

PORTUGAL

A TRANSPOSIÇÃO EM PORTUGAL DA DIRETIVA SOBRE INDEMNIZAÇÕES POR DANOS DECORRENTES DE INFRAÇÕES AO DIREITO DA CONCORRÊNCIA

A Transposição em Portugal da Diretiva sobre Indemnizações por Danos Decorrentes de Infrações ao Direito da Concorrência

A Diretiva 2014/104/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de novembro de 2014, relativa às ações de indemnização por infração às disposições do direito da concorrência foi transposta em Portugal pela Lei 23/2018, de 5 de junho de 2018, assinalando a adoção, nessa jurisdição, de um regime específico para esse tipo de ações judiciais, constituindo também um importante novo instrumento de sensibilização em termos de política de defesa da concorrência. Esse novo enquadramento legal oferece segurança jurídica, *prima facie* a todos aqueles potencialmente prejudicados por infrações às leis da concorrência, proporcionando ainda incentivos significativos para que as partes lesadas procurem uma indemnização pelos danos causados de uma maneira mais célere, focando também a Lei 23/2018 em certos aspetos inovadores em relação ao regime civil comum, como o da jurisdição exclusiva para esse tipo de ações junto do Tribunal da Concorrência, a presunção de existência de infração por parte das decisões das autoridade de concorrência, a utilização da ação popular por parte das associações de empresas e de defesa do consumidor, um regime mitigado de responsabilidade solidária entre coinfratores, incluindo também, finalmente, um modo de acesso aos meios de prova próximo do modelo de *discovery* anglo-saxónico.

PALABRAS CLAVE

Direito da Concorrência; Lei 23/2018; Tribunal da Concorrência; Ação Popular; Responsabilidade solidária.

The Transposition into Portuguese Law of the Directive on Claims for Damages Derived from Competition law Infringements

Directive 2014/104/EU, of the European Parliament and Council of 26 November 2014, related to damages claims derived from competition law infringements was transposed into Portuguese legislation through Law 23/2018 of 5 June 2018, marking the incorporation of a specific legal framework in this jurisdiction for these judicial claims. It is also an important new instrument in terms of the awareness of competition policy.

The new legal framework offers legal certainty, particularly for all those potentially damaged by competition law infringements, also providing significant incentives for harmed parties to seek compensation in a swifter manner. Furthermore, Law 23/2018 focuses on certain innovative aspects in relation to the common civil framework, such as: the exclusive jurisdiction of the Competition Court for these types of judicial claims; it regulates the presumption of the existence of an infringement derived from the competition authorities' decisions; it allows for the use of class actions on the part of consumer protection associations or associations of undertakings; it provides a mitigated framework for the joint liability of co-offenders; and it also includes a method for the disclosure of evidence with some similarities to the Anglo-Saxon *discovery* model.

KEY WORDS

Competition law; Private enforcement; Competition Court; Class actions; Joint-liability.

Fecha de recepción: 1-10-2018

Fecha de aceptación: 18-10-2018

INTRODUÇÃO

No dia 5 de junho de 2018, a Lei n.º 23/2018 foi publicada no Diário da República, encerrando um longo processo de transposição para o ordenamento jurídico português da Diretiva 2014/104/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de novembro de 2014, relativa a certas regras que regem as ações de indemnização no âmbito do direito nacional por infração às disposições do direito da concorrência dos Estados-Membros e da União Europeia (a “Diretiva”).

A publicação da Lei 23/2018 marca a adoção do primeiro conjunto específico de regras em vigor em Portugal, no que diz respeito a ações de indemnização resultantes de uma violação das regras da concorrência. Na verdade, o número limitado de casos, em Portugal, em que os danos resultantes de infra-

ções no domínio anti-concorrencial foram judicialmente reclamados, seguiam - até agora - as regras gerais de responsabilidade civil.

A Lei 23/2018, ao contrário do que ocorreu noutras jurisdições, constitui um quadro legal autónomo, incluindo aspetos substantivos e processuais, resultando ainda na primeira alteração à Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio (a “Lei da Concorrência”) incluindo ademais pequenas alterações à Lei n.º 62/2013, de 26 de agosto (a “Lei da Organização do Sistema Judiciário”).

Este artigo pretende fornecer uma visão geral das principais questões em torno da transposição portuguesa, em particular comparando com o enquadramento da Diretiva, tentando contribuir também para uma interpretação inicial deste novo conjunto de regras que poderá constituir a base de uma nova

dinâmica em termos de aplicação do direito da concorrência em Portugal (o que apenas se comprovará com sua aplicação prática).

ÂMBITO DE APLICAÇÃO

O âmbito de aplicação da Lei 23/2018 está compreendido no seu Artigo 1.º, que estabelece que este quadro legal é aplicável a todas as infrações do direito da concorrência, independentemente da existência de uma decisão anterior por uma autoridade da concorrência, por um tribunal nacional, pela Comissão Europeia ou pelos tribunais da União Europeia (incluindo, desse modo, ações “autónomas” e “subsequentes”, ou no jargão anglo-saxónico, “*standalone*” ou “*follow-on actions*”).

De acordo com o Artigo 2.º, uma infração ao direito da concorrência é, para os fins deste diploma, uma violação dos Artigos 9.º, 11.º e 12.º da Lei da Concorrência (que correspondem, respetivamente, à proibição de acordos restritivos e práticas concertadas, abuso de uma posição dominante ou abuso de dependência económica), uma violação de disposições equivalentes noutras jurisdições, bem como uma violação dos artigos 101.º e 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (“TFUE”).

O Artigo 2.º também pretende estabelecer uma definição de “cartel” de acordo com o direito português (os casos mais graves de direito da concorrência), embora esta definição pareça ser muito semelhante à delimitação do objeto do regime de clemência, conforme previsto no artigo 75.º da Lei da Concorrência.

Deve mencionar-se, no entanto, que, embora a Lei 23/2018 não exija uma decisão administrativa ou judicial anterior para a reivindicação dos danos em causa (podendo as entidades prejudicadas agir civilmente sem essa base prévia - “*standalone action*”), as ações judiciais subsequentes àquelas decisões (“*follow-on actions*”) serão as mais prováveis de serem trazidas para os tribunais portugueses.

Ademais, de acordo com a Lei 23/2018, em particular o seu Artigo 7.º, as declarações de infração por parte das autoridades de concorrência ou tribunais de outros Estados-Membros, por decisão definitiva, constituem presunção ilidível da existência, natureza e âmbito material, subjetivo, temporal e territorial dessa infração, para efeitos da ação de

indemnização relativa à mesma. É interessante notar que a transposição portuguesa optou por associar uma presunção às decisões de autoridades de outros Estados-Membros, mesmo que seja refutável, reforçando questionavelmente a diretriz incluída na Diretiva, que previa que essas decisões fossem valoradas, pelo menos, como prova *prima facie*.

Constituindo, não obstante, segundo a mesma disposição legal, as decisões finais da Autoridade da Concorrência portuguesa (“AdC”), ou decisões finais proferidas por um tribunal de recurso, presunção inilidível (*iuris et iure*).

Contudo, mesmo no caso de decisões nacionais definitivas preexistentes, o requerente terá de provar a existência concreta dos danos e o nexo de causalidade. Uma presunção refutável dos danos é estabelecida para os casos de “cartel”, podendo ainda o tribunal requerer a assistência da AdC para a quantificação dos mesmos (Artigo 9.º).

E se as decisões prévias das autoridades da concorrência podem ter impacto no seguimento de ações judiciais, o contrário também é verdadeiro, uma vez que a Lei da Concorrência agora determina que o comportamento do infrator, ao voluntariamente compensar os prejudicados pelos danos causados pela sua conduta, pode ser avaliado positivamente pela AdC na determinação do montante da coima a aplicar por esta.

Estas disposições legais são particularmente elucidativas, no tocante à tentativa de articulação entre a aplicação privada e pública do direito da concorrência, de acordo com o modelo da União Europeia (“UE”) que, ao contrário do modelo norte-americano, concebe as ações de indemnização como um instrumento de compensação e não como um instrumento de dissuasão e punição.

APLICAÇÃO NO TEMPO DA LEI 23/2018

Uma das principais questões relativas ao impacto efetivo da Lei 23/2018 diz respeito à aplicação temporal deste quadro legal, que determina quais infrações - tendo em conta o momento de sua ocorrência - estão sujeitas à nova lei ou ao regime geral de direito civil.

O Artigo 25.º da Lei 23/2018 estabelece que este diploma legal entrou em vigor 60 dias após sua publicação (ou seja, 5 de agosto de 2018). Além disso, o Artigo 24.º esclarece que todas as disposi-

ções substantivas da nova lei, incluindo as disposições relativas ao ónus da prova, não podem ser aplicadas retroativamente e que todas as disposições processuais não podem ser invocadas na apreciação de ações judiciais intentadas antes da sua entrada em vigor.

Isto significa que as ações relacionadas com uma infração ao direito da concorrência que cessou antes de 5 de agosto de 2018 não podem beneficiar das disposições substantivas da Lei 23/2018. No entanto, as disposições processuais podem aplicar-se a esses casos (ou seja, a infrações de concorrência que cessaram antes de 5 de agosto de 2018), nomeadamente as disposições relativas ao tribunal competente.

No que respeita ao prazo de prescrição para este tipo de ações, o Artigo 6.º da Lei 23/2018 estabelece um prazo de prescrição de cinco anos para reclamar os danos sofridos em resultado de infrações ao direito da concorrência (por oposição ao período de três anos no regime geral). Este prazo de prescrição de cinco anos só se inicia depois da parte lesada tomar conhecimento, ou quando poderia razoavelmente ter apreendido, (i) o comportamento em causa e o facto de que constitui uma infração ao direito da concorrência; (ii) o facto de a referida infração lhe ter causado danos; e (iii) a identidade do infrator.

Consequentemente, é provável que diferentes regras de acesso ao processo e regimes de prova ainda coexistam neste tipo de ações, por um período relevante, nos primeiros tempos após a entrada em vigor da Lei 23/2018.

TRIBUNAL COMPETENTE

De acordo com as alterações introduzidas pela Lei n.º 23/2018 à Lei da Organização do Sistema Judiciário (aprovada pela Lei n.º 62/2013, de 26 de agosto), o Tribunal de Concorrência, Regulação e Supervisão (“Tribunal da Concorrência”) é competente para decidir sobre os casos exclusivamente fundados num pedido de indemnização por danos decorrentes de uma infração ao direito da concorrência.

A escolha do legislador português sobre um tribunal com jurisdição especializada deve-se provavelmente à impressão positiva que o Tribunal da Concorrência causou nos últimos anos, em termos de rapidez e qualidade técnica das suas decisões (ainda que o grau de consistência e a completude do

raciocínio das suas decisões registaram, a nosso ver, por vezes, algumas ligeiras assimetrias).

Aliás, desde a sua implementação, em 2011, pela Lei n.º 46/2011, de 24 de Junho, o Tribunal da Concorrência foi responsável por um lastro de experiência em todas as áreas do direito da concorrência, sendo entendido pelo legislador que esta opção poderia assegurar uma resposta mais adequada e coerente.

Deve referir-se, no entanto, que o Tribunal da Concorrência só tem competência para se pronunciar sobre questões exclusivamente relativas a infrações ao direito da concorrência. Isso parece deixar espaço para o envolvimento de tribunais civis comuns em ações de indemnização não exclusivamente relacionadas com infrações ao direito da concorrência, que, entendemos, representariam a maioria dos casos.

LEGITIMIDADE PROCESSUAL E AÇÃO POPULAR

Todas as entidades prejudicadas por uma infração ao regime da concorrência têm, de acordo com a Lei 23/2018, legitimidade processual para reivindicar a devida compensação pelos danos sofridos. A referida lei inclui uma definição muito ampla de “lesado”, que inclui todas as pessoas singulares ou coletivas que sofreram os referidos danos.

De acordo com o Artigo 19.º, as ações populares, nos termos da Lei n.º 83/95, de 31 de agosto (conforme alterada), podem também ser utilizadas para os efeitos do diploma ora em análise. Considerando esse regime, as associações e fundações de defesa do consumidor, e as associações de empresas cujos associados sejam lesados pela infração ao direito da concorrência em causa, têm o direito de intentar uma ação popular para proteger os interesses de consumidores e das empresas que possam ter sido prejudicados por uma suposta violação.

A via da ação popular neste contexto é uma característica específica da transposição portuguesa e reforça de maneira relevante a proteção dos consumidores, considerando que aquela configura um sistema de *opt-out*.

Este mecanismo, que já foi utilizado no âmbito da lei civil geral, é agora reforçado pela Lei 23/2018, sendo previsível que esta seja uma forma relevante de implementação do referido diploma.

QUANTIFICAÇÃO DE DANOS E MEIOS DE DEFESA

A Lei 23/2018 estabelece, no seu Artigo 4.º, que uma pessoa singular ou coletiva, que tenha sofrido danos causados por uma infração ao direito da concorrência, tenha direito a uma indemnização integral por esses danos, cobrindo a indemnização por perdas reais e lucros cessantes, acrescido do pagamento de juros moratórios.

Em consonância com a ênfase da Diretiva na indemnização, e consequente rejeição da conceção americana de ações privadas como instrumento de dissuasão e punição, a Lei 23/2018, no seu Artigo 8.º, estabelece ainda que os réus (v.g., empresas parte do cartel) podem invocar, como meio de defesa, o facto de o autor ter repercutido total ou parcialmente os custos adicionais resultantes da infração ao direito da concorrência no preço praticado a jusante na cadeia de produção ou de distribuição (nos clientes indiretos), cabendo-lhe o respetivo ónus da prova.

Além disso, os clientes indiretos beneficiam de uma presunção refutável de que os custos adicionais lhes foram repercutidos, se eles puderem demonstrar que (i) o réu foi responsável por uma infração ao direito da concorrência; (ii) essa infração teve como consequência um custo adicional para o cliente direto do réu; e (iii) o cliente indireto adquiriu os bens ou serviços afetados pela infração, ou bens ou serviços derivados dos bens ou serviços afetados pela infração, ou que contêm tais bens e serviços.

Finalmente, no tocante à quantificação dos danos, sempre que os mesmos não puderem ser calculados com precisão de acordo com os meios de prova disponíveis, o Artigo 9.º da Lei 23/2018 estabelece que o tribunal procederá a esse cálculo por recurso a uma estimativa aproximada, podendo, para o efeito, ter em conta a *Comunicação da Comissão sobre a quantificação dos danos nas ações de indemnização que tenham por fundamento as infrações aos artigos 101.º e 102.º do TFUE*, podendo inclusive solicitar a assistência da AdC para o efeito.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA ENTRE COINFRATORES

A Lei 23/2018 também visou incentivar a que as partes prejudicadas reivindiquem a sua indemnização por intermédio da responsabilidade solidária

dos coinfratores, podendo reivindicar o valor total dos danos a qualquer um dos agentes que tenham participado da mesma infração (sem prejuízo do direito de regresso que possa existir, no âmbito dos coinfratores, bitolado pelo respetivo grau de responsabilidade).

No entanto, existem exceções relevantes a essa regra geral: (i) no tocante aos beneficiários de imunidade total de coima, por intermédio do programa de clemência, bem como (ii) as pequenas e médias empresas (“PME”), que são *prima facie* responsáveis somente pelos seus próprios compradores diretos e indiretos, tendo ainda em conta a sua quota de mercado e viabilidade económica (mas desde que a PME em causa não seja reincidente, ou não tenha coagido os participantes ou liderado a infração); (iii) ou quando exista um acordo extrajudicial, conforme estabelecido no Artigo 11.º da Lei 23/2018.

Por fim, cabe mencionar que a Lei 23/2018, no seu Artigo 3.º, estende a responsabilidade à empresa-mãe quanto à compensação pelos danos causados pelas práticas restritivas da sua subsidiária. Isto ocorrerá sempre que a empresa-mãe tenha exercido uma influência determinante sobre a subsidiária em causa, entendendo-se, não obstante, que a demonstração de tal influência deva ser realizada pelo reclamante (sendo tal incumbência facilitada nos casos da detenção de 90% ou mais do capital social).

PROTEÇÃO DOS REQUERENTES DE CLEMÊNCIA

O objetivo de tornar mais fácil a reclamação de danos pode colidir com o regime da clemência para os casos de cartel. O programa de clemência, particularmente na UE, mas também nas jurisdições nacionais, foi um dos principais impulsionadores da aplicação pública do regime da concorrência.

Na verdade, um pedido de clemência por um dos membros do cartel, a troca de imunidade total ou redução da coima, implica o reconhecimento da sua participação (e dos demais membros) numa infração ao regime jurídico da concorrência. Além disso, normalmente, os requerentes de clemência não recorrem das decisões administrativas condenatórias, deixando os mesmos mais expostos a reclamações de danos do que os outros coinfratores.

A fim de limitar a exposição dos requerentes de clemência, o Artigo 5.º da Lei 23/2018, à semelhança da Diretiva, limita a responsabilidade solidária dos

autores das infrações que obtiveram uma isenção da coima. Neste caso, o solicitante de clemência, a quem tenha sido concedida imunidade total, será responsável apenas pelos seus clientes diretos e indiretos. Só será responsável perante outras empresas prejudicadas se estas não conseguirem obter os seus créditos de outros participantes na infração.

Deve ser notado que estas prerrogativas só serão aplicáveis a empresas que beneficiam de isenção total da coima (e não a empresas que beneficiaram, simplesmente, de uma redução da coima ao abrigo do regime da clemência), o que pode constituir um incentivo adicional aos infratores para serem os primeiros a reportar uma infração às autoridades da concorrência, tornando as provas necessárias imediatamente disponíveis.

Ademais, o Artigo 14.º da Lei 23/2018 limita o acesso aos pedidos de clemência como meios de prova, pelo menos a nível nacional (visto não ser clara a articulação dessa limitação com as regras aplicáveis à Comissão Europeia, em particular o Artigo 15.º do Regulamento 1/2003). Embora os solicitantes de clemência pareçam ser a preocupação principal da Diretiva e da Lei 23/2018, o Artigo 14.º também oferece proteção, em termos de acesso aos meios de prova, às transações que sejam apresentadas.

Só o futuro dirá se estas medidas serão suficientes para limitar um impacto negativo da aplicação privada do direito da concorrência ao nível do programa de clemência. Alguns autores argumentam que a Diretiva não foi suficientemente longe na redução da responsabilidade civil dos solicitantes de clemência, e que o sistema ideal seria aquele em que o beneficiário de imunidade das coimas também receberia imunidade quanto à indemnização por danos, ou um em que não só o beneficiário da imunidade receberia imunidade ao nível da indemnização por danos mas, para além disso, a responsabilidade civil dos outros beneficiários da clemência seria reduzida na mesma proporção em que as coimas foram reduzidas, deixando o ónus da indemnização aos membros do cartel que não colaboraram com as autoridades de concorrência.

ACESSO A MEIOS DE PROVA

A Lei 23/2018 inclui uma abordagem próxima do modelo de *discovery* anglo-saxónico, que contrasta,

até certo ponto, com o regime geral de acesso aos meios de prova em casos civis.

No capítulo II da Lei 23/2018, existem várias disposições destinadas a facilitar o acesso aos meios de prova, em particular provas que estão no controlo de terceiros, bem como de autoridades públicas, como a AdC.

Consequentemente, a pedido de um requerente, que tenha apresentado uma justificação fundamentada com factos razoavelmente disponíveis e provas suficientes para sustentar a plausibilidade do seu pedido de indemnização, os tribunais nacionais devem poder ordenar ao requerido, ou a um terceiro, que divulgue provas relevantes no seu controlo, sob um princípio de proporcionalidade e proteção de informações confidenciais.

Por fim, refira-se que as entidades que se recusarem ilegalmente a divulgar provas podem estar sujeitas a sérias sanções pecuniárias, conforme previsto no Artigo 18.º da Lei 23/2018.

CONCLUSÕES

A Lei 23/2018 assinala a adoção, em Portugal, de um regime específico de ações de indemnização por incumprimento das regras da concorrência e constitui um importante novo instrumento de sensibilização quanto a essa matéria e, em particular, para que as empresas e consumidores exerçam os seus direitos no enquadramento do regime jurídico da concorrência (embora uma parte significativa destes mecanismos já estivesse anteriormente disponível, no âmbito do quadro geral aplicável à responsabilidade civil extracontratual em Portugal).

Esse novo enquadramento legal oferece segurança jurídica *prima facie* a todos aqueles potencialmente prejudicados por infrações às leis da concorrência, proporcionando ainda incentivos significativos para que as partes lesadas procurem uma indemnização pelos danos causados de uma maneira mais célere.

No entanto, numa jurisdição em que tribunais civis não tiveram grande experiência em termos de disputas de direito da concorrência, com quase nenhuma prática ao nível da concessão de indemnizações nessa sede, acrescentando ainda uma tradição de aplicação pública do direito da concorrência que estará todavia ainda em construção, só o futuro dirá se a Lei 23/2018 iniciará uma nova era

de aplicação efetiva do direito da concorrência, ou se, ao invés, poderá inclusive colocar em risco o equilíbrio (ainda por sedimentar) das iniciativas de aplicação pública nesse âmbito.

Além disso, a incorporação na legislação portuguesa de soluções judiciais específicas, limitadas às violações do direito da concorrência, em particular no que respeita a presunções de ilegalidade e aces-

so a meios de prova, dependendo também da abordagem a ser empreendida pelo Tribunal da Concorrência, poderá levantar algumas questões em termos de coerência com os restantes mecanismos pré-existentes, parte do sistema jurídico português, e mesmo em termos de compatibilidade com a Constituição da República Portuguesa.

ALEXANDRE MOTA PINTO E JOAQUIM CAIMOTO DUARTE *

* Abogados del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje y Mercantil, respectivamente, de Uría Menéndez (Lisboa).