

**INTERVENÇÃO POR OCASIÃO DA CONFERÊNCIA “REGIME DAS AÇÕES DE INDEMNIZAÇÃO
POR INFRAÇÃO ÀS REGRAS DE CONCORRÊNCIA”**

Vieira de Almeida & Associados

Lisboa, 17 de maio de 2018

**INTERAÇÃO ENTRE A APLICAÇÃO PÚBLICA E PRIVADA DAS REGRAS DE CONCORRÊNCIA –
UM DESAFIO E UMA OPORTUNIDADE**

MARIA JOÃO MELÍCIAS

Administradora da Autoridade da Concorrência

Gostaria de começar por agradecer à Vieira de Almeida (VdA) a simpatia do convite para participar neste oportuno debate. É com muito gosto que regresso à VdA agora neste renovado e ainda mais bonito cenário.

Foi-me pedido que partilhasse convosco alguns dos desafios de política pública relativos a este tema estimulante que é o da interação entre a aplicação pública e privada das regras de concorrência, desafios esses que a Autoridade da Concorrência (AdC) enfrentou no contexto da transposição da Diretiva *private enforcement*¹ para o ordenamento jurídico nacional. Com efeito, a AdC teve a seu cargo, a convite do Ministério da Economia, a missão original de preparar tecnicamente um anteprojeto de diploma de transposição, para adoção pelo legislador, uma vez que sendo a guardiã do *public enforcement* em Portugal está efetivamente bem posicionada para salvaguardar aquele que é um dos principais objetivos da Diretiva – a articulação equilibrada entre estas duas vertentes da política da concorrência, de forma a maximizar a sua efetividade em Portugal.

Portanto a nossa intervenção teve sobretudo este desígnio. E poderíamos, a este respeito, ter facilmente adotado uma postura atemorizada, de temor apocalítico, perante os “estragos” que o *private enforcement* poderia provocar nos “nossos” instrumentos habituais de trabalho. Ao invés, procurámos transformar este desafio numa oportunidade e “take the bull by the horns”, como, aliás, apenas se faz em Portugal.

¹ 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.



1. Objetivos estratégicos do processo de transposição

Vimos neste projeto acima de tudo uma ótima oportunidade para promover o debate sobre a matéria, mediante o envolvimento dos *stakeholders*. Decidimos, sobretudo, que o processo deveria ser aberto, transparente e participado. À luz destes objetivos estratégicos: (i) constituímos um grupo de trabalho composto por especialistas externos que funcionou como uma espécie de *sounding board* relativamente aos trabalhos preparatórios em curso; (ii) organizámos um *workshop* consultivo alargado, para fazer um teste de mercado para discussão de uma versão embrionária do anteprojecto quando este ainda era um *work in process*; e (iii) promovemos, ainda, uma consulta pública do documento de trabalho antes de submetermos a versão final do anteprojecto. Com base nos vários contributos recolhidos ao longo de mais de seis meses do projeto, o diploma foi evoluindo, amadurecendo, tendo sido finalmente apresentado ao Governo, momento em que terminou o essencial da intervenção da AdC.

Todos os principais *outputs* deste projeto, os trabalhos preparatórios e todos os contributos recebidos estão disponíveis na página de internet da AdC para memória futura.

Devo acrescentar que se tratou de um exercício intelectualmente estimulante. Sendo o principal objetivo da AdC dinamizar o debate e obter o *buy-in* dos *stakeholders* quanto ao regime, desde a sua génese, creio que este objetivo foi amplamente conseguido. Depois do nosso pontapé de saída, tiveram lugar inúmeros debates e conferências em Portugal sobre o tema.

É sabido que após a entrega do Anteprojecto ao Governo, o processo legislativo sofreu atrasos, por motivos a que a AdC é alheia. Mas mais do que o *timing* da transposição, interessa focar no conteúdo: creio que podemos afirmar que, com a contribuição de todos, desenhamos um regime robusto e globalmente equilibrado, pois foi efetivamente o resultado de um trabalho de equipa com a comunidade.

Interessa também assinalar uma externalidade positiva deste atraso que foi a seguinte: quer o Governo, quer a Oposição apresentaram no Parlamento propostas de diplomas de transposição, de conteúdo substantivamente idêntico, ambas baseadas no anteprojecto da AdC, o que determinou a seguinte consequência original: ouvimos política de concorrência a ser discutida no plenário da Assembleia da República, não apenas uma, mas duas vezes, num curto espaço de tempo. Trata-se de algo bastante interessante que revela sinais de maturidade do país em matéria de política económica.

2. Exemplos de desafios de política pública

Irei apenas abordar seletivamente, do ponto de vista substantivo, alguns dos principais desafios de política pública que enfrentámos. Ao longo dos próximos minutos irei

“esvoaçar” alguns dos temas suscitados pelo novo regime jurídico do *private enforcement*, a saber: a força probatória das decisões; o exercício do princípio da oportunidade; a intervenção das autoridades de concorrência como *amicus curiae*; a medida das coimas; e o programa de imunidade.

2.1. Força probatória das decisões da AdC e de autoridades de concorrência de outros Estados-Membros

Uma decisão condenatória da AdC transitada em julgado que declare a existência de uma infração constitui prova irrefutável ou presunção inilidível de que a infração ocorreu, incluindo quanto à sua natureza e âmbito material, subjetivo, temporal e geográfico (tal como já sucede, aliás, no que respeita às decisões da Comissão Europeia por força do Regulamento 1/2003²).

Trata-se de solução prescrita pela Diretiva, cuja razão de ser se prende, entre outras, com a necessidade de não onerar desnecessariamente o sistema de justiça e a sociedade com uma duplicação dos custos administrativos que ocorreria caso fosse exigível, em sede civil, provar os mesmos factos que já terão levado anos, senão décadas, a estabelecer no contexto de investigações desenvolvidas por autoridades de concorrência por infração às regras de concorrência. No âmbito destas investigações, as empresas têm amplíssimas oportunidades de exercerem os seus direitos de defesa, quer na fase administrativa, quer na fase judicial, sendo apenas tidos como estabelecidos factos depois de examinados à luz mais favorável para as arguidas. Trata-se assim, de evitar a duplicação de diligências probatórias, bem como de evitar a contradição de decisões para efeitos contraordenacionais e civis, viabilizando a possibilidade de compensação por danos decorrentes de infrações ao direito da concorrência.

Uma mesma decisão condenatória ou judicial adotada noutro Estado-Membro constitui também presunção, embora neste caso ilidível, de que a infração ocorreu. Trata-se, em todo o caso, de um valor probatório reforçado relativamente ao mínimo que se encontrava previsto da Diretiva (prova “prima facie”), tendo-se aqui também procurado reforçar a competitividade da lei e fórum nacionais para a propositura deste tipo de ações.

2.2. O “princípio da oportunidade” e a complementaridade com o *private enforcement*

O exercício do chamado “princípio da oportunidade” é um domínio em que a complementaridade entre a aplicação pública e privada das regras de concorrência se manifesta de forma clara.

² Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho, de 16 de Dezembro de 2002, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81.º e 82.º do Tratado.

Desde 2012 que a Lei da Concorrência³ (LdC) habilitou expressamente a AdC a estabelecer graus de prioridade distintos às questões que é chamada a analisar. Como tal, a AdC não se encontra vinculada a dar seguimento, mediante a abertura de inquérito, a todas as denúncias que recebe, podendo rejeitar denúncias com base em critérios de interesse público e à luz de uma lógica de eficiência organizativa ou de gestão de prioridades.

No entanto, a circunstância de uma denúncia não merecer tratamento prioritário por parte da AdC não significa que não possa ser relevante do ponto de vista jus concorrencial. Assim, o denunciante pode, em alternativa, propor uma ação cível "stand-alone", no âmbito da qual seja feita a avaliação, para efeitos civis, da existência de uma violação das regras de concorrência, com fins, quer meramente declarativos, quer indemnizatórios, complementando-se deste modo a tutela dos interesses particulares de potenciais lesados.

2.3. O sistema de informação para monitorizar a aplicação privada do direito da concorrência – a intervenção como *amicus curiae*

O regime aprovado estabelece também um sistema de informação destinado a permitir a monitorização da aplicação privada das regras de concorrência em Portugal e, na medida do possível, a consistência com a aplicação pública, habilitando a AdC a intervir em ações cíveis como *amicus curiae*, bem como a pronunciar-se relativamente a pedidos de divulgação de elementos de prova constantes dos seus autos.

Este sistema é justamente mais relevante não só no âmbito de ações *stand-alone*, mas também relativamente à generalidade das ações cíveis cuja causa de pedir não se baseie exclusivamente na violação das regras de concorrência e que, portanto, devam continuar a ser intentadas junto dos tribunais comuns.

O Regulamento 1/2003 já habilitava, quer a AdC, quer a Comissão Europeia, a intervir como *amicus curiae*. No entanto, a fim de que estas possam intervir ou a avaliar sequer da pertinência da intervenção, importa saber, muito pragmaticamente, onde é que estes casos estão a ser litigados. Portanto este sistema teve também esse desiderato.

Assim, os tribunais comuns devem notificar à AdC (i) qualquer ação ou defesa em que se invoque uma infração à lei da concorrência e (ii) qualquer decisão ou acórdão que constate ou afaste uma infração aos artigos 101.º e 102.º do TFUE ou às disposições de direito nacional correspondentes.

Além disso, o Tribunal da Concorrência deve notificar à AdC qualquer pedido de divulgação de elementos de prova constantes dos seus autos, para que esta possa

³ Lei n.º 19/2012, de 8 de maio.

apresentar as suas observações sobre a proporcionalidade do pedido, em conformidade com o artigo 6.º, n.º 11, da Diretiva.

Este sistema de acompanhamento visa, incidentalmente, assegurar o cumprimento do artigo 15.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1/2003 que dispõe que os Estados-Membros devem enviar à Comissão Europeia uma cópia de todas as sentenças dos tribunais nacionais em matéria de aplicação dos artigos 101.º e 102.º TFUE.

2.4. Medida das coimas – a importância de uma política sancionatória consistente

A questão que frequentemente se coloca a este respeito é a de saber se a AdC deve passar a internalizar no seu processo decisório, aquando da determinação da medida das coimas, outras consequências financeiras que possam potencialmente advir para as empresas infratoras, nomeadamente a possibilidade hipotética de o infrator vir a ser objeto de uma ação de indemnização. Portanto, trata-se de saber se o nível geral das coimas deveria ser revisto em baixa, atento o aumento das ações de indemnização.

A este respeito, o novo regime jurídico do *private enforcement* incorporou na LdC a sugestão avançada pela Diretiva, a saber: pode ser tida em consideração como circunstância atenuante na determinação da medida da coima compensação que já tenha sido voluntária e efetivamente paga aos lesados pelas empresas em causa, no contexto de um acordo extra-judicial.

Já a perspetiva hipotética de ser alvo de ações de indemnização, não parece que mereça ser contemplada na determinação da medida das coimas.

Quanto ao resto, não creio que exista um problema de sobre punição ou *overdeterrence* e certamente que não existe a nível doméstico.

Importa recordar que a finalidade primeira do *private enforcement* é a compensação, ainda que tenha outras externalidades positivas ao reforçar o efeito de dissuasão relativamente ao cometimento de infrações. Com efeito, o regime que decorre da Diretiva, e que é aquele que vigora no ordenamento jurídico nacional, bem como na Europa continental em geral é o de que as indemnizações devem servir para compensar danos efetivos, não existindo um regime de *double damages* ou *trebble damages* com finalidades essencialmente punitivas e de prevenção geral. Como tal, não se vislumbra aqui sequer um problema conceptual de sobre punição ou de *over deterrence*, tanto mais que as coimas são calculadas pela AdC, em regra, tomando como ponto de partida um *proxy* sobre os danos causados no *mercado afetado* que na maioria das vezes é o mercado nacional.

Aliás, a abordagem da AdC na determinação de coimas em anos recentes tem sido a de procurar seguir de perto as suas Linhas de Orientação⁴, ou seja, a de adotar uma política sancionatória consistente que forneça ao mercado algum nível de previsibilidade – não absoluto, nem aritmético – mas um limiar mínimo de segurança relativamente ao nível geral de coimas que podem ser impostas num determinado caso, de forma a densificar os critérios gerais previstos na lei.

Para que as empresas tenham incentivos para recorrer ao regime de imunidade e ao mecanismo da transação têm que ter uma noção da coima que de outra forma lhes seria aplicável. Por conseguinte, uma política sancionatória coerente, obedecendo a critérios objetivos, credibiliza a política de concorrência junto dos *stakeholders*, i.e. dá sinais adequados ao mercado: torna o nível de coimas aplicado mais facilmente compreensível pelos destinatários e reduz a perceção de tratamento injusto, desfavorável ou arbitrário. Mais ainda, muito embora as Linhas de Orientação não sejam vinculativas para os Tribunais, ao basearem-se em critérios sedimentados na teoria económica e nas boas práticas internacionais, constituem um incentivo adicional para a manutenção do nível de coimas aplicado em sede judicial.

Em todo o caso, cumpre destacar que as Linhas de Orientação da AdC contemplam suficiente margem de apreciação para acomodar as particularidades de cada caso concreto, na coima a aplicar, à luz do princípio da proporcionalidade. A este título, pretende-se ainda obstar a que as empresas incorporem as coimas como um risco de negócio quando decidem envolver-se em práticas anticoncorrenciais, o que seria obviamente indesejável e contraproducente em termos do efeito de dissuasão pretendido para as sanções.

2.5. O Programa de imunidade

À luz da Diretiva, certa documentação constante dos processos de investigação das autoridades de concorrência está absolutamente protegida, nunca podendo ser divulgada a potenciais lesados. Enquadram-se nesta categoria as declarações para efeitos de imunidade ou para redução de coimas e as propostas de transação, por se tratar de declarações por natureza autoincriminatórias.

No entanto, as ditas “informações preexistentes”, ou seja, os documentos submetidos juntamente com uma declaração de imunidade e que existem independentemente da investigação, já podem em determinadas circunstâncias ser divulgados aos lesados que pretendam obter uma reparação de danos.

⁴ Linhas de Orientação sobre a metodologia a utilizar na aplicação de coimas no âmbito do artigo 63.º, n.º 8, da Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio.

A LdC protege quer as declarações de imunidade, quer os meios de prova apresentados juntamente com o pedido de imunidade, ou seja, as informações preexistentes.

Uma vez que a proteção conferida pelo programa de imunidade nacional é mais abrangente do que a prevista na Diretiva sobre esta matéria, foi necessário conformar a LdC através da introdução de limitações a esta proteção.

Importa destacar, de todo o modo, que nem por isso passou a ser permitido o acesso a informações preexistentes de forma incondicional. Como efeito, tal material probatório continuará a ser classificado como confidencial pela AdC. Quem pretenda obter uma reparação por danos causados e considere porventura determinante aceder a tal documentação, não deverá solicitá-lo diretamente à AdC. Tal acesso deverá ser requerido judicialmente, sendo nesse contexto que o tribunal competente poderá avaliar todos os prós e contras de um pedido de acesso, nomeadamente a pertinência do pedido e a sua proporcionalidade, incluindo no que respeita à proteção dos interesses da investigação (no caso de esta ainda estar pendente) e à necessidade de salvaguardar a eficácia da política de concorrência.

Portanto, o acesso a documentos apresentados juntamente com um pedido de imunidade não será, de todo, simples ou direta.

2.6. Garantir a proteção de propostas de transação ineficazes

O novo regime jurídico clarifica o carácter absolutamente protegido das propostas de transação apresentadas pelas empresas no decurso de uma investigação. Mesmo que as conversações com a AdC a este respeito não sejam bem-sucedidas por algum motivo e as propostas apresentadas pelas empresas se tornem ineficazes, apesar de continuarem a integrar os autos, são absolutamente confidenciais e protegidas contra divulgação junto de terceiros, incluindo os que pretendam uma reparação por danos causados.

Muito embora a Diretiva não estenda a proteção de confidencialidade a propostas revogadas, estas não têm lugar no ordenamento jurídico nacional, na medida em que a LdC determina, e já determinava, que as propostas de transação são irrevogáveis. Cenário distinto diz respeito a propostas de transação ineficazes por decorrerem de conversações falhadas.

Uma vez que a LdC era ambígua relativamente à distinção entre proposta ineficaz e proposta revogada (que não é admissível) e ao respetivo nível de proteção, tornou-se necessário introduzir esta clarificação de forma a proteger este instrumento processual estratégico para a atividade investigatória da AdC.

Recorde-se que a transação é um procedimento voluntário que implica, por parte das infratoras, o reconhecimento da sua responsabilidade numa infração, a troco da qual as empresas obtêm uma redução da coima que lhes seria aplicada, a qual pode ser

cumulada com uma eventual redução obtida através do programa de imunidade. A transação mostra-se vantajosa não apenas do ponto de vista financeiro, mas também por representar uma considerável economia de tempo e recursos que, em circunstâncias normais, seriam despendidos com a defesa do processo. Acresce ainda a menor exposição mediática e consequente diminuição dos custos reputacionais, decorrente quer da atitude colaborativa com a AdC, quer da mais célere resolução do processo e, bem assim, porque uma decisão final da AdC na sequência de uma transação será, do ponto de vista da narrativa dos factos, significativamente mais concisa do que o habitual.

3. Comentários finais

Há quem tenha vaticinado a queda do regime de imunidade na Europa por força da emergência do *private enforcement*.

Sobre se o impacto, a longo prazo, de um mundo com *private enforcement* será mais positivo, negativo ou neutro para o programa de imunidade, é algo que nesta fase honestamente não podemos estimar.

A avaliação sobre os pros e contras de recorrer ao programa mostra-se muito casuística ou *fact-specific*.

Se por um lado a perspetiva de exposição a ações de indemnização pode contribuir para desencorajar o recurso ao programa, haverá também sinais em sentido contrário, incluindo o “prémio” de limitação da responsabilidade civil estabelecido na Diretiva para aqueles que sejam os primeiros a recorrer ao programa, i.e. os beneficiários de dispensa de coima, sendo certo que os riscos de deteção subsistem ou aumentam à medida que as autoridades de concorrência, como a AdC, reforçam as suas capacidades de deteção *ex-officio* de práticas anticoncorrenciais. Acresce que o *private enforcement* parece poder ter um papel destabilizador de certos equilíbrios e gerar uma interação virtuosa com o *public enforcement*, um fenómeno que porventura já se observa noutras jurisdições: a partir do momento em que certas empresas infratoras começam a ser chamadas a pagar indemnizações a lesados ou a co-infratoras no âmbito do exercício do direito de regresso, podem querer retaliar, seja tentando elas próprias ações de indemnização por infrações às regras de concorrência, seja apresentando pedidos de imunidade relativamente a outras áreas de negócio, de forma a alancarem alguma vantagem competitiva.

Em Portugal, se é certo que no passado houve uma travessia do deserto no que se refere ao arranque do programa, este entretanto ganhou tração e os pedidos, ainda que não com a abundância que idealizaríamos, têm surgido paulatinamente ao longo dos últimos anos. Foram até ao momento apresentados em Portugal trinta pedidos de imunidade ou de redução de coimas, dos quais dezassete constituíram pedidos completos, ou seja, requerimentos relativos exclusivamente ou primordialmente ao

mercado nacional. Destes, mais de metade foram aliás recebidos pela AdC nos últimos quatro anos, ou seja, a partir de 2014, ano da adoção da Diretiva *private enforcement*.

Em qualquer cenário, importa separar bem o menor ou maior sucesso do programa de imunidade, do sucesso do *public enforcement* em geral. Com efeito, a AdC tem lançado mão de um conjunto de instrumentos tendo em vista a deteção proactiva de práticas anticoncorrenciais, reforçando as suas capacidades de *intelligence* e de recolha de informação, de uma forma muito pragmática de que aqui dou alguns exemplos:

- Inúmeras campanhas de *advocacy*, como o Guia para Associações Empresariais e a Campanha de Combate ao Conluio que tem permitido criar canais de comunicação abertos e fluidos com as entidades adjudicantes e muitas outras entidades públicas que são aliadas da AdC neste combate (como o IMPIC - Instituto dos Mercados Públicos, do Imobiliário e da Construção, a EsPap – Entidade de Serviços Partilhados da Administração Pública, I.P., a Inspeção-Geral de Finanças e o Tribunal de Contas);
- O acesso sistemático e permanente ao Portal Base, a base de dados global da contratação pública, que nos habilita a aplicar filtros comportamentais ou estruturais, tendo em vista detetar padrões de licitação suspeitos que indiciem a presença de cartéis, mormente na sequência de denúncias;
- O reforço da cooperação, nomeadamente informal, com o Ministério Público, no âmbito das nossas respetivas investigações, atenta a interação evidente existente entre cartéis e outras formas de criminalidade económica;
- A modernização do nosso Portal de Denúncias, tendo em vista, facilitar o reporte de infrações às regras de concorrência, por parte quer do cidadão comum, quer de fornecedores, clientes, concorrentes que sejam vítimas de práticas anticoncorrenciais ou até por trabalhadores das empresas infratoras, que conhecem melhor que ninguém o que se passa nas suas organizações e podem ter interesse em denunciar, sendo garantido o anonimato de quem o solicite;
- O reforço das nossas capacidades em matéria de recolha e análise forense de prova digital;
- O conjunto de *intelligence* que reunimos, pois verificamos um aumento na qualidade da informação que nos é reportada, já nos tem permitido construir narrativas consistentes para obter os competentes mandados de busca: o ano passado foi um ano *record* em termos de número de buscas, que atingiram dezasseis investigações e abrangeram mais de trinta alvos distintos.

Em suma: este esforço de investigação proativa tem dado frutos. Esta intensa atividade de campo lança sinais muito úteis ao mercado, contribuindo para aumentar

a perceção do risco de deteção, logo, para criar incentivos adicionais para o cumprimento da lei e para a concorrência pelo mérito, por um lado, bem como para a apresentação, sendo o caso, de pedidos de imunidade, por outro lado.

Existe, portanto, um ***cross-feeding* virtuoso entre os métodos de investigação proativa que temos utilizado e a dinamização do programa de imunidade.**

Em qualquer cenário, interessa assinalar que o *public enforcement* não se limita ao programa de imunidade: **há vida para além do programa de imunidade. De resto, o *public enforcement* em Portugal está robusto e vigoroso, está bem de saúde e esperamos que assim continue por muitos e bons anos.**

Para concluir quero salientar que importa adotar uma visão holística da política de concorrência: **a aplicação pública e a aplicação privada das regras de concorrência complementam-se e reforçam-se mutuamente.**

A ideia de compensação por danos sofridos por violação das regras de concorrência contribui para interessar a sociedade e até o cidadão comum sobre a importância da concorrência; para criar uma perceção da concorrência não apenas como um interesse público, mas como um direito individual: o direito à concorrência – que é justamente o lema da AdC neste ano comemorativo do seu 15.º aniversário (“15 anos a defender o direito à concorrência”).

O *private enforcement* reforça, enfim, o efeito de dissuasão, i.e. reforça os incentivos para que as empresas concorram entre si através do mérito, assim maximizando o bem-estar, ou seja, entregando à sociedade e aos cidadãos os benefícios do processo competitivo: preço, qualidade, escolha e inovação.
