

BRANDS' ADVOCATUS

O *Private Enforcement* chegou a Portugal Mas o que é que isso significa?

Por CATARINA PINTO XAVIER



SLCM - Serra Lopes,
Cortes Martins //
Advogados
cpx@slcm.pt

HÁ POUCOS DIAS FOI PUBLICADA A LEI N.º 23/2018, de 5 de junho, que estabelece um regime especial para as ações de indemnização (propostas por privados contra privados) que tenham por fundamento uma infração ao Direito da Concorrência.

Concretiza-se, assim, um ano e meio depois do prazo fixado, a transposição para a ordem jurídica portuguesa da Diretiva 2014/104/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, aprovada em 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, normalmente designada por “*Diretiva Private Enforcement*”.

Por oposição ao designado *public enforcement* – i.e. defesa da concorrência levada a cabo pelas autoridades nacionais da concorrência, nomeadamente através de processos de contraordenação –, o *private enforcement* (aplicação privada) no âmbito do Direito da Concorrência assenta no pressuposto que as regras da concorrência não visam apenas a proteção do bom funcionamento dos mercados e da economia, no sentido objetivo de proteção da concorrência, mas salvaguardam também direitos subjetivos dos particulares, que, por isso, podem pedir a reparação dos danos sofridos em virtude de uma violação dessas regras. Nessa linha, a Diretiva *private enforcement* veio, no essencial, prever disposições que facilitam a vida a quem pretenda pedir uma indemnização por ter sido lesado por uma prática anticoncorrencial.

A Lei n.º 23/2018, de 5 de junho, que entra em vigor a 4 de Agosto de 2018 e não se aplica retroativamente, nem se aplicará às ações já pendentes em tribunal, vem estabelecer regras, tão inovadoras como duvidosas,

aplicáveis ao direito à indemnização por infração ao Direito da Concorrência, nacional, da União Europeia ou de outros Estados-Membros, quando estejam em causa as seguintes práticas restritivas da concorrência: (i) acordos, práticas concertadas e decisões de associações de empresas; (ii) abuso de posição dominante e (iii) abuso de dependência económica.

A lei prevê que o direito à indemnização prescreve no prazo de cinco anos, que só começa a correr depois de cessar a infração e que se suspenderá caso a Autoridade da Concorrência dê início a uma investigação.

O acesso aos meios de prova por parte do lesado está especialmente reforçado, prevenindo-se que o Tribunal possa ordenar ao alegado infrator, sob pena de multa, ou à própria Autoridade da Concorrência, a disponibilização de meios de prova, não sendo obstáculo a existência de informações confidenciais.

Mas a mais polémica das regras é aquela que estabelece que a declaração pela Autoridade da Concorrência ou por um tribunal de recurso da existência de uma infração ao direito da concorrência constitui presunção inilidível da sua existência. Ou seja, nesses casos, o lesado não terá que provar que houve violação do Direito da Concorrência, por que se assume que a mesma se verificou. Se é certo que esta regra decorre da própria diretiva, já é bastante discutível que a mesma não infrinja os direitos fundamentais a uma tutela jurisdicional efetiva e a um processo justo e imparcial.

Em suma, a chegada do *private enforcement* em Portugal significa que a condenação num processo de contraordenação pela Autoridade da Concorrência é meio caminho andado para a condenação no pagamento de (uma ou várias) indemnizações a clientes ou concorrentes. ●