

## COMENTÁRIOS DA AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA PORTUGUESA

AO

### LIVRO BRANCO SOBRE ACÇÕES DE INDEMNIZAÇÃO POR INCUMPRIMENTO DAS REGRAS COMUNITÁRIAS NO DOMÍNIO *ANTITRUST*

#### COMENTÁRIOS GERAIS

A Autoridade da Concorrência reconhece a importância que o “private enforcement” é susceptível de assumir enquanto um dos pilares de “enforcement” do Direito da Concorrência em geral. Para além da função reparatória que por definição lhe cabe, pode desempenhar um importante papel de difusão da cultura de concorrência e de dissuasão de infracções futuras, essencial para a afirmação de mercados mais eficientes do ponto de vista concorrencial.

Nesse sentido, a Autoridade da Concorrência tem vindo e continuará de futuro a acompanhar com muito interesse o trabalho que a Comissão Europeia vem desenvolvendo em matéria de acções de indemnização por incumprimento das regras comunitárias no domínio *antitrust*, e que culminaram na colocação em discussão pública do *Livro Branco* que ora se comenta.

O propósito de facilitar e, nessa medida, incentivar a interposição de acções de indemnização por danos causados por infracções às regras de defesa da concorrência é, na medida do anteriormente exposto, de apoiar. Entendemos, porém, também, que todas as medidas que venham a ser adoptadas com essa finalidade devem ser precedidas de uma reflexão profunda e devem ser rodeadas de todas as cautelas necessárias a assegurar (i) a harmonia dos sistemas jurídicos nacionais no seu todo; e (ii) a manutenção da eficácia do “public enforcement”, o qual, no nosso entender, deve continuar a assumir um papel prevalente.

A questão referida em (i) é de ordem mais geral, não constituindo o cerne das preocupações da Autoridade da Concorrência, dada a natureza circunscrita dos seus poderes e do propósito da sua actividade. Em todo o caso, considera-se que, por forma a evitar desequilíbrios sistémicos nos ordenamentos jurídicos nacionais, a criação de regras especiais tendentes a facilitar a interposição de acções cíveis de indemnização no domínio específico do Direito da Concorrência apenas deve ser levada a cabo caso tal se afigure indispensável, e na medida estritamente necessária, à remoção de obstáculos que, tendo em consideração as especificidades do Direito da Concorrência, resultem da aplicação a este domínio das regras gerais de responsabilidade civil, sejam de natureza substantiva ou processual.

A questão (ii), relativa à manutenção da eficácia e da prevalência do “public enforcement”, constitui, naturalmente, a preocupação primordial da AdC enquanto entidade pública encarregue da defesa da concorrência. Afigura-se fundamental garantir que a adopção de regras tendentes a facilitar o “private enforcement” (que entendemos dever ser olhado como complementar e nunca substituto do “public enforcement”) não tenha um impacto negativo na actividade das autoridades de defesa da concorrência em geral e na da Autoridade da Concorrência em particular, para que a prossecução da sua missão pública não seja comprometida. Nesse sentido, entendemos que a criação de qualquer tipo de regra especial neste domínio deve ser levada a cabo tendo presente a necessidade de assegurar um adequado equilíbrio entre aqueles dois pilares de “enforcement” do Direito da Concorrência, e de garantir que a missão das autoridades de defesa da concorrência pode continuar a ser exercida sem dificuldades acrescidas.

Tendo em conta o exposto, a Autoridade da Concorrência detectou três matérias que considera de particular importância para o desenvolvimento da sua actividade, e relativamente às quais se pronunciará com maior detalhe: a interacção entre os programas de clemência e as acções de indemnização; o acesso aos elementos de prova; o efeito vinculativo das decisões das autoridades nacionais de concorrência.

## **COMENTÁRIOS NA ESPECIALIDADE**

## **Interação entre os programas de clemência e as acções de indemnização**

A adopção de medidas que promovam uma interacção óptima entre o “private enforcement” e os programas de clemência e, nessa medida, assegurem a plena eficácia destes é, para a Autoridade da Concorrência, de primordial importância. É fundamental garantir que a criação de regras tendentes a facilitar o recurso a acções de indemnização por danos causados por infracções anticoncorrenciais não tenha um efeito gerador de desincentivos ao recurso aos programas de clemência disponíveis na quase totalidade dos Estados-Membros, e que não diminua a eficácia destes. Mais concretamente, afigura-se crucial evitar que um acesso facilitado àquele tipo de acções implique simultaneamente uma maior exposição às mesmas por parte do membro de um cartel que fez um requerimento de clemência, por comparação com os restantes membros que o não fizeram.

Nesse sentido, merece todo o apoio da Autoridade da Concorrência a criação de regras especiais neste domínio, as quais devem ter o alcance necessário mas simultaneamente limitado ao cumprimento do objectivo descrito. Assim, o princípio que, no nosso entender, deverá nortear a criação de uma regra especial deverá ser o da neutralidade: os requerentes de clemência não deverão ficar nem mais nem menos expostos ao “private enforcement” do que os restantes membros do cartel.

Assim, e por um lado, consideramos totalmente justificável a protecção das declarações por si prestadas no âmbito do programa de clemência. Para evitar dúvidas geradoras de incerteza jurídica, deverá ficar perfeitamente estabelecido o período temporal durante o qual vigorará tal protecção, bem como o tipo de documentos abrangidos pela mesma.

Por outro lado, contudo, entendemos que as consequências civis da participação num cartel do requerente de clemência devem ser totalmente mantidas, não devendo aquele ser beneficiado para além do que já decorre do próprio programa de clemência. Sobretudo, parece-nos essencial garantir que as vítimas do cartel não são prejudicadas por qualquer forma pelo facto de o infractor ter aderido a um programa de clemência.

Por fim, parece-nos igualmente importante assegurar que a apresentação de um requerimento de clemência por parte de um dos membros do cartel não tem efeitos sobre os restantes membros que possam ser considerados de natureza punitiva.

Só esta neutralidade permite, na nossa opinião, assegurar um equilíbrio adequado entre a necessidade de maximizar o recurso aos programas de clemência, por um lado, e a conveniência de incentivar, por outro, a utilização de acções de indemnização por danos causados por condutas anticoncorrenciais.

### **Acesso aos elementos de prova**

A proposta da Comissão de criação de regras que permitam que os tribunais, em determinadas condições, tenham o poder de ordenar às partes no processo ou a terceiros que divulguem certas categorias precisas de documentos de prova relevantes não suscita, em geral, qualquer dificuldade, uma vez que no ordenamento jurídico português essa possibilidade já existe.

Há, contudo, uma condição que, tal como redigida actualmente, pode vir a revelar-se problemática para as autoridades de concorrência. De facto, suscita-nos reserva a condição segundo a qual o requerente deve demonstrar que *“não está em condições, não obstante ter envidado todos os esforços razoavelmente exigíveis, de apresentar os elementos de prova requeridos”*. Receia-se que o cumprimento de tal condições implique um grande aumento do número de pedidos de acesso aos processos a correr junto das autoridades de concorrência, em todas as situações em que estas são susceptíveis de ter na sua posse os documentos que se pretende obter.

Por outro lado, o conceito de *“categorias de documentos”* deve, na opinião da Autoridade da Concorrência, ser objecto de maior concretização, por forma a evitar incertezas jurídicas no momento da sua aplicação e a eliminar qualquer margem para o seu aproveitamento *“fishing expeditions”*.

Outra questão importante nesta sede prende-se com a intenção manifestada pela Comissão no Livro Branco, mas muito pouco desenvolvida, de proteger os inquéritos das autoridades de concorrência.

A Autoridade da Concorrência considera de toda a importância a criação de regras especiais neste domínio, dado que um maior recurso a acções de indemnizações por infracções anticoncorrenciais pode implicar, também, um maior interesse no acesso aos processos a correr termos junto das autoridades nacionais de concorrência, na tentativa da obtenção de elementos necessários para sustentar aquele tipo de acções. Tal acesso pode, se não baseado em regras adequadas, não só constituir um ónus excessivo para as autoridades, susceptível de pôr em causa o seu funcionamento eficaz, mas também de pôr em risco a própria investigação em curso.

Quanto a esta eventual protecção do “privilégio de investigação”, o objectivo que presidir à criação de uma regra especial deverá, na opinião da Autoridade da Concorrência, ser o de garantir um equilíbrio adequado entre a manutenção de uma eficácia máxima da actuação das autoridades nacionais de concorrência e o respeito pelos direitos fundamentais dos intervenientes no processo e dos terceiros com interesse legítimo no mesmo.

### **Efeito vinculativo das decisões das autoridades nacionais de concorrência**

A criação de regras que atribuam efeito vinculativo às decisões das autoridades nacionais de concorrência é susceptível de, no ordenamento jurídico português, suscitar dificuldades de natureza constitucional, podendo a regra proposta pela Comissão ser considerada contrária aos princípios da separação de poderes e da independência dos juízes. Especialmente problemática parece-nos ser a eventual vinculação de uma decisão da Autoridade da Concorrência que não foi objecto de recurso, dada a ausência, nesse caso, de qualquer tipo de controlo de natureza judicial.

Caso se venha efectivamente a enveredar pela criação de uma regra que contemple o efeito vinculativo das decisões das autoridades nacionais de concorrência, a mesma deve ser suficientemente ampla e flexível para permitir a sua adaptação às muitas

especificidades dos sistemas jurídicos dos Estados-Membros. No caso português, pode suscitar dificuldades especiais o facto de as decisões da Autoridade da Concorrência se convolverem em mera acusação quando são objecto de recurso. Neste caso, deixa de fazer sentido a referência a “decisão final” da Autoridade da Concorrência, uma vez que o que haverá, findo o recurso, é uma decisão judicial do tribunal que apreciar o mesmo. A exacta definição do que se entende por “decisão final” é por isso fundamental nesta matéria.

### **Prazos de prescrição**

A matéria dos prazos de prescrição é muito sensível, devendo em relação a ela, na opinião da Autoridade da Concorrência, serem tomadas as precauções necessárias para evitar desequilíbrios importantes nos sistemas jurídicos nacionais.

No que se refere à acções independentes, as regras propostas pela Comissão não suscitam quaisquer dificuldades, uma vez que são semelhantes às já consagradas no ordenamento jurídico nacional. Em todo o caso, parece-nos ser de exigir uma justificação aturada para a consagração de regras especiais de prescrição em matéria de Direito da Concorrência, as quais podem, se não rodeadas de cautelas adequadas, ser geradoras de desequilíbrios sistémicos e mesmo de aproveitamento abusivo.

No caso específico das acções de seguimento, a criação de uma regra especial é indissociável do que vier a ser consagrado em sede de efeito vinculativo das decisões das autoridades da concorrência, pelo que a sua análise em muito depende de uma apreciação global da matéria.

### **Indemnizações**

A Comissão Europeia defende no Livro Branco o princípio da reparação total do dano sofrido, o que é totalmente consentâneo com o ordenamento jurídico português, embora faça referências à possibilidade de a indemnização poder ultrapassar esse dano, o que se afasta da tradição na maioria dos sistemas jurídicos que, como o nosso, não admitem como regra danos punitivos. Entendemos que qualquer regra que venha a ser criada e que deixe em aberto essa possibilidade deve ser rejeitada, nomeadamente para que seja

mantida clara a separação entre os objectivos e os princípios subjacentes ao “private enforcement” (primordialmente, compensação) e ao “public enforcement” (punição e dissuasão).

Tendo em atenção as grandes dificuldades inerentes ao cálculo dos danos resultantes de uma infracção anticoncorrencial, dada a complexidade do processo causal conducente ao mesmo, a Comissão Europeia propõe a criação de um quadro de orientações pragmáticas e não vinculativas para o estabelecimento do montante da indemnização nos processos *antitrust*, nomeadamente através de métodos de cálculo aproximativos ou de regras simplificadas para a estimativa dos prejuízos sofridos.

A criação deste tipo de orientações parece-nos ser positiva, desde que tenham natureza não vinculativa e se revistam de um grau de simplicidade que permita aos juízes lidarem facilmente com as mesmas.

### **Repercussão dos custos adicionais**

No Livro Branco, a Comissão defende a admissibilidade da invocação do argumento da repercussão dos custos adicionais nos dois sentidos supra mencionados, o que não nos suscita qualquer tipo de dificuldade dado corresponder à solução resultante das regras gerais de responsabilidade civil, bem como as respeitantes à proibição do enriquecimento sem causa, vigentes no ordenamento jurídico português.

Relativamente à proposta de que os adquirentes indirectos possam invocar a presunção ilidível de que o custo adicional resultante da prática anticoncorrencial foi neles repercutido da sua totalidade, parece-nos que, tendo em conta as razões que normalmente subjazem à criação de presunções legais, a mesma deve, por um lado, ser claramente sustentada em estudos que demonstrem a sua plausibilidade e, por outro, ser implementada com a cautela exigida pela necessidade de articulação com as regras de responsabilidade civil vigentes nos vários ordenamentos jurídicos e pela conveniência de ser acautelada a harmonia dos sistemas jurídicos nacionais no seu todo.

## **Legitimidade para agir: adquirentes indirectos e mecanismos colectivos de reparação**

Como referido pela própria Comissão no Livro Branco, as sugestões relativas a reparação colectiva em matéria de indemnização no domínio *antitrust* inscrevem-se na iniciativa mais ampla da Comissão de reforçar os mecanismos colectivos de reparação na União Europeia. De facto, estando a DG SANCO a desenvolver trabalho no sentido de propor a criação de mecanismos de reparação colectiva para consumidores a nível horizontal, a Autoridade da Concorrência considera que só depois de finalizado esse trabalho se poderá fazer uma avaliação completa sobre a necessidade de criação de regras especiais para o Direito da Concorrência e sobre a configuração mais adequada das mesmas.

### **Requisito de culpa**

A matéria da culpa em acções de indemnização por danos decorrentes de infracções anticoncorrenciais é daquelas relativamente às quais é possível detectar mais discrepâncias entre os vários ordenamentos jurídicos, e está profundamente ligada ao funcionamento dos respectivos sistemas como um todo. Nalguns sistemas jurídicos prescinde-se da prova da culpa uma vez provada a infracção, enquanto noutros, como é o caso do português, a prova da culpa é necessária, sendo os casos de responsabilidade objectiva (independente de culpa) excepcionais e assentes em razões especiais.

A Comissão Europeia, no Livro Branco, embora assentando na necessidade de prova da culpa, propõe a previsão de uma presunção ilidível de culpa a partir da prova da infracção e do estabelecimento de critérios que permitam elidir a presunção que são bastante estritos. Relativamente a esta solução, que na prática está bastante próxima da consagração de uma responsabilidade objectiva, pensamos que a reflexão sobre a mesma deverá ter em conta a necessidade de assegurar a sua coerência com as restantes regras no sistema geral de responsabilidade civil vigente em cada Estado-Membro.

### **Custos das acções de indemnização**

Trata-se de uma matéria que extravasa totalmente as competências da Autoridade da Concorrência, embora nos pareça dificilmente justificável a criação de regras em matérias de custas que sejam específicas para o domínio da concorrência.