

PARC-000120-2016

Assunto: Proposta de Anteprojeto de Transposição da Diretiva Private Enforcement.

Requerente: Autoridade da Concorrência.

I. Comentários na generalidade:

1. Já tivemos oportunidade de tecer alguns comentários sobre uma primeira versão deste anteprojeto, agora em consulta, o qual pretende proceder à transposição da Diretiva 2014/104/UE de 26 de Novembro, que veio estabelecer as regras que regem as ações de indemnização no âmbito do direito nacional e do direito europeu por infração às disposições do direito da concorrência dos Estados-Membros e da União Europeia, comumente designado por "*private enforcement*".

O anteprojeto acompanha grande parte da estrutura e redação da própria diretiva, transpondo e regulamentando, no necessário, as regras que pretendem facilitar e agilizar os pedidos de indemnização junto dos tribunais, em particular no que respeita às vítimas de cartéis e de abusos de dominância.

2. Apesar das dificuldades práticas que se antecipam, trata-se de um marco na questão da "aplicação privada" do direito da concorrência, através dos tribunais cíveis nacionais, facilitando a compensação das vítimas de empresas participantes em cartéis ou que abusem da sua posição dominante.

E é aqui que reside a grande novidade da diretiva e do regime a transpor: a possibilidade de compensação das vítimas (particulares e empresas terceiras) pelos danos sofridos, em paralelo com a tradicional aplicação das regras da concorrência pela autoridade administrativa nacionalmente competente para o efeito (Autoridade

da Concorrência, no caso). Deixa-se de apenas dissuadir os infratores de tais práticas, através da aplicação de pesadas coimas às empresas infratoras, passando-se a permitir, em paralelo, a compensação das vítimas dessas práticas, através de uma indemnização.

É verdade que já hoje seria possível pedir a um tribunal uma indemnização por danos sofridos em consequência da violação de regras de concorrência, mas o deferimento de tal pedido esbarra normalmente com dificuldades inultrapassáveis de recolha de provas. Assim, a solução apontada pela diretiva passa pela utilização em tribunal da prova recolhida pela Autoridade da Concorrência em sede do processo que instaurou.

3. E aqui entram os mecanismos da “*clemência*” (declaração para efeitos de dispensa ou redução da coima, chama-lhe o anteprojeto) e o da própria “*transação*”.

Por outras palavras, uma empresa infratora que pretenda ver reduzida (ou isenta) a coima aplicável, voluntariamente declara conhecer ou assume a culpa peal infraqção e entrega à AdC os elementos probatórios na sua posse, os quais poderão vir a ser posteriormente utilizados pelas vítimas em sede de ação indemnizatória por si intentada.

II. Apreciação na Especialidade:

Sem prejuízo de naturalmente saudarmos a bondade das intenções do legislador comunitário e do anteprojeto de sua transposição, mormente quanto à criação de condições que facilitem a reparação dos danos sofridos pelos consumidores por práticas violadoras das regras de concorrência, com recurso, se necessário, a uma ação popular (artigo 20.º), ainda assim, o texto do anteprojeto levanta-nos algumas questões:

Artigo 6.º (Prazo de prescrição):

Estabelece o n.º 1 deste artigo um prazo prescricional de 5 anos a contar da data em que o lesado teve conhecimento, ou da data em que se possa razoavelmente presumir que teve conhecimento dos requisitos do direito de ver os seus danos reparados, quando prescreve o n.º 3 do artigo 10.º da diretiva que o prazo de prescrição para intentar a ação de indemnização seja pelo menos de 5 anos.

Ora, questiona-se a razão do legislador português pretender transpor o prazo mínimo e não um outro mais consentâneo com a dificuldade de recolha de elementos de prova dos factos que justificam a reparação dos danos sofridos.

Sugere-se por isso um prazo mais longo de prescrição de 10 anos.

Artigo 12.º e seguintes (acesso a meios de prova):

O Capítulo II do anteprojeto regulamenta o acesso a meios de prova, pretendendo, ao fim e cabo, garantir o funcionamento dos mecanismos da “clemência” e da “transação”, limitando a divulgação de alguns elementos de prova, os quais gozam de uma proteção quase absoluta.

Ora, muito embora a diretiva estabeleça uma presunção ilidível no que respeita à existência de danos resultantes de um cartel, com isso significando que o ónus da prova de que a infração não causou danos pertence à empresa infratora e não ao lesado, a verdade é que para os consumidores vítimas destas práticas e associações de consumidores que, em seu nome, intentem uma Ação Popular (como previsto no artigo 19.º), a quantificação de danos no âmbito de um cartel irá ser certamente muito problemático e um dos aspetos mais difíceis de ultrapassar num processo de indemnização. Isto porque, apesar da inversão do ónus da prova, caberá aos tribunais, em última instância essa quantificação dos danos.

Assim, consideramos que apesar da necessidade de salvaguardar os trâmites dos mecanismos da clemência e transação, ainda assim, deverá a AdC permitir o acesso dos lesados aos meios de prova em sua posse absolutamente necessários à condenação das empresas prevaricadoras em sede de ação por indemnização, em moldes a definir.

Artigo 19.º (Ação popular):

Congratulamo-nos com a possibilidade de ser intentada ação popular indemnizatória, ao abrigo da Lei n.º 83/95, de 31 de Agosto.

No entanto, por forma a evitarem-se futuros procedimentos dilatórios de réus nestas ações, um pouco à semelhança do que a experiência nos ensina sobre o passado, sugerimos que neste artigo seja expressamente estabelecida a legitimidade processual das associações de consumidores para intentar estas ações.