

NOTA INFORMATIVA

PLMJ

A.M.PEREIRA, SÁRAGGA LEAL, OLIVEIRA MARTINS, JÚDICE E ASSOCIADOS
SOCIEDADE DE ADVOGADOS, RL

O LIVRO BRANCO SOBRE ACÇÕES DE INDEMNIZAÇÃO DEVIDO À VIOLAÇÃO DAS REGRAS COMUNITÁRIAS DE CONCORRÊNCIA

Os artigos 81º e 82º do Tratado CE estabelecem regras *antitrust*, proibindo práticas de concertação entre empresa restritivas da concorrência e abusos de posição dominante. Estas disposições são aplicadas quer pela Comissão, quer pelas autoridades de concorrência nacionais. As referidas disposições podem ainda ser aplicadas pelos tribunais nacionais em acções civis, através das quais é possível a declaração de nulidade de acordos ou decisões proibidas, a adopção de medidas cautelares, ou a obtenção de indemnizações pelas vítimas de uma infracção das regras de concorrência. A plena aplicação do direito comunitário exige um sistema eficaz para os pedidos de indemnização na sequência de infracções às regras *antitrust*, o que foi já confirmado pelo Tribunal de Justiça¹. Na ausência de regras comunitárias na matéria, cabe aos sistemas jurídicos dos Estados-Membros definir regras processuais adequadas para a apresentação, o tratamento e a decisão de pedidos de indemnização. Tais acções ainda são, no entanto, raras.

Em 19 de Dezembro de 2005, a Comissão Europeia adoptou o Livro Verde sobre acções de indemnização por prejuízos sofridos em consequência da violação das regras comunitárias no domínio *antitrust*². Nele identificou os principais obstáculos a um sistema eficaz para essas acções de indemnização, apresentando pistas de reflexão e de possível intervenção para melhorar o funcionamento de tais acções

Na senda da discussão em torno das questões suscitadas pelo Livro Verde, a Comissão Europeia publicou, em 3 de Abril de 2008, o Livro Branco sobre o mesmo tema³, onde apresenta propostas concretas sobre vários pontos, destinadas a eliminar os obstáculos à eficácia das acções de indemnização, anteriormente detectados.

Relativamente à questão da **legitimidade para agir**, o Livro Branco começa por referir que qualquer pessoa deverá ter o direito de intentar uma acção de indemnização e ser ressarcida do dano pelo incumprimento das regras *antitrust*, direito que deverá aplicar-se igualmente aos adquirentes indirectos. No entanto, chama-se a atenção para o facto de muitas das vítimas, especialmente consumidores e pequenas empresas, se sentirem inibidas de intentar uma acção de indemnização, uma vez que os danos sofridos são frequentemente de baixo valor e uma acção de indemnização implica custos, atrasos e riscos consideráveis. Assim, a Comissão considera fundamental que se preveja uma combinação de dois mecanismos colectivos de reparação: (i) por um lado, acções representativas intentadas por entidades qualificadas, tais como associações de consumidores, organismos estatais ou associações profissionais, e (ii) por outro lado, acções colectivas por adesão, nas quais as vítimas decidem expressamente agregar os seus pedidos individuais de indemnização numa única acção.

Sobre o **acesso aos elementos de prova**, o Livro Branco começa por reconhecer que os processos de concorrência exigem um intenso apuramento dos factos e que muitos dos elementos de prova essenciais são muitas vezes dissimulados, não chegando em geral a ser conhecidos de forma suficientemente pormenorizada pelo requerente.

¹ Ver Processo C-453/99 Courage/Crehan, Col. 2001, p.1-6297, parágrafo 26, e processos apensos C-295/04 a C-298/04, Manfredi, Col. 2006, p. 1-6619, parágrafos 60 e 61.

² Livro Verde - Acções de indemnização devido à violação das regras comunitárias no domínio *antitrust*, em: http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/others/actions_for_damages/gp_pt.pdf

³ Livro Branco sobre acções de indemnização devido à violação das regras comunitárias no domínio *antitrust*, em: http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/actionsdamages/files_white_paper/whitepaper_pt.pdf

No entanto relembra que, apesar de ser fundamental superar tal assimetria de informação, é igualmente importante evitar o eventual risco de abusos quanto a obrigações de divulgação de informação. Assim, se por um lado se mostra essencial que os tribunais nacionais, em determinadas condições, tenham o poder de ordenar às partes no processo ou a terceiros que divulguem certos elementos de prova, por outro lado devem ser tomadas cautelas para que tais pedidos sejam precisos, e a divulgação em questão seja relevante, necessária e proporcionada.

Seguidamente o Livro Branco aborda a questão do eventual **efeito vinculativo das decisões das autoridades nacionais de concorrência**. A Comissão entende que se deve assegurar uma aplicação coerente dos artigos 81.º e 82.º do Tratado CE, e aumentar a segurança jurídica e a eficácia processual. Nestes termos, propõe que seja adoptada uma regra segundo a qual os tribunais nacionais que tenham de decidir sobre as acções de indemnização relativas a uma prática sobre a qual uma Autoridade Nacional da Concorrência (“ANC”) de um Estado-membro tenha já tomado uma decisão definitiva que declare verificada uma infracção, ou sobre a qual uma instância judicial de recurso proferiu uma sentença definitiva que confirma a decisão da ANC ou que declara ela própria verificada uma infracção, não podem tomar decisões contrárias a esta decisão ou sentença. Sublinha-se que esse efeito vinculativo deve ter lugar apenas quando se houverem esgotado todas as possibilidades de recurso, e quando a acção se refira às mesmas práticas e às mesmas empresas abrangidas pela decisão da ANC ou da instância de recurso.

O Livro Branco chama também a atenção para as diferentes abordagens nacionais relativamente ao **requisito de culpa**. A Comissão sugere que, nos Estados-Membros que exigem a prova da culpa, se considere que, quando a vítima tiver demonstrado uma infracção ao artigo 81.º ou 82.º do Tratado CE, o autor da infracção seja considerado responsável pelos danos causados, excepto se demonstrar que a infracção resulta de um erro verdadeiramente desculpável. Um erro será considerado desculpável se uma pessoa razoável com um elevado grau de diligência não pudesse ter conhecimento que o comportamento em causa tinha por efeito a restrição da concorrência.

Relativamente às **indemnizações** propriamente ditas, o Livro Branco considera que as vítimas devem obter reparação total do valor real do prejuízo sofrido, o que abrange o prejuízo real imputável a um aumento anticoncorrencial dos preços (dano emergente), os ganhos perdidos em resultado de uma eventual diminuição das vendas (lucros cessantes) e o direito à percepção de juros.

A Comissão reconhece que o cálculo do montante da indemnização poderá revelar-se excessivamente difícil ou mesmo impossível, uma vez que implicará uma comparação com a situação económica da vítima no cenário hipotético de um mercado concorrencial. Assim, a Comissão propõe estabelecer um quadro de orientações pragmáticas e não vinculativas para o estabelecimento do montante da indemnização. A Comissão propõe igualmente codificar o acervo comunitário actual sobre o âmbito dos danos susceptíveis de serem indemnizados.

Passando à análise dos pontos relativos à **repercussão dos custos adicionais**, a Comissão relembra que, de acordo com o princípio da reparação, deve poder ser atribuída uma indemnização a qualquer pessoa lesada que possa provar de forma suficiente a existência de um nexo de causalidade entre o dano e a infracção. Nestes termos, os requeridos devem ter o direito de invocar a repercussão dos custos (ou seja, o facto de a vítima da infracção ter repercutido os custos adicionais ilegais nos seus próprios clientes, os “adquirentes indirectos”) como meio de defesa contra um pedido de indemnização pelo custo adicional. Por outro lado, os adquirentes indirectos que pretendam ser indemnizados devem poder invocar a presunção elidível de que o custo adicional ilegal foi neles repercutido na sua totalidade.

O Livro Branco considera ainda que os **prazos de prescrição** podem constituir um obstáculo considerável à reparação dos danos. De facto, nos casos de infracções continuadas ou repetidas ou nos casos em que as infracções se mantêm secretas (como é frequente suceder com os cartéis), as vítimas podem defrontar-se com dificuldades sérias relativamente à data em que o prazo de prescrição começa a correr.

“Sociedade de Advogados Portuguesa do Ano” - IFLR Awards 2006 & Who’s Who Legal Awards 2006

“Melhor Departamento Fiscal do Ano” - International Tax Review - Tax Awards 2006, 2008

Prémio Mind Leaders Awards™ – Human Resources Suppliers - 2007

A Comissão propõe, assim, que o prazo de prescrição apenas comece a correr (i) a partir do dia em que a infracção terminou, em caso de infracção continuada ou repetida, e (ii) a partir do momento em que se pode razoavelmente presumir que a vítima da infracção teve conhecimento da infracção e dos danos causados. Adicionalmente, para evitar que os prazos de prescrição expirem enquanto está em curso uma investigação por uma ANC, a Comissão sugere que se preveja um novo prazo de prescrição de pelo menos dois anos, que deverá começar a correr na data em que a decisão que declara verificada uma infracção se torna definitiva.

Os **custos associados às acções de indemnização** por incumprimento das regras *antitrust*, assim como as regras de repartição desses custos, são também considerados como um potencial elemento desincentivador da propositura de acções de indemnização. A Comissão propõe assim que os Estados-membros considerem, em primeiro lugar, a elaboração de regras processuais que favoreçam os acordos de transacção, para que os custos possam ser reduzidos; em segundo lugar, a fixação e repartição das despesas judiciais de uma forma que a propositura destas acções não sofra um desincentivo excessivo; e em terceiro lugar, a possibilidade de os tribunais nacionais deliberarem sobre as despesas, derogando, quando se justifique, as regras gerais.

Por fim o Livro Branco pronuncia-se sobre a questão da **interacção entre os programas de clemência e as acções de indemnização**.

Recordando a importância de assegurar a atractividade dos programas de clemência, o Livro Branco considera que a confidencialidade das declarações das empresas que apresentem pedidos de clemência deve ser devidamente protegida. Nestes termos, a Comissão propõe que seja concedida protecção a todas as declarações de empresas apresentadas por qualquer candidato à clemência, independentemente de o pedido de clemência ser aceite, rejeitado ou não dar lugar a qualquer decisão por parte da autoridade da concorrência.

A Comissão entende também que, atendendo à relevância dos programas de clemência, deverá ser examinada a possibilidade de limitar a responsabilidade civil das empresas beneficiárias de imunidade aos pedidos de indemnização apresentados pelos seus parceiros contratuais directos e indirectos, excluindo-se assim a sua responsabilidade perante os parceiros contratuais de outras empresas participantes no cartel.

Os interessados que desejem apresentar observações sobre o Livro Branco deverão fazê-lo até 15 de Julho de 2008.

Lisboa, Maio de 2008

A presente Nota Informativa destina-se a ser distribuída entre Clientes e Colegas e a informação nela contida é prestada de forma geral e abstracta, não devendo servir de base para qualquer tomada de decisão sem assistência profissional qualificada e dirigida ao caso concreto. O conteúdo desta Nota Informativa não pode ser reproduzida, no seu todo ou em parte, sem a expressa autorização do editor. Caso deseje obter esclarecimentos adicionais sobre o assunto contacte Dr. Sara Estima Martins - e.mail: sem@plmj.pt, tel: (351) 213 197 488.