



# **A reparação dos danos sofridos em violação das regras europeias da Concorrência**

---

FILIPA DANIELA COUTO CAMPOS

Mestrado em Direito  
Ciências Jurídico-Económicas

Porto, julho de 2014

Trabalho realizado sob a orientação do Professor Doutor JOSÉ NEVES CRUZ

## ÍNDICE

ABREVIATURAS .....	3
RESUMO/ABSTRACT .....	4
INTRODUÇÃO .....	5
I – DIREITO DA CONCORRÊNCIA .....	6
1. <i>FUNDAMENTUM</i> DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA NOS TRATADOS EUROPEUS .....	6
2. REGRAS DA CONCORRÊNCIA DA UNIÃO EUROPEIA.....	8
2.1 PRECEITOS PARA A APLICAÇÃO DO DIREITO EUROPEU DA CONCORRÊNCIA ..	10
3. REGRAS DA CONCORRÊNCIA NO DIREITO PORTUGUÊS.....	12
4. COORDENAÇÃO E COOPERAÇÃO ENTRE AUTORIDADES NACIONAIS DA CONCORRÊNCIA E TRIBUNAIS NACIONAIS E COMISSÃO EUROPEIA .....	14
II – INFRAÇÕES AO DIREITO DA CONCORRÊNCIA .....	16
1. INFRAÇÕES ÀS DISPOSIÇÕES DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA .....	16
2. O DIREITO DAS VÍTIMAS AFETADAS POR PRÁTICAS RESTRITIVAS DA CONCORRÊNCIA A SEREM INDEMNIZADAS.....	17
2.1 LIVRO VERDE SOBRE AÇÕES DE INDEMNIZAÇÃO DEVIDO À VIOLAÇÃO DAS REGRAS COMUNITÁRIAS NO DOMÍNIO <i>ANTITRUST</i> .....	26
2.2 LIVRO BRANCO SOBRE AÇÕES DE INDEMNIZAÇÃO POR INCUMPRIMENTO DAS REGRAS COMUNITÁRIAS NO DOMÍNIO <i>ANTITRUST</i> .....	31
2.3 APLICAÇÃO EFETIVA DAS REGRAS DA CONCORRÊNCIA – JUSTIFICAÇÃO E OBJETIVOS DA PROPOSTA DE DIRETIVA DE 11.06.2013 .....	37
3. PROPOSTA DE DIRETIVA RELATIVA A CERTAS REGRAS QUE REGEM AS AÇÕES DE INDEMNIZAÇÃO NO ÂMBITO DO DIREITO NACIONAL POR INFRAÇÕES ÀS DISPOSIÇÕES DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA.....	38
3.1 DIVULGAÇÃO DOS ELEMENTOS DE PROVA.....	38
3.2 EFEITO PROBATÓRIO DAS DECISÕES NACIONAIS .....	43
3.3 PRAZOS DE PRESCRIÇÃO .....	45
3.4 RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA .....	47
3.5 REPERCUSSÃO DOS SOBRECUSTOS.....	49
3.6 QUANTIFICAÇÃO DOS DANOS .....	50
3.7 RESOLUÇÃO AMIGÁVEL DE LITÍGIOS.....	52
3.8 AS AÇÕES COLETIVAS.....	54
CONCLUSÃO .....	55
BIBLIOGRAFIA.....	56
LEGISLAÇÃO.....	59
JURISPRUDÊNCIA .....	60

## **ABREVIATURAS**

ANC – Autoridade Nacional da Concorrência/Autoridades Nacionais da Concorrência

AR – Assembleia da República Portuguesa

CC – Código Civil Português

CE – Comissão Europeia

CRP – Constituição da República Portuguesa

DR – Diário da República

EM – Estado-Membro/Estados-Membros

EOA – Estatuto da Ordem dos Advogados

EUA – Estados Unidos da América

JOCE – Jornal Oficial das Comunidades Europeias

JOUE – Jornal Oficial da União Europeia

NCPC – Novo Código de Processo Civil

UE – União Europeia

PE – Parlamento Europeu

REC – Rede Europeia de Concorrência

TFUE – Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia

TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia

## RESUMO/ABSTRACT

O objetivo deste trabalho é a análise das ações de indemnização no âmbito do direito europeu por infrações às disposições do direito da Concorrência. Em primeiro lugar, são expostas as regras europeias e nacionais no âmbito da concorrência, partindo-se, depois, para as infrações a tais normas. Aqui, abordando a aplicação privada do direito da Concorrência, analisa-se o direito das vítimas afetadas por tais infrações à obtenção de uma indemnização, o surgimento das ações de indemnização por violação das regras da Concorrência e a sua fundamentação jurisprudencial. Seguidamente, é feita a exposição dos Livro Verde e Livro Branco sobre ações de indemnização por violação das regras no domínio *antitrust*. Por fim, analisam-se as sugestões constantes da “Proposta de Diretiva relativa a certas regras que regem as ações de indemnização no âmbito do direito nacional por infrações às disposições do direito da Concorrência dos Estados-Membros e da União Europeia” no que respeita à criação de novos mecanismos de acesso a elementos de prova, efeito vinculativo às decisões das ANC, prazos de prescrição, responsabilidade solidária, repercussão dos sobrecustos, presunção ilidível de que um cartel causa danos, mecanismos de resolução amigável de litígios e as alterações que as mesmas poderão vir a provocar no ordenamento jurídico português.

The objective of this paper is the analysis of damages actions resulting by the breach of European antitrust rules. First of all, we expose European and Portuguese antitrust rules, followed by the breach of such rules. Then, we approach the private enforcement of Competition law, the righteousness of victims to get compensated, the emergence of this compensation actions and his jurisprudential foundation. Subsequently, we expose the Green Paper and the White Paper on antitrust damages actions. Lastly, we analyzed the suggestions that are in the “Proposal for a Directive on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union” with regard to the creation of new mechanisms for access to evidences, binding effect of the decisions of the national competition authorities, limitation periods, joint and several liability, repercussion of additional costs, rebuttable presumption that a cartel causes damages, mechanisms for amicable settlement of disputes, and the changes that these suggestions could bring to the Portuguese legal system.

## INTRODUÇÃO

No dia 6 de junho de 2013, a Comissão Europeia apresentou a Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a certas regras que regem as ações de indemnização no âmbito do direito nacional por infrações às disposições do direito da Concorrência dos Estados-Membros e da União Europeia<sup>1</sup>, adiante Proposta de Diretiva.

Considerando que a livre Concorrência é fundamental para o funcionamento do mercado interno e que as infrações às regras da Concorrência prejudicam os consumidores e a economia e o mercado, os princípios e as regras concorrenciais devem ser (re)afirmados através da aplicação pública (pelas ANC e pela CE) e da aplicação privada da Concorrência (pelos particulares).

Neste sentido, a referida Proposta de Diretiva procura otimizar a interação entre a aplicação pública e privada das regras da Concorrência, assegurar que as vítimas das infrações a estas regras obtêm uma reparação integral dos danos sofridos e eliminar a diversidade no que respeita às regras jurídicas nacionais próprias de cada EM que regulam as ações de indemnização no domínio *antitrust*.

Na primeira parte deste trabalho será feita uma breve introdução ao tema do Direito da Concorrência. Assim, será aclarada a razão de ser do direito da Concorrência nos Tratados da União e serão explicitadas as principais regras europeias e nacionais nesta matéria e, por fim, será feita uma breve abordagem à coordenação e cooperação entre as ANC, os Tribunais nacionais e a CE.

Na segunda parte será abordada a temática das infrações ao Direito da Concorrência. Desta forma, depois de explicados os problemas que derivam das infrações às regras da Concorrência, será feita uma análise acerca do direito que as vítimas afetadas por práticas concorrenciais restritivas têm a serem indemnizadas. No âmbito desta análise, será, por um lado, examinado o Livro Verde sobre ações de indemnização devido à violação das regras comunitárias no domínio *antitrust* e, por outro lado, o Livro Branco sobre ações de indemnização por incumprimento das regras comunitárias no domínio *antitrust*. Finalmente, será analisada a Proposta de Diretiva, estudando-se aspetos como a divulgação dos elementos de prova, o efeito probatório das decisões nacionais, os prazos de prescrição, a responsabilidade solidária, a repercussão dos sobrecustos, a quantificação dos danos, a resolução amigável de litígios e as ações coletivas.

---

<sup>1</sup> Disponível em [http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009\\_2014/documents/com/com\\_com\(2013\)0404\\_/com\\_com\(2013\)0404\\_pt.pdf](http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/com/com_com(2013)0404_/com_com(2013)0404_pt.pdf).

## I – DIREITO DA CONCORRÊNCIA

### 1. *FUNDAMENTUM* DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA NOS TRATADOS EUROPEUS

A garantia de uma Concorrência não falseada é o principal objetivo das regras europeias da Concorrência. A existência de livre Concorrência entre os agentes económicos que interagem dentro da UE é uma das condições essenciais para que funcione o mercado interno e que o mesmo dê frutos, aumentando o bem-estar económico e social<sup>2</sup>.

No território da União, estamos perante um mercado “de inspiração liberal – baseado como está no dinamismo da iniciativa privada e nas regras de uma concorrência de mercado. Segundo o *art. 3.º, al. g), do Tratado CE*, é um *mercado de concorrência*: no espaço económico da Comunidade, os produtores e os comerciantes podem livremente prospectar a clientela e propor-lhes os seus produtos, tal como aos consumidores é facultado escolher livremente, entre os produtos que lhes são oferecidos, os mais interessantes do ponto de vista de qualidade e do preço”<sup>3</sup>.

No entanto, pode acontecer que os valores de liberdade económica e de autonomia privada possam chocar com os valores de proteção da Concorrência, por isso, nas “modernas sociedades *capitalistas*, em que o sistema económico se funde numa ideia de *liberdade de iniciativa económica e de mercado*, como é o caso dos Estados-membros da CE, a preocupação pela tutela da *concorrência* assume um papel importante e até decisivo”<sup>4</sup>.

Assim, porque importa acautelar os interesses legítimos de todos os agentes económicos, encontramos, no Capítulo 1 do Título VII do TFUE<sup>5</sup>, disposições que organizam e disciplinam a Concorrência na União. A economia de mercado livre é um dos princípios fundamentais da União e a livre Concorrência é um pilar central no mercado interno, pois assume particular importância na criação de um espaço sem fronteiras, que se caracteriza pela livre circulação de mercadorias, pessoas, serviços e capitais<sup>6</sup>. Portanto, a política de Concorrência da UE procura garantir que não existam distorções da Concorrência neste

---

<sup>2</sup> “Competition is the best stimulant of economic activity, since it guarantees the widest possible freedom of action to all” – FAINHUNST, John, “Law of the European Union, 5ª edição, Harlow, Pearson, 2006, ISBN 1-4058-1233-8, p. 524.

<sup>3</sup> CAMPOS, João Mota de, CAMPOS, João Luís Mota de, “Manual de Direito Comunitário”, 5ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, ISBN 978-972-32-1484-0, p. 599.

<sup>4</sup> DA CUNHA, Miguel Maria Tavares Festas Gorjão-Henriques, “Da Restrição da Concorrência na Comunidade Europeia: a Franquia de Distribuição”, Coimbra, Livraria Almedina, 1998, ISBN 972-40-1121-6, p. 25.

<sup>5</sup> TFUE, de 25 de março de 1957, versão consolidada publicada no JOUE a 26 de outubro de 2012, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=EN>.

<sup>6</sup> Ver também CORDEIRO, António Menezes, “Concorrência e direitos e liberdades fundamentais na União Europeia”, em “Regulação e Concorrência – Perspectivas e Limites da Defesa da Concorrência”, Coimbra, Almedina, 2005, ISBN 972-40-2386-9, p. 9.

mercado, impondo que se apliquem regras semelhantes a todas as empresas que nele operam<sup>7</sup>.

Como referido, fomentar uma Concorrência não falseada é uma regra de conduta fundamental no mercado da União. Todas as políticas europeias (económicas, monetárias, de aproximação de legislações) encontram como critério de realização “ou, no máximo, como limite à sua autonomia, o respeito pelo princípio da livre concorrência”, podendo apenas operar “através de actos que possam lograr justificação à luz das próprias normas de concorrência”<sup>8</sup>. Isto pois, para o bom funcionamento do mercado interno, as liberdades circulatórias de trabalhadores, mercadorias, serviços e capitais não bastam. A par da abolição das restrições estaduais à livre circulação de mercadorias é necessário proibir coligações entre empresas, abusos de posição dominante e ajudas estatais, que teriam os mesmos efeitos do ponto de vista da proteção dos mercados e tecidos produtivos e distributivos nacionais<sup>9</sup>.

É também fundamental que faça parte do calendário diário da própria União a previsão da adoção de normas e o fomento de comportamentos que garantam que, em todos os sectores económicos, a Concorrência no mercado interno não seja falseada. Assumindo-se, deste modo, a política da Concorrência da União “como « pilar da construção europeia »” e “condição mesma de toda a política económica da União”<sup>10</sup>.

Podemos, então, afirmar que as políticas de Concorrência da UE visam melhorar o funcionamento dos mercados, fazendo com que as empresas que atuam no mercado interno concorram e atuem lealmente entre si e em condições de igualdade e equidade. Isto estimula o desempenho e aumenta a eficiência das empresas e encoraja o empreendedorismo e a produtividade, ao mesmo tempo que amplia a escolha dos consumidores e facilita a redução dos preços e o aumento da qualidade dos bens e serviços prestados<sup>11</sup>.

A União da Europa dos nossos dias não funciona sem um mercado livre, leal e competitivo, assumindo, portanto, as regras da Concorrência papel central neste projeto.

---

<sup>7</sup> “Concorrência” em EUROPA – Sínteses da legislação da EU, disponível em [http://europa.eu/legislation\\_summaries/competition/index\\_pt.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/competition/index_pt.htm), consultado em 23-02-2014.

<sup>8</sup> GORJÃO-HENRIQUES, Miguel, “Direito da União : história, direito, cidadania, mercado interno e concorrência”, 6ª edição, Coimbra, Almedina, 2010, ISBN 978-972-40-4386-9, p. 643.

<sup>9</sup> GORJÃO-HENRIQUES, Miguel, “Direito da União : história, direito, cidadania, mercado interno e concorrência”, 6ª edição, Coimbra, Almedina, 2010, ISBN 978-972-40-4386-9, p. 639.

<sup>10</sup> GORJÃO-HENRIQUES, Miguel, “Direito da União : história, direito, cidadania, mercado interno e concorrência”, 6ª edição, Coimbra, Almedina, 2010, ISBN 978-972-40-4386-9, pp. 640-641.

<sup>11</sup> “Qual é a importância da política da concorrência para o consumidor?” – Comissão Europeia (Concorrência), disponível em [http://ec.europa.eu/competition/consumers/why\\_pt.html](http://ec.europa.eu/competition/consumers/why_pt.html), consultado em 23-02-2014.

## 2. REGRAS DA CONCORRÊNCIA DA UNIÃO EUROPEIA

No TFUE, como aludimos, encontramos, alicerçadas no princípio do mercado aberto e concorrencial, as principais regras europeias em matéria de Concorrência.

Assim, são proibidos os cartéis, que podem resultar de acordos entre empresas, de decisões de associações de empresas e de práticas concertadas que, nos termos do artigo 101.º do TFUE, “sejam suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno”<sup>12</sup>.

Estes acordos ou decisões proibidos são nulos, mas a “aplicação da nulidade a um determinado acordo ou a algumas das suas cláusulas pressupõe que esse acordo seja abrangido pelo n.º 1 do referido artigo e que não lhe possam ser aplicadas as disposições do n.º 3”<sup>13</sup>. Para além do mais, esta nulidade é de carácter absoluto, pois “um acordo considerado nulo por força desta disposição não produz efeitos nas relações entre os contraentes nem é oponível a terceiros”<sup>14</sup> sendo, desta forma, tal nulidade “susceptível de afectar todos os efeitos, passados ou futuros, do acordo ou da decisão”<sup>15</sup>. No entanto, as proibições do número 1 deste artigo podem ser declaradas inaplicáveis i) a qualquer acordo, ou categoria de acordos, entre empresas, ii) a qualquer decisão, ou categoria de decisões, de associações de empresas ou iii) a qualquer prática concertada, ou categoria de práticas concertadas, que contribuam para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos ou para promover o progresso técnico ou económico, contanto que aos utilizadores se reserve uma parte equitativa do lucro daí resultante e que não imponham às empresas em causa quaisquer restrições que não sejam indispensáveis à consecução desses objetivos, nem deem a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa.

---

<sup>12</sup> Podem consubstanciar tais práticas aquelas que: a) fixam, de forma direta ou indireta, os preços de compra ou de venda, ou quaisquer outras condições de transação; b) limitam ou controlam a produção, a distribuição, o desenvolvimento técnico ou os investimentos; c) repartem os mercados ou as fontes de abastecimento; d) aplicam, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência; ou que e) subordinam a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objeto desses contratos (o chamado “sistema de interdição”).

<sup>13</sup> Acórdão PORTELANGE/SMITH CORONA MERCHANT INTERNATIONAL do TJUE, de 09/07/1969, Processo 10/69, disponível em <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=87821&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=512535>, consultado em 17-04-2014.

<sup>14</sup> Acórdão BÉGUELIN IMPORT/G. L. IMPORT EXPORT do TJUE, de 25/11/1971, Processo 22/71, disponível em <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=88240&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=307766>, consultado em 16-04-2014.

<sup>15</sup> Acórdão BRASSERIE DE HAECHE/WILKIN-JANSSEN do TJUE, de 06/02/1973, Processo 48/72, disponível em <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=88342&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=308058>, consultado em 16-04-2014.

É igualmente vedado às empresas, nos termos do artigo 102.º do TFUE, a exploração abusiva de uma posição dominante que “seja suscetível de afetar o comércio entre os Estados-Membros”<sup>16</sup>. Assim, é incompatível com o mercado interno e proibido, na medida em que tal seja suscetível de afetar o comércio entre os EM, o facto de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante<sup>17</sup> no mercado interno ou numa parte substancial deste<sup>18</sup>.

De igual forma, nos termos do artigo 107.º do TFUE, “são incompatíveis com o mercado interno, na medida em que afetem as trocas comerciais entre os Estados-Membros, os auxílios concedidos pelos Estados ou provenientes de recursos estatais, independentemente da forma que assumam, que falseiem ou ameacem falsear a concorrência, favorecendo certas empresas ou certas produções”<sup>19</sup>.

---

<sup>16</sup> Entende-se “que a empresa abusa da posição dominante de que dispõe quando leva a cabo comportamentos suscetíveis de influenciar a estrutura de um mercado no qual, precisamente na sequência da presença da empresa em questão, o grau de concorrência já está enfraquecido, tendo como consequência impedir, através de meios diferentes daqueles que regem uma competição normal de produtos ou serviços, a manutenção do grau de concorrência ainda existente no mercado ou o desenvolvimento dessa concorrência.” – Autoridade da Concorrência, em “Abuso de Posição Dominante”, disponível em [http://www.concorrenca.pt/vPT/Praticas\\_Proibidas/Praticas\\_Restritivas\\_da\\_Concorrenca/Abuso\\_de\\_posicao\\_dominante/Paginas/Abuso-de-posicao-dominante.aspx](http://www.concorrenca.pt/vPT/Praticas_Proibidas/Praticas_Restritivas_da_Concorrenca/Abuso_de_posicao_dominante/Paginas/Abuso-de-posicao-dominante.aspx), consultado em 12-03-2014.

<sup>17</sup> Estas práticas abusivas podem consistir na: a) imposição, de forma direta ou indireta, de preços de compra ou de venda ou outras condições de transação não equitativas; b) limitação da produção, da distribuição ou do desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores; c) aplicação, relativamente a parceiros comerciais, de condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência; ou d) subordinação para a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objeto desses contratos.

<sup>18</sup> Uma nota para salientar o seguinte: a concentração de empresas (por fusão, aquisição ou outra) pode levar à aquisição de uma posição dominante no mercado. A partir daqui, a fronteira para a restrição da Concorrência é ténue. Por isso, as concentrações de empresas, na UE, encontram-se reguladas e são submetidas a controlo prévio por parte da CE. Assim, o Regulamento 139/2004 do Conselho, de 20 de janeiro de 2004, publicado no JOUE a 29 de janeiro de 2004 (“Regulamento das Concentrações Comunitárias”), procede à regulamentação das disposições que disciplinam a apreciação, por parte da Comissão, das concentrações com dimensão europeia, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32004R0139&from=PT>.

<sup>19</sup> Não obstante, são compatíveis com o mercado interno a) os auxílios de natureza social atribuídos a consumidores individuais com a condição de serem concedidos sem qualquer discriminação relacionada com a origem dos produtos; b) os auxílios destinados a remediar os danos causados por calamidades naturais ou por outros acontecimentos extraordinários; e c) os auxílios atribuídos à economia de certas regiões da República Federal da Alemanha afetadas pela divisão da Alemanha, desde que sejam necessários para compensar as desvantagens económicas causadas por esta divisão. Podem também ser considerados compatíveis com o mercado interno i) os auxílios destinados a promover o desenvolvimento económico de regiões em que o nível de vida seja anormalmente baixo ou em que exista grave situação de subemprego, bem como o desenvolvimento das regiões referidas no artigo 349.º do TFUE, tendo em conta a sua situação estrutural, económica e social, ii) os auxílios destinados a fomentar a realização de um projeto importante de interesse europeu comum, ou a sanar uma perturbação grave da economia de um EM, iii) os auxílios destinados a facilitar o desenvolvimento de certas atividades ou regiões económicas, quando não alterem as condições das trocas comerciais de maneira que contrariem o interesse comum, iv) os auxílios destinados a promover a cultura e a conservação do património, quando não alterem as condições das trocas comerciais e da concorrência na União num sentido contrário ao interesse comum ou v) outras categorias de auxílios determinadas por decisão do Conselho, sob proposta da Comissão.

Para além do referido, o artigo 106.º do TFUE submete os EM e as empresas públicas ao respeito pelas regras da Concorrência<sup>20</sup>.

Como vemos, as principais regras de proteção e defesa da Concorrência no mercado da União consistem, por um lado, na proibição de formação de cartéis e na proibição de abuso de posição dominante e, por outro, na proibição de auxílios estatais às empresas.

## **2.1 PRECEITOS PARA A APLICAÇÃO DO DIREITO EUROPEU DA CONCORRÊNCIA**

Primeiramente, e atento ao disposto nos artigos 101.º e 102.º e nos artigos 106.º e 107.º do TFUE, as regras da Concorrência da UE aplicam-se aos comportamentos das empresas suscetíveis de afetar o comércio entre os EM e às intervenções dos Estados que o afetem. Portanto, para que se apliquem estas regras é apenas exigível que o comportamento em causa seja *suscetível* de afetar o comércio no mercado interno, não sendo necessário que haja, em concreto, uma afetação<sup>21</sup>. As práticas anti concorrenciais encontram-se, portanto, sujeitas ao direito da União na medida em que possam afetar o comércio entre os EM<sup>22</sup>. Assim, o TJUE, no Acórdão LTM/MBU, Processo 56/65, de 30/06/1966, refere que “o acordo em causa deve, com base num conjunto de elementos objectivos de direito ou de facto, deixar prever, com suficiente grau de probabilidade, que pode exercer uma influência directa ou indirecta, actual ou potencial, sobre o desenrolar das trocas comerciais entre os Estados-membros”<sup>23</sup>.

Posto isto, as regras da Concorrência da UE aplicam-se a todas as empresas que se dediquem a atividades anti concorrenciais e cujos efeitos se manifestem no território da União, mesmo que tais empresas sejam nacionais de um Estado não pertencente à União ou tenham igual nacionalidade. No entanto, exclui-se a aplicação do direito da UE em relação

---

<sup>20</sup> Assim, no que respeita às empresas públicas e às empresas às quais se concedam direitos especiais ou exclusivos, os EM não tomarão nem manterão qualquer medida contrária ao disposto nos Tratados, designadamente ao disposto no artigo 18.º e nos artigos 101.º a 109.º do TFUE. Também as empresas encarregues da gestão de serviços de interesse económico geral ou que tenham a natureza de monopólio fiscal ficam submetidas às regras dos Tratados, na medida em que tal obediência não comprometa a missão que lhes foi confiada.

<sup>21</sup> Não tem sido pacífico o alcance da expressão “afetação do comércio entre Estados-Membros”, pois, se para alguns, se aplicam as regras comunitárias logo que determinada prática proibida pelos Tratados altere as condições de trocas comerciais entre EM, para outros, tais regras só serão de aplicar quando essas práticas prejudiquem efetivamente as trocas comerciais dos EM.

<sup>22</sup> No entendimento de JOÃO MOTA DE CAMPOS e JOÃO LUÍS MOTA DE CAMPOS verifica-se *afetação do comércio entre os EM* quando uma prática restritiva da concorrência interfere “de maneira sensível com vendas, aprovisionamentos ou prestações de serviços interessando *a mais de um Estado da Comunidade*” – CAMPOS, João Mota de, CAMPOS, João Luís Mota de, “Manual de Direito Comunitário”, 5ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, ISBN 978-972-32-1484-0, p. 601.

<sup>23</sup> Acórdão do TJUE, de 30/06/1966, Processo 56/65, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61965CJ0056:PT:PDF>, consultado em 10-03-2014.

àquelas práticas restritivas da Concorrência cujos efeitos se manifestem, em exclusivo, fora do território da UE, independentemente da nacionalidade das empresas envolvidas. Assim, a aplicação das regras europeias da Concorrência obedece a um critério territorial, visto que o efeito anti concorrencial terá de se verificar dentro do espaço europeu<sup>24</sup>.

Finalmente, e como vimos, o direito europeu da Concorrência aplica-se sempre que determinada prática afete o comércio entre EM. No entanto, se os efeitos advenientes do desrespeito das regras da Concorrência apenas se manifestarem no interior de um EM, em princípio, unicamente a legislação da Concorrência desse Estado irá regular tal prática. Apesar disso, podem existir, simultaneamente, normas nacionais e normas europeias aplicáveis a uma mesma situação, pois aos EM é permitido adotar regras punitivas de comportamentos que, para além de afetarem o mercado nacional afetem também o comércio externo e/ou comunitário. No entanto, a aplicação de tais normas tem como limite as finalidades dos Tratados, uma vez que não podem lesar a aplicação do direito da União. Ora, no caso de oposição declarada entre uma norma nacional e uma norma europeia, a primazia deve ser dada, indubitavelmente a esta última<sup>25</sup>, pois “o primado do direito comunitário exige que não se aplique uma norma de direito interno contrária a uma norma de direito comunitário, seja ela anterior ou posterior a esta última”<sup>26</sup>. Assim, o direito europeu deve ser aplicado quando determinada prática é lícita à luz do direito nacional de um EM, mas proibida pelas normas europeias. Devendo, igualmente, ser aplicado quando determinada prática é considerada ilícita à luz do direito nacional, mas lícita pela aplicação das regras europeias.

---

<sup>24</sup> Desta forma, constatamos que o artigo 101.º do TFUE proíbe comportamentos suscetíveis de afetar o comércio entre os EM e que tenham por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno e que o artigo 102.º do TFUE não permite a exploração abusiva de uma posição dominante no mercado interno ou em parte substancial do mesmo.

<sup>25</sup> Assim, e de acordo com o Princípio da Primazia, o TJUE, no Acórdão SIMMENTHAL, de 09/03/1978, Processo 106/77, afirma que “o juiz nacional responsável, no âmbito das suas competências, pela aplicação de disposições de direito comunitário, tem obrigação de assegurar o pleno efeito de tais normas, decidindo, por autoridade própria, se necessário for, da não aplicação de qualquer norma de direito interno que as contrarie, ainda que tal norma seja posterior, sem que tenha de solicitar ou esperar a prévia eliminação da referida norma por via legislativa ou por qualquer outro processo constitucional” – Acórdão do TJUE, de 09/03/1978, Processo 106/77, disponível em <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61977CJ0106:PT:PDF>, consultado em 10-03-2014. De igual forma, o mesmo Tribunal, no Acórdão FACTORTAME de 19/06/1990, declara que o “direito comunitário deve ser interpretado no sentido de que, quando o órgão jurisdicional nacional ao qual foi submetido um litígio que se prende com o direito comunitário considere que o único obstáculo que se opõe a que ele conceda medidas provisórias é uma norma do direito nacional, deve afastar a aplicação dessa norma” – Acórdão do TJUE, de 19/06/1990, Processo C-213/89, disponível em <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=96746&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=346528>, consultado em 16-04-2014.

<sup>26</sup> Acórdão CIF, do TJUE, de 09/09/2003, Processo C-198/01, disponível em <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=48552&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=511698>, consultado em 17-04-2014.

### 3. REGRAS DA CONCORRÊNCIA NO DIREITO PORTUGUÊS

A Lei 19/2012, de 8 de maio<sup>27</sup>, o Decreto-lei 10/2003, de 18 de janeiro<sup>28</sup> e o Decreto-lei 166/2013, de 27 de dezembro<sup>29</sup> reúnem as principais regras da Concorrência em Portugal.

Assim, no que às práticas restritivas da Concorrência diz respeito, devemos atender à lei 19/2012, de 8 de maio.

O artigo 9.º desta lei, à semelhança do artigo 101.º do TFUE, estabelece a restrição de acordos, práticas concertadas e decisões de associações de empresa. Desta forma, são proibidos e sancionados com nulidade os acordos entre empresas, as práticas concertadas entre empresas e as decisões de associação de empresas cujo objeto seja ou tenham como efeito impedir, falsear ou restringir, de forma sensível, a Concorrência, no todo ou em parte, no mercado nacional. No entanto, nos termos do artigo 10.º, tais práticas podem ser justificadas se, contribuindo para a melhoria da produção ou da distribuição dos bens e serviços ou para a promoção do progresso técnico ou económico, cumulativamente, a) reservarem aos utilizadores desses bens ou serviços uma parte equitativa do benefício daí resultante, b) não impuserem às empresas em causa quaisquer restrições que não sejam indispensáveis para atingir esses objetivos, e c) não derem a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial do mercado em causa.

O artigo 11.º, à semelhança do artigo 102.º do TFUE, refere-se ao abuso de posição dominante. Assim, proíbe a exploração abusiva, por uma ou mais empresas, de uma posição dominante no mercado nacional ou numa parte substancial deste. Para além dos exemplos já elencados a propósito da disposição do Tratado, esta norma refere, também, que pode ser considerado abusivo a recusa do acesso a uma rede ou a outras infraestruturas essenciais por si controladas, contra remuneração adequada, a qualquer outra empresa, desde que, sem esse acesso, esta não consiga, por razões de facto ou legais, operar como concorrente da empresa em posição dominante no mercado a montante ou a jusante, a menos que esta última demonstre que, por motivos operacionais ou outros, tal acesso é impossível em condições de

---

<sup>27</sup> Lei 19/2012, de 8 de maio, aprovada em 22 de março de 2012, publicada em DR a 8 de maio de 2012, disponível em <http://dre.pt/pdfs/2012/05/08900/0240402427.pdf>, que estabelece o regime jurídico da Concorrência aplicável a todas as atividades económicas exercidas (ocasional ou permanentemente) no setor privado, público ou cooperativo.

<sup>28</sup> Decreto-lei n.º 10/2003, de 18 de janeiro, visto e aprovado em Conselho de Ministros de 20 de novembro de 2002, publicado em DR a 18 de janeiro de 2003, disponível em <http://dre.pt/pdf1sdip/2003/01/015A00/02510259.pdf>, que disciplina os Estatutos da Autoridade da Concorrência.

<sup>29</sup> Decreto-lei n.º 166/2013, de 27 de dezembro, visto e aprovado em Conselho de Ministros de 30 de outubro de 2013, publicado em DR a 27 de dezembro de 2013, disponível em <https://dre.pt/pdf1sdip/2013/12/25100/0698506990.pdf>, que revoga o Decreto-lei n.º 370/93, de 29 de outubro e aprova o regime aplicável às práticas individuais restritivas do comércio.

razoabilidade.

Por fim, o artigo 12.º alude ao abuso de dependência económica. Desta forma – na medida em que seja suscetível de afetar o funcionamento do mercado ou a estrutura da Concorrência – é proibido a exploração abusiva, por uma ou mais empresas, do estado de dependência económica em que se encontre relativamente a elas qualquer empresa fornecedora ou cliente, por não dispor de alternativa equivalente<sup>30</sup>. Podem, entre outros, nos termos do número 2 deste artigo, considerar-se abusivo a adoção de qualquer dos comportamentos previstos nas alíneas a) a d) do número 2 do artigo 11.º e a rutura injustificada, total ou parcial, de uma relação comercial estabelecida, tendo em consideração as relações comerciais anteriores, os usos reconhecidos no ramo da atividade económica e as condições contratuais estabelecidas.

Para além do referido, nos artigos 36.º e seguintes deste diploma, encontramos as disposições que regulam as operações de concentração de empresas, nos artigos 60.º e seguintes estabelece-se o procedimento relativo a estudos, inspeções e auditorias e no artigo 65.º as orientações em matéria de auxílios públicos do Estado ou entes públicos.

Nos termos do artigo 67.º desta lei, ressalvadas a responsabilidade criminal ou as medidas administrativas a serem tomadas, as infrações às normas da presente lei ou às normas previstas pela UE cuja observância a Autoridade da Concorrência assegure, constituem contraordenação, punível com coima, nos termos dos artigos 68.º e seguintes.

Para além disto, caso a gravidade da infração e a culpa do infrator o justifiquem, juntamente com a coima, ao infrator podem ser aplicadas sanções acessórias, nos termos indicados no artigo 71.º e, nos termos do artigo 72.º, quando tal se justifique, pode ser aplicada sanção pecuniária compulsória.

Finalmente, os artigos 75.º e seguintes, à semelhança do direito da União, estabelecem o chamado regime de “Clemência”. Este regime tem como objetivo levar aqueles que participam em práticas concertadas proibidas a fornecer, à autoridade administrativa responsável, informações e provas dessas mesmas infrações. Assim, neste caso, através de auto denúncia de participação em acordo ou prática concertada, as empresas ou os seus titulares dos órgãos de administração ou os responsáveis pela direção ou fiscalização da área de atividade em que seja praticada uma contraordenação, podem beneficiar de dispensa ou redução da coima nos processos de contraordenação por violação das regras da Concorrência.

---

<sup>30</sup> Para tal, uma empresa não dispõe de alternativa equivalente quando o fornecimento do bem ou do serviço em causa for assegurado por um número restrito de empresas e esta não puder obter as mesmas condições por parte de outros parceiros comerciais em prazo razoável.

#### 4. COORDENAÇÃO E COOPERAÇÃO ENTRE AUTORIDADES NACIONAIS DA CONCORRÊNCIA E TRIBUNAIS NACIONAIS E COMISSÃO EUROPEIA

A luta contra as violações da Concorrência é um trabalho que envolve a colaboração da Comissão e das ANC, juntamente com as Associações de Proteção dos Consumidores, a Comunicação Social e a Sociedade Civil. Neste sentido, o Conselho elaborou e aprovou o Regulamento 17/62, de 6 de fevereiro de 1962, que acabou por ser substituído pelo atual Regulamento 1/2003, de 16 de dezembro de 2002<sup>31</sup>. Enquanto aquele primeiro Regulamento era considerado centralizador, o Regulamento 1/2003, apesar de ampliar os poderes da CE, procede a uma descentralização<sup>32</sup>, introduzindo uma “«revolução copernicana» no sistema de controlo da concorrência no domínio da União”<sup>33</sup>, pois, por via deste, “as autoridades dos Estados membros são chamadas a aplicar em pleno os artigos 101.º e 102.º e, inclusivamente, são chamadas a aplicar o n.º 3 do artigo 101.º do TFUE”<sup>34</sup>.

Assim, nos termos dos artigos 5.º e 6.º do Regulamento 1/2003, as ANC e os Tribunais nacionais têm competência para aplicar, em processos individuais, os atuais artigos 101.º e 102.º do TFUE. A aplicabilidade direta do direito da União, embora permitindo a invocação direta de normas comunitárias perante jurisdições nacionais ou europeias, não afetou ou restringiu a manutenção e a criação de legislações nacionais de Concorrência. Como tal, surgiu a necessidade de se estudar o relacionamento entre as ordens jurídicas nacionais e europeias no que às normas de Concorrência respeita<sup>35</sup>. Desta forma, o TJUE, no Acórdão

---

<sup>31</sup> Regulamento 17/62 do Conselho, de 6 de fevereiro de 1962, publicado no JOCE a 21 de fevereiro de 1962, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31962R0017&rid=1> e Regulamento 1/2003 do Conselho, de 16 de dezembro de 2002, publicado no JOCE a 04 de janeiro de 2003, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003R0001&qid=1403802164721&from=PT>.

<sup>32</sup> “Regulation 17/62 was replaced by Regulation 1/2003 (OJ 2003 L 1/1) on 1 May 2004 (the same day the EU was enlarged from 15 to 25 Member State). This new Regulation creates the conditions for a greater involvement of national competition authorities and courts by making Arts 81 and 82 (previously Arts 85 and 86) directly applicable in their entirety” – FAINHUNST, John, “Law of the European Union, 5ª edição, Harlow, Pearson, 2006, ISBN 1-4058-1233-8, p. 565.

<sup>33</sup> VILAÇA, J. L. da Cruz, “O ordenamento comunitário da concorrência e o novo papel do juiz numa União alargada”, Revista do CEJ, n.º1, 2004, pp. 37-51 citado por GORJÃO-HENRIQUES, Miguel, “Direito da União : história, direito, cidadania, mercado interno e concorrência”, 6ª edição, Coimbra, Almedina, 2010, ISBN 978-972-40-4386-9, p. 644.

<sup>34</sup> GORJÃO-HENRIQUES, Miguel, “Direito da União : história, direito, cidadania, mercado interno e concorrência”, 6ª edição, Coimbra, Almedina, 2010, ISBN 978-972-40-4386-9, p. 644.

<sup>35</sup> “Assim, qualquer sujeito tem o direito de pedir a uma jurisdição nacional que salvguarde e imponha o respeito pelos direitos que lhe advêm das normas comunitárias diretamente aplicáveis.

Contudo, a aplicação do direito comunitário da concorrência, que ora nos ocupa, assume uma natureza diferente. A Comissão e as autoridades nacionais estão vinculadas, de acordo com as respetivas competências, a efetivarem essa aplicação *ex officio*. Não têm que submeter-se ao princípio do dispositivo, mas devem atuar sempre que a legalidade é infringida, impondo a eficácia da norma violada e repondo a legalidade nos casos de rutura.

A sua competência não é, pois, uma competência de atribuição, subordinada a pedido das partes. É uma competência *ex vi legis*, em que os seus detentores são diretamente instituídos por lei no poder-dever de

WALT WILHELM, de 13/02/1969, Processo 14/68<sup>36</sup>, veio dizer que, com o intuito de respeitar a finalidade geral dos Tratados, a “aplicação paralela do direito nacional apenas pode ser admitida na medida em que não prejudique a aplicação uniforme, em todo o mercado comum, das normas comunitárias em matéria de acordos e o efeito pleno dos actos adoptados em aplicação dessas normas”.

Assim, prevalece a aplicação do direito da União, podendo coexistir legislações nacionais em matéria da Concorrência, desde que a primazia e o efeito útil das regras europeias não sejam postas em causa. Daqui resulta que o direito nacional não pode considerar lícita uma prática proibida pelos Tratados. Ao mesmo tempo, o artigo 3.º deste Regulamento disciplina a Relação entre os artigos 101.º e 102.º do TFUE e as legislações nacionais em matéria de Concorrência<sup>37</sup>. Assim, sempre que as ANC ou os Tribunais apliquem legislação nacional em matéria de Concorrência a acordos, decisões de associação ou práticas concertadas, suscetíveis de afetar o comércio entre EM, na aceção do artigo 101.º do TFUE ou a qualquer abuso proibido pelo artigo 102.º do TFUE, devem, igualmente, aplicar estas disposições europeias a tais práticas. Para além disto, a legislação nacional em matéria de Concorrência não pode proibir comportamentos autorizados pelo direito europeu.

De referir ainda que, em cumprimento do considerando 15 do referido Regulamento 1/2003, foi criada a Rede Europeia de Concorrência que agrupa as Autoridades da Concorrência dos 27 EM e a Comissão. Esta Rede tem como principal objetivo a garantia de uma aplicação eficaz e coerente das normas em matéria de Concorrência em todo o território da União, aplicando, para o efeito, mecanismos de cooperação diversos e regendo-se pelos princípios da coerência, da eficiência, da cooperação e da salvaguarda dos direitos de defesa.

Para além disto, nos termos do número 1 do artigo 15.º do Regulamento, a Comissão tem um dever geral de cooperação leal com os Tribunais nacionais e os estes, para além de se encontram igualmente obrigados a deveres de cooperação, devem ter em conta as decisões da Comissão, não podendo adotar decisões contrárias às mesmas e devem evitar tomar decisões que entrem em conflito com uma decisão prevista pela CE em processos que esta tenha iniciado, nos termos do número 1 do artigo 16.º do Regulamento.

---

aplicarem as normas comunitárias específicas deste ramo do direito” – S. VIDEIRA, Francisco, “Direito Processual da Concorrência”, Coimbra, Coimbra Editora, 1992, ISBN 972-32-0493-2, p. 181.

<sup>36</sup> Acórdão do TJUE, de 13/02/1969, Processo 14/68, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61968CJ0014:PT:PDF>, consultado em 16-03-2014.

<sup>37</sup> Quanto a este aspeto, a CE apresentou uma Comunicação da Comissão sobre a cooperação entre a Comissão e os tribunais dos Estados-Membros da UE na aplicação dos artigos 81.º e 82.º do Tratado CE, de 16 de dezembro de 2002, publicada no JOUE a 27 de abril de 2004, disponível em [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52004XC0427\(03\)&from=PT](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52004XC0427(03)&from=PT).

## II – INFRAÇÕES AO DIREITO DA CONCORRÊNCIA

### 1. INFRAÇÕES ÀS DISPOSIÇÕES DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA

Qualquer infração às disposições do direito da Concorrência, através da verificação de uma prática anti concorrencial, em geral, e da formação de cartéis, em especial, afeta e repercute-se, por um lado, nos consumidores e, por outro, na economia e no mercado<sup>38</sup>. Isto porque, existindo práticas anti concorrenciais, para além de os consumidores se verem obrigados a pagar preços mais elevados pelos mesmos bens ou serviços, não podem escolher produtos de maior ou menor qualidade de acordo com o que estão dispostos a pagar e, mais que tudo, a inovação no mercado é travada, impedindo-se o progresso e a criação de produtos de melhor qualidade<sup>39</sup>. Assim, importa combater o desenvolvimento de práticas restritivas da Concorrência, de modo a proporcionar ao mercado um funcionamento livre e eficiente e, consequentemente, aos consumidores o devido respeito.

É fundamental não só fazer cessar as infrações ao direito da Concorrência – máxime pelos motivos supra expostos –, mas também ressarcir dos danos sofridos os lesados pelas referidas práticas anti concorrenciais. Posto isto, quando se verificarem práticas restritivas da Concorrência que afetem os consumidores, provocando-lhes um dano, os mesmos devem ser ressarcidos e compensados pelas perdas sofridas, como demonstramos em seguida.

Neste sentido abordaremos, agora, a temática respeitante ao direito dos consumidores a uma indemnização justa e equitativa quando danos provocados por estas práticas se repercutirem na sua esfera jurídica e, consequentemente, os problemas com que os mesmos se debatem na tentativa de verem este direito reconhecido através de ações de indemnização instauradas para o efeito. Como tal, após a análise das regras e jurisprudência relativas ao tema, versaremos a temática dos Livros Verde e Branco elaborados pela Comissão sobre estas ações e, finalmente, comentaremos e explanaremos a Proposta de Diretiva relativa a certas regras que regem as ações de indemnização no âmbito do direito nacional por infrações às disposições do direito europeu da Concorrência.

---

<sup>38</sup> Sendo que, para além do mais, o direito dos consumidores e a salvaguarda do funcionamento eficiente dos mercados encontram-se constitucionalmente consagrados – vide artigos 60.º, 81.º, 87.º e 99.º da CRP.

A este propósito, ver VILAÇA, José Luís da Cruz, “Introdução à Nova Legislação da Concorrência: *Vicissitudes dos Projectos de Modernização*”, em “Concorrência – Estudos”, Coimbra, Almedina, 2006, ISBN 972-40-2856-9, p. 15.

<sup>39</sup> “Uma concorrência eficaz no fornecimento de bens e na prestação de serviços reduz os preços, aumenta a qualidade e permite uma escolha mais vasta para os consumidores” e “Um mercado concorrencial equilibrado supõe, pois, agentes económicos sujeitos à pressão competitiva uns dos outros, comportando-se de forma autónoma, através de meios lícitos, baseados nos méritos dos produtos ou serviços em causa e/ou da estratégia de comercialização” – “Práticas Restritivas da Concorrência” no site da Autoridade da Concorrência, disponível em [http://www.concorrenca.pt/vPT/Praticas\\_Proibidas/Praticas\\_Restritivas\\_da\\_Concorrenca/Paginas/Praticas-restritivas-da-concorrenca.aspx](http://www.concorrenca.pt/vPT/Praticas_Proibidas/Praticas_Restritivas_da_Concorrenca/Paginas/Praticas-restritivas-da-concorrenca.aspx), consultado em 23-02-2014.

## 2. O DIREITO DAS VÍTIMAS AFETADAS POR PRÁTICAS RESTRITIVAS DA CONCORRÊNCIA A SEREM INDEMNIZADAS

Para uma garantia de aplicação global do direito da Concorrência, as regras e os princípios da Concorrência devem ser afirmados não só através da aplicação pública do direito da Concorrência, mas também pela aplicação privada do direito da Concorrência.

A primeira aceção diz respeito à aplicação do direito da Concorrência pela CE e pelas ANC, através da abertura de processos individuais em que zelam pela aplicação dos artigos 101.º e 102.º do TFUE e das normas nacionais da Concorrência, exigindo que seja posto termo à infração, ordenando medidas provisórias, aceitando compromissos ou aplicando coimas e sanções. A segunda aceção refere-se ao facto das normas dos Tratados criarem, diretamente, direitos e obrigações para os cidadãos, os quais – vendo-se afetados por uma prática anti concorrencial – podem invocar a sua efetivação junto dos Tribunais nacionais dos respetivos EM, mormente, instaurando ações de indemnização contra os infratores.

Só uma aplicação conjunta destas medidas – aceção pública e aceção privada<sup>40</sup> – permite o efetivo cumprimento das regras da Concorrência<sup>41</sup>. Isto porque, as coimas e sanções impostas pela CE e pelas ANC, por si só, na maioria dos casos, não são suficientes para desencorajar as empresas da prática de atos violadores da Concorrência<sup>42</sup>. Tão ou mais eficaz e desencorajador será a possibilidade de os sujeitos afetados por tais violações exigirem das empresas delinquentes indemnizações pelos danos que estas lhes causem<sup>43</sup>.

Ainda, no âmbito da aceção privada, nas palavras de WOUTER P. J. WILS, as regras da Concorrência podem ser invocadas como “escudo” ou como “espada”, sendo que as

---

<sup>40</sup> “O *private enforcement* é, por assim dizer, a forma privada de tutela da concorrência e está em causa sempre que uma parte privada apresenta um pedido civil independente ou uma reconvenção baseados na violação de regras de defesa da concorrência”, enquanto o *public enforcement* é “a aplicação pública/administrativa do direito da concorrência que é levada a cabo por autoridades administrativas especializadas que dirigem as suas decisões aos particulares e têm o poder de lhes impor sanções” – MIGUEL GORJÃO-HERIQUES e CATARINA ANASTÁCIO em ANASTÁCIO, Gonçalo, [et al.], “Lei da Concorrência Anotada – comentário Conimbricense”, Coimbra, Almedina, 2013, ISBN 978-972-40-5060-7, p. 101.

<sup>41</sup> Acerca do dualismo aplicação pública e aplicação privada das regras da Concorrência, ver SEGAL, Ilya R. e WHINSTON, Michael D., “Public vs. Private Enforcement of Antitrust Law: A Survey” (2006), disponível em [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=952067](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=952067), consultado em 09-05-2014.

<sup>42</sup> A coima aplicada às empresas ou associações de empresas infratoras não deve exceder 10% do volume de negócios realizado pela mesma no exercício anterior, nos termos do número 2 do artigo 23.º do Regulamento 1/2003 do Conselho, de 16 de dezembro de 2002, publicado no JOCE a 04 de janeiro de 2003, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003R0001&qid=1403802164721&from=PT> e do número 2 do artigo 69.º da lei 19/2012, de 8 de maio, aprovada em 22 de março de 2012, publicada em DR a 8 de maio de 2012, disponível em <http://dre.pt/pdfs/2012/05/08900/0240402427.pdf>.

<sup>43</sup> Tal como afirma o Supremo Tribunal dos Estados Unidos, na decisão *Mitsubishi v. Soler Chrysler-Plymouth* - 473 U.S. 614 (1985): “The treble damages provision wielded by the private litigant is a chief tool in the antitrust enforcement scheme, posing a crucial deterrent to potential violators”, disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/473/614/case.html>, consultado em 20-04-2014.

primeiras serão usadas como defesa contra os co infratores quando, por exemplo, se discuta o incumprimento de um acordo anti concorrencial e as segundas como arma para um pedido de indemnização, por exemplo, por um terceiro afetado por um acordo anti concorrencial<sup>44</sup>. Assim também o TJUE, no Acórdão COURAGE LTD/BERNARD CREHAN, Processo C-453/99, de 20/09/2001<sup>45</sup>, ao afirmar que a possibilidade dada a qualquer pessoa de reclamar pela reparação de um prejuízo causado por um contrato ou um comportamento suscetível de restringir ou falsear a Concorrência “reforça o carácter operacional das regras comunitárias da concorrência e é de natureza a desencorajar acordos ou práticas, frequentemente disfarçados, capazes de restringir ou falsear o jogo da concorrência”, sendo que, nesta perspetiva, “as acções de indemnização por perdas e danos junto dos órgãos jurisdicionais nacionais são susceptíveis de contribuir substancialmente para a manutenção de uma concorrência efectiva na Comunidade” e asseverando mesmo que “a plena eficácia do artigo 81.º CE, em especial, o efeito útil da proibição prevista no n.º 1, seria posta em causa se não fosse permitido a qualquer pessoa pedir a reparação do prejuízo sofrido que lhe houvesse sido causado por um contrato ou um comportamento suscetível de restringir ou de falsear o jogo da concorrência”, no Acórdão MANFREDI, de 13/07/2006, Processos apensos C-295/04 a C-298/04<sup>46</sup>.

Aliás, por diversas vezes o TJUE reconheceu às vítimas afetadas por práticas restritivas da Concorrência o direito a uma indemnização pelos prejuízos sofridos, tanto mais que as normas plasmadas nos Tratados podem ser diretamente invocadas por qualquer cidadão. Assim, refere que, porque “as proibições previstas nos artigos 85.º, n.º1, e 86.º se prestam, pela sua própria natureza, a produzir efeitos directos nas relações entre particulares, estes artigos criam na esfera jurídica dos particulares direitos que os órgãos jurisdicionais nacionais devem proteger”<sup>47</sup> e, no Acórdão GUÉRIN AUTOMOBILES/COMISSÃO, de 18/03/1997, Processo C-282/95 P, refere que “há que recordar que é sempre possível que uma empresa,

---

<sup>44</sup> Pelo que “[i]n private litigation, Articles 81 and 82 EC are regularly invoked as a defence (or “shield”), mainly in contractual disputes, but rarely are the EC antitrust rules used proactively (as a “sword”) to claim damages or injunctive relief in national courts” – WILS, Wouter P. J., “Should Private Antitrust Enforcement Be Encouraged in Europe ?” (2003), disponível em [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1540006](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1540006), consultado em 08-05-2014.

<sup>45</sup> Acórdão do TJUE, de 20/09/2001, Processo C-453/99, disponível em <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=46604&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=320835>, consultado em 16-04-2014.

<sup>46</sup> Acórdão MANFREDI do TJUE, de 13/07/2006, Processos apensos C-295/04 a C-298/04, disponível em <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=56474&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=513435>, consultado em 17-04-2014.

<sup>47</sup> Acórdão do TJUE BRT/SABAM, de 30/01/1974, Processo 127/73, disponível em <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=88521&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=351919>, consultado em 16-04-2014 – assim também Acórdão MANFREDI do TJUE, de 13/07/2006, Processos apensos C-295/04 a C-298/04, melhor identificado supra.

que se considere lesada por um comportamento anti concorrencial, invoque nos órgãos jurisdicionais nacionais, especialmente quando a Comissão decida não dar seguimento favorável à sua queixa, os direitos que lhe advêm dos artigos 85.º, n.º 1, e 86.º do Tratado, que produzem efeitos directos nas relações entre particulares”<sup>48</sup>.

Mas não só a terceiros perante um acordo anti concorrencial é permitido invocar as normas dos Tratados para intentarem uma ação de indemnização pelos danos sofrido com esse acordo ilegal<sup>49</sup>. Assim, no já referido Acórdão COURAGE LTD/BERNARD CREHAN<sup>50</sup>, o TJUE afirma “que qualquer particular tem o direito de, em juízo, invocar a violação do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado, mesmo quando é parte num contrato susceptível de restringir ou falsear o jogo da concorrência na acepção daquela disposição”. Na verdade, os Tribunais nacionais são chamados, em regra, a aplicar os artigos 101.º e 102.º do TFUE em ações de “Euro-defence” (“may be invoked as a defence or ‘shield’ in a civil action initiated by a claimant seeking the enforcement of an anti-competitive agreement or of anti-competitive conduct”) e “Euro-offence” (“this concept sees EC competition law as a ‘sword’ and converse actions for injunctive relief, damages or others remedies initiated by parties adversely affected by an anti-competitive agreement or practice”<sup>51</sup>).

O direito ao ressarcimento dos danos causados por práticas anti concorrenciais, apesar de relativamente recente e ainda pouco aplicado, encontra-se já bem sedimentado na Jurisprudência europeia e nas instituições da União. A própria CE, em representação da União (que tinha celebrado vários contratos de instalação, manutenção e renovação de elevadores e escadas rolantes em diversos edifícios do Conselho da União Europeia, do Parlamento Europeu, da Comissão, do Comité Económico e Social Europeu, do Comité das Regiões da União Europeia e do Serviço de Publicações da União Europeia), propôs uma ação de indemnização contra as quatro principais fabricantes europeus de elevadores e escadas rolantes – a saber, os grupos Otis, Kone, Schindler e ThyssenKrupp – que faziam parte de um cartel que a própria CE condenou por violação das regras europeias da Concorrência. Este processo em que a CE demandou tais grupos deu origem ao Acórdão OTIS ET AL. do TJUE,

---

<sup>48</sup> Acórdão do TJUE, de 18/03/1997, Processo C-282/95 P, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61995CJ0282:PT:PDF>, consultado em 16-04-2014.

<sup>49</sup> Sendo a esta possibilidade que WOUTER P. J. WILS faz referência, quando fala da aplicação privada do direito da Concorrência como “escudo” – em “Should Private Antitrust Enforcement Be Encouraged in Europe?”, disponível em [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1540006](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1540006), consultado em 08-05-2014.

<sup>50</sup> Acórdão do TJUE, de 20/09/2001, Processo C-453/99, disponível em <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=46604&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=320835>, consultado em 16-04-2014.

<sup>51</sup> BAEL & BELLIS, Van, “Competition law of the European Community”, 5ª edição, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2010, ISBN 978-90-411-2876-8, pp. 1214-1215.

de 06/11/2012, Processo C-199/11<sup>52</sup>, em que o TJUE, questionado acerca da legitimidade da CE para intentar tal ação, declara que o “artigo 47.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia não se opõe a que a Comissão Europeia intente, em nome da União Europeia, num órgão jurisdicional nacional, uma ação de indemnização do prejuízo sofrido pela União Europeia na sequência de um cartel ou de uma prática cuja desconformidade com o artigo 81.º CE ou com o artigo 101.º TFUE foi declarada por uma decisão dessa instituição”.

Apesar de todos os desenvolvimentos verificados nos últimos anos, da posição afluída pelo TJUE e dos esforços enveredados pela Comissão, a verdade é que estas ações são pouco utilizadas e ficam muito aquém do verificado nos EUA onde, desde o século XIX<sup>53</sup>, verificando-se uma violação das normas da Concorrência, à parte lesada é concedido o direito de intentar uma ação com pedido de indemnização por danos e prejuízos causados<sup>54</sup>. De facto, nos EUA, as leis *antitrust* remontam aos anos de 1890 com o Sherman Act<sup>55</sup> e o Clayton Act<sup>56</sup>, estipulando-se, neste último, que “any person who shall be injured in his business or property by reason of anything forbidden in the antitrust laws may sue therefor in any district court of the United States in the district in which the defendant resides or is found or has an agent, without respect to the amount in controversy, and shall recover threefold the damages by him sustained, and the cost of suit, including a reasonable attorney's fee”. Posteriormente, o Webb-Pomerene Act, em 1918, veio conceder exceções às regras do Clayton Act<sup>57</sup>.

---

<sup>52</sup> Acórdão do TJUE, de 06/11/2012, Processo C-199/11, disponível em <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=129323&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=24885>, consultado em 17-04-2014.

<sup>53</sup> “Since the 19th Century, the United States has relied on a combination of federal, state and private enforcers to combat anticompetitive conduct. The idea has always been that these three enforcers should play different, yet complementary, roles. Federal and state competition law enforcers have similar missions: both protect the public from the harms flowing from anticompetitive conduct. But federal enforcement seeks to protect the interests of all consumers across the nation, while state enforcers understandably focus their efforts on the consumers in their respective states. Similarly, private enforcers act on behalf of the specific concerns of their clients, usually seeking damages for any antitrust harms that have been inflicted” – BAER, Bill, em “Public and Private Antitrust Enforcement in the United States” (2014), disponível em <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/303686.pdf>, consultado em 19-04-2014.

<sup>54</sup> Por outro lado, na outra ponta do Globo, tenta-se fomentar o debate em torno do private enforcement, uma vez que “the Australian regime for private enforcement of competition law has been under-utilised” e “private enforcement proceedings remain relatively rare” – BEATON-WELLS, Caron e TOMASIC, Kathryn, em “Private Enforcement of Competition Law: time for an Australian debate” (2012), disponível em <http://www.unswlawjournal.unsw.edu.au/sites/all/themes/unsw/images/Caron-Beaton-Wells-and-Kathryn-Tomasic.pdf>, consultado em 06-05-2014.

<sup>55</sup> Disponível em [http://www.linfo.org/sherman\\_txt.html](http://www.linfo.org/sherman_txt.html), consultado em 08-05-2014.

<sup>56</sup> Disponível em <http://gwcl.com/Library/America/USA/The%20Clayton%20Act.pdf>, consultado em 08-05-2014.

<sup>57</sup> No entanto, “[t]rata-se de um conjunto de disposições que foi sendo progressivamente mais rigoroso na proibição de práticas restritivas da concorrência ou mesmo na simples criação de condições para que tais práticas pudessem vir a ocorrer, uma vez que se considerava que uma organização do mercado que não respeitasse as regras da concorrência constituía, em si mesma, um factor negativo” – FERREIRA, Eduardo Paz, “Lições de

Para além disto, claro é que não só em relação a terceiros é permitido tal pedido, no outro lado do Oceano. No caso “Perma Life Mufflers Inc. VS. Int’l Parts Group Corp”, Processo 392 US 134, de 1968, o Supremo Tribunal dos EUA<sup>58</sup>, permitiu que uma parte num acordo anti concorrencial, encontrando-se em situação de inferioridade económica, instaurasse ação de indemnização por perdas e danos contra a sua contraente nesse acordo.

Aliás, nos EUA, a aplicação privada do direito da Concorrência supera, em muito, a aplicação pública, pelos valores das indemnizações e pelo número de processo, fazendo-se, desta forma, a defesa da Concorrência, essencialmente, por *private enforcement*. As diferenças do sistema norte-americano para o regime europeu, seguindo MIGUEL MOURA E SILVA de perto<sup>59</sup>, residem essencialmente em três aspetos<sup>60</sup>. Em primeiro lugar, o incentivo à litigiosidade é muito maior nos EUA do que na Europa e manifesta-se de várias formas (por exemplo, nos EUA é permitido o estabelecimento de *quota litis* ou outras formas de divisão de lucros entre advogado e cliente<sup>61</sup>). Em segundo lugar, os mecanismos de ação coletiva, apesar de existirem na generalidade dos EM, encontram-se, ainda, pouco consolidados e a sua utilização encontra-se dependente da promoção dos interesses difusos que estão na origem destas ações. Por último, o elemento que mais diferencia os dois regimes será o valor que a indemnização devida pode atingir. Enquanto nos EUA a indemnização pedida pode corresponder a três vezes<sup>62</sup> o montante dos danos sofridos pelo lesado – correspondendo mais a uma sanção do que ao ressarcimento de um dano –, nos sistemas de direito civil, como é o caso de Portugal, a indemnização terá sempre como limite a culpa do agente e os danos que o

---

Direito da Economia”, Lisboa, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2001, Reimpressão, Lisboa, 2004, p. 458.

<sup>58</sup> Disponível em <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/392/134/case.html>, consultado em 20-04-2014.

<sup>59</sup> SILVA, Miguel Moura E, “Direito da Concorrência – Um Introdução Jurisprudencial –”, Coimbra, Almedina, 2008, ISBN 978-972-40-3404-1, pp. 197 e 198.

<sup>60</sup> Acerca do regime americano de compensação das vítimas ver DAVIDOW, Joel, “International Implications of US Antitrust in the George W. Bush Era”, publicado na WORLD COMPETITION Law and Economics Review, Leicestershire, ISSN 1011-4548, volume 25, n.º 4, 2002, p. 493.

<sup>61</sup> O que não acontece na Europa. Veja-se, em Portugal, é proibido ao advogado a celebrar de pactos de *quota litis* (artigo 101.º do EOA) e este tem como dever deontológico a não celebração, em proveito próprio, de contratos sobre o objeto das questões que lhe são confiadas (alínea d) do número 1 do artigo 95.º do EOA).

No entanto, à semelhança dos EUA – onde é permitido pedir os honorários do advogado – o Regulamento das Custas Processuais prevê a possibilidade de serem pedidas as custas de parte (onde a parte vencida é condenada ao pagamento dos valores de taxa de justiça pagos pela parte vencedora, dos valores pagos pela parte vencedora a título de encargos, de 50% do somatório das taxas de justiça pagas pela parte vencida e pela parte vencedora, para compensação da parte vencedora face às despesas com honorários do mandatário judicial e dos valores pagos a título de honorários de agente de execução – número 3 do artigo 26.º deste Regulamento).

<sup>62</sup> “By offering potential litigants the prospect of a recovery in three times the amount of their damages, Congress encouraged these persons to serve as “private attorneys general.”” – decisão do Supremo Tribunal dos Estados Unidos *Hawaii v. Standard Oil Co.*, 405 U.S. 251 (1972), disponível em <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/405/251/case.html>, consultado em 20-04-2014.

mesmo haja causado<sup>63</sup>. A propósito, vejamos o Acórdão MANFREDI do TJUE, de 13/07/2006, Processos apensos C-295/04 a C-298/04<sup>64</sup>, no qual o Tribunal declara que “em conformidade com o princípio da equivalência, devem poder ser atribuídas indemnizações por perdas e danos particulares, tais como as indemnizações por perdas e danos exemplares ou a título de sanção, no quadro de acções baseadas em regras comunitárias da concorrência, se o puderem ser no quadro de acções semelhantes baseadas no direito nacional”, no entanto, “é jurisprudência assente que o direito comunitário não obsta a que os órgãos jurisdicionais nacionais zelem por que a protecção dos direitos garantidos pela ordem jurídica comunitária não conduza a um enriquecimento sem causa dos seus titulares”. Assim, à falta de regulamentação europeia sobre o assunto, cabe ao ordenamento jurídico de cada EM a fixação dos critérios que permitem determinar o alcance da reparação do dano causado por um acordo ou uma prática proibida pelos Tratados, desde que os princípios da equivalência e da efetividade sejam respeitados. No entanto, e em resultado do princípio da efetividade e do direito de qualquer pessoa a pedir a reparação do dano causado por um contrato ou um comportamento suscetível de restringir ou falsear a Concorrência, certo é que as pessoas que tenham sofrido um dano possam pedir reparação não só do dano real (*damnum emergens*) mas também dos lucros cessantes (*lucrum cessans*), bem como o pagamento de juros<sup>65</sup>.

A aplicação privada das regras da Concorrência através da tutela compensatória nas situações de violação das regras da Concorrência é feita pelo acesso aos Tribunais nacionais de cada EM. Aliás, estes desempenham uma dupla função, pois “dispõem do poder de não apenas fazer cessar (a título definitivo ou cautelar) uma infracção às regras da concorrência como também podem conceder uma indemnização aos lesados pelas referidas práticas”<sup>66</sup>. É através deles que os lesados podem reivindicar uma indemnização pelos danos causados por uma violação das normas europeias da Concorrência.

Ao mesmo tempo, os Tribunais nacionais funcionam como complemento da atividade da Comissão e das ANC, desempenhando uma função essencial na aplicação das regras da

---

<sup>63</sup> O regime da responsabilidade civil por factos ilícitos encontra-se previsto nos artigos 483.º e seguintes do CC.

<sup>64</sup> Acórdão do TJUE, de 13/07/2006, Processos apensos C-295/04 a C-298/04, disponível em <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=56474&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=513435>, consultado em 17-04-2014.

<sup>65</sup> É neste sentido que o artigo 2.º da Proposta de Diretiva consagra o direito à reparação integral, que “deve incluir a reparação pelos danos emergentes e lucros cessantes, e o pagamento de juros desde o momento em que ocorreram os danos até ao momento em que a reparação correspondente a esses danos foi efetivamente paga”.

<sup>66</sup> SILVA, Miguel Moura E, “Direito da Concorrência – Um Introdução Jurisprudencial –”, Coimbra, Almedina, 2008, ISBN 978-972-40-3404-1, p. 189.

Concorrência<sup>67</sup>, pois ao “deliberarem sobre os litígios entre particulares, salvaguardam os direitos subjectivos decorrentes do direito comunitário, nomeadamente através da concessão de indemnizações às vítimas das infracções”<sup>68</sup>. Portanto, certo é que a aplicação privada das normas europeias da Concorrência é desenvolvida através do acesso aos Tribunais nacionais.

No entanto, como referido, na falta de regulamentação da UE, é a ordem jurídica interna de cada EM que designa os órgãos jurisdicionais competentes e regula as modalidades processuais das ações judiciais que visam garantir a tutela do direito dos cidadãos a obter uma indemnização justa e equitativa, sanadora do dano provocado pelo desrespeito das normas concorrenciais europeias. Apesar do mais, tais modalidades não podem ser menos favoráveis do que as que resultam das ações de indemnização baseadas na violação das normas nacionais da Concorrência<sup>69</sup> (princípio da equivalência) e não podem tornar praticamente impossível ou excessivamente difícil o exercício do direito de pedir a reparação do dano causado por um acordo ou uma prática proibida pelos Tratados (princípio da efetividade) – Acórdãos do TJUE COURAGE LTD/BERNARD CREHAN<sup>70</sup> e MANFREDI<sup>71</sup>. Assim, podemos ver que, em cada EM, os pedidos de indemnização por violação das normas europeias da Concorrência regem-se pelas normas internas desse Estado, desde que respeitados os princípios supra mencionados, sendo da competência do sistema jurídico de cada EM a definição das normas processuais adequadas à apresentação e decisão dos pedidos de indemnização. Não obstante a diversidade de normas, e em respeito aos princípios da equivalência e efetividade, certo é que “o artigo 81.º CE deve ser interpretado no sentido de que qualquer pessoa pode invocar a nulidade de um acordo ou de uma prática proibida por este artigo e, quando existe um nexo de causalidade entre esta e o dano sofrido, pedir a reparação do referido dano”<sup>72</sup>.

---

<sup>67</sup> Como afirma MIGUEL MOURA E SILVA, também o “acórdão *Courage c. Crehan* veio explicitamente consagrar o papel dos tribunais nesta matéria e a sua complementaridade face ao papel desempenhado pela Comissão e pelas ANC” – SILVA, Miguel Moura E, “Direito da Concorrência – Um Introdução Jurisprudencial –”, Coimbra, Almedina, 2008, ISBN 978-972-40-3404-1, p. 189.

<sup>68</sup> Considerando número 7 do Regulamento 1/2003 do Conselho, de 16 de dezembro de 2002, publicado no JOCE a 04 de janeiro de 2003, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003R0001&qid=1403802164721&from=PT>.

<sup>69</sup> Neste sentido, o artigo 3.º da Proposta de Diretiva estipula que “[q]uaisquer regras e procedimentos nacionais no âmbito de ações de indemnização resultantes de infrações aos artigos 101.º ou 102.º do Tratado não devem ser menos favoráveis para as partes lesadas que as que regem ações nacionais semelhantes”.

<sup>70</sup> Acórdão do TJUE, de 20/09/2001, Processo C-453/99, disponível em <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=46604&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=320835>, consultado em 16-04-2014.

<sup>71</sup> Acórdão do TJUE, de 13/07/2006, Processos apensos C-295/04 a C-298/04, disponível em <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=56474&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=513435>, consultado em 17-04-2014.

<sup>72</sup> Acórdão do TJUE, de 13/07/2006, Processos apensos C-295/04 a C-298/04, disponível em <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=56474&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ>

Em Portugal, os Tribunais competentes para este tipo de ações são os Tribunais Comuns. Assim, uma ação de indemnização por violação das regras europeias de Concorrência deverá ser intentada nos Tribunais de comarca, que são, em regra, os Tribunais judiciais de primeira instância<sup>73</sup>. Aqui, a competência será dos Tribunais civis, tal como refere o Tribunal da Relação de Lisboa, no Acórdão de 13-07-2005, Processo 6680/2005-6, quando ensina que “uma acção de indemnização que tem como causa de pedir a prática de actos ilícitos, com violação das regras da concorrência é da competência do Tribunal Cível e não do Tribunal do Comércio”<sup>74</sup>. Apesar da existência de um Tribunal de competência territorial alargada designado por Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, este apenas tem competência para conhecer das questões relativas a recurso, revisão e execução das decisões, despachos e demais medidas suscetíveis de impugnação da Autoridade da Concorrência. Das decisões deste Tribunal cabe recurso para o Tribunal da Relação de Lisboa<sup>75</sup>.

Quanto ao direito material, qualquer pedido de compensação por danos causados pela violação das normas da Concorrência terá de submeter aos requisitos da responsabilidade civil por factos ilícitos, prevista nos artigos 483.º e 496.º do CC, pelo que se deve constatar e verificar um facto voluntário, ilícito, imputado à empresa violadora das normas da Concorrência (culpa), um dano, e um nexo de causalidade entre o facto e o dano<sup>76</sup>. Assim mesmo nos ensinam MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES e CATARINA ANASTÁCIO quando referem, a propósito deste tipo de ações, que a reparação ou compensação pelos danos sofridos “obtem-se através da demonstração de que os pressupostos da responsabilidade civil

---

=first&part=1&cid=513435, consultado em 17-04-2014.

<sup>73</sup> A este propósito, MONTEIRO, Leonor Valente refere o seguinte: “Entendemos que os Tribunais Judiciais de Comarca estão mais acessíveis aos cidadãos, mormente no que concerne à questão da proximidade territorial. No entanto, está visto que em matéria de concorrência a questão da proximidade não tem sido fundamental à prossecução dos direitos dos particulares, porque de facto só raramente obtêm indemnizações decorrentes da violação das regras da concorrência que os afetaram. Assim urge tentar entender as razões que levam a que os Tribunais comuns decidam tão pouco sobre esta matéria, sendo inevitável colocar a questão de saber se não deveria a competência do Tribunal da concorrência, supostamente especializado nestas matérias, ser alargado às questões “Private Enforcement” – em “Trajecto Breve Sobre o Regime da Concorrência em Portugal e a sua Introdução Prática”, disponível em <http://www.lvmcf-advogados.com/sites/default/files/trabalho%20do%20concorrenca%20final.pdf>, consultado em 01-04-2014.

<sup>74</sup> Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 13-07-2005, Processo 6680/2005-6, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/e6e1f17fa82712ff80257583004e3ddc/0d1360d95d64d15880257100004b88ed?OpenD> odocument, consultado em 19-04-2014.

<sup>75</sup> Lei n.º 62/2013, de 26 de agosto, aprovada em 28 de junho de 2013, publicada em DR a 26 de agosto de 2013, disponível em <http://dre.pt/pdf1sdip/2013/08/16300/0511405145.pdf>.

<sup>76</sup> “É necessário, desde logo, que haja um *facto voluntário do agente*”, “que infrinja *objectivamente* qualquer das regras disciplinadoras da vida social”, “que haja um nexo de imputação do facto ao lesante”, “que à violação do direito subjectivo ou da lei sobrevenha um *dano*” e “que haja um nexo de *causalidade* entre o facto praticado pelo agente e o dano sofrido pela vítima” – VARELA, João de Matos Antunes, “Das Obrigações em Geral”, volume I, 10ª edição, Coimbra, Almedina, 2010, ISBN 978-972-40-1389-3, pp. 525-526.

se encontram preenchidos, incluindo a existência de danos e a demonstração da existência do *nexo de causalidade* entre estes e a prática restritiva em apreço”<sup>77</sup>.

Quanto aos pedidos de indemnização por violação das regras da Concorrência apresentados em Portugal, em 2008, MIGUEL MOURA E SILVA referia que a “aplicação do direito comunitário pelos tribunais portugueses, quando limitada ao contexto de acções cíveis, tem-se traduzido num número aparentemente reduzido de decisões”, “que estamos ainda muito longe de um quadro adequado à recepção de ideias, por vezes revolucionárias, que são avançados em termos hipotéticos pela Comissão no seu Livro Verde de 2005” e que, apesar da aposta na criação de uma cultura de Concorrência, subsistem, ainda, “enormes obstáculos à aplicação efectiva das regras de concorrência pelos tribunais portugueses”<sup>78</sup>. No entanto, já em 2001, o Conselho Económico e Social alertava para a necessidade de uma cultura de Concorrência em Portugal e propunha “que os lesados possam inequivocamente recorrer ao instituto da responsabilidade civil por actos ilícitos, para ressarcimento dos seus prejuízos”<sup>79</sup>.

Apesar de tudo, são parcas as acções que dão entrada nos Tribunais nacionais com pedidos de indemnização por violação das regras da Concorrência. O que torna quase quimérica uma decisão condenatória, que conceda uma indemnização aos lesados. De facto, é necessário ultrapassar o dilema que paira sobre os nossos Tribunais acerca da “legalidade” de uma decisão que concede uma indemnização por violação das regras da Concorrência. Pois, só com uma mentalidade de Concorrência é que teremos vítimas motivadas a intentar acções por violação das regras da Concorrência. No entanto, só com este impulso judicial é dada a possibilidade aos nossos Tribunais de se pronunciarem sobre o assunto e, conseqüentemente, alcançamos decisões condenatórias nesta matéria. Não obstante, acontece que, só com decisões que assegurem a aplicabilidade do direito europeu e reconheçam o direito a uma indemnização pelos danos causados, condenando os infratores num quantitativo pecuniário, é que este direito pode ser efetivado e as vítimas incentivadas a verem-no reconhecido.

É este o caminho que a UE vem tentando trilhar. Assim, a Comissão, em 2005, fez publicar o Livro Verde sobre acções de indemnização devido à violação das regras comunitárias no domínio *antitrust* e, em 2008, o respetivo Livro Branco, o que originou, em 2013, a apresentação da Proposta de Diretiva, em 11/06/2013, analisados em seguida.

---

<sup>77</sup> ANASTÁCIO, Catarina, [et al.], “Lei da Concorrência Anotada – comentário Conimbricense”, Coimbra, Almedina, 2013, ISBN 978-972-40-5060-7, pp. 101-102.

<sup>78</sup> SILVA, Miguel Moura E, “Direito da Concorrência – Um Introdução Jurisprudencial –”, Coimbra, Almedina, 2008, ISBN 978-972-40-3404-1, pp. 198-200.

<sup>79</sup> No seu Parecer sobre a Política de Defesa da Concorrência, de 25 de julho de 2001, disponível em <http://www.ces.pt/download/79/PolDefesConc.pdf>, consultado em 08-05-2014.

## 2.1 LIVRO VERDE SOBRE AÇÕES DE INDEMNIZAÇÃO DEVIDO À VIOLAÇÃO DAS REGRAS COMUNITÁRIAS NO DOMÍNIO *ANTITRUST*

Em dezembro de 2005, a CE fez publicar o Livro Verde sobre ações de indemnização devido à violação das regras comunitárias no domínio *antitrust*<sup>80</sup> (Livro Verde) e o Documento de trabalho dos serviços da Comissão que o acompanha. Estes tratam das condições de proposição de um pedido de indemnização por infração das regras europeias *antitrust*, identificam os obstáculos que se colocam à criação de um sistema mais eficiente na proposição de tais pedidos e sugerem diversas opções para a resolução desses problemas. Reconhecem, ainda, que uma facilitação da proposição destes pedidos permitirá, por um lado, que os consumidores e as empresas que sofreram danos devido a estas infrações sejam mais facilmente indemnizados e, por outro, reforçará a aplicação das normas *antitrust*<sup>81</sup>.

Nos EM da UE, foi identificado um “subdesenvolvimento total” no que diz respeito aos pedidos de indemnização na sequência de infrações às regras *antitrust*, existindo significativos obstáculos de natureza legal e processual ao funcionamento eficaz das ações de indemnização por infração à legislação europeia no domínio *antitrust* – sendo que estes processos são apreciados pelos Tribunais dos EM (uma vez que, na ausência de regras europeias na matéria, cabe aos sistemas jurídicos dos EM definir regras pormenorizadas para a introdução de pedidos de indemnização).

Assim, os objetivos de tais publicações foram a identificação dos principais obstáculos a um sistema mais eficaz para as ações de indemnização e a apresentação de diferentes pistas de reflexão e possíveis intervenções para melhorar o funcionamento das ações de indemnização, de seguimento ou independentes<sup>82</sup>.

---

<sup>80</sup> LIVRO VERDE sobre as “Ações de indemnização devido à violação das regras comunitárias no domínio *antitrust*”, publicado pela Comissão das Comunidades Europeias, a 19 de dezembro de 2005 (Bruxelas), disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52005DC0672&rid=1>.

<sup>81</sup> “As acções de indemnização devido à infracção da legislação *antitrust* têm diversos objectivos, nomeadamente compensar os que sofreram uma perda devido a um comportamento anticoncorrencial e garantir a plena eficácia das regras do Tratado no domínio *antitrust*, dissuadindo os comportamentos anticoncorrecionais e contribuindo desta forma para a manutenção de uma concorrência efectiva na Comunidade (dissuasão). Se as empresas ou os consumidores europeus puderem, efectivamente, introduzir pedidos de indemnização por danos, ficarão com um conhecimento mais directo das regras de concorrência e participarão mais activamente na sua aplicação. O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE) declarou que a protecção efectiva dos direitos consagrados no Tratado exige que qualquer pessoa que tenha sofrido danos causados por uma infracção aos artigos 81.º ou 82.º, tenha, em determinadas circunstâncias, o direito de reclamar uma reparação” – LIVRO VERDE sobre as “Ações de indemnização devido à violação das regras comunitárias no domínio *antitrust*”, publicado pela Comissão das Comunidades Europeias, a 19 de dezembro de 2005 (Bruxelas), disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52005DC0672&rid=1>, p. 4.

<sup>82</sup> Ações de seguimento respeitam a ações civis instauradas na sequência da declaração de uma infração por parte de uma Autoridade de Concorrência, enquanto as ações independentes não vêm na sequência de uma decisão anterior de uma Autoridade de Concorrência relativa a uma infração ao direito da Concorrência.

As principais questões abordadas – com o intuito de decidir quais as medidas que devem ser tomadas a nível europeu para melhorar as condições de introdução destes pedidos de indemnização – respeitam aos seguintes temas: acesso aos elementos de prova, requisitos de culpa, indemnização, repercussão do aumento de custos e posição dos compradores indiretos, defesa dos interesses dos consumidores, custo das ações, coordenação da aplicação da legislação pelos poderes públicos e pelos particulares, foro competente e legislação aplicável, nomeação de peritos pelo Tribunal, suspensão ou prorrogação dos prazos de prescrição, nexo de causalidade e outras questões. Incentivando o debate em redor destes temas e não tendo como propósito proceder a “uma harmonização do direito dos Estados-membros”, o mencionado Livro Verde “parece apostar em abrir a discussão em torno de uma futura proposta nesse sentido, visando criar um regime eficaz de aplicação que permita aumentar o grau de prevenção geral de restrições da concorrência”<sup>83</sup>. Assim, enuncia uma série de questões com o objetivo orientar a Comissão nesse sentido.

No que se refere ao acesso aos elementos de prova, considerando que as ações de indemnização no domínio *antitrust* implicam, por regra, a investigação de um elevado número de factos e a maior dificuldade neste tipo de litígios reside no difícil acesso a estes elementos fundamentais para garantir a eficácia dos pedidos, considerou-se que deveria ser analisada a possibilidade de prever uma obrigação de entrega de documentos ou de outro tipo de acesso às provas que, regra geral, se encontram em poder do infrator. Estudou-se também a possibilidade de previsão de uma obrigação, para o requerido, de divulgar os documentos apresentados a uma autoridade de concorrência e analisou-se a questão do valor probatório das decisões das ANC. Neste sentido, foram apresentadas as seguintes questões: a) Deve haver regras especiais em matéria de divulgação de prova documental nas ações civis de indemnização ao abrigo dos artigos 81.º e 82.º do Tratado CE? Em caso afirmativo, como deverá proceder-se a esta divulgação? b) A existência de regras especiais em matéria de acesso aos documentos na posse de uma autoridade de concorrência pode facilitar a introdução de pedidos de indemnização no domínio *antitrust*? Como pode ser organizado este acesso? c) Nas ações de indemnização, o ónus de provar a infração às regras de concorrência imposto ao requerente deve ser atenuado? Em caso afirmativo, de que forma?

Quanto aos requisitos de culpa, resultando os pedidos de indemnização de atos ilícitos, em muitos EM é necessário apresentar prova da culpa. No entanto, em alguns EM presume-se

---

<sup>83</sup> SILVA, Miguel Moura E, “Direito da Concorrência – Um Introdução Jurisprudencial –”, Coimbra, Almedina, 2008, ISBN 978-972-40-3404-1, p. 197.

a existência de culpa se um comportamento é ilícito face à legislação *antitrust*, enquanto noutros não. Assim, tornou-se necessário determinar qual o tipo de culpa exigido nos pedidos de indemnização. Neste sentido, foi apresentada a seguinte questão: d) Deve haver um requisito de culpa nas ações de indemnização no domínio *antitrust*?

Em relação à problemática da indemnização, por um lado, considerou-se necessário definir o montante da indemnização, se a mesma deve incluir juros e saber se é possível dar ao Tribunal a possibilidade de duplicar o montante da indemnização no caso de infração das normas sobre cartéis horizontais e, por outro lado, considerando que foram elaborados diversos modelos económicos para o cálculo da indemnização em situações complexas, deve determinar-se se estes modelos podem ser utilizados nos litígios relativos a pedidos de indemnização. Neste sentido, foram apresentadas as seguintes questões: e) qual a definição de indemnização? f) Qual o método a utilizar para o cálculo do montante da indemnização?

Quanto aos argumentos da repercussão do aumento de custos e posição dos compradores indiretos, estes respeitam ao facto de uma empresa que efetua as suas aquisições junto de um fornecedor cujo comportamento é anti concorrencial poder estar em condições de minorar os seus prejuízos económicos fazendo repercutir o aumento dos custos nos seus próprios clientes, podendo os danos causados pelo comportamento anti concorrencial ser repercutidos a jusante na cadeia de distribuição ou mesmo ser inteiramente suportados pelo consumidor final. Assim, deve ser determinado se o autor da infração pode ser autorizado a utilizar este argumento da repercussão do aumento de custos e deve ser analisado se os compradores indiretos, sobre os quais pode ou não ter sido repercutido o aumento de custos, têm legitimidade para agir. Neste sentido, foi apresentada a seguinte questão: g) Deve haver regras sobre a admissibilidade e funcionamento do argumento relativo à repercussão do aumento de custos? Em caso afirmativo, que forma devem assumir estas regras? O comprador indireto deve ter legitimidade para agir?

Em relação à defesa dos interesses dos consumidores, sendo improvável ou impossível que os consumidores/compradores com pedidos de pequeno montante intentem uma ação de indemnização por infração da legislação *antitrust*, será necessário analisar a forma de defender melhor estes interesses através de ações coletivas que, para além de protegerem os interesses dos consumidores, podem servir para agrupar um elevado número de pequenos pedidos de indemnização numa só ação, economizando tempo e dinheiro. Neste sentido, foi apresentada a seguinte questão: h) Deve haver procedimentos especiais para a introdução de

ações coletivas e para a proteção dos interesses dos consumidores? Em caso afirmativo, que forma devem assumir tais procedimentos?

Quanto ao custo das ações, as normas acerca de custas desempenham um papel importante como fatores de incentivo ou de dissuasão para intentar uma ação e, considerando-se o direito a um acesso efetivo aos Tribunais, deve examinar-se de que forma a existência de regras em matéria de custas poderá facilitar tal acesso. Neste sentido, foi apresentada a seguinte questão: i) Devem ser introduzidas regras especiais para reduzir o risco de o requerente suportar as custas? Em caso afirmativo, que tipo de regras?

Tendo em conta que a aplicação da legislação pelos poderes públicos e a aplicação através da propositura de ações por particulares se complementam, estas devem ser coordenadas da melhor forma. As decisões das ANC podem ter um impacto significativo na possibilidade real de o requerente provar o seu caso, ao mesmo tempo que deve ser analisado o impacto dos pedidos de indemnização no funcionamento dos programas de redução ou não aplicação de coimas, de forma a preservar a sua eficácia destes últimos. Neste sentido, foi apresentada a seguinte questão: j) Como atingir uma coordenação ótima entre a aplicação da legislação de concorrência pelos poderes públicos e pelos particulares?

No que respeita ao foro competente e à legislação aplicável, por um lado, a competência dos Tribunais para apreciar as ações contra residentes nos EM é determinada pelo Regulamento 44/2001 do Conselho, de 22 de Dezembro de 2000<sup>84</sup>, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial, enquanto, por outro, no que à lei aplicável diz respeito, à data da publicação deste Livro, tinha sido apresentada a Proposta da Comissão do Regulamento sobre a lei aplicável às obrigações extracontratuais<sup>85</sup>, hoje Regulamento 864/2007 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de julho de 2007<sup>86</sup>, relativo à lei aplicável às obrigações extracontratuais (Regulamento “Roma II”). Por os pedidos de indemnização respeitarem, normalmente, a uma

---

<sup>84</sup> Regulamento 44/2001 do Conselho, de 22 de dezembro de 2000, publicado no JOCE a 16 de janeiro de 2001, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:012:0001:0023:pt:PDF>. Este Regulamento foi substituído pelo Regulamento 1215/2012 do PE e do Conselho, de 12 de dezembro de 2012, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial, que se aplica a partir de 10 de janeiro de 2015, com exceção dos artigos 75.º e 76.º, que se aplicam a partir de 10 de janeiro de 2014, publicado no JOUE a 20 de dezembro de 2012, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2012:351:0001:0032:pt:PDF>.

<sup>85</sup> Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho sobre a lei aplicável às obrigações extracontratuais (“ROMA II”), publicado pela CE, a 22 de julho de 2003 (Bruxelas), disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52003PC0427&qid=1403823090120&from=PT>.

<sup>86</sup> Regulamento 864/2007 do PE e do Conselho, de 11 de julho de 2007, publicado no JOUE a 31 de julho de 2007, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32007R0864&qid=1403823231506&from=PT>.

ação ilícita, encontravam-se abrangidos pelo âmbito de aplicação desta proposta. Assim, procurou-se examinar se a regra geral prevista no artigo 5.º da proposta<sup>87</sup> é adequada aos processos *antitrust* ou se é necessária uma disposição especial. Neste sentido, foi perguntado: k) Que direito material deve ser aplicado às ações de indemnização no domínio *antitrust*?

Devido à complexidade destas ações, reveste especial importância o recurso a peritos nos Tribunais. Assim, considerando que o facto de o Tribunal poder nomear os peritos poderá reduzir as despesas – pois serão necessários menos peritos – e poderá evitar o fornecimento de elementos de prova contraditórios – que, caso contrário, surgiriam em função da posição cliente do perito –, foi apresentada a seguinte questão: l) Os peritos, quando necessários, devem ser nomeados pelo Tribunal?

Tendo em conta que a suspensão ou a prorrogação dos prazos de prescrição são importantes para garantir a efetiva apresentação de pedidos de indemnização, indagou-se: m) Os prazos de prescrição devem ser suspensos? Em caso afirmativo, a partir de que momento?

Considerando que o nexo de causalidade constitui um requisito necessário de qualquer ação de indemnização, mas a aplicação do requisito de causalidade não deve impedir que as vítimas de danos provocados por uma infração à legislação *antitrust* sejam ressarcidas de tais danos, foi apresentada a seguinte questão: n) É necessário clarificar o requisito jurídico de nexo de causalidade para facilitar as ações de indemnização?

Para além do exposto, foi perguntado se o) Existem outras questões relativamente às quais os interessados pretendam apresentar observações?

A este propósito, de referir que, tanto o Livro Verde como todos os documentos que se seguiram, visaram a “criação de um regime comunitário que permitisse aumentar a prevenção geral de restrições da concorrência”, tendo sempre como objetivo principal a criação de “um regime jurídico capaz de garantir uma justiça efetiva em situações de danos provados por uma qualquer infração às regras da concorrência” e não a criação de “incentivos para uma litigância abusiva entre consumidores e empresas”<sup>88</sup>.

---

<sup>87</sup> Enquanto o número 1 do antigo artigo 5.º da Proposta de Regulamento sugeria que a “lei aplicável à obrigação extracontratual resultante de um acto de concorrência desleal é a lei do país em cujo território as relações de concorrência ou os interesses colectivos dos consumidores são ou podem ser prejudicados de forma directa e substancial”, o atual número 1 do artigo 6.º do Regulamento determina que a “lei aplicável a uma obrigação extracontratual decorrente de um acto de concorrência desleal é a lei do país em que as relações de concorrência ou os interesses colectivos dos consumidores sejam afectados ou sejam susceptíveis de ser afectados”.

<sup>88</sup> SILVA, André Miguel dos Santos Lopes da, “O Regime Jurídico da Concorrência: Atuações e Práticas”, 2013, p. 45, disponível em <http://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/70819/2/5295.pdf>, consultado em 21-04-2014.

## 2.2 LIVRO BRANCO SOBRE AÇÕES DE INDEMNIZAÇÃO POR INCUMPRIMENTO DAS REGRAS COMUNITÁRIAS NO DOMÍNIO *ANTITRUST*

Sendo que as vítimas afetadas pelas infrações às regras europeias da Concorrência muito raramente obtêm uma indemnização pelos danos sofridos (apesar do montante destas indemnizações ascender, anualmente, a milhares de milhões de euros), a atual ineficácia destas ações deve ser combatida com a adoção de medidas combinadas a nível europeu e nacional (com vista a uma proteção mínima efetiva do direito das vítimas a uma indemnização, a condições mais equitativas e a uma maior segurança jurídica).

Neste sentido, a Comissão, em 2 de abril de 2008, publicou o Livro Branco sobre ações de indemnização por incumprimento das regras comunitárias no domínio *antitrust*<sup>89</sup> (Livro Branco), o respetivo Documento de Trabalho e um Relatório de Avaliação de Impacto, com propostas de política geral e medidas específicas destinadas a eliminar os obstáculos à eficácia destes pedidos.

Este Livro Branco elenca como principal objetivo a melhoria das condições legais de exercício do direito<sup>90</sup> a uma reparação pelos danos sofridos por parte das vítimas de comportamentos *antitrust*, elegendo a plena indemnização como primeiro e mais importante princípio orientador. São várias as vantagens em se obter um sistema com mecanismos de compensação mais eficazes. Desde logo, “os custos das infracções no domínio *antitrust*” serão suportados “pelos infractores e não pelas vítimas e pelas empresas que cumprem a lei”, será ampliada “a probabilidade de detectar um maior número de restrições ilegais da concorrência e de responsabilizar os infractores pelos danos” e espera-se um efeito dissuasor “em termos de infracções futuras e de respeito das regras”, pois uma “cultura de concorrência contribui para uma melhor afectação dos recursos, uma maior eficiência económica, um aumento da inovação e preços mais baixos”<sup>91</sup>.

---

<sup>89</sup> LIVRO BRANCO sobre “ações de indemnização por incumprimento das regras comunitárias no domínio *antitrust*”, publicado pela Comissão a 2 de abril de 2008 (Bruxelas), disponível em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2008:0165:FIN:pt:PDF>.

<sup>90</sup> “A Comissão, concluiu pois, que a parca atribuição de indemnizações aos lesados resultava, em grande medida, dos inúmeros obstáculos legais e processuais criados pelos Estados-Membros, daí que, na prática seja necessário estabelecer um quadro normativo cabalmente eficaz que permita efetivamente exercer um direito a uma compensação monetária pelos danos causados, sendo que os tribunais nacionais assumem aqui um papel fundamental na construção de tal sistema” – SILVA, André Miguel dos Santos Lopes da, “O Regime Jurídico da Concorrência: Atuações e Práticas”, 2013, p. 46, disponível em <http://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/70819/2/5295.pdf>, consultado em 21-04-2014.

<sup>91</sup> LIVRO BRANCO sobre “ações de indemnização por incumprimento das regras comunitárias no domínio *antitrust*”, publicado pela Comissão a 2 de abril de 2008 (Bruxelas), disponível em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2008:0165:FIN:pt:PDF>.

Como segundo princípio orientador, a CE entendeu que o quadro normativo necessário para assegurar maior eficácia a estas ações se deve basear numa abordagem genuinamente europeia. Assim, apresentou propostas de política geral que consistem em medidas equilibradas e assentes na cultura e tradições jurídicas europeias. Para além destes, preservar a esfera pública de aplicação das medidas tomadas por parte da CE e das ANC para assegurar o respeito às regras da Concorrência é outro princípio orientador. Deste modo, as medidas apresentadas pela CE foram pensadas com vista à criação de um sistema eficaz de aplicação "privada", baseado em ações de indemnização que completam, sem substituir ou molestar, a atuação das autoridades públicas.

Desta forma, e porque qualquer vítima de uma infração às regras *antitrust* deve poder exercer eficazmente o direito a uma indemnização, as propostas que o presente Livro Branco apresenta respeitam a todas as categorias de vítimas, a qualquer tipo de incumprimento dos artigos 101.º e 102.º do TFUE e a todos os setores da economia, quer as ações de indemnização se baseiem na verificação prévia de um incumprimento por parte de uma autoridade de concorrência ou não.

Assim, as medidas e opções de política geral apresentadas pelo Livro Branco dizem respeito a legitimidade para agir e mecanismos coletivos de reparação, acesso aos elementos de prova, efeito vinculativo das decisões das ANC, requisitos de culpa, indemnizações, repercussão dos custos adicionais, prazos de prescrição, custos destas ações de indemnização e interação entre programas de clemência e ações de indemnização.

No que respeita à conjugação da questão da legitimidade para agir e dos mecanismos coletivos de reparação, considerando que qualquer pessoa tem o direito de pedir a reparação do dano sofrido pelo incumprimento das regras *antitrust* perante os Tribunais nacionais<sup>92</sup>, e que existe uma clara necessidade de criar mecanismos que permitam a agregação dos pedidos individuais de indemnização das vítimas de infrações no domínio *antitrust*, a CE sugere uma combinação de dois mecanismos coletivos de reparação a serem utilizados de forma complementar, mas que não excluam o direito das vítimas a intentarem a sua própria ação. São eles, por um lado, as ações representativas (intentadas por entidades qualificadas<sup>93</sup>, tais como associações de consumidores, organismos estatais ou associações profissionais, em

---

<sup>92</sup> Aqui também se incluem os adquirentes indiretos, isto é, aqueles adquirentes que, embora não negociando diretamente com o infrator, tenham sofrido danos consideráveis em razão da repercussão ao longo da cadeia de distribuição da aplicação de um preço excessivo imposto ilegalmente.

<sup>93</sup> A Comissão esclarece também que estas entidades serão designadas oficialmente a título prévio ou habilitadas por um EM, numa base *ad hoc* e relativamente a uma infração específica às regras *antitrust*, para intentarem uma ação em nome de parte ou da totalidade dos seus membros.

nome de vítimas identificadas ou, num número relativamente limitado de casos, identificáveis) e, por outro lado, ações coletivas por adesão (nas quais as vítimas decidem expressamente agregar os seus pedidos individuais de indemnização numa única ação).

Quanto ao acesso aos elementos de prova, importa ter em conta que os processos de Concorrência exigem um profundo apuramento de factos e que muitos dos elementos de prova essenciais e necessários para justificar uma ação de indemnização por incumprimento das regras europeias da Concorrência são frequentemente dissimulados e se encontram na posse do requerido ou de terceiros. Não sendo, por isso, conhecidos de forma suficientemente pormenorizada por parte do requerente. Assim, é necessário superar esta assimetria estrutural de informação e melhorar o acesso das vítimas aos elementos de prova relevantes. No entanto, é também importante evitar os efeitos negativos decorrentes de obrigações de divulgação excessivamente amplas e pesadas (nomeadamente, o eventual risco de abusos), pelo que, a CE propõe que, nos processos de indemnização por incumprimento das regras europeias da Concorrência, seja assegurado na UE um nível de divulgação mínimo *inter partes*. Desta forma, o acesso aos elementos de prova deve assentar no estabelecimento dos factos e num controlo judicial rigoroso do carácter plausível do pedido de indemnização e da proporcionalidade do pedido de divulgação. Por conseguinte, a CE propõe que os Tribunais nacionais, em determinadas condições, possam ordenar às partes no processo ou a terceiros que divulguem certas categorias precisas de elementos de prova relevantes<sup>94</sup>, propõe que as declarações das empresas que apresentam um pedido de Clemência, bem como os inquéritos das ANC devem beneficiar de uma proteção adequada e propõe que os Tribunais disponham de poderes para impor sanções dissuasivas o suficiente a fim de evitar a destruição de provas relevantes ou a recusa de cumprimento de uma injunção de divulgação (nomeadamente, a faculdade de tirar conclusões desfavoráveis no âmbito de uma ação cível de indemnização).

No que à questão do efeito vinculativo diz respeito, os Tribunais nacionais não podem tomar decisões que sejam contrárias a decisões da CE quando a mesma declara verificada uma infração aos artigos 101.º ou 102.º do TFUE e, consequentemente, as vítimas da referida infração podem basear-se nesta decisão como uma prova irrefutável no âmbito de uma ação

---

<sup>94</sup> Sendo que, uma decisão de divulgação deve assegurar que a) o requerente apresentou todos os elementos de facto e os meios de prova de que razoavelmente dispõe, desde que tais elementos revelem a existência de razões plausíveis para suspeitar que sofreu um dano em consequência de uma infração às regras de concorrência por parte do requerido; b) demonstrou, a contento do Tribunal, que não está em condições, não obstante ter envidado todos os esforços razoavelmente exigíveis, de apresentar os elementos de prova requeridos; c) indicou de forma suficientemente clara as categorias precisas de elementos de prova a divulgar; e d) convenceu o Tribunal de que a medida de divulgação prevista é relevante para o processo, necessária e proporcional.

cível de indemnização. Ao mesmo tempo, para decisões das ANC que declaram verificada uma infração aos mesmos artigos, existem regras semelhantes apenas em alguns EM. Neste sentido, a CE propõe que os Tribunais nacionais, ao decidirem sobre ações de indemnização relativas a uma prática referida nos artigos 101.º ou 102.º do TFUE – sobre a qual uma ANC da REC tenha já tomado uma decisão definitiva (em que declara verificada uma infração a estes artigos) 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 infração) –, não possam tomar decisões contrárias àquela decisão ou sentença. Com isto pretende-se garantir uma aplicação mais coerente dos Tratados pelos diversos EM, aumentar a segurança jurídica e ampliar a eficácia, mormente processual, destas ações de indemnização.

Quanto ao tema dos requisitos de culpa, provada a infração aos artigos 101.º ou 102.º do TFUE, são diferentes as abordagens dos EM quanto à necessidade da existência de culpa para a obtenção de uma indemnização. Destarte, para os EM que exigem a prova da culpa, a Comissão sugere que quando a vítima tiver demonstrado uma infração ao artigo 101.º ou 102.º do TFUE, o autor desta infração deve ser considerado responsável pelos danos causados, exceto se puder demonstrar que a infração resulta de um erro desculpável<sup>95</sup>.

No que respeita às indemnizações<sup>96</sup>, para facilitar o seu cálculo – que é um exercício muito complexo e pode revelar-se excessivamente difícil ou praticamente impossível, uma vez que implica uma comparação com a situação económica da vítima no cenário hipotético de um mercado concorrencial – a CE tencionava criar um quadro de orientações pragmáticas e não vinculativas para o estabelecimento do montante da indemnização nos processos *antitrust* (por exemplo, através de métodos de cálculo aproximativos ou de regras simplificadas para estimativa dos prejuízos sofridos). E, ao mesmo tempo, por questões de segurança jurídica e de sensibilização dos infratores e das vítimas, propôs codificar num instrumento europeu de carácter legislativo o acervo atual sobre o âmbito dos danos decorrentes de infrações às regras da Concorrência suscetíveis de indemnização.

Quanto ao tema da repercussão dos custos adicionais, importa referir que várias questões jurídicas se colocam quando o cliente direto do autor da infração repercute, no todo ou em parte, os custos adicionais ilegais nos seus próprios clientes (adquirentes indiretos). Por

---

<sup>95</sup> Um erro é considerado desculpável quando uma pessoa razoável com um elevado grau de diligência não pudesse ter conhecimento que o comportamento em causa tinha por efeito restringir a Concorrência.

<sup>96</sup> Quanto aos tipos de danos pelos quais as vítimas devem poder obter reparação – e sendo certo que estas, no mínimo, devem obter a reparação total do valor real do prejuízo sofrido – a indemnização abrange, portanto, não só o prejuízo real imputável a um aumento anti concorrencial dos preços (danos emergentes), mas também aos lucros cessantes resultantes de uma eventual diminuição das vendas e respetivos juros.

um lado, surgem problemas quando o infrator invoca a repercussão dos custos adicionais como meio de defesa contra a pessoa que solicita uma indenização, argumentando que esta última não sofreu qualquer prejuízo, uma vez que repercutiu o aumento dos preços nos seus clientes. Lembrando que qualquer lesado tem direito a obter uma compensação pelos danos sofridos – desde que prove de forma suficiente a existência de um nexo de causalidade com a infração – a Comissão propõe que os requeridos tenham o direito de invocar a repercussão dos custos como meio de defesa contra um pedido de indenização pelo custo adicional, mas o nível de prova requerido para este meio de defesa não deverá ser inferior ao imposto ao requerente para provar os danos sofridos. Por outro lado, no caso de um adquirente indireto invocar a repercussão dos custos adicionais como elemento de base para demonstrar o prejuízo sofrido, pode revelar-se-lhe especialmente difícil produzir provas suficientes da existência e da dimensão da repercussão do custo adicional ilegal ao longo da cadeia de distribuição, tendo em conta a distância que separa os adquirentes que se encontram no final, ou próximos do final, da cadeia de distribuição da infração (frequentemente os mais afetados). Assim, a CE recomenda reduzir o ónus da prova que incumbe à vítima e propõe que o adquirente indireto possa invocar a presunção ilidível de que o custo adicional ilegal foi nele repercutido na sua totalidade<sup>97</sup>.

No que respeita aos prazos de prescrição – e reconhecendo que os mesmos podem constituir um obstáculo à reparação dos danos, por via de dificuldades de ordem prática no caso de uma infração continuada ou repetida ou quando as vítimas não podiam ter tido conhecimento da infração – a CE propõe que o prazo de prescrição comece a correr apenas a partir do dia em que a infração termina (para os casos de infrações continuadas ou repetidas) ou a partir do momento em que se pode razoavelmente presumir que a vítima da infração teve conhecimento da mesma e dos danos que esta lhe causou. Ao mesmo tempo, com o intuito de manter em aberto a possibilidade de serem intentadas ações de seguimento e evitando que os prazos de prescrição terminem enquanto está em curso a aplicação pública das regras de Concorrência, sugere um novo prazo de prescrição de pelo menos dois anos, que deverá começar na data em que a decisão (da Autoridade de Concorrência ou da instância de recurso)

---

<sup>97</sup> Para além disto, no caso de ações conjuntas, paralelas ou consecutivas intentadas por adquirentes em diferentes pontos da cadeia de distribuição, os Tribunais nacionais são incentivados a utilizar plenamente todos os mecanismos à sua disposição por força do direito nacional, do direito comunitário e do direito internacional, a fim de evitar uma sub ou excessiva indenização dos danos causados por uma infração da Concorrência.

que declare verificada uma infração se torne definitiva, em detrimento de uma suspensão do prazo de prescrição durante o período do processo público<sup>98</sup>.

Quanto à questão dos custos das ações de indemnização, a CE reconhece que os custos associados a este tipo de ações, bem como as regras de repartição dos custos, podem criar algum atrito à propositura de ações de indemnização, tanto mais que estas serão mais complexas que o normal e de demorada resolução. Por isto, incentivou os EM a elaborarem regras processuais que favoreçam os acordos de transação, a fim de reduzir os custos; a fixarem as despesas judiciais de forma que estas não constituam um travão excessivo à introdução de ações por infração às regras *antitrust*; a darem aos Tribunais nacionais a possibilidade de deliberar sobre as despesas – de preferência na fase inicial do processo –, derogando, nos casos em que tal se justifique, as regras habitualmente aplicadas, (o que permitiria assegurar que o requerente, mesmo vencido, não tenha de suportar todas as despesas efetuadas pela outra parte).

Por último, no que à questão da interação entre os programas de Clemência e as ações de indemnização diz respeito, e sendo necessário assegurar a atratividade destes programas, a CE assevera a necessidade de proteger adequadamente a confidencialidade das declarações de empresas que apresentam pedidos de Clemência (evitando colocar o requerente numa situação menos favorável que a dos outros co infratores) e propõe limitar a responsabilidade civil dos autores de infrações cujo pedido de imunidade seja aceite. Assim, sugere que a proteção da confidencialidade se aplique a todas as declarações de empresas apresentadas por qualquer candidato à Clemência, associadas a uma infração ao artigo 101.º do TFUE e independentemente do pedido ser aceite, rejeitado ou não dar lugar a qualquer decisão por parte da autoridade da concorrência<sup>99</sup>. Ao mesmo tempo, propõe que seja examinada mais atentamente a possibilidade de limitar a responsabilidade civil das empresas beneficiárias de imunidade face aos pedidos de indemnização apresentados pelos seus parceiros contratuais diretos e indiretos<sup>100</sup>.

---

<sup>98</sup> Uma vez que no caso da suspensão, as partes podem ter dificuldades em calcular exatamente o tempo que falta correr, pois o início e o encerramento dos procedimentos pelas ANC nem sempre são públicos e, no caso de uma suspensão que intervenha muito tempo após o início do prazo de prescrição, o lapso de tempo restante pode não ser suficiente para a preparação um pedido de indemnização.

<sup>99</sup> Esta proteção é aplicável quando a divulgação é ordenada por um Tribunal, antes ou após a adoção de uma decisão pela autoridade da concorrência e a divulgação voluntária das declarações de empresas pelos autores de pedidos de imunidade ou redução de coimas deve ser proibida (até à emissão de uma comunicação de objeções).

<sup>100</sup> Isto limitaria e tornaria mais previsível o montante indemnizatório a pagar, sem os eximir da responsabilidade decorrente da participação na infração, cabendo-lhes provar em que medida a responsabilidade deve ser limitada.

## **2.3 APLICAÇÃO EFETIVA DAS REGRAS DA CONCORRÊNCIA – JUSTIFICAÇÃO E OBJETIVOS DA PROPOSTA DE DIRETIVA DE 11.06.2013**

Das respostas obtidas e das conclusões que puderam ser retiradas das consultas públicas efetuadas através do Livro Verde e do Livro Branco, nasceu a Proposta de Diretiva de que agora nos vamos ocupar. Preocupando-se com a promoção de uma aplicação efetiva das regras da Concorrência da UE, e para atingir tal desiderato, esta procurou, por um lado, otimizar a interação entre a aplicação pública e privada do direito da concorrência e, por outro lado, assegurar às vítimas de infrações às regras de concorrência da EU uma reparação integral dos danos sofridos. Isto porque se verificou que, no quadro jurídico vigente, a interação entre aplicação pública e a aplicação privada da Concorrência – que se querem complementares – não se encontra regulada de forma adequada. Nomeadamente, no contexto de um pedido de Clemência (em que a empresa coopera/confessa a sua participação num cartel, em troca de imunidade ou redução da coima), uma empresa que considere cooperar com uma ANC não consegue saber, naquele momento, se as vítimas afetadas pela sua violação do direito da Concorrência poderão aceder às informações e documentos que voluntariamente facultou às ANC, o que pode por em causa a efetividade dos programas de Clemência.

Assim, esta Proposta de Diretiva apresenta como primeiro objetivo principal a otimização da interação entre a aplicação pública e privada das regras de Concorrência da UE, assegurando que a CE e as ANC possam perseguir uma política de sólida aplicação pública, ao mesmo tempo que as vítimas de uma infração ao direito da Concorrência possam efetivamente obter uma reparação pelos danos sofridos.

Sendo que o segundo principal objetivo deste documento é assegurar que as vítimas de infrações às regras da Concorrência da UE obtêm uma reparação integral pelos danos sofridos, facultando-lhes o acesso a mecanismos eficazes, em todos os países da UE. Isto pois, embora seja um direito reconhecido, o seu exercício prático é muitas vezes difícil ou mesmo impossível, devido às regras e aos procedimentos aplicáveis<sup>101</sup>.

Para além de que, ao mesmo tempo, existe uma grande diversidade no que respeita às regras jurídicas nacionais próprias de cada EM que regulam estas ações de indemnização no domínio *antitrust*, o que causa grande incerteza jurídica.

---

<sup>101</sup> Nomeadamente, acesso aos elementos de prova, falta de mecanismos de ação coletiva eficazes, falta de regras claras para uma defesa baseada na repercussão dos sobrecustos, ausência de valor probatório claro das decisões da ANC, possibilidade de uma ação de seguimento ou modo de quantificação dos danos no domínio *antitrust*.

### **3. PROPOSTA DE DIRETIVA RELATIVA A CERTAS REGRAS QUE REGEM AS AÇÕES DE INDEMNIZAÇÃO NO ÂMBITO DO DIREITO NACIONAL POR INFRAÇÕES ÀS DISPOSIÇÕES DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA**

A Proposta de Diretiva agora em análise estabelece certas regras necessárias para assegurar que qualquer pessoa que tenha sofrido danos causados por uma infração ao direito da Concorrência possa exercer efetivamente o direito à reparação integral desses danos, regras que fomentam a concorrência não falseada no mercado interno e eliminam os obstáculos ao seu bom funcionamento com o intuito de assegurar uma proteção equivalente em toda a União e regras para uma melhor coordenação entre a aplicação das regras de Concorrência pelas ANC e a aplicação dessas regras em ações de indemnização nos Tribunais nacionais. Simultaneamente à Proposta de Diretiva, foi publicado o Documento de Trabalho dos Serviços da Comissão que apresenta o Resumo da Avaliação de Impacto das ações de indemnização por violação das regras da UE no domínio *antitrust*<sup>102</sup>.

A proposta<sup>103</sup> ora em estudo apresenta como cânones principais à reparação integral, a divulgação dos elementos de prova, a responsabilidade limitada do beneficiário da imunidade, o efeito vinculativo das decisões das ANC, os prazos de prescrição, a repercussão dos sobrecustos, a presunção de dano e a resolução amigável de litígios.

É neste sentido que, agora, iremos enunciar as principais soluções apresentadas pela Proposta de Diretiva, bem como analisar a temática envolvente a cada uma delas e abordar as potenciais alterações que a transposição de tais propostas trará ao nosso sistema jurídico.

#### **3.1 DIVULGAÇÃO DOS ELEMENTOS DE PROVA**

Considerando que os elementos de prova necessários para que a vítima possa demandar o infrator estão, quase sempre, na posse do demandado ou de terceiros e, frequentemente, não são suficientemente conhecidos ou acessíveis às vítimas, constatou-se que este era um forte obstáculo à instauração de ações de indemnização nos casos de violação das normas da Concorrência. Assim, a Proposta de Diretiva, pretendendo garantir, em todos os EM, um nível mínimo de acesso efetivo aos elementos de prova necessários para os

---

<sup>102</sup> Disponível em [http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/summary\\_impact\\_assessment\\_pt.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/summary_impact_assessment_pt.pdf), consultado em 16-05-2014.

<sup>103</sup> Para resolver os problemas identificados até então pela Comissão no domínio *antitrust*, foram apresentadas quatro opções: 1. Nenhuma ação da UE (situação inicial), 2. Ato vinculativo com base no Livro Branco (incluindo um sistema específico de ação coletiva), 3. Regular a interação entre a ação pública e privada ou 4. Iniciativa não vinculativa da UE. A opção 3. foi escolhida como preferida para a realização dos objetivos propostos no âmbito da indemnização no domínio *antitrust*.

demandantes e/ou demandados instruírem as suas ações de indemnização e/ou para uma defesa relacionada, procedeu à criação de novos mecanismos de acesso a elementos de prova.

Assim, temos o Capítulo II desta Proposta onde, no primeiro parágrafo do artigo 5.º, se estabelece o princípio geral de divulgação dos elementos de prova. Pelo que, nas condições estabelecidas no presente capítulo, os EM “devem assegurar que, no caso de um demandante ter apresentado factos e elementos de prova razoavelmente disponíveis que indiquem motivos plausíveis para suspeitar que ele, ou as pessoas que representa, sofreram um dano causado por uma infração ao direito da concorrência cometida pelo demandado, os tribunais nacionais podem ordenar a divulgação de elementos de prova pelo demandado ou por terceiros, independentemente de esses elementos de prova serem ou não incluídos no dossiê de uma autoridade da concorrência” e que os Tribunais podem também “ordenar a divulgação de elementos de prova pelo demandante ou por terceiros a pedido do demandado”. Sendo que a presente disposição não prejudica os direitos e as obrigações dos Tribunais nacionais ao abrigo do Regulamento 1206/2001 do Conselho, relativo à cooperação entre os Tribunais dos EM no domínio da obtenção de provas em matéria civil ou comercial<sup>104</sup>.

No entanto, os EM devem assegurar que os Tribunais nacionais apenas ordenam a divulgação dos elementos de prova referidos quando a parte que solicitar a divulgação “tiver demonstrado que os elementos de prova sob o controlo da outra parte ou de um terceiro são relevantes para fundamentar o seu pedido ou a sua defesa” e “tiver especificado elementos dessas provas ou categorias dessas provas definidas da forma mais precisa e estrita possível, com base em factos razoavelmente disponíveis”, rejeitando pedidos de divulgação global.

Para além disto, a ordem de divulgação de provas terá de ser dada por um juiz que pondera devidamente a sua necessidade, âmbito e proporcionalidade, porquanto, os EM “devem assegurar que os tribunais nacionais limitam a divulgação dos elementos de prova ao que for proporcionado”. Assim, e neste sentido, deve ser feita uma ponderação dos interesses legítimos de todas as partes e dos terceiros interessados<sup>105</sup>.

---

<sup>104</sup> Regulamento 1206/2001 do Conselho, de 28 de maio de 2001, publicado no JOCE a 27 de junho de 2001, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32001R1206&qid=1403830200688&from=PT>.

<sup>105</sup> Nomeadamente, e nos termos do terceiro parágrafo, devem ser ponderados “a probabilidade de a alegada infração ao direito da concorrência ter ocorrido”, “o âmbito e os custos da divulgação, em especial para os terceiros interessados”, “se os elementos de prova a divulgar contêm informações confidenciais, em especial no que respeita a terceiros, e os acordos para proteger tais informações confidenciais” e “nos casos em que a infração está a ser ou foi investigada por uma autoridade da concorrência, se o pedido foi formulado especificamente no que respeita à natureza, objeto ou conteúdo de tais documentos analisados, ou se se trata antes de um pedido não específico relativo a documentos apresentados a uma autoridade da concorrência ou que figuram no dossiê de uma tal autoridade da concorrência”.

Simultaneamente, os EM "devem assegurar que os tribunais nacionais têm à sua disposição medidas efetivas para proteger o mais possível as informações confidenciais de uma utilização incorreta, garantindo ao mesmo tempo o acesso na ação de indemnização aos elementos de prova relevantes que contêm tais informações". Conforme nos indica o considerando 17 da Proposta de Diretiva, os Tribunais nacionais devem ter à sua disposição um conjunto de medidas eficazes<sup>106</sup> para proteger essas informações de serem divulgadas durante o processo, mas que não impeçam, na prática, o exercício do direito a reparação.

Seguidamente, estipula-se que os EM "devem tomar as medidas necessárias para aplicar plenamente os privilégios jurídicos e outros direitos de não obrigação de divulgar elementos de prova" e "devem assegurar que, na medida em que os seus tribunais tiverem poderes para ordenar a divulgação sem ouvir a pessoa de quem se procura obter a divulgação, não pode ser imposta qualquer penalidade pelo não cumprimento de tal ordem enquanto o destinatário dessa ordem não for ouvido pelo tribunal". Quanto aos elementos de prova, estes "devem incluir todos os tipos de provas admissíveis perante o tribunal nacional onde corre a ação, em especial os documentos e todos os outros objetos que contenham informações, independentemente do suporte em que essas informações são armazenadas". Para além do mais, "o presente artigo não impede que os Estados-Membros mantenham ou introduzam regras que permitam criar um sistema de divulgação mais alargada dos elementos de prova".

Considerando a necessidade de evitar a destruição de provas relevantes ou a recusa de cumprir uma ordem de divulgação, os Tribunais devem também poder impor sanções fortemente dissuasoras que impeçam tais ações. Desta forma, o artigo 8.º estipula que deve ser assegurado aos Tribunais nacionais a possibilidade de impor sanções às partes, a terceiros e aos seus representantes legais no caso de "incumprimento ou recusa de respeitar uma ordem de divulgação de um tribunal", "destruição de elementos de prova relevante"<sup>107</sup>, "incumprimento ou recusa de respeitar as obrigações impostas por uma decisão do tribunal de proteção de informações confidenciais" ou "abuso dos direitos relacionados com a divulgação de elementos de prova previstos no presente capítulo e dos elementos de prova e informações

---

<sup>106</sup> Sendo que tais medidas podem incluir a possibilidade de audições privadas (que restringem o número de pessoas com direito a ver os elementos de prova) e a instrução dos peritos no sentido de redigirem sínteses das informações de forma agregada ou noutra forma não confidencial.

<sup>107</sup> Desde que, no momento da destruição: i) a parte que procede à destruição dos elementos de prova era ou fora uma parte no processo de uma autoridade da concorrência no que respeita à conduta subjacente à ação de indemnização; ou ii) a parte que procede à destruição dos elementos de prova tinha conhecimento ou devia razoavelmente ter conhecimento de que uma ação de indemnização havia sido intentada no tribunal nacional e que os elementos de prova eram relevantes para fundamentar quer o pedido de indemnização quer uma defesa contra o mesmo; ou iii) a parte que procede à destruição dos elementos de prova tinha conhecimento de que os elementos de prova eram relevantes para ações pendentes ou potenciais intentadas por ela ou contra ela.

com base nessas disposições”. Os EM devem garantir que tais sanções suscetíveis de serem impostas pelos Tribunais nacionais são efetivas, proporcionais e dissuasivas. Sendo que as “sanções ao dispor dos tribunais nacionais incluem, no que se refere ao comportamento de uma parte no processo de indemnização, a faculdade de tirar conclusões desfavoráveis, tais como presumir que a questão relevante ficou provada ou recusar total ou parcialmente os pedidos e meios de defesa e a possibilidade de ordenar o pagamento de custas”.

No entanto, são grandes as dificuldades que enfrentamos no que respeita à articulação do regime da responsabilidade civil com o da Clemência. A aplicação privada das normas da Concorrência conflitua, nestes casos, inevitavelmente, com a eficácia da aplicação pública. Isto pois, os infratores podem ser dissuadidos a colaborar com as ANC no âmbito de um programa de Clemência se as informações aqui divulgadas se tornarem de tal forma acessíveis que os coloquem, por via dos pedidos de indemnização, numa situação mais desfavorável.

Com o intuito de evitar que a divulgação dos elementos de prova embargue a aplicação pública das normas da Concorrência, a Proposta de Diretiva estabelece, no artigo 6.º, limites à divulgação dos elementos de prova constantes do arquivo de uma ANC, de forma a harmonizar as regras a aplicar em toda a União. Assim, são estabelecidos três níveis de proteção a tais documentos: uma proteção absoluta, uma proteção temporária e o livre acesso.

Então vejamos. Primeiramente, este artigo estabelece que os EM devem assegurar que “os tribunais nacionais não podem, em momento algum, ordenar a uma parte ou a um terceiro que divulgue” informações relativas a declarações de empresa em matéria de clemência ou propostas de transação. Isto pois, são estes documentos considerados cruciais para a eficácia da aplicação pública da Concorrência, uma vez que a sua divulgação afetaria profundamente a eficácia dos programas de clemência e os procedimentos de transação. Em segundo lugar, os EM devem assegurar que só “depois de uma autoridade da concorrência ter encerrado o seu processo ou tomado uma decisão referida no artigo 5.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003 ou no capítulo III do Regulamento (CE) n.º 1/2003”, os Tribunais nacionais podem ordenar a divulgação de “informação que foi preparada por uma pessoa singular ou coletiva, especificamente para o processo de uma autoridade da concorrência” ou “informação que foi elaborada por uma autoridade da concorrência no decurso do seu processo”. Tais informações só devem ser divulgáveis depois de a ANC ter constatado uma infração às regras da Concorrência ou, de outra forma, ter encerrado o seu processo, pois tal divulgação seria suscetível de interferir com uma investigação em curso. Por fim, estipula-se que a

“divulgação de elementos de provas que figuram no dossiê de uma autoridade da concorrência e não são abrangidos por qualquer uma das categorias mencionadas nos n.os 1 ou 2 do presente artigo pode ser ordenada em ações de indemnização em qualquer momento”. Daqui podemos concluir que, com as exceções elencadas, no contexto de uma ação de indemnização, deve ser possível aos Tribunais dos EM ordenar a divulgação de elementos de prova que existam independentemente de um processo de uma ANC.

Complementarmente, o artigo 7.º estabelece limites à utilização de elementos de prova obtidos exclusivamente através do acesso ao processo de uma ANC. Assim, os EM devem assegurar que aos elementos “obtidos por uma pessoa singular ou coletiva exclusivamente através do acesso ao dossiê de uma autoridade da concorrência no exercício dos seus direitos de defesa ao abrigo do artigo 27.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003 ou de disposições correspondentes do direito nacional” se aplicam limitações iguais às que acabamos de referir. Pelo que, quando se tratem de documentos absolutamente proibidos, os mesmos não podem, de modo algum, ser “admissíveis em ações de indemnização” e, caso sejam documentos protegidos temporariamente, os EM devem assegurar que os mesmos “não são admissíveis em ações de indemnização enquanto uma autoridade da concorrência não tiver encerrado o seu processo ou tomado uma decisão referida no artigo 5.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003 ou no capítulo III do Regulamento (CE) n.º 1/2003”. Por fim, quando se trate de documentos de livre acesso, e para evitar que os mesmos se tornem objeto de comércio, os EM devem assegurar estes só podem “ser utilizados numa ação de indemnização por essa pessoa ou por uma pessoa singular ou coletiva que seja sucessora nos seus direitos, incluindo a pessoa que adquiriu o seu pedido de indemnização”.

Em Portugal, o artigo 81.º da lei 19/2012, de 8 de maio<sup>108</sup> – que estabelece o regime de acesso aos documentos obtidos no âmbito de um programa de Clemência – prejudica o direito dos lesados a serem indemnizados. Isto pois, com o intuito de proteger estas informações, estipula que a Autoridade da Concorrência “classifica como confidencial o pedido de dispensa ou de redução da coima, bem como todos os documentos e informações apresentados para efeitos de dispensa ou redução da coima”, estabelece que o “acesso de terceiros aos pedidos, documentos e informações apresentados pelo requerente (...) carece de autorização deste” e refere que ao “visado pelo processo não será concedido acesso a cópias das suas declarações

---

<sup>108</sup> Lei 19/2012, de 8 de maio, aprovada em 22 de março de 2012, publicada em DR a 8 de maio de 2012, disponível em <http://dre.pt/pdfs/2012/05/08900/0240402427.pdf>.

orais e aos terceiros será vedado o acesso às mesmas”. Pelo que, com a transposição para o direito nacional das normas supra analisadas, o regime português terá de ser alterado.

### **3.2 EFEITO PROBATÓRIO DAS DECISÕES NACIONAIS**

O artigo 9.º da Proposta de Diretiva, sob a epígrafe “efeito das decisões nacionais”, estipula que os EM devem assegurar “que, quando os tribunais nacionais se pronunciarem, no âmbito de ações de indemnização abrangidas pelo artigos 101.º ou 102.º do Tratado ou pelo direito da concorrência nacional, sobre acordos, decisões ou práticas que já tenham sido objeto de uma decisão de infração definitiva de uma autoridade nacional da concorrência ou de um tribunal de recurso, esses tribunais nacionais não” podem “tomar decisões contrárias a uma tal constatação de uma infração”. Sendo que esta “obrigação não prejudica os direitos e obrigações decorrentes do artigo 267.º do Tratado”.

Assim, pretende-se atribuir efeito vinculativo às decisões das ANC. De facto, atualmente, o Regulamento 1/2003<sup>109</sup>, atribui já efeito probatório às decisões da CE respeitantes a processos dos artigos 101.º ou 102.º do TFUE<sup>110</sup>. Para o efeito, o artigo 16.º daquele diploma estabelece que os Tribunais nacionais e as autoridades dos EM responsáveis em matéria de Concorrência, ao se pronunciarem sobre acordos, decisões ou práticas ao abrigo dos artigos 101.º ou 102.º do TFUE que tenham já sido objeto de decisão por parte da CE, não podem tomar decisões contrárias à que foi aprovada pela CE. Sendo que, nos termos do número 1 daquele artigo, estes Tribunais devem, ainda, evitar tomar decisões que entrem em conflito com uma decisão prevista pela Comissão em processos que esta tenha iniciado<sup>111</sup>.

Neste sentido, a fim de aumentar a segurança jurídica, evitar contradições na aplicação das disposições do Tratado, aumentar a eficácia e a eficiência processual das ações de indemnização, promover o funcionamento do mercado interno para empresas e consumidores

---

<sup>109</sup> Regulamento 1/2003 do Conselho, de 16 de dezembro de 2002, publicado no JOCE a 04 de janeiro de 2003, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003R0001&qid=1403802164721&from=PT>.

<sup>110</sup> Regra que havia já sido enunciada no Acórdão MASTERFOODS E HB do TJUE, de 14/12/2000, Processo C-344/98, quando o Tribunal refere que “quando os órgãos jurisdicionais nacionais se pronunciam sobre acordos ou práticas que já sejam objecto de uma decisão da Comissão, não podem tomar decisões contrárias à decisão da Comissão, mesmo que esta última esteja em contradição com a decisão proferida por um órgão jurisdicional nacional de primeira instância”, disponível em <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=45449&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=570190>, consultado em 24-05-2014.

<sup>111</sup> A este propósito, tendo sido questionado acerca da legalidade de uma ação intentada pela Comissão, em nome da União, num órgão jurisdicional nacional, com vista à obtenção de uma indemnização pelos prejuízos sofridos pela União na sequência de uma prática cuja desconformidade com o Tratado tenha sido declarada por uma decisão da própria Comissão, o TJUE não constatou que tal ofendesse o Direito da União ou os direitos das partes – Acórdão OTIS ET AL. do TJUE, de 06/11/2012, Processo C-199/11, disponível em <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=129323&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=24885>, consultado em 17-04-2014.

e evitar custos desnecessários para todas as partes envolvidas e para o poder judiciário, considerou-se que seria conveniente atribuir um efeito semelhante às decisões definitivas tomadas pelas ANC ou pelos Tribunais nacionais de recurso que constatem uma infração.

O considerando 25 da Proposta de Diretiva esclarece que tal efeito probatório deve ser imputado “independentemente de a ação ser ou não intentada no Estado-Membro dessa autoridade ou desse tribunal de recurso” e que tal efeito “deve ser aplicado à parte dispositiva da decisão e respetivos considerandos de apoio”. De referir que, nos Estados Unidos, esta possibilidade de utilizar como prova os factos constantes da condenação por violação das regras da Concorrência, para além de constar já do mencionado Clayton Act<sup>112</sup>, ficou reforçada com a decisão do Supremo Tribunal dos Estados Unidos, no caso *Emich Motors Corp. v. General Motors Corp.* - 340 U.S. 558 (1951)<sup>113</sup>, afirmando o Tribunal que “was only necessary for plaintiffs to introduce, in addition to the criminal judgment, evidence of the impact of the conspiracy on them and evidence of any resulting damages”.

Não obstante, a atribuição de um efeito probatório vinculativo às decisões das ANC não é serena, nem se encontra isenta de críticas ou dispensada de problemas. A propósito, ASSIMAKIS KOMNINOS refere que a atribuição deste efeito probatório às decisões das ANC, “It may also make life a bit more difficult for competition authorities, which might feel restrained in their action, if they knew that they decide not only for themselves and the administrative proceedings, but also for the judge and the civil proceeding”<sup>114</sup>. Neste sentido, também PEDRO ROSA FERNANDES, vem elucidar para o perigo de captura das ANC, que pode ocorrer quando os privados tentam aproveitar-se de procedimentos destas entidades para a prossecução posterior dos seus próprios objetivos. No sentido de mitigar este perigo, este autor refere que se defende “que as AC’s devem publicitar anualmente os objetivos e ações em que se encontram focadas e onde concentrarão a maior parte dos seus recursos de forma fundamentada e sujeita a escrutínio do público, seguida do óbvio relatório anual de atividades como já acontece na maioria dos ordenamentos incluindo o Português”<sup>115</sup>. Ao mesmo tempo, o autor coloca reticências à capacidade de algumas ANC de determinados países europeus, que se encontram deficitariamente preparadas e que se debatem com problemas de corrupção.

---

<sup>112</sup> Disponível em <http://gwcl.com/Library/America/USA/The%20Clayton%20Act.pdf>, consultado em 08-05-2014.

<sup>113</sup> Disponível em <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/340/558/case.html>, consultado em 24-05-2014.

<sup>114</sup> KOMNINOS, Assimakis, “Private Antitrust Damages Actions in the EU: second generation questions”, *Revista de Concorrência e Regulação*, Lisboa, ISSN 1647-5801, ano III, n.º 9, 2012, p. 21.

<sup>115</sup> FERNANDES, Pedro Rosa, “*Enforcement da Concorrência: Enforcement Privado na União Europeia*”, 2012, disponível em <http://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/10320/1/tese%20-%20Final.pdf>, consultado em 06-05-2014, p. 14.

Para solucionar ou mitigar o problema apresenta como soluções uma rede europeia de ANC sob controlo da comissão, a criação da figura de auditores da concorrência, critérios e requisitos a cumprir por todas as ANC e a criação de procedimentos chave nos Tribunais<sup>116</sup>.

No entanto, concordamos com a Proposta de Diretiva quando esta refere que o efeito probatório proposto não implica qualquer diminuição da proteção jurídica das empresas em causa, uma vez que as decisões de infração tomadas pelas ANC estão sujeitas ainda ao controlo jurisdicional. Para além disto, em toda a UE, as empresas beneficiam de um nível comparável de proteção dos seus direitos de defesa, tal como consagrado no número 2 do artigo 48.º da Carta dos Direitos Fundamentais da UE. Por último, os direitos e as obrigações dos Tribunais nacionais decorrentes do artigo 267.º do TFUE não são alterados por esta regra.

Não obstante, problemas de corrupção e de aproveitamento pelos privados dos procedimentos das ANC para a prossecução dos seus próprios objetivos serão sempre mais prováveis quando se fala de cartéis e de grandes grupos empresariais, do que no caso dos consumidores e das pequenas empresas, mais vulneráveis à lesão dos seus direitos pela violação das regras da Concorrência.

De referir que, em Portugal, neste momento, nos termos do artigo 623.º do NCPC, a “condenação definitiva proferida no processo penal constitui, em relação a terceiros, presunção ilidível no que se refere à existência dos factos que integram os pressupostos da punição e os elementos do tipo legal, bem como dos que respeitam às formas do crime, em quaisquer ações civis em que se discutam relações jurídicas dependentes da prática da infração”. A contrário, constitui presunção inilidível quanto aos sujeitos processuais (que não são terceiros), mormente, quanto aos arguidos/infratores, relativamente à existência dos factos que integram os pressupostos da punição. Com a transposição do artigo 9.º da Proposta de Diretiva, aparentemente, ocorrerá presunção inilidível no que respeita à ocorrência dos factos consubstanciadores das infrações verificadas e provadas no processo contraordenacional (e só estes), oponível não só aos sujeitos processuais, mas também a terceiros. Assim, torna-se desnecessário provar os factos integrantes da infração, bem como se encontra vedada a possibilidade de se provar que tais infrações não se verificaram.

### **3.3 PRAZOS DE PRESCRIÇÃO**

O artigo 10.º da Proposta de Diretiva – com o intuito de esclarecer os limites temporais dentro dos quais as vítimas podem intentar uma ação de indemnização – prescreve

---

<sup>116</sup> FERNANDES, Pedro Rosa, “*Enforcement da Concorrência: Enforcement Privado na União Europeia*”, 2012, disponível em <http://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/10320/1/tese%20-%20Final.pdf>, consultado em 06-05-2014, pp. 25 e 26.

que os EM devem estabelecer regras aplicáveis aos prazos de prescrição para intentar ações de indemnização que determinem quando começa a correr o prazo de prescrição, a duração do prazo e em que circunstâncias o prazo pode ser interrompido ou suspenso.

Estas regras devem, no mínimo, assegurar que o prazo de prescrição não começa a correr antes de uma parte lesada ter conhecimento, ou se poder razoavelmente presumir que teve conhecimento, do comportamento que constitui a infração, da qualificação de um tal comportamento como uma infração ao direito da concorrência da União ou nacional, do facto de a infração lhe ter causado o dano e da identidade do infrator que causou tal dano. Devem também assegurar que o prazo de prescrição não começa a correr antes da data de cessação de uma infração continuada ou repetida e que o mesmo é, pelo menos, de cinco anos. Por fim, deve ser assegurado que o prazo de prescrição é suspenso se uma ANC tomar uma medida com vista a uma investigação ou a um processo relativo a uma infração com a qual a ação de indemnização está relacionada. A suspensão deve terminar, no mínimo, um ano depois de a decisão de infração se ter tornado definitiva ou o processo ter sido de outro modo encerrado.

Na base destas sugestões, e de acordo com o considerando 26 da Proposta de Diretiva, encontra-se o pensamento de que as regras nacionais em matéria de início, duração, suspensão ou interrupção dos prazos de prescrição não devem impedir indevidamente o início de uma ação de indemnização. Preocupação esta que assume especial importância quando falamos de ações de seguimento, pois a obtenção de uma decisão final nos processos instaurados por uma ANC (incluindo o respetivo recurso para os Tribunais) pode levar anos. Assim, as propostas apresentadas quanto aos prazos de prescrição pretendem conceder às vítimas uma oportunidade razoável e real de intentar uma ação de indemnização, ao mesmo tempo que garantem a segurança jurídica para todas as partes.

Desta forma, em Portugal, com a transposição do regime da prescrição, ocorrerão certamente alterações ao regime geral em vigor. Pois, a propósito da responsabilidade que se pretende assacar ao infrator em causa, uma vez que estamos no âmbito do regime da responsabilidade civil por factos ilícitos, no que respeita ao prazo de prescrição, serão de aplicar as regras previstas no artigo 498.º do CC e, quanto às regras de interrupção e suspensão aplicar-se-á o regime geral dos artigos 318.º e seguintes do mesmo diploma.

Ora, o regime regra hoje vigente dispõe que o prazo de prescrição começa “a contar da data em que o lesado teve conhecimento do direito que lhe compete, embora com desconhecimento da pessoa do responsável e da extensão integral dos danos” e “direito de indemnização prescreve no prazo de três anos (...) sem prejuízo da prescrição ordinária se

tiver decorrido o respectivo prazo a contar do facto danoso” – artigo 498.º do CC. Em face do referido regime, impõe-se criar uma regra especial no que respeita às ações de indemnização agora em análise, por forma a acautelar, por um lado, que estes prazos não devem iniciar-se antes do lesado ter conhecimento, ou se poder razoavelmente presumir que teve conhecimento, da identidade do infrator que causou tal dano e que, por outro lado, os mesmos devem ser de, pelo menos, cinco anos. Ao mesmo tempo, e tendo em conta regime geral dos artigos 318.º e seguintes do CC, deverá ser estipulada uma regra especial de suspensão para este tipo de ações. Isto pois, como vimos, é necessário garantir que o prazo de prescrição não começa a correr antes da data de cessação de uma infração continuada ou repetida e que o mesmo é suspenso se uma autoridade da concorrência tomar uma medida com vista a uma investigação ou a um processo relativo a uma infração com a qual a ação de indemnização está relacionada (devendo a suspensão terminar, no mínimo, um ano depois de a decisão de infração se ter tornado definitiva ou o processo ter sido, de outro modo, encerrado)<sup>117</sup>.

### **3.4 RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA**

O artigo 11.º da Proposta de Diretiva estabelece o princípio da responsabilidade solidária ao estipular que os EM “devem assegurar que as empresas que infringiram o direito da concorrência através de um comportamento conjunto são solidariamente responsáveis pelos prejuízos causados pela infração: cada uma das empresas infratoras é obrigada a reparar integralmente os danos, podendo a parte lesada exigir uma reparação integral de qualquer uma delas até que seja indemnizada na íntegra”. No entanto, o mesmo limita a responsabilidade das empresas que tenham sido beneficiárias de um programa de clemência, ao estabelecer que os EM devem assegurar que estas são responsáveis “perante as partes lesadas, que não os seus adquirentes ou fornecedores diretos ou indiretos”, apenas “quando essas partes lesadas demonstrarem que não podem obter uma reparação integral das outras empresas envolvidas na mesma infração ao direito da concorrência”. Na mesma linha de pensamento, também os EM devem assegurar que, “na medida em que a infração causou danos a pessoas lesadas que não os adquirentes ou fornecedores diretos ou indiretos das empresas infratoras, o montante da contribuição do beneficiário de imunidade é determinado em função da sua responsabilidade relativa no que respeita a esses danos”.

Ao mesmo tempo, também se consagra o direito de regresso ao determinar que os EM “devem assegurar que a empresa infratora pode recuperar uma contribuição de qualquer outra

---

<sup>117</sup> Tal novo regime consubstanciará, certamente, uma dilatação excecional dos prazos de prescrição das ações em litígio nos nossos Tribunais, podendo vir a ser proferidas decisões judiciais, nestas ações de indemnização, dezenas de anos após a prática dos factos.

empresa infratora, cujo montante será determinado em função da relativa responsabilidade pelos danos causados pela infração” e que o “montante da contribuição de uma empresa à qual foi concedida imunidade em matéria de coimas por uma autoridade da concorrência no âmbito de um programa de clemência não deve exceder o montante dos danos que ela causou aos seus próprios adquirentes ou fornecedores diretos ou indiretos”.

Assim, encontra-se estabelecida a regra geral de que sempre que várias empresas infringirem conjuntamente as regras da concorrência são solidariamente responsáveis pela totalidade dos danos causados pela infração. No entanto, no que respeita ao regime de responsabilidade dos beneficiários de imunidade – com o objetivo de salvaguardar a atratividade dos programas de clemência da Comissão e das ANC<sup>118</sup> – esta regra será derogada e os mesmos apenas responderão perante os danos causados aos seus clientes (diretos ou indiretos). Não obstante, a limitação proposta em matéria de responsabilidade dos beneficiários de imunidade não pode ser absoluta, pois não deve interferir com o direito das vítimas à reparação integral. Assim, estes permanecem inteiramente responsáveis se as partes lesadas não puderem obter uma reparação integral junto dos outros infratores.

De referir ainda que foi deixado ao critério de cada EM, sempre com respeito pelos princípios de eficácia e equivalência, determinar a parte que cabe a cada infrator em função da responsabilidade relativa de cada um, bem como definir os critérios relevantes, como volume de negócios, quota de mercado ou papel desempenhado no cartel.

Em Portugal, o regime da responsabilidade civil por factos ilícitos prevê, por um lado, no número 1 do artigo 497.º do CC, que, sempre que “forem várias as pessoas responsáveis pelos danos, é solidária a sua responsabilidade”. Por outro lado, no número 2 daquele artigo, estipula-se que o “direito de regresso entre os responsáveis existe na medida das respectivas culpas e das consequências que delas advieram, presumindo-se iguais as culpas das pessoas responsáveis”<sup>119</sup>. Assim, no nosso país, quanto a este tema, novidade será somente a limitação de responsabilidade dos beneficiários de programas de Clemência, que se confina aos danos

---

<sup>118</sup> A este propósito, o considerando 28 da Proposta de Diretiva esclarece que “[a]s empresas que cooperam com as autoridades da concorrência no âmbito de um programa de clemência desempenham um papel essencial na deteção de infrações cometidas por cartéis secretos e na cessação dessas infrações, atenuando frequentemente, desse modo, os danos que poderiam ter sido causados se a infração continuasse. Convém, por consequência, prever que as empresas a quem uma autoridade da concorrência concedeu imunidade em matéria de coimas no âmbito de um programa de clemência sejam protegidas contra uma exposição indevida a ações de indemnização, tendo em conta o facto de a decisão da autoridade da concorrência que constata a infração se poder tornar definitiva para o beneficiário de imunidade antes de se tornar definitiva para as outras empresas que não receberam imunidade”.

<sup>119</sup> No que respeita às obrigações solidárias, ver os artigos 512.º e seguintes do CC e, em especial, o artigo 524.º para o direito de regresso entre devedores.

causados aos respetivos adquirentes ou fornecedores diretos e indiretos. Sendo que esta exceção apenas será derogada na medida em que os restantes co infratores forem incapazes de ressarcir as partes lesadas.

### **3.5 REPERCUSSÃO DOS SOBRECUSTOS**

No capítulo IV da Proposta de Diretiva, encontramos diretrizes respeitantes à repercussão dos sobrecustos. Estas orientações têm como objetivo aclarar as regras aplicáveis à responsabilidade civil nos casos em que infrator aplica ilegalmente preços mais elevados a um cliente (vítima direta) e este cliente, por sua vez, repercute o correspondente aumento na sua própria clientela (vítimas indiretas).

Desta forma, o artigo 12.º da Proposta de Diretiva prevê que, se a parte lesada diminuir os seus prejuízos através da repercussão dos mesmos nos seus próprios adquirentes, esta repercussão pode ser invocada pela empresa infratora como meio de defesa. Esta possibilidade de defesa existe para assegurar que apenas os adquirentes diretos e indiretos que sofreram efetivamente um dano sob a forma de sobrecustos podem pedir uma reparação, uma vez que se a perda foi repercutida deixa de constituir um dano pelo qual a parte que a repercutiu deve ser indemnizada. Assim, os EM devem certificar-se de “que o demandado numa ação de indemnização pode invocar como meio de defesa contra um pedido de indemnização o facto de o demandante ter repercutido total ou parcialmente os sobrecustos resultantes dessa infração”. Não obstante, o “ónus da prova de que os sobrecustos foram repercutidos cabe ao demandado”, que tem de provar a existência e o grau de repercussão. Esta defesa não pode, no entanto, ser invocada se a repercussão ocorrer “em pessoas situadas no nível seguinte da cadeia de abastecimento e que estão na impossibilidade jurídica de pedir uma reparação pelos seus danos”<sup>120</sup>, uma vez que a invocação de tal repercussão iria significar que a empresa infratora seria indevidamente liberta da responsabilidade pelos danos causados.

No que respeita às ações de indemnização intentadas por adquirentes indiretos, o artigo 13.º ordena que os EM assegurem “que, se no âmbito de uma ação de indemnização a existência de um pedido de indemnização ou o montante da reparação a pagar depender da – ou do grau da – repercussão dos sobrecustos no demandante, o ónus da prova da existência e do âmbito dessa repercussão deve caber ao demandante”. No entanto, presume-se que os sobrecustos foram repercutidos no adquirente indireto se este tiver demonstrado que o demandado cometeu uma infração ao direito da Concorrência, a infração teve como

---

<sup>120</sup> É considerado pela Proposta de Diretiva que os adquirentes indiretos podem ver-se na impossibilidade jurídica de pedir uma reparação em virtude das regras nacionais sobre o nexo de causalidade (incluindo as regras em matéria de previsibilidade e afastamento).

consequência um sobrecusto para o adquirente direto do demandado e ele adquiriu os bens ou serviços objeto da infração, ou adquiriu bens ou serviços derivados ou que incluem os bens ou serviços objeto da infração. Ao mesmo tempo, os EM “devem assegurar que o tribunal tem competência para estimar a parte dos sobrecustos que foi repercutida” e que estas orientações não prejudicam “o direito de o infrator demonstrar que os sobrecustos não foram, ou não foram totalmente, repercutidos no adquirente indireto”.

O artigo 15.º considera que os Tribunais nacionais, “ao apreciar se o ónus da prova resultante da aplicação do artigo 13.º foi cumprido”, devem, quando as partes lesadas situadas em diferentes níveis da cadeia de distribuição intentarem ações de indemnização separadas mas relacionadas com a mesma infração, ter em conta as ações paralelas ou anteriores (ou decisões proferidas em tais ações). Sendo que a finalidade de tal injunção é evitar uma reparação insuficiente ou excessiva dos danos causados pela infração e promover a coerência entre as decisões judiciais provenientes de tais processos conexos. É neste sentido que se explicita que o disposto nesta cláusula “não deve prejudicar os direitos e obrigações dos tribunais nacionais no âmbito do artigo 30.º do Regulamento (UE) n.º 1215/2012”<sup>121</sup>.

O artigo 14.º estabelece que as regras do “presente capítulo não devem prejudicar o direito de uma parte lesada pedir uma reparação pelos lucros cessantes”, uma vez que, frequentemente, as infrações às regras da Concorrência referem-se às condições e preços dos bens ou serviços, conduzindo a um sobrecusto e outros danos para os clientes dos infratores. Ao mesmo tempo, tais regras “são aplicáveis em conformidade, sempre que a infração ao direito da concorrência estiver relacionada com o fornecimento à empresa infratora”.

### **3.6 QUANTIFICAÇÃO DOS DANOS**

A Proposta de Diretiva não esqueceu que a vítima de uma infração às normas da Concorrência, para obter uma indemnização, para além de provar que sofreu um dano com tal infração, tem de provar a extensão do dano sofrido. E, considerando que tal poderia constituir um obstáculo significativo ao acesso a uma indemnização, uma vez que a prova dos danos e a quantificação dos mesmos requer um intenso apuramento de factos, a junção de elementos

---

<sup>121</sup> O artigo 30.º do Regulamento 1215/2012 do PE e do Conselho, de 12 de dezembro de 2012, publicado no JOUE a 20 de dezembro de 2012, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2012:351:0001:0032:pt:PDF>, considerando conexas “as ações ligadas entre si por umnexo tão estreito que haja interesse em que sejam instruídas e julgadas em conjunto para evitar decisões eventualmente inconciliáveis se as causas fossem julgadas separadamente”, estipula que, estando “pendentes ações conexas em tribunais de diferentes Estados-Membros, todos eles podem suspender a instância, com exceção do tribunal demandado em primeiro lugar” e que se a “ação intentada no tribunal demandado em primeiro lugar estiver pendente em primeira instância, qualquer outro tribunal pode igualmente declarar-se incompetente, a pedido de uma das partes, se o tribunal demandado em primeiro lugar for competente para as ações em questão e a sua lei permitir a respetiva apensação”.

muitas vezes de difícil acesso e o uso de modelos económicos bastante complexos e onerosos, previu-se, no Capítulo V, uma presunção ilidível de que, quando estivermos perante um cartel, esta infração causou danos. Esta presunção justifica-se apenas no que respeita aos cartéis devido à natureza secreta dos mesmos, o que aumenta a assimetria de informação, sendo mais difícil para as vítimas obterem elementos de prova essenciais para demonstrar os danos. Desta forma, o artigo 16.º da Proposta de Diretiva determina que os EM “devem assegurar que, no caso de uma infração de um cartel, se deve presumir que a infração causou danos”. No entanto, a empresa infratora deve ter o direito de ilidir esta presunção.

Assim, se por um lado, se pretende corrigir a assimetria de informação existente e superar dificuldades associadas à quantificação dos danos, por outro lado, sempre se permite ao infrator ilidir a presunção de que a sua conduta causou danos. Desta forma, e sendo que o infrator será a parte com mais e melhor acesso aos elementos de prova, esta solução evita também as dificuldades de divulgação de elementos de prova que vimos *supra*.

Sucedem que, na ausência de regras da UE sobre a quantificação dos danos causados pela violação das normas da Concorrência, esta é feita com base nas regras e procedimentos nacionais, próprios de cada EM. No entanto, tais preceitos devem respeitar os princípios de equivalência e eficácia, uma vez não devem ser menos favoráveis do que as regras e procedimentos que regem as equivalentes ações nacionais e, tal como refere o segundo parágrafo deste artigo 16.º, deve ser assegurado “que o ónus e o nível da prova e o estabelecimento dos factos exigidos para a quantificação dos danos não tornam o exercício do direito da parte lesada à indemnização praticamente impossível ou excessivamente difícil”.

Ao mesmo tempo<sup>122</sup>, esta disposição também indica que os EM “devem providenciar para que o tribunal tenha competência para estimar o montante dos danos”. Assim, com vista a facilitar a quantificação dos danos por parte dos Tribunais nacionais, a Comissão emitiu uma Comunicação com determinadas orientações não vinculativas sobre o assunto<sup>123</sup> e o Documento de Trabalho que a acompanha, que descreve os pontos fortes e fracos dos

---

<sup>122</sup> “A national court cannot therefore refuse to award damages simply because a claimant is unable sufficiently to quantify the amount of the harm it has suffered” – KOMNINOS, Assimakis, “Private Antitrust Damages Actions in the EU: second generation questions”, *Revista de Concorrência e Regulação*, Lisboa, ISSN 1647-5801, ano III, n.º 9, 2012, pp. 47. Ao mesmo tempo, quanto ao papel das ANC neste aspeto, ver KOMNINOS, Assimakis, “Relationship between Public and Private Enforcement: *quod Dei Deo, quod Caesaris Caesari*” (2011), p. 21 e seguintes, disponível em [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1870723](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1870723), consultado em 09-05-2014.

<sup>123</sup> Comunicação da Comissão sobre a quantificação dos danos nas ações de indemnização que tenham por fundamento as infrações aos artigos 101.º e 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2013:167:0019:0021:PT:PDF> e consultada em 13-05-2014.

métodos e técnicas disponíveis para a quantificação dos danos, apresenta e analisa exemplos práticos ilustrativos dos efeitos típicos produzidos pelas infrações e explica como os métodos e técnicas disponíveis podem ser aplicados na prática<sup>124</sup>.

### **3.7 RESOLUÇÃO AMIGÁVEL DE LITÍGIOS**

No Capítulo VI, a Proposta de Diretiva apresenta medidas dirigidas a fomentar a utilização de mecanismos de resolução amigável de litígios nos pedidos de indemnização, que devem ser utilizados como alternativa a uma ação de indemnização no Tribunal. Desta forma, otimizando o equilíbrio entre a resolução extrajudicial de litígios e as ações de indemnização, procura-se incentivar as partes a resolver amigavelmente os seus conflitos.

Para tal, o artigo 17.º da Proposta de Diretiva, considerando que os prazos de prescrição para intentar uma ação de indemnização poderiam impedir que as partes tivessem tempo suficiente para chegar a um acordo, atribui efeito suspensivo aos procedimentos de resolução amigável para estes casos. Assim, por um lado, prevê a suspensão daqueles prazos enquanto as partes estiverem envolvidas numa resolução amigável de litígios, estipulando que os EM “devem assegurar que o prazo de prescrição para intentar uma ação de indemnização é suspenso pela duração do processo de resolução amigável de litígios” e que a “suspensão do prazo de prescrição deve aplicar-se apenas no que respeita às partes que estão ou estiveram envolvidas na resolução amigável de litígios”. E, por outro lado, prevê a suspensão dos processos pendentes enquanto durar a resolução amigável de litígios, determinando que os EM “devem assegurar que os tribunais nacionais nos quais foi apresentada uma ação de indemnização podem suspender a instância quando as partes no processo estão envolvidas numa resolução amigável de litígios no que se refere ao pedido de indemnização abrangido por essa ação de indemnização”. No entanto, ao estudar a possibilidade de suspender a instância, o Tribunal deve considerar o interesse de garantir a celeridade do procedimento.

Neste sentido, também o artigo 18.º da Proposta de Diretiva estabelece que os EM “devem assegurar que, na sequência de uma resolução amigável, o pedido de indemnização da parte lesada envolvida na resolução amigável é reduzido da parte nos danos causados à parte lesada imputável ao coinfrator envolvido na resolução amigável”. Os EM devem também assegurar que os “coinfratores não envolvidos na resolução amigável não podem recuperar uma contribuição do coinfrator envolvido na resolução amigável no que respeita ao pedido de

---

<sup>124</sup> Documento de Trabalho dos serviços da Comissão: Guia Prático sobre a quantificação dos danos em ações de indemnização com base nas infrações aos artigos 101.º e 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, disponível em [http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification\\_guide\\_pt.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_guide_pt.pdf), consultado em 13-05-2014.

indenização remanescente” e que apenas “quando os coinfratores não envolvidos na resolução amigável não puderem pagar a indenização correspondente ao pedido de indenização remanescente é que o coinfrator envolvido na resolução amigável pode ser obrigado a pagar uma indenização à parte lesada envolvida na resolução amigável”. Para além disto, em ações de indenização subsequentes, ao “determinar a contribuição de cada um dos coinfratores, os tribunais nacionais devem ter em devida conta qualquer resolução amigável anterior que envolva o coinfrator pertinente”.

Uma breve nota para a Diretiva 2008/52/CE do PE e do Conselho, de 21 de Maio de 2008<sup>125</sup>, relativa a certos aspetos da mediação em matéria civil e comercial, que pretendeu facilitar o acesso à resolução alternativa de litígios e promover a resolução amigável de litígios, incentivando o recurso à mediação e assegurando uma relação equilibrada entre a mediação e o processo judicial<sup>126</sup>.

Em Portugal, a lei n.º 29/2013, de 19 de abril<sup>127</sup> regula a mediação. Assim, o artigo 13.º desta lei estipula que “as partes podem, previamente à apresentação de qualquer litígio em Tribunal, recorrer à mediação para a resolução desses litígios” e que “o recurso à mediação suspende os prazos de caducidade e prescrição”. Ao mesmo tempo, o artigo 273.º do NCPC determina que “o juiz pode determinar a remessa do processo para mediação, suspendendo a instância” e que “as partes podem (...) resolver o litígio por mediação, acordando na suspensão da instância”. A par disto, a nova lei da arbitragem voluntária<sup>128</sup> foi aprovada pela lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro<sup>129</sup>, ao mesmo tempo que a lei n.º 78/2001, 13 de julho, alterada e republicada pela lei n.º 54/2013, de 31 de julho, disciplina a organização, competência e funcionamento dos julgados de paz<sup>130</sup>.

---

<sup>125</sup> Diretiva 2008/52/CE do PE e do Conselho, de 21 de Maio de 2008, publicada no JOUE a 24 de maio de 2008, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:136:0003:0008:PT:PDF>.

<sup>126</sup> A propósito da arbitragem, ver obrigação dos árbitros aplicarem as normas da Concorrência fixadas nos Tratados, em BAEL & BELLIS, Van, “Competition law of the European Community”, 5ª edição, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2010, ISBN 978-90-411-2876-8, pp. 1253 a 1257.

<sup>127</sup> Lei 29/2013, de 19 de abril, aprovada em 8 de março de 2013, publicada em DR a 19 de abril de 2013, disponível em <https://dre.pt/pdf1sdip/2013/04/07700/0227802284.pdf>.

<sup>128</sup> A este propósito, ANDRADE, José Robin de, “Apresentação sobre a nova lei de arbitragem voluntária e a aplicação do direito da concorrência pelos tribunais arbitrais”, Revista de Concorrência e Regulação, Lisboa, ISBN 978-110-00-5801-6, ano III, n.º 11/12, 2012, p. 195; IDOT, Laurence, “Arbitration, european competition law and public order”, Revista de Concorrência e Regulação, Lisboa, ISBN 978-110-00-5801-6, ano III, n.º 11/12, 2012, p. 215; e KOMNINOS, Assimakis, “Arbitration and EU competition law”, Revista de Concorrência e Regulação, Lisboa, ISBN 978-110-00-5801-6, ano III, n.º 11/12, 2012, p. 251.

<sup>129</sup> Lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro, aprovada em 4 de novembro de 2011, publicada em DR a 14 de dezembro de 2011, disponível em <http://www.dre.pt/pdf1s/2011/12/23800/0527605289.pdf>.

<sup>130</sup> Lei n.º 54/2013, de 31 de julho, aprovada em 19 de junho de 2013, publicada em DR a 31 de julho de 2013, disponível em <http://www.dre.pt/pdf1s/2013/07/14600/0449604508.pdf>.

### 3.8 AS AÇÕES COLETIVAS

Como vimos, o Livro Verde, considerando a possibilidade de existência de vários pedidos de pequeno montante, questionou acerca da necessidade de procedimentos especiais para a introdução de ações coletivas e para a proteção dos interesses dos consumidores. Posteriormente, a Comissão, no Livro Branco, considerando a necessidade de criar mecanismos que permitissem agregação de pedidos individuais de indemnização, sugeriu a combinação de ações representativas com as ações coletivas por adesão<sup>131</sup>. Sucede que, como é explicado no ponto 2.1. da Exposição de Motivos da Proposta de Diretiva, em 2011, a Comissão realizou consulta pública intitulada “Rumo a uma abordagem europeia coerente sobre a ação coletiva” e, na sequência das respostas dos intervenientes e da posição do PE, a CE decidiu-se pela adoção de uma abordagem horizontal nesta matéria. Assim, nesta Proposta de Diretiva, não são incluídas disposições específicas sobre Concorrência no âmbito das ações coletivas. Isto pois, uma abordagem horizontal determina regras comuns sobre ação coletiva para todos os domínios em que os danos causados prejudiquem vários sujeitos, diminuindo o risco de falta de coordenação setorial das iniciativas da UE e assegurando que as normas processuais de cada EM, no que às ações coletivas respeita, se encontrem harmonizadas<sup>132</sup>. Neste sentido, a Comissão emitiu uma Comunicação<sup>133</sup>, onde explica esta opção, e uma Recomendação<sup>134</sup> que, apesar de não vinculativa<sup>135</sup>, define princípios comuns horizontais para a tutela coletiva na UE que os EM devem respeitar, com vista à introdução de mecanismos de ressarcimento coletivo<sup>136</sup> nas regras processuais nacionais de cada EM, com o intuito de melhorar o acesso das vítimas à Justiça<sup>137</sup>.

---

<sup>131</sup> Relacionado com esta discussão, VAN DEN BERGH, Roger, “Private Enforcement of European Competition Law and the Persisting Collective Action Problem”, disponível em [http://www.maastrichtjournal.eu/pdf\\_file/ITS/MJ\\_20\\_01\\_0012.pdf](http://www.maastrichtjournal.eu/pdf_file/ITS/MJ_20_01_0012.pdf), consultado em 06-05-2014

<sup>132</sup> A este propósito, KOMNINOS, Assimakis, “Private Antitrust Damages Actions in the EU: second generation questions”, Revista de Concorrência e Regulação, Lisboa, ISSN 1647-5801, ano III, n.º 9, 2012, pp. 53-55.

<sup>133</sup> Comunicação da Comissão ao PE, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões “Rumo a um quadro jurídico horizontal europeu para a tutela coletiva”, de 11 de junho de 2013, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52013DC0401&rid=1>, consultada em 09-06-2014.

<sup>134</sup> Recomendação da Comissão, de 11 de junho de 2013, sobre os princípios comuns que devem reger os mecanismos de tutela coletiva inibitórios e indemnizatórios dos Estados-Membros aplicáveis às violações de direitos garantidos pelo direito da União, publicada no JOUE a 26 de julho de 2013, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32013H0396&from=EN>.

<sup>135</sup> Ver STADLER, Astrid, “The Commission’s Recommendation on common principles of collective redress and private international law issues”, disponível em [http://www.nipr-online.eu/upload/documents/20140113T103840-NIPR%202013-4\\_Stadler.pdf](http://www.nipr-online.eu/upload/documents/20140113T103840-NIPR%202013-4_Stadler.pdf), consultado em 09-06-2014.

<sup>136</sup> Ver HODGES, Christopher, “New modes of redress for consumers and competition law”, Revista de Concorrência e Regulação, Lisboa, ISBN 978-110-00-5801-6, ano III, n.º 11/12, 2012, p. 227.

<sup>137</sup> Em Portugal, o direito de ação popular encontra-se consagrado no número 3 do artigo 52.º da CRP e é regulado pela lei n.º 83/95, de 31 de agosto, aprovada em 21 de junho de 1995, publicada em DR a 31 de agosto

## CONCLUSÃO

A aplicação do Direito da Concorrência concretiza-se, essencialmente, através da cessação de comportamentos que infringem normas concorrenciais, da declaração de nulidade de disposições contratuais que violem tais normas, da imposição de coimas aos infratores e da reparação dos danos sofridos pelas vítimas destas violações. Sendo que, esta última permite, não só compensar as vítimas, mas também desencorajar o cometimento destas infrações, promovendo uma cultura de Concorrência entre os agentes económicos.

Como vimos – e apesar de o TJUE por diversas vezes ter reconhecido que as vítimas afetadas por estas práticas têm direito a uma indemnização pelos prejuízos sofridos, que deve compreender os danos emergentes, lucros cessantes e juros, independentemente de as vítimas serem terceiros ou os próprios participantes em acordos anti concorrenciais – as ações de indemnização por violação das regras da Concorrência continuam a ser pouco utilizadas e, consequentemente, são poucos os efeitos obtidos com as mesmas.

Neste sentido, em 2005, a Comissão publicou o Livro Verde sobre ações de indemnização devido à violação das regras comunitárias no domínio *antitrust* e, em 2008, o respetivo Livro Branco. Com estas consultas procurou-se, por um lado, analisar as condições de proposição de pedidos de indemnização por infração das regras europeias *antitrust* na União e identificar os obstáculos que tais pedidos enfrentam e, por outro lado, sugerir alternativas para a resolução de tais problemas, com vista a aumentar a eficácia de tais ações em toda a União.

Assim, e em resultado de tais pesquisas, em 2013, foi apresentada a Proposta de Diretiva relativa a certas regras que regem as ações de indemnização no âmbito do direito nacional por infrações às disposições do direito da Concorrência, da qual nos ocupamos.

Esta Proposta de Diretiva procede à criação de novos mecanismos de acesso a elementos de prova necessários para instruir o pedido destas vítimas, atribui efeito vinculativo às decisões das ANC, estabelece regras quanto aos prazos de prescrição para intentar estas ações, consagra o princípio da responsabilidade solidária entre empresas infratoras, apresenta instruções respeitantes à repercussão dos sobrecustos, prevê uma presunção ilidível de que, quando estivermos perante um cartel, esta infração causou danos e fomenta a utilização de mecanismos de resolução amigável de litígios em alternativa aos Tribunais.

---

de 1995, disponível em <http://dre.pt/pdf1s/1995/08/201A00/54645467.pdf>, alterada pela Retificação n.º 4/95, de 12 de outubro, pela AR a 26 de setembro de 1995, publicada em DR a 12 de outubro de 1995, disponível em <http://www.dre.pt/pdf1s/1995/10/236A00/63236323.pdf>. A este propósito, ver ROSSI, Leonor, FERRO, Miguel Sousa, “Private Enforcement of competition law in Portugal (ii): *actio popularis* – facts, fiction and dreams”, Revista de Concorrência e Regulação, Lisboa, ISBN 978-13-000-5801-4, ano IV, n.º 13, 2013, p. 35.

## BIBLIOGRAFIA

- ALBUQUERQUE, Ruy de, CORDEIRO, António Menezes (coordenação), “Regulação e Concorrência – Perspectivas e Limites da Defesa da Concorrência”, Coimbra, Almedina, 2005, ISBN 972-40-2386-9.
- ANASTÁCIO, Gonçalo, CUNHA, Carolina, GORJÃO-HENRIQUES, Miguel, PORTO, Manuel Lopes, VILAÇA, José Luís da Cruz (coordenação), “Lei da Concorrência Anotada – comentário Conimbricense”, Coimbra, Almedina, 2013, ISBN 978-972-40-5060-7.
- ANDRADE, José Robin de, “Apresentação sobre a nova lei de arbitragem voluntária e a aplicação do direito da concorrência pelos tribunais arbitrais”, Revista de Concorrência e Regulação, Lisboa, ISBN 978-110-00-5801-6, ano III, n.º 11/12, 2012.
- AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA, “Abuso de Posição Dominante”, [http://www.concorrenca.pt/vPT/Praticas\\_Proibidas/Praticas\\_Restritivas\\_da\\_Concorrenca/Abuso\\_de\\_posicao\\_dominante/Paginas/Abuso-de-posicao-dominante.aspx](http://www.concorrenca.pt/vPT/Praticas_Proibidas/Praticas_Restritivas_da_Concorrenca/Abuso_de_posicao_dominante/Paginas/Abuso-de-posicao-dominante.aspx), consultado em 12-03-2014.
- AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA, “Práticas Restritivas da Concorrência”, [http://www.concorrenca.pt/vPT/Praticas\\_Proibidas/Praticas\\_Restritivas\\_da\\_Concorrenca/Paginas/Praticas-restritivas-da-concorrenca.aspx](http://www.concorrenca.pt/vPT/Praticas_Proibidas/Praticas_Restritivas_da_Concorrenca/Paginas/Praticas-restritivas-da-concorrenca.aspx), consultado em 23-02-2014.
- BAER, Bill, “Public and Private Antitrust Enforcement in the United States”, Brussels, 2014, <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/303686.pdf>, consultado em 19-04-2014.
- BAEL & BELLIS, Van, “Competition law of the European Community”, 5ª edição, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2010, ISBN 978-90-411-2876-8.
- BEATON-WELLS, Caron e TOMASIC, Kathryn, “Private Enforcement of Competition Law: time for an Australian debate”, UNSW Law Journal, Volume 35(3), 2012, <http://www.unswlawjournal.unsw.edu.au/sites/all/themes/unsw/images/Caron-Beaton-Wells-and-Kathryn-Tomasic.pdf>, consultado em 06-05-2014.
- CAMPOS, João Mota de, CAMPOS, João Luís Mota de, “Manual de Direito Comunitário”, 5ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, ISBN 978-972-32-1484-0.
- COMISSÃO EUROPEIA, Concorrência, “Qual é a importância da política da concorrência para o consumidor?”, [http://ec.europa.eu/competition/consumers/why\\_pt.html](http://ec.europa.eu/competition/consumers/why_pt.html), consultado em 23-02-2014.

- DA CUNHA, Miguel Maria Tavares Festas Gorjão-Henriques, “Da Restrição da Concorrência na Comunidade Europeia: a Franquia de Distribuição”, Coimbra, Livraria Almedina, 1998, ISBN 972-40-1121-6.
- DAVIDOW, Joel “International Implications of US Antitrust in the George W. Bush Era”, WORLD COMPETITION Law and Economics Review, Leicestershire, ISSN 1011-4548, volume 25, n.º 4, 2002.
- EUROPA – Sínteses da legislação da EU, “Concorrência”, [http://europa.eu/legislation\\_summaries/competition/index\\_pt.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/competition/index_pt.htm), consultado em 23-02-2014.
- FAINHUNST, John, “Law of the European Union, 5ª edição, Harlow, Pearson, 2006, ISBN 1-4058-1233-8.
- FERNANDES, Pedro Rosa, “Enforcement da Concorrência: Enforcement Privado na União Europeia”, 2012, Mestrado em Direito e Gestão, Faculdade de Direito da Universidade Católica de Lisboa, disponível em <http://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/10320/1/tese%20-%20Final.pdf>, consultado em 06-05-2014.
- FERREIRA, Eduardo Paz, “Lições de Direito da Economia”, Lisboa, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2001, Reimpressão (Lisboa, 2004).
- GORJÃO-HENRIQUES, Miguel, “Direito da União : história, direito, cidadania, mercado interno e concorrência”, 6ª edição, Coimbra, Almedina, 2010, ISBN 978-972-40-4386-9.
- HODGES, Christopher, “New modes of redress for consumers and competition law”, Revista de Concorrência e Regulação, Lisboa, ISBN 978-110-00-5801-6, ano III, n.º 11/12, 2012.
- IDOT, Laurence, “Arbitration, european competition law and public order”, Revista de Concorrência e Regulação, Lisboa, ISBN 978-110-00-5801-6, ano III, n.º 11/12, 2012.
- KOMNINOS, Assimakis, “Arbitration and EU competition law”, Revista de Concorrência e Regulação, Lisboa, ISBN 978-110-00-5801-6, ano III, n.º 11/12, 2012.
- KOMNINOS, Assimakis, “Private Antitrust Damages Actions in the EU: second generation questions”, Revista de Concorrência e Regulação, Lisboa, ISSN 1647-5801, ano III, n.º 9, 2012.

- KOMNINOS, Assimakis, “Relationship between Public and Private Enforcement: *quod Dei Deo, quod Caesaris Caesari*” (2011), [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1870723](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1870723), consultado em 09-05-2014.
- MONTEIRO, Leonor Valente, “Trajecto Breve Sobre o Regime da Concorrência em Portugal e a sua Introdução Prática”, trabalho apresentado na Escola de Direito da Universidade do Minho, disponível em <http://www.lvmcf-advogados.com/sites/default/files/trabalho%20dto%20concorrenca%20final.pdf>, consultado em 01-04-2014.
- ROSSI, Leonor, FERRO, Miguel Sousa, “Private Enforcement of competition law in Portugal (ii): actio popularis – facts, fiction and dreams”, Revista de Concorrência e Regulação, Lisboa, ISBN 978-13-000-5801-4, ano IV, n.º 13, 2013.
- SEGAL, Ilya R. e WHINSTON, Michael D. “Public vs. Private Enforcement of Antitrust Law: A Survey” (2006), [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=952067](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=952067), consultado em 09-05-2014.
- SILVA, André Miguel dos Santos Lopes da, “O Regime Jurídico da Concorrência: Atuações e Práticas”, 2013, dissertação de Mestrado em Direito com especialização em Ciências Jurídico-Económicas, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade do Porto, disponível em <http://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/70819/2/5295.pdf>, consultado em 21-04-2014.
- SILVA, Miguel Moura E, “Direito da Concorrência – Um Introdução Jurisprudencial –”, Coimbra, Almedina, 2008, ISBN 978-972-40-3404-1.
- SOARES, António Goucha, MARQUES, Maria Manuel Leitão (coordenação), “Concorrência – Estudos”, Coimbra, Almedina, 2006, ISBN 972-40-2856-9.
- STADLER, Astrid, “The Commission’s Recommendation on common principles of collective redress and private international law issues”, [http://www.nipr-online.eu/upload/documents/20140113T103840-NIPR%202013-4\\_Stadler.pdf](http://www.nipr-online.eu/upload/documents/20140113T103840-NIPR%202013-4_Stadler.pdf), consultado em 09-06-2014.
- S. VIDEIRA, Francisco, “Direito Processual da Concorrência”, Coimbra, Coimbra Editora, 1992, ISBN 972-32-0493-2.
- VAN DEN BERGH, Roger, “Private Enforcement of European Competition Law and the Persisting Collective Action Problem”, [http://www.maastrichtjournal.eu/pdf\\_file/ITS/MJ\\_20\\_01\\_0012.pdf](http://www.maastrichtjournal.eu/pdf_file/ITS/MJ_20_01_0012.pdf), consultado em 06-05-2014.

- VARELA, João de Matos Antunes, “Das Obrigações em Geral”, volume I, 10ª edição, Coimbra, Almedina, 2010, ISBN 978-972-40-1389-3.
- WILS, Wouter P. J., “Should Private Antitrust Enforcement Be Encouraged in Europe?” (2003), [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1540006](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1540006), consultado em 08-05-2014.

## **LEGISLAÇÃO**

### **EUROPEIA**

- Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia, de 25 de março de 1957.
- Regulamento 139/2004 do Conselho, de 20 de janeiro de 2004.
- Regulamento 17/62 do Conselho, de 6 de fevereiro de 1962.
- Regulamento 1/2003 do Conselho, de 16 de dezembro de 2002.
- Regulamento 44/2001 do Conselho, de 22 de dezembro de 2000.
- Regulamento 1215/2012 do PE e do Conselho, de 12 de dezembro de 2012.
- Regulamento 864/2007, do PE e do Conselho, de 11 de julho de 2007.
- Regulamento 1206/2001 do Conselho, de 28 de maio de 2001.
- Diretiva 2008/52/CE do PE e do Conselho, de 21 de Maio de 2008.

### **AMERICANA**

- Sherman Act (1890).
- Clayton Act (1890).
- Webb-Pomerene Act (1918).

### **PORTUGUESA**

- Lei n.º 19/2012, de 8 de maio.
- Decreto-lei n.º 10/2003, de 18 de janeiro.
- Decreto-lei n.º 166/2013, de 27 de dezembro.
- Constituição da República Portuguesa de 2 de abril de 1976.
- Estatuto da Ordem dos Advogados (lei n.º 15/2005, de 26 de janeiro).
- Regulamento das Custas Processuais (lei n.º 7/2012, de 13 de fevereiro).
- Código Civil Português (decreto-lei n.º 47 344, de 25 de novembro de 1966).
- Lei n.º 62/2013, de 26 de agosto.
- Novo Código de Processo Civil (lei n.º 41/2013, de 26 de junho).

- Lei n.º 29/2013, de 19 de abril.
- Lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro.
- Lei n.º 78/2001, 13 de julho.
- Lei n.º 54/2013, de 31 de julho.
- Lei n.º 83/95, de 31 de agosto.
- Retificação n.º 4/95, de 12 de outubro.

## **JURISPRUDÊNCIA**

### **EUROPEIA**

- Acórdão TJUE, de 09/07/1969, Processo 10/69.
- Acórdão TJUE, de 25/11/1971, Processo 22/71.
- Acórdão TJUE, de 06/02/1973, Processo 48/72.
- Acórdão TJUE, de 30/06/1966, Processo 56/65.
- Acórdão TJUE, de 09/03/1978, Processo 106/77.
- Acórdão TJUE, de 19/06/1990, Processo C-213/89.
- Acórdão TJUE, de 09/09/2003, Processo C-198/01.
- Acórdão TJUE, de 13/02/1969, Processo 14/68.
- Acórdão TJUE, de 20/09/2001, Processo C-453/99.
- Acórdão TJUE, de 13/07/2006, Processos apensos C-295/04 a C-298/04.
- Acórdão TJUE, de 30/01/1974, Processo 127/73.
- Acórdão TJUE, de 18/03/1997, Processo C-282/95 P.
- Acórdão TJUE, de 06/11/2012, Processo C-199/11.
- Acórdão TJUE, de 14/12/2000, Processo C-344/98.

### **AMERICANA**

- *Perma Life Mufflers v. Int'l Parts Corp.* – 392 U.S. 134 (1968).
- *Hawaii v. Standard Oil Co.*, 405 U.S. 251 (1972).
- *Mitsubishi v. Soler Chrysler-Plymouth* - 473 U.S. 614 (1985).
- *Emich Motors Corp. v. General Motors Corp.* - 340 U.S. 558 (1951).

### **PORTUGUESA**

- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 13-07-2005, Processo 6680/2005-6.