A Lei n.º 23/2018, de 5 de junho, transpõe a Diretiva 2014/104/UE e promete inverter este cenário.

O direito da concorrência visa garantir um mercado concorrencial livre, que beneficie tanto empresas como consumidores. Para este efeito, estabelece proibições, cuja aplicação por parte da Autoridade da Concorrência (AdC) e da Comissão Europeia (CE) é visível com o aumento do número de casos e, especialmente, do valor das coimas, nos últimos anos. As regras da concorrência também geram direitos e obrigações para os particulares, dignos da tutela dos Tribunais. Um deles é o direito das empresas, dos consumidores e das autoridades públicas à reparação dos danos causados por violações das regras da concorrência, decorrente do princípio da proteção judicial efetiva, reconhecido pelo Tribunal de Justiça da União Europeia em 2001, no caso *Courage*. Nos EUA, por exemplo, o exercício daquele direito é a forma privilegiada de prevenção e punição destes ilícitos, contudo, deste lado do Atlântico praticamente não tem expressão. Os últimos dados da CE (2013) indicam que anualmente as vítimas suportam danos no valor de 23 mil milhões de Euros.

A nova lei, que entrará em vigor dia 4 de agosto, transpõe de forma fidedigna a Diretiva 2014/104/UE, relativa a certas regras que regem as ações de indemnização no âmbito do direito nacional por infração às disposições do direito da concorrência dos Estados-Membros e da União Europeia, mas com algumas nuances. As empresas são, em regra, solidariamente responsáveis pela reparação integral das vítimas, independentemente de estas serem adquirentes diretos ou indiretos. O legislador português responsabiliza igualmente as pessoas singulares que tenham exercido uma influência determinante sobre a empresa infratora. Entre as novidades mais relevantes estão ainda exceções às regras de repartição do ónus de prova na responsabilidade civil extracontratual: os danos (cujo cálculo pode ficar a cargo do Tribunal) e o ilícito são presumidos, sendo que para este último caso, é necessário que haja uma decisão pública (da AdC ou do Tribunal de Recurso), prévia à ação de indemnização, que declare a existência de um ilícito concorrencial, a qual não admite prova em contrário. Apenas podem ser refutadas as decisões condenatórias de outros Estados-Membros, aspeto em que Portugal foi mais longe que a Diretiva, que apenas prevê a apresentação destas decisões como elementos de prova. O acesso a elementos na posse da outra parte na ação ou de terceiro poderá ser ordenado pelo Tribunal, na medida em que o pedido de acesso seja proporcional, mas tem exceções. Designadamente, o Tribunal não pode ordenar a apresentação de pedidos de isenção ou redução de coimas ou propostas de transação, submetidos pelas empresas infradoras à AdC. Finalmente, embora a diretiva não aborde os mecanismos de ação coletiva, a Lei confere legitimidade ativa para intentarem as "nossas" ações populares neste domínio, às associações de empresas, quando os seus associados sejam vítimas da infração, e às associações e fundações cuja finalidade seja a defesa dos consumidores. Todas estas ações ficam a cargo do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão.

Sucedem que, uma das maiores dificuldades enfrentadas, tanto pelos particulares que pretendem apresentar ações de indemnização, como pelos aplicadores públicos, é a prova do ilícito concorrencial, que tende a apresentar-se sob formas cada vez mais complexas. O aumento de decisões públicas condenatórias deve-se, em ampla medida, aos pedidos de imunidade. Ao vedar o acesso a estes pedidos, o que se percebe pela necessidade de incentivar esta importante fonte de identificação de infrações, o legislador está a "apostar tudo" nas chamadas *follow-on actions* (ações apresentadas após

a decisão de condenação), nas quais os particulares apenas têm de provar o nexo causal e, em princípio, de quantificar os danos. Por outro lado, o nosso mecanismo de ação coletiva é muito pouco utilizado, o que nos distancia drasticamente da realidade americana. Acresce que, o sucesso da aplicação privada do direito da concorrência noutros países é em grande parte explicado por outros fatores, como a existência de danos punitivos (para além da reparação integral), afastados pela diretiva. Concluimos assim, que a reparação destes danos se vê hoje favorecida com a Lei n.º 23/2018, mas só o futuro poderá dizer em que medida.

Inês Sequeira Mendes, Sócia da Abreu Advogados

12.07.2018

Inês Sequeira Mendes