



CONVIDADO

Indemnização por danos à concorrência

MIGUEL MENDES PEREIRASócio da Vieira
de Almeida & Associados

Foi publicada no Jornal Oficial da UE de 5 de dezembro a Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa às ações de indemnização por infração às regras de concorrência da UE. Trata-se de um marco para a chamada “aplicação privada” do direito da concorrência que visa, através dos tribunais cíveis nacionais, facilitar a atribuição de indemnizações a vítimas de empresas que participem em cartéis ou abusen da sua posição dominante.

Tradicionalmente, a aplicação das regras de concorrência tem sido assegurada por autoridades administrativas (como a Autoridade da Concorrência) e assenta na aplicação de pesadas coimas às empresas infratoras que podem ascender a 10% do respetivo volume de negócios anual. A perspetiva pública foca-se na dissuasão e na punição mas, naturalmente, não pode compensar o sobrecusto que vítimas de um cartel tenham pago ao longo de anos, nem remediar os abusos que uma empresa tenha sofrido às mãos de um seu poderoso concorrente. A Diretiva, que os Estados-membros terão agora de transpor para o direito nacional no prazo de dois anos, procura incentivar o recurso aos tribunais por parte das vítimas na busca de uma indemnização.

Na verdade, a obtenção de uma compensação não depende desta Diretiva: já hoje é possível pedir a um tribunal uma indemnização por danos sofridos em resultado de um atropelo às regras de concorrência. Mas as dificuldades não são de somenos. Um cartel é secreto por natureza, pelo que a recolha de prova não se afigura fácil. Do mesmo modo, um abuso de posição dominante é frequentemente cometido através de práticas comerciais que só dissecadas numericamente revelam a infração: o problema é que os números evidenciadores se encontram a mais das vezes encerrados a sete chaves na sede da empresa infratora. A solução passa por utilizar em tribunal a prova que a Autoridade da

Concorrência tenha recolhido na sua investigação. Mas chegada a este ponto, uma Autoridade da Concorrência tomba num estado de esquizofrenia dilemática.

Por um lado, vê as ações civis de indemnização como suas aliadas no esforço de dissuasão e punição dos infratores. Por outro, uma excessiva colaboração com as vítimas em termos de fornecimento de prova pode colocar em risco aquele que tem sido o instrumento mais eficaz a nível europeu e mesmo mundial (não sendo, porém, ainda infelizmente o caso em Portugal) no combate aos cartéis: os programas de clemência (“whistleblowers”). É que o perdão concedido à primeira empresa a confessar o delito tem-se revelado nos últimos anos o fator decisivo na descoberta e punição de grandes cartéis internacionais.

A Diretiva é uma boa notícia para o mundo da concorrência. Mas em Portugal há que saudar estas novidades “cum grano salis” e procurar reafirmar o frequente entusiasmo do legislador português pela última moda de Paris (neste caso, de Bruxelas). Somos por vezes acometidos de um novoriquismo legal que procura importar tecnologia jurídica de ponta que falha porque singelamente falta papel, ou chove nos tribunais ou não há juízes... A obrigação de transposição da Diretiva deixa alguma margem de manobra ao legislador português nas alterações que se imporão ao Código Civil e ao Código de Processo Civil, pelo que seria avisado transpô-la com o sentido das proporções imposto pela realidade portuguesa.

É preciso ter noção de que o “private enforcement” das regras de concorrência surge ao nível da UE, e de jurisdições como o Reino Unido ou a Ale-

A economia portuguesa necessita de uma Autoridade da Concorrência forte.

manha, como uma preocupação de quarta geração, depois de estar mecanizada (e bem oleada) a aplicação das regras contra os cartéis e os abusos de posição dominante, seguida pela implementação do controlo de concentrações e garantido o sucesso dos programas de clemência. Surge como a “nova fronteira” do direito da concorrência.

Em Portugal, estamos ainda a construir as fronteiras tradicionais. Em 2013, a Autoridade da Concorrência adotou, salvo erro, três decisões de condenação em matéria de práticas restritivas. Em 2014, mercê de uma profunda reestruturação interna que procurou arrumar a casa, não houve decisões neste domínio. A expectativa é que em 2015 a Autoridade comece a ocupar o lugar ao lado das suas congéneres europeias de onde tem estado arreadada nos últimos anos.

Trata-se, porém, ainda de uma chama débil que pode facilmente ser apagada por alguma nortada excessivamente entusiástica. A economia portuguesa necessita de uma Autoridade da Concorrência forte e de uma sólida aplicação pública das regras de concorrência que crie (e divulgue) um acervo de decisões a partir do qual seja realista começar a equacionar o “private enforcement”.

O voto natalício que, a este propósito, se remete ao legislador português é o de uma transposição sensata da Diretiva, com o sentido de responsabilidade exigido pela nossa realidade e, desejavelmente, com uma ampla consulta pública que evite os desastres bem-intencionados dos génios de gabinete. ■

Este artigo está em conformidade com o novo Acordo Ortográfico.