



XI MESTRADO EM DIREITOS DAS EMPRESAS E DO TRABALHO
2017-2019

DISSERTAÇÃO:

**O DIREITO DE INDENIZAÇÃO DECORRENTE DO INCUMPRIMENTO DAS REGRAS
DA CONCORRÊNCIA: O MODELO EUROPEU E SUAS APLICAÇÕES NACIONAIS
(PORTUGAL, FRANÇA E ESPANHA).**

MESTRANDA :
SOPHIE SALGUEIRO FREIRE

ORIENTADOR:
SENHOR PROFESSOR RUBEN BAHAMONDE

Para Marco Antonio Freire, meu marido e amigo que esta sempre ao meu lado me apoiando em todos as minhas novas ideias e desafios e ao meu filho Sacha Freire que esteve comigo em todos os momentos desta interessante jornada. Agradeço o professor Ruben Bahamonde pela sua dedicação e orientação para redação deste trabalho e por fim aos meus colegas de turma que acabaram se tornando uma família aqui em Portugal.

RESUMO

A Diretiva n° 2014/104/EU do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de novembro de 2014 foi promulgada com objetivo de articular - com coerência - a aplicação do direito europeu da concorrência pelas autoridades públicas (*Public enforcement*) e privadas (*Private enforcement*) levando junto a sua aplicação questões referentes à devida harmonização do direito de reparação e sua aplicação nos diversos Estados membros inclusive no direito pátrio.

Palavras chaves: Direito da concorrência, Private Enforcement, Public Enforcement, Diretiva 2014/104/EU, Lei 23/2018 de 5 de junho, Prova, Dano, Ação popular, Organização judiciária, eficácia.

ABSTRACT

The Directive 2014/104/EU of the European Parliament of November 26th 2014 was promulgated with the view to articulate the application of competition law by the public authorities (*Public enforcement*) and private attorneys (*Private enforcement*). The questions on matter are related to the harmonization of the right to a due reparation and its judicial enforcement in the different members State including in Portuguese law.

Key words: Competition law, Private enforcement, Public enforcement, Directive 2014/104/EU, Law 23/2018 of June the 5th, Proof, prejudice, Class actions, Judicial organization, efficiency.

ÍNDICE

INTRODUÇÃO	7
CAPÍTULO 1 : O MODELO AMERICANO DE PRIVATE ENFORCEMENT VS A TRADIÇÃO DO PUBLIC ENFORCEMENT NO MODELO EUROPEU	11
Título 1 – O modelo americano: a consagração do <i>private enforcement</i>	11
§1. A construção do direito da concorrência americano	11
§2. As regras e mecanismo de <i>public enforcement</i> no direito da concorrência americano	13
§3. A responsabilização dos atores económicos e a consagração dos mecanismos do <i>private enforcement</i> americano	16
Título 2 – O modelo europeu: a tradição do <i>public enforcement</i> e sua evolução conforme a jurisprudência do Tribunal de justiça da União Europeia	20
§1. O princípio da efetividade da reparação em matéria de direito da concorrência: o reconhecimento jurisprudencial das práticas de <i>private enforcement</i>	20
§2. O apelo da Comissão europeia para elaborar normas coerente e uniformes para permitir que partes privadas invoquem as regras do direito da concorrência em juízo nacional para sancionar os comportamentos ilegais	24
CAPÍTULO 2: A CONSAGRAÇÃO DA RESPONSABILIZAÇÃO DOS ATORES ECONÓMICOS PELOS DANOS DECORRENTES DO INCUMPRIMENTO DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA	32
Título 1 – A diretiva 2014/104/EU e sua transposição em direito português	32
§1. A diretiva 2014/104/EU: um sistema de <i>private enforcement</i> cauteloso protetor dos grandes princípios do direito europeu	32
§2. A Lei n.º 23/2018 de 5 de junho 2018 de transposição da Diretiva na ordem jurídica portuguesa .	36
Título 2 – A prática do <i>private enforcement</i> pelos tribunais nacionais nos Estados-Membros: os exemplos franceses, espanhóis e portugueses	41
§1. A prática do <i>Private enforcement</i> em França	41
§2. A prática do <i>private enforcement</i> em Espanha	43
§3. <i>Private enforcement</i> e prática das jurisdições pátrias	43
CAPÍTULO 3 : OS DESAFIOS DO MODELO EUROPEU DE <i>PRIVATE ENFORCEMENT</i> E SUA ADAPTAÇÃO AS ESPECIFICIDADES NACIONAIS	49
Título 1 – Questões processuais no ordenamento jurídico português	49
§1. A questão do prazo de prescrição e a aplicação das novas disposições	49
§2. A questão do direito de regresso e caso de responsabilidade solidaria	52
§3. A questão da competência exclusiva do Tribunal da Concorrência, regulação e supervisão	54
Título 2 – A necessária harmonização das jurisprudências nacionais e europeias em matéria de responsabilização dos atores económicos	55
§1. A necessária harmonização da jurisprudência pátria na quantificação dos danos incorridos por ilícitos da concorrência	55
§2. A necessária harmonização das jurisprudências nacionais ao nível europeu	55
§3. A questão das ações de grupos nos diversos Estados-membros	57

CONCLUSÃO	58
ÍNDICE BIBLIOGRÁFICO	60

ABREVIACÕES

AdC – Autoridade da concorrência

CDL – Lei de Defesa da Concorrência 16/1989 de 17 de julho (Espanha)

CEE – Comunidade Economica Europeia

DECO – Associação portuguesa para a defesa do consumidor

FTC – Federal Trade Comission

FTC Act – Federal Trade Commission Act

OdC – Observatório da Concorrência

PME – Pequenas e medias empresas

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TC – Tribunal de comércio

TFUE – Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia

TJL – Tribunal de Justiça de Lisboa

TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia

TRL – Tribunal da Relao de Lisboa

UE– Uniao Europeia

UCL – Lei 3/1991 sobre concorrência desleal em Espanha

INTRODUÇÃO

Desde sua origem, compete às instituições europeias a elaboração, a adoção e o controle das normas protetoras da concorrência no mercado europeu. Por prova, o Tratado de Roma ao afirmar a existência do “mercado comum” proibiu em seus artigos 85 e 86 os acordos de empresas ou associação de empresas e os abusos de posição dominante. Esta proibição foi reforçada pelos artigos 101º e 102º do TFUE que proíbem nos mesmos termos as práticas acima referidas e, pelo Regulamento (CEE) n° 4064/89 do Conselho de 21 de dezembro de 1989 que regulamenta a prática de operações de concentração na União europeia¹. Essas proibições estendem-se às empresas publicas ou empresas encarregadas de gestão de serviços públicos em geral em aplicação do artigo 106º TFUE.

Desde já, cabe destacar que ao contrário da prática americana do direito *antitrust* que promoveu sua construção e delimitação através do “*private enforcement*”, a União Europeia baseou-se nos mecanismos de “*public enforcement*” para sancionar os comportamentos *antitrust* dos operadores económicos nos mercados promovendo desta forma a originalidade do direito da concorrência europeu. Com efeito, em aplicação do artigo 105º, n.º1º TFUE, à Comissão compete controlar as práticas dos atores económicos e garantir o cumprimento das normas do direito da concorrência devendo agir em estreita colaboração para com as autoridades nacionais competentes². Assim, a construção e a aplicação do direito europeu da concorrência se fundamentaram sobre um sistema de “*top down*” no qual a sua aplicação compete às instituições da União Europeia e, em particular, à Comissão, (e autoridades nacionais). Desta forma, deste do seu principio o direito da concorrência europeu foi marcado por um forte burocracismo não obstante o fato de ter sido reconhecida às jurisdições nacionais a competência complementar à das autoridades da concorrência nacionais na aplicação das regras de direito da concorrência.

¹ Artigo 101 TFUE: “1. São incompatíveis com o mercado interno e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que 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 (...)”. Artigo 102 TFUE: “É incompatível com o mercado interno e proibido, na medida em que tal seja suscetível de afetar o comércio entre os Estados-Membros, o facto de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante no mercado interno ou numa parte substancial deste (...)”

² Artigo 105 TFUE: “1. Sem prejuízo do disposto no artigo 104.º, a Comissão velará pela aplicação dos princípios enunciados nos artigos 101.º e 102.º A pedido de um Estado-Membro, ou oficiosamente, e em cooperação com as autoridades competentes dos Estados-Membros, que lhe prestarão assistência, a Comissão instruirá os casos de presumível infração a estes princípios. Se a Comissão verificar que houve infração, proporá os meios adequados para se lhe pôr termo.”

O termo de “*enforcement*” implica a ideia de força, de violência legítima que se encontra na origem do direito.³ Já que a terminologia inglesa é tão explícita não consideramos a relevância da sua tradução para efeito da presente análise optando, assim, pela manutenção da terminologia original. O *public enforcement* consiste em recorrer às autoridades públicas para prevenir, detetar e sancionar o incumprimento das normas da concorrência⁴ já, o *private enforcement* traduz a aplicação das regras do direito da concorrência pela esfera privada, isto é, pelos consumidores diretos ou indiretos assim como pelos concorrentes das empresas infratoras que sofreram prejuízos ou poderiam ter vindo a sofrer-los, como resultado de práticas *antitrust* através do recurso à ação privada de reparação dos danos sofridos pelos atos ilícitos em causa.⁵ Sendo assim, o *public enforcement* consiste na aplicação das normas do direito da concorrência e a sanção do seu incumprimento por autoridades especializadas e públicas aquando o *private enforcement* é o resultado da aplicação das normas do direito da concorrência pelos tribunais e corte nacionais por iniciativa dos particulares.

A Comissão Europeia demonstrou, desde 2003, o seu interesse em relação à questão da reparação dos danos sofridos como consequência de práticas *antitrust*. Neste contexto, a seu pedido, foi publicado em 2004 um relatório do escritório de advogados Ashurst que revelou a escassez das ações judiciais apresentadas por vítimas/lesados de práticas anticoncorrenciais para com as jurisdições nacionais dos Estados membros.⁶ No seu Livro verde “Ações de indemnização devido à violação das regras comunitárias no domínio *antitrust*”, a Comissão ressaltou o facto de que aplicação do direito da concorrência quer seja pela esfera privada quer seja pela esfera pública oferece a garantia de implementação e salvaguarda de uma economia verdadeiramente concorrencial demonstrando-se assim completamente a favor da promoção do

³ JACQUES DERRIDA, *Force de loi*, Galilée 2005, p. 17

⁴ A. MITCHELL POLINSKY, STEVEN SCHAVELL, The theory of public enforcement of law, *Handbook of Law and Economics*, Volume I, 2007, p. 405

⁵ MIGUEL SOUSA FERRO, Capítulo 7: Jurisprudência de *private enforcement*, *Jurisprudência portuguesa de Direito da Concorrência*, p. 4: “O *private enforcement* da concorrência abrange todas as circunstâncias em que uma pessoa, seja qual for sua natureza (incluindo pessoas de direito público e de direito privado), promove uma ação perante uma autoridade judicial, ou entidade análoga com poderes vinculativos sobre as partes (...) na qual invoca normas europeias e/ou nacionais de concorrência em prol dos seus direitos ou interesses coletivos ou difusos, sem que esteja diretamente em causa a aplicação de contraordenações ou de medidas ao abrigo da Lei da Concorrência ou o direito europeu da concorrência, ou em que se promove, através das mesmas entidades, passos para preparar ou dar sequência a tais ações”.

⁶ DENIS WAELBROECK, DONALD SLATER AND GIL EVEN-SHOSHAN, “*Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC Competition rules*”, 31 de agosto de 2004, ASHURTS LLP, consultado em 26 de julho de 2019 em http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/comparative_report_clean_en.pdf

*private enforcement*⁷. Segundo a autoridade comunitária/da União as ações em reparação dos prejuízos sofridos em razão de incumprimento do direito da concorrência respondem à um objetivo duplo: (i) indemnizar as vítimas dos prejuízos decorrentes de práticas antitrust e (ii) garantir a eficácia das disposições do tratado referentes aos acordos de empresas para dissuadir essas práticas contribuindo assim com eficácia a manter uma concorrência efetiva na Comunidade.⁸

Contrastando com este posicionamento, foi nesses mesmos termos que o *private enforcement* se fortaleceu nos Estados Unidos uma vez que, segundo a terminologia jurisprudencial “os procurados privados”⁹ trouxeram grandes vantagens para a economia americana aos consumidores e às empresas de todos os tamanhos. A aplicação das leis *antitrust* pela esfera privada é na prática o único meio de obter uma reparação efetiva para as vítimas de comportamentos anticoncorrenciais¹⁰. Neste caso, o Estado do Havaí tinha processado empresas petrolíferas por constituindo-se em carteis (em violação do *Sherman act*) para garantir condições de mercado favoráveis e situação de monopólio. Nesta ação o Estado do Havaí tinha proposta a ação tanto em seu nome para obter ressarcimento dos danos sofridos em decorrência do ilícito, mas também como representante do grupo dos consumidores havaianos.

Em seu Livro Branco a Comissão sublinhou esta ideia ao considerar que todos os cidadãos ou as empresas vítimas de um ilícito *antitrust* devem poder obter uma justa reparação pelo infrator sendo este direito garantido pelo direito comunitário como o lembrou o Tribunal de justiça das Comunidades Europeias em 2001 e 2006¹¹.

⁷ COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS, Livro verde: Ações de indemnização devido à violação das regras comunitárias no domínio antitrust de 19 de dezembro de 2005.

⁸ Os livros verdes são documentos publicados pela Comissão Europeia cujo objectivo é estimular a reflexão a nível europeu sobre um determinado assunto. Eles convidam as partes interessadas (organizações e indivíduos) a participar de um processo de consulta e debate com base nas propostas que emitem. COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS, Livro Verde p. 4: “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 anticoncorrenciais e contribuindo desta forma para a manutenção de uma concorrência efectiva na Comunidade⁸ (dissuasão)”.

⁹ Terminologia da jurisprudência americana para demonstrar a importância dos autores em processo de reparação de *private enforcement* – Por exemplo a decisão Hawaii v. Santard Oil Co., 405 U.S. 251, 262 (1972) consultado em 26 de julho de 2019 em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/405/251/>

¹⁰ ROBERT H. LANDE, JOSHUA P. DAVIS, “Benefits from private antitrust enforcement : an analysis of forty cases”, *University of San Francisco Law Review*, Vol. 42, 2008, p. 904: « “private attorneys general” idea has produced tremendous benefits for the United States economy – for consumers and for businesses of all sizes. Private antitrust enforcement is virtually the only way that victims of anticompetitive behavior can obtain redress (...)».

¹¹ Os livros brancos da Comissão Europeia são documentos que contêm propostas para a ação da União Europeia (UE) em uma determinada área. Em alguns casos, seguem a publicação de um Livro Verde que abre um processo consultivo a nível da UE. Os Livros Branco são considerados como instrumentos de *soft law* não tendo poder vinculante. COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS, Livro Branco sobre Acções de indemnização por

A doutrina pátria já vinha fazendo eco deste posicionamento ao considerar que as normas da concorrência podem assumir uma grande importância no que se trata da responsabilidade delitual, já que essas normas ao elaborar disposições de proteção de interesses privados podem fundamentar quando incumpridas uma ação indemnizatória¹².

Foi neste contexto que a Diretiva n° 2014/104/EU do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de novembro de 2014 foi promulgada com objetivo de articular - com coerência - a aplicação do direito europeu da concorrência pelas autoridades públicas (*public enforcement*) e privadas (*private enforcement*). Esta Diretiva foi transportada no ordenamento jurídico pátrio por Lei n° 23/2018 de 5 de junho de 2018.

Muito embora o modelo europeu de *public enforcement* fundamentou-se na necessária proteção da liberdade do mercado por via da implementação de regras antitrust comum a todos os Estados Membros, distanciando-se, desta forma, da prática *antitrust* americana que já se apoiava nos mecanismos do *private enforcement*, a Diretiva 2014/104/EU consagrou uma prática de *private enforcement* europeia e levando assim novos desafios no direito pátrio.

*

**

incumprimento das regras da UE no domínio antitrust de 2 de abril de 2008: “Qualquer cidadão ou empresa que sofra um dano em consequência do incumprimento das regras comunitárias no domínio *antitrust* (artigos 81.º e 82.º do Tratado CE) deve ter a possibilidade de exigir reparação a quem causou o dano. O direito das vítimas a uma compensação é garantido pelo direito comunitário, tal como recordado pelo Tribunal de Justiça em 2001 e 2006”.

¹² MAFALDA MIRANDA BARBOSA, Private Enforcement do direito da concorrência em Portugal: o antes, o agora e o depois da responsabilidade civil por violação de normas concorrenciais, *Direito*, Ano 149 II, 2017, JURIDIREITO, Lisboa, p. 277-310. Para mais amplo desenvolvimento sobre a ilicitude das normas de proteção: ADELAIDE MENEZES LEITAO, *Normas de proteção e danos puramente patrimoniais*, Tese de doutoramento sobre a direção do Professor Antonio Menes Cordeiro, Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito, outubro 2007 p.560.

CAPÍTULO 1 : O MODELO AMERICANO DE PRIVATE ENFORCEMENT VS A TRADIÇÃO DO PUBLIC ENFORCEMENT NO MODELO EUROPEU

Título 1 – O modelo americano: a consagração do *private enforcement*

A originalidade do direito da concorrência americano é decorrente tanto de sua longa história quanto do desinteresse em relação a aplicação dos mecanismos de *public enforcement* para favorecer nitidamente a prática do *private enforcement* em matéria de responsabilização dos atores económicos¹³.

§1. A construção do direito da concorrência americano

1.1. As primícias do direito da concorrência americano: a elaboração de regras da concorrência pelos Estados da Federação

O direito da concorrência americano tem seus primeiros fundamentos em regras elaboradas por Estados da Federação desde do final do século XIX. Foi assim, por exemplo, que foi promulgado pelo Estado do Iowa a primeira lei antitrust em 1888¹⁴ rapidamente seguido por outros Estados membros da Federação como o Kansas, o Maine, a Carolina do Norte, o Nebraska, o Texas, o Tennessee, o Missouri e o Michigan em 1889¹⁵, seguiram em 1890 os Estados do Mississippi, Dakota do Norte, Dakota do Sul e Kentucky¹⁶. No entanto, foi forçoso constatar que a adoção de normas de direito da concorrência ao nível do Estado não se adequava aos objetivos intrínsecos das regras que se destinavam à realização de um livre mercado económico, que por definição não se limitava às suas fronteiras. Assim, a necessidade de abranger o mercado nacional no qual as empresas atuavam como um todo e não com as restrições geográficas, apelou para a necessidade de adotar uma regulamentação a nível federal. Neste mesmo período desenvolviam-se nos Estados Unidos empresas industriais que dominavam alguns mercados como foi, por exemplo, o caso da Standard Oil Company que no

¹³ MARIA ELISABETE RAMOS, “Situação do *Private Enforcement* da concorrência em Portugal” in Revista da concorrência e regulação, Ano VII, n° 27-28, julho-dezembro 2016, p. 29-30

¹⁴ Lei de 16 de Abril 1888, Ch. 84, 1888 Iowa Acts 124

¹⁵ **Kansas**: Lei de 9 de março de 1889, ch. 257, 1889 Kan. Sess. Laws 389; **Maine**: Lei de 7 de março de 1889, ch. 266, 1889, Me. Lws 253; **Carolina do Norte**: Lei de 11 de março de 1889, ch.374, 1889 N.C. Sess. Las 372; **Nebraska**: Lei de 29 de março de 1889, ch. 69, 1889, Neb. Las 516; **Texas**: Lei de 30 de março de 1889, ch. 117, 1889 Tex. Gen. Laws 141; **Tennessee**: Lei de 6 de abril de 1889, ch. 250, 1889 Tenn. Acts 475; **Missouri**: Lei de 18 de maio de 1889, 1889 Mo. Las 96; **Michigan**: Lei de 1° de julho de 1889, n° 225, 1889 Mich. Pub. Cts 331.

¹⁶ **Mississippi**: Lei de 22 de fevereiro de 1890, ch. 36, 1890 Miss. Laws 55; **Dakota do Norte**: Lei de 3 de março de 1890, ch. 174, 1890 N.D. Laws 503; **Dakota do Sul**: Lei de 7 de março de 1890, ch. 154, 1890 S.D. Sess. Laws 323; **Kentucky**: Lei de 20 de março de 1890, ch. 1621, 1890 Ky. Acts 143.

início dos anos 1880 controlava cerca de 90% das refinarias americanas controlando desta maneira os preços praticados.¹⁷

1.2. A promulgação de normas de direito da concorrência ao nível federal

Foi neste contexto que o *Sherman Act*¹⁸ foi promulgado em 1880 com o objetivo de homogeneizar as regras de concorrência a nível nacional e combater os grandes monopólios favorecidos pela revolução industrial como foi o caso da *Standard Oil Company*. O diploma consagrou a proibição dos acordos, associação ou conspiração que restrinjam o comércio (15 U.S. Code § 1)¹⁹ assim como de todos os monopólios, tentativas de monopólio ou acordo ou conspiração que destina-se à criar um monopólio (15 U.S. Code § 2)²⁰ auferindo sanções de coimas de mais de 100.000.000 de dólares para as pessoas coletivas e, para as pessoas singulares, coimas de 1.000.000 de dólares e pena de até 10 anos de prisão.

Em 1914, o legislador americano promulgou mais dois textos de suma importância para a matéria: o *Clayton Act*²¹ e o *Federal Trade Commission Act*²². O *Clayton Act* veio completar as disposições do *Sherman Act* regulamentando a prática de concentrações e se atentando com as práticas desleais dos atores económicos.²³ Com a promulgação dessas leis, o legislador americano já se atentou às questões de responsabilidades dos atores económicos já que a lei prevê a possibilidade para as pessoas privadas de interpor ação indemnizatória contra os responsáveis de práticas *antitrust*. Da mesma forma, o legislador americano se atentou às questões de eficácia das normas, criando uma autoridade de controle das práticas dos operadores económicos, a FTC (criada pelo *FTC Act*) com poderes de controle e sanção das práticas *antitrust* similares aos poderes da Comissão Europeia. Assim, o *FTC Act* é o marco do *public enforcement* na prática americana com uma particularidade que já traz os seus limites que é que a mesma só tem poder para sancionar os comportamentos *antitrust* quando esses contravenham às disposições do *FTC Act* e não às disposições do *Sherman Act* e/ou do *Clayton*

¹⁷ Para mais informações sobre este caso: *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States*; 221 U.S. 1; May 15, 1911 consultável em <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/221/1>

¹⁸ Lei de 2 de julho de 1890, ch. 647, 26 Stat. 209 (1890) *Sherman Act*

¹⁹ « Every contract, combination or conspiracy in restraint of trade”.

²⁰ « any monopolization, attempted monopolization, or conspiracy or combination to monopolize”.

²¹ Lei de 15 de outubro de 1914, ch.323, 38 Stat. 730 (15 de outubro de 1914) consultado em 26 de julho de 2019 em http://wps.prenhall.com/wps/media/objects/751/769950/Documents_Library/clayton.htm

²² Para aprofundar o tema pode se consultar em:

https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/statutes/federal-trade-commission-act/ftc_act_incorporatingus_safe_web_act.pdf

²³ O texto proíbe as concentrações que tenham por efeito de restringir a concorrência ou criar monopólios (15 U.S.C § 18).

Act. Logo, enquanto o *private enforcement* permite sancionar as práticas dos operadores económicos que contravenham às disposições do *Sherman* ou do *Clayton Act*, a autoridade da concorrência americana (*public enforcement*) encontra-se restringida à aplicação das normas previstas do *FTC Act* o que demonstra uma dicotomia nítida entre o *public enforcement* e o *private enforcement* muito embora as práticas sancionadas compartilhem sua origem objetivando a finalidade do recurso sendo ele obter uma indenização adequada quando a ação é proposta por uma parte privada e sancionar a prática antitrust nas ações propostas pela autoridade pública²⁴.

§2. As regras e mecanismo de *public enforcement* no direito da concorrência americano

Como já havíamos mencionando, muito embora o direito americano tenha se dotado de ferramentas de *public enforcement* e, nomeadamente, autoridades especializadas com competências próprias, forçoso é constatar que ao contrário do que aconteceu na prática do direito da concorrência europeu, a ineficácia do *public enforcement* americano contribuiu para consagrar o mecanismo de *private enforcement*.

2.1. As autoridades americanas da Concorrência

O *public enforcement* americano é movido por três autoridades sendo elas a *Antitrust division of Department of justice*, a *FTC* e os *State Attorneys General*.

2.1.1. A “Antitrust division of department of justice”

Criada em 1903, a *Antitrust division of department of justice* tem por competência propor ações nos tribunais federais contra as pessoas singulares ou coletivas autoras de ilícitos da concorrência. Ao contrário da *FTC*, esta autoridade é competente para invocar as normas previstas pelo *Sherman Act* e o *Clayton Act* e pode, também, promover condenação penal dos autores de práticas antitrust.

²⁴ A. KOMNIOS, « The Relationship between Public and Private enforcement: quod Dei Deo, quod Caesaris Caesari” p. 142 consultado em 26 de julho de 2019 em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1870723

2.1.2. A “*Federal Trade Commission*”

Como mencionamos, esta autoridade instituída em 1914 pelo *FTC Act* é competente para propor ações à nível federal (da mesma forma que é competente a *antitrust division*). No entanto, a *FTC* é limitada a invocar as regras do *FTC Act* para obter a sanção dos autores de práticas anticoncorrenciais e não é competente para invocar sanções penais contra o mesmo. Já, a *FTC* é uma autoridade administrativa que dispõe de competências próprias e exclusiva para iniciar processos administrativos contra os autores de práticas antitrust.

2.1.3. O “*State Attorneys General*”

Esta autoridade dispõe de competência própria para propor ação contra os autores de práticas *antitrust* a nível estadual. Sendo assim, o *State Attorneys General* somente tem competência para propor ações com o objetivo de sancionar práticas anticoncorrenciais que causaram um prejuízo ao seu Estado ou à um de seus residentes. No seu âmbito de competência, esta autoridade intervém quer seja para sancionar violações às regras do direito da concorrência federal quer seja às regras estatais, tendo por certo que muitas vezes o direito da concorrência dos Estados membros da Federação é mais severo que a legislação federal contribuindo com a ineficácia do sistema por permitir sanções heterogêneas no mesmo mercado nacional.²⁵

2.2. Ineficácia do *public enforcement* americano

Muito embora as autoridades americanas da concorrência tenham ao seu dispor ferramentas eficazes para sancionar o incumprimento das regras do direito da concorrência quer seja elas federais quer seja estatais, a eficácia do sistema não resiste às sobreposições de autoridades, competências e normas contribuindo com disparidades locais afetando a homogeneidade das sanções e sua efetividade.

2.2.1. As ferramentas à disposição das autoridades da concorrência americana

As autoridades da concorrência americanas disponham de poderes de inquérito muito mais eficazes do que os poderes conferidos à Comissão Europeia, no entanto esses poderes não foram suficientes para garantir a eficácia do *public enforcement* americano. Por exemplo, a *antitrust division* dispõe dos poderes auferidos ao departamento de justiça para sancionar as práticas

²⁵ B. HAWK e L. LAUDATI, Antitrust Federalism in the United States and Decentralization of Competition Law Enforcement in the European Union: a Comparison, *Fordham International Law Journal*, Vol. 20, Issue 1, 1996.

antitrust contando assim com o apoio do *Federal Bureau of Investigation*.²⁶ Da mesma forma, a *antitrust division* pode vigiar os infratores desde que a lei federal americana penalizou as infrações ao direito da concorrência.²⁷ A autoridade assim como a *FTC* tem poder para forçar a obtenção de informações junto a qualquer pessoa suscetível de as deterem em caso de suspeitas de violação das regras do direito da concorrência. Por fim, os programas de clemência (introduzido nos Estados Unidos em 1993), como é a prática no direito europeu, facilitem o recolhimento das provas das práticas antitrust detidas por empresas que poderão beneficiar de imunidade por força do acordo. Da mesma forma, a eficácia do sistema foi procurada através da obrigatoriedade da concertação das diversas autoridades quando uma prática antitrust é suscetível de ser sancionado por elas, já que a autoridade que tenciona propor uma ação contra o infrator deve obter a autorização da outra para evitar duplas intervenções.

Por fim, também vimos nos *guidelines* emitidos pelas autoridades federais (*antitrust division* e *FTC*)²⁸ uma tentativa de manter a eficácia do *public enforcement* através da harmonização da jurisprudência elaborada por ou na iniciativa da outra autoridade²⁹ que por vês se organizam através de Comitês para favorecer uma concertação e uma melhor eficácia a nível nacional. A esta tentativa de harmonização vem completar a prática das autoridades federais que tentam cooperar com as autoridades estaduais transmitindo documentos e informações relevantes para poder sancionar as práticas contrárias ao direito da concorrência³⁰.

Todas estas ferramentas não foram suficientes para favorecer o *public enforcement* cuja prática é marginal quando comparada com o número de ações iniciadas por uma parte privada.

²⁶ J.-C. RODA, Les enquêtes en droit américain de la concurrence, *Revue Lamy de la Concurrence* n°17, Octobre-décembre 2008, p. 2-4

²⁷ S.443 – Antitrust Criminal Investigative Improvements Act of 2005 consultado em 26 de julho de 2019 em <https://www.congress.gov/109/bills/s443/BILLS-109s443rfh.pdf>

²⁸ Horizontal Merger Guidelines, FTS and U.S Department of Justice, 9 de Agosto de 2010 consultado em 26 de julho de 2019 em <https://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/merger-review/100819hmg.pdf>

²⁹ B. BAER, Public and Private Antitrust Enforcement in the United States, in *Remarks as Prepared of Delivert to European Competition Forum 2014*, Bruxelas, Fevereiro de 2014 consultado em 26 de julho de 2019 em <https://www.justice.gov/atr/file/517756/download>

³⁰ Protocol for Coordination in Merger Investigations between the Federal Enforcement Agencies and States Attorneys General – consultado em 26 de julho de 2019 em <https://www.justice.gov/sites/default/files/atr/legacy/2011/12/21/1773.pdf>

2.2.2. *O insucesso do public enforcement americano*

A ineficácia do *public enforcement* americano encontra-se tanto na superposição de autoridades quanto na heterogeneidade das decisões e dos procedimentos que não condiz com a necessidade de uniformização imposta pelo mercado económico. Muito embora existam regras de coordenação e cooperação das diversas autoridades da concorrência americana como vimos supra, as mesmas não foram suficientes para garantir sua eficácia para acompanhar um mercado económico que veio se complexificando e se globalizando. Por exemplo, o sistema de *public enforcement* americano criou regras processuais diferentes quer seja um processo iniciado por uma autoridade estatal quer seja um processo iniciado por uma autoridade federal e assim favoreceu uma espécie de *shopping authority* reduzindo assim a eficácia da sanção.³¹ Neste sentido por exemplo, como mencionamos a *antitrust division* tem competência para propor sanção penal quando a *FTC* propõe meramente sanções administrativas.

Da mesma forma, a ambivalência do sistema se encontra também em matéria de direito aplicável já que como mencionamos o direito dos Estados membros da Federação é em muitos casos mais severo que o direito federal.

Assim, os mecanismos de *private enforcement* americanos se constroem em resposta aos limites auferidos pelos mecanismos de *public enforcement* oferecendo uma alternativa eficaz aos operadores privados que procuravam a reparação dos danos sofridos em razão de comportamentos *antitrust*.³²

§3. A responsabilização dos atores económicos e a consagração dos mecanismos do private enforcement americano

Entre 1990 e 2007, 90% dos casos judiciais envolvendo direito da concorrência foram iniciados por partes privadas, mostrando a primazia do *private enforcement* na sanção das práticas *antitrust* pelo direito americano.³³

³¹ B. E. HAWK e J.D VELTROP, Dual Antitrust Enforcement in the United States: Positive or Negative Lessons For the European Community, in P.J. SLOT e A. MCDONNELL, “Procedure and Enforcement in E.C and U.S Competition Law”, *Proceedings of the Leiden Europa Institut Seminar on User friendly Competition Law*, Sweet and Maxwell, Londres, 1993, 30.

³² Por exemplo, uma crítica comumente vertida em relação ao *public enforcement* a nível estadual consistia na divergência entre alguns Estados membros da Federação que reconheciam o *passing-on-defence* como meio de defesa enquanto a legislação Federal não o admitia como meio de defesa.

³³ R.H. LANDE e J.P. DAVIS, Benefits from Private Enforcement: An Analysis of Forty Cases, *University of San Francisco Law Research Paper* N° 2010-07 p. 879-918

Também a análise destes casos demonstra que as indenizações em casos iniciados por partes privadas são superiores às sanções de coima proferidos por autoridades da concorrência, sendo que no mesmo período os valores das condenações em ações iniciadas por partes privadas foram de 18 a 19,6 bilhão de dólares sendo que as coimas proferidas pelo *department of justice* foram aproximadamente de um valor de 4,2 bilhões de dólares.

O mecanismo de *private enforcement* traduz a possibilidade para as pessoas privadas em invocar o incumprimento das regras do direito da concorrência quer seja por ações *follow on* (depois de uma sanção pronunciada pela autoridade da concorrência) quer seja por ações *stand alone* (ação iniciada pelas partes privadas sem ação prévia da autoridade da concorrência). O sucesso do *private enforcement* americano vem se encontrando tanto nas ferramentas à disposição das partes para encorajar ações através da eficácia das sanções financeiras quanto à eficácia das *class actions* americanas inspirando sem dúvida a Diretiva de 2014.

3.1. A eficácia do sistema: a incitação dos atores privados para fins de litigação

E de se notar que o direito americano criou dispositivos eficazes para favorecer a proposição de ações indenizatória por incumprimento das regras de concorrência e facilitar o acesso aos meios de prova.

3.1.1. A incitação financeira para favorecer o private enforcement

Se o direito europeu prevê o direito a uma indenização integral, isto é, nem mais nem menos do que o prejuízo sofrido, o direito americano reconhece os *treble damages* que permitem à condenação do réu a pagar ao lesado um valor que corresponde a três vezes o seu prejuízo. Ao mesmo tempo que ele facilita o acesso ao processo por parte privada atizando seus interesses financeiros, este mecanismo se transforma em uma incitação para evitar os comportamentos *antitrust* considerando as multas elevadas que podem vir a serem praticadas.³⁴ Assim, o *treble damages* é uma ferramenta particularmente eficaz na realização dos objetivos do direito da concorrência sendo ele a compensação dos danos incorridos e a sanção dos infratores. A

³⁴ *Hawai v. standard Oil Co.*, 405 U.S. 251 (1972): “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”; *Mitsubishi Motors Corp. v. soler Chrysler-Plymouth, Inc.* 473 U.S 614,635 (1985) citando *Perma Life Mufflers, Inc. V. International Parts Corp.*, 392 U.S. 134, 392 U.S 138-139 (1968):”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”.

eficácia deste mecanismo acrescenta a impossibilidade para o réu em invocar, nos processos federais, a repercussão dos custos pelo autor (*passing-on-defence*) limitando sua própria defesa e a possibilidade de pagar os advogados em função do sucesso da ação (*contingency fees agreement*).

3.1.2. A incitação processual: a facilitação na obtenção de provas

O direito americano prevê a possibilidade para o autor em solicitar a documentação probatória dos fatos alegados ao réu através do sistema de *discovery*. A *discovery* permite a uma das partes em pedir a produção pela outra parte de documentos, informações eletrônicas assim como a possibilidade em realizar inspeções nos seus estabelecimentos e sede. Muito embora a Corte suprema considerou que a *discovery* é uma ferramenta essencial para garantir um processo justo³⁵ o seu acesso pressupõe que seja demonstrado o quanto sério são as alegações da parte que solicita a medida (“de concebível para plausível”)³⁶.

Um segundo método de obter as provas dos fatos alegados decore da possibilidade de iniciar uma ação *follow-on* sendo a condenação pela autoridade da concorrência um meio de comprovar (*prima facie*) a existência da violação ao direito da concorrência e suas consequências prejudiciais para o autor.

Por fim, salientamos que o acesso ao processo pode ser facilitado por força dos acordos de clemências já que o autor da ação pode, neste caso, dispor de meios de provas produzidos pelo beneficiário do acordo de clemência. O *Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act* de 2004 facilita a assinatura destes acordos quando o beneficiário do mesmo pode, uma vez verificadas certas condições, não responder solidariamente com os infratores pelos danos decorrentes de seu comportamento *antitrust* facilitando a sua cooperação para a obtenção de meios de provas dos atos ilícitos.

³⁵ Hickman v. Taylor, 329 U.S 495, 501 (1947): “The deposition discovery rules are to be accorded a broad and liberal treatment. No longer can the time-honored cry of «fishing expeditions» serve to preclude a part from inquiry into the fact underlying his opponent’s case. Mutual knowledge of all the relevant facts gathered by both parties is essential to proper litigation. To that end, either party may compel the other to disgorge whatever facts he has in his possession” consultado em 26 de julho de 2019 em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/329/495/>

³⁶ Bell Atlantic Corp. V. Twombly, 550 U.S 544 (2007): “(...) because the plaintiffs here have not nudged their claims across the line from conceivable to plausible, their complaint must be dismissed” consultado em 26 de julho de 2019 em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/550/544/>

3.2. A class action americana: uma poderosa arma nos processos de *private enforcement*

O modelo americano de *class action* favoreceu por certo o sucesso do *private enforcement* em matéria de direito da concorrência. Para propor uma ação, a classe deve ser acreditada pela jurisdição após verificar quatro condições: (i) a importância do grupo quando não se pode juntar as ações individuais das pessoas que o compõem, (ii) a existência de questões de direito ou de fato comum a todos os membros do grupo, (iii) os representantes do grupo devem propor as mesmas demandas que os demais membros do grupo e, (iv) os representantes do grupo devem iniciar ação que representa o interesse comum e conjunto do grupo.³⁷

As *class actions* tenham favorecido o *private enforcement* de duas formas, isto é, facilitando o acesso à justiça (lembrando que as custas judiciais nos Estados Unidos são exorbitantes e que os atores privados só iniciam uma ação quando existe uma forte probabilidade de ganho) e, evitando ações de recuperação de processo iniciados por um primeiro autor (*free riding*). O sistema de *class action* americano reconhece as ações por *opt out* ou *opt in*. O sistema do *opt out* permite em iniciar uma ação coletiva no nome de todos os consumidores que se adequam às condições objetivas definidas, há não ser que o mesmo expressa sua vontade de não participar desta ação. Este sistema não é recomendado pelas autoridades europeias que consideram mais eficaz o sistema de *opt in* em qual o consumidor expressa sua decisão de participar de uma ação de grupo.³⁸ O modelo de *class action* americano torna-se assim uma ferramenta poderosa contra as práticas anticoncorrenciais conjuntamente com as sanções financeiras acima mencionadas e, principalmente os *treble damages* que, por vez, são particularmente perigosos para as empresas.³⁹

³⁷ Federal Rules of Civil Procedures, rule 23 “(a) Prerequisites. One or more members of a class may sue or be sued as representative parties on behalf of all members only if: (1) the class is so numerous that joinder of all members is impracticable; (2) there are questions of law or fact common to the class; (3) the claims or defenses of the representative parties are typical of the claims or defenses of the class; and (4) the representatives parties will fairly and adequately protect the interest of the class. Consultado em 26 de julho de 2019 em https://www.law.cornell.edu/rules/frcp/rule_23

³⁸ R. VAN DER BERGH, Private enforcement of European competition law and the persisting collective action problem, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, n°1, 2013.

³⁹ Consultado em: <https://www.reuters.com/article/us-italy-nutella/ferrero-sets-aside-3-million-for-nutella-us-class-action-idUSBRE83S07Y20120429>; por exemplo em matéria de direito do consumidor a empresa Ferrero foi condenada ao pagamento de 3 bilhões de dólares por não mencionar em seus potes de Nutella as calorias exatas que o mesmo continha.

Ao analisar as decisões das cortes americanas, forçoso é constatar os limites do *private enforcement* como, por exemplo, os riscos de indemnização milionárias incorridos pelas empresas. Já, com a promulgação da Diretiva de 2014 as instituições europeias tiraram os ensinamentos dos limites auferidos pela prática americana criando um modelo europeu de *private enforcement* que aparentemente tende a se adequar melhor às finalidades do direito da concorrência e aos princípios de reparação consagrados pelo direito europeu.

Título 2 – O modelo europeu: a tradição do *public enforcement* e sua evolução conforme a jurisprudência do Tribunal de justiça da União Europeia⁴⁰

Como já mencionamos na introdução, o direito europeu da concorrência se construiu com base no princípio de efetividade. Com efeito, a aplicação das regras da concorrência e seu controle são da competência de uma autoridade pública comum a todos os estados membro da União, a Comissão Europeia, garantindo assim a eficácia do sistema.⁴¹ Forçoso constatar que o direito de reparação dos prejuízos sofridos por vítimas de práticas *antitrust* permaneceu ineficaz até que a Comissão tenha se interessado sobre a questão para concluir à importância de facilitar a invocação das normas e princípios concorrenciais diretamente por parte privadas vítimas das práticas ilegais dos operadores económicos.⁴² A exigência de favorecer o princípio de reparação efetiva que já se encontra nos tratados europeus foi reforçado pela jurisprudência do TJUE e pelos trabalhos da Comissão.⁴³

§1. O princípio da efetividade da reparação em matéria de direito da concorrência: o reconhecimento jurisprudencial das práticas de *private enforcement*

1.1. 1ª etapa do reconhecimento jurisprudencial do *private enforcement*: a invocabilidade do direito da concorrência por parte privada em juízo nacional

Desde 2001, a jurisprudência do TJUE veio consagrar um direito à reparação dos prejuízos sofridos em razão do incumprimento das regras de concorrências reconhecendo pela primeira vez a eficácia do *private enforcement* em matéria de direito da concorrência. Em acórdão de 29

⁴⁰ MARIA ELISABETE RAMOS, *op. cit.*, p. 30

⁴¹ D. RITLÉNG, L'effectivité du droit européen de la concurrence. Quelques observations introductives, *R.U.E.*, 2015, p. 277.

⁴² SILVIA PIETRINI, Le Private Enforcement et le Public Enforcement après la directive 2014/104/UE : de nouvelles synergies pour un nouvel équilibre dans l'application du droit des pratiques anticoncurrentielles ? in *Contentieux du droit de la concurrence de l'Union européenne – Questions d'actualité et perspectives*, Bruylant p. 310.

⁴³ Artigo 19 § 1 do Tratado da União Europeia: Os Estados-Membros estabelecem as vias de recurso necessárias para assegurar uma tutela jurisdicional efetiva nos domínios abrangidos pelo direito da União.

de setembro de 2001, o TJUE reconheceu a possibilidade para uma parte num contrato suscetível de restringir ou falsear o jogo da concorrência de invocar a violação do direito da concorrência para obter proteção jurisdicional contra a outra parte contratante.⁴⁴

Para o Tribunal, a eficácia do direito europeu da concorrência implica a possibilidade para as partes de invocar violações às regras da concorrência para obter reparação considerando que o não reconhecimento desta invocabilidade colocaria em causa o efeito útil das proibições enunciadas pelo direito da concorrência. Neste acórdão o TJUE menciona a importância da ação privada que não só permite reforçar o carácter operacional das regras comunitárias da concorrência como é de natureza a desencorajar os comportamentos antitrust.⁴⁵ Esta jurisprudência foi confirmada pelo TJUE em diversas decisões posteriores como, por exemplo, no Acórdão *Manfredi* proferido em 13 de julho de 2006.⁴⁶ Nesta decisão estava em causa as práticas de seguradoras italianas acusadas de participar de um acordo que tinha por objecto a venda de produtos e a troca de informações entre as empresas que firmaram o acordo. A AdC italiana tinha sancionado as seguradoras por ter posto em prática este acordo permitindo a fixação de prémios de seguros de montante mais elevado. Uma ação foi proposta em sede de responsabilidade civil contra as seguradoras com base na decisão da AdC. O juiz italiano interrogou o TJUE sobre a questão de saber se o artigo 81.º TCE devia ser interpretado de maneira a conferir a legitimidade a terceiros, titulares de um interesse juridicamente relevante, para invocar a nulidade de um acordo ou de uma prática concertada proibida em sede de ação de responsabilidade civil. Nesta decisão o TJUE julgou que qualquer particular tem direito em invocar em juízo a violação das regras da concorrência europeias e que o princípio do efeito útil do direito europeu seria colocado em questão se não fosse permitido a qualquer pessoa pedir a reparação do prejuízo que ela sofreu em razão de um ilícito da concorrência.

⁴⁴ Acórdão TJUE, 29 de setembro de 2001, *Courage Ltd*, processo C-453/99, para um resumo da decisão consultado em 26 de julho de 2019 em <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30db2e51094c49e847278ec1d603b0dbd2d2.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuKc3v0?text=&docid=102199&pageIndex=0&doclang=PT&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=4309>

⁴⁵ Acórdão TJUE, processo C-453/99, § 26

⁴⁶ Acórdão TJUE, 13 de julho de 2006, *Manfredi E. O*, processos C-295/04 a C-298/04, §60: “ (...) qualquer particular tem o direito de invocar em juízo a violação do artigo 81.º CE (v. acórdão *Courage* e *Crehan*, já referido, n.º 24) e, portanto, de invocar a nulidade de um acordo ou de uma prática proibida por este artigo. Além disso, quanto à possibilidade de pedir a reparação do dano causado por um contrato ou um comportamento suscetível de restringir ou de falsear o jogo da concorrência, deve recordar-se que a **plena eficácia do artigo 81.º CE e, em particular, o efeito útil da proibição enunciada no seu n.º 1 seriam postos em causa se não fosse possível a qualquer pessoa pedir a reparação do prejuízo que lhe houvesse sido causado por um contrato ou um comportamento susceptível de restringir ou falsear o jogo da concorrência** (v. acórdão *Courage* e *Crehan*, já referido, n.º 26)” consultado em 26 de julho de 2019 em <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=56474&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ>

No mesmo sentido, em Acórdão de 5 de junho 2014, “*Koné*”⁴⁷ o TJUE foi questionado sobre a questão de saber se a vítima de ilícito da concorrência cujo autor seja um estranho ao cartel poderia pedir indemnização ao cartel⁴⁸. Neste caso o processo era referente à uma compra de empresas de elevador e escada rolantes por um preço que tinha sido mais elevado em razão da existência e atuação do cartel. Segundo a autora da ação as empresas terceiras assim adquiridas que eram seus fornecedores aproveitaram a existência do cartel para fixar os seus preços num nível mais elevado. Neste acórdão o TJUE relembro em primeiro lugar que a plena eficácia e, mais especificamente, o efeito útil das regras da concorrência (particularmente o artigo 101º TFUE) seriam postos em causa se qualquer pessoa não pudesse reclamar a reparação do prejuízo causado por um contrato ou por um comportamento suscetível de restringir ou falsear o jogo da concorrência, se referindo desta forma a sua jurisprudência *Courage* acima mencionada. Em seguida o Tribunal concluiu que quando foram provadas as consequências da atuação do cartel que, neste caso, foram o aumento de preços aplicados pelos concorrentes não membros do cartel, as vítimas deste aumento de preços podem obter junto dos membros do cartel em causa a indemnização dos danos sofridos.⁴⁹

Nestas decisões, o TJUE reconheceu formalmente o pleno efeito do *private enforcement* em direito da concorrência. Além de garantir uma reparação efetiva dos danos sofridos em razão de comportamento *antitrust*, o que não é o caso do *public enforcement*, a invocabilidade das regras do direito da concorrência pelas partes privadas 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.⁵⁰ No entanto, o TJUE lembrou a competência dos Estados Membros para elaborar as regras processuais que permitem às partes privadas em invocar as regras do direito da concorrência em juiz nacional julgando que na ausência de uma regulamentação europeia sobre o tema compete à ordem jurídica interna de cada Estado Membro em designar os órgãos jurisdicionais competentes e organizar as modalidades processuais das ações que destinam-se a garantir a tutela dos direitos conferidos pelas normas do direito da concorrência europeu que tenham efeito diretos para os cidadãos europeus. O TJUE reconheceu a competência dos Estados

⁴⁷ C-557/12, consultado em 8 de agosto de 2019 em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62012CJ0557&from=EN>

⁴⁸ Relatório anual do TJUE – 2014 p. 53 – Consultado em: https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2015-04/pt_ecj_annual_report_2014_pr1.pdf - p. 53

⁴⁹ Acórdão de 5 de junho de 2014, processo C- 557/12 , § 30 consultado em 29 de julho de 2019: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62012CJ0557&from=PT>

⁵⁰ Acórdão *Courage*, § 27

Membros desde que essas regras processuais não sejam menos favoráveis do que as ações análogas de natureza interna (aplicando-se o princípio de equivalência) e que elas não tornem praticamente impossível ou excessivamente difícil o exercício dos direitos conferidos pela ordem jurídica europeia (aplicando-se o princípio da efetividade).

1.2. 2ª etapa da elaboração jurisprudencial das regras do private enforcement: as primícias do reconhecimento de um direito ao discovery

Após reconhecer a possibilidade por partes privadas em invocar regras do direito da concorrência em ação de reparação dos danos sofridos em razão de comportamentos *antitrust* em sede de ação em responsabilidade civil, o TJUE confirmou a possibilidade para o autor da ação em obter, junto à Comissão, meio de provas por ela obtidos através de processos de clemência. Assim, no Acórdão de 14 de junho de 2011, *Pfeiderer*, o TJUE julgou que no exame de um pedido de acesso aos documentos obtidos em programa de clemência apresentado por um vítima de comportamento *antitrust* que propôs ação indemnizatória tem de se atentar à que as regras processuais nacionais aplicáveis não sejam menos favoráveis do que às regras referentes às mesmas reclamações de natureza interna e não sejam sistematizadas de modo a tornar impossível ou excessivamente difícil a obtenção da reparação. O Tribunal considerou para responder a um pedido de comunicação de provas assim detidas que é necessário ponderar os interesses que justificam a comunicação das informações relativamente à proteção daquelas que foram voluntariamente fornecidas pelo requerente de clemência. Nesta decisão o TJUE confirmou que esta ponderação deve ser realizada pelos órgãos jurisdicionais nacionais considerando que o direito europeu não se opõem ao acesso pela vítima do ilícito da concorrência que procura obter uma indemnização aos documentos que foram comunicados em sede de processo de clemência desde que o pedido respeita os direitos próprios do autor da infração que beneficiou da clemência.⁵¹ Nesta decisão tratava-se de uma ação indemnizatória proposta pela empresa *Pfeiderer*, empresa produtora a nível mundial de madeira transformada e produtos revestidos. Para a elaboração dos seus produtos a *Pfeiderer* usava papel decorativo que ela comprava à empresas que haviam sido condenadas ao pagamento de uma coima de 62 milhões de euros pela AdC alemã por firmar acordo de fixação de preços no mercado europeu. Para documentar seu pedido em sede de ação civil indemnizatória, a *Pfeiderer* havia solicitado da AdC a autorização de consultar os autos do processo no qual as coimas haviam sido

⁵¹ Acórdão *Pfeiderer* de 14 de junho de 2011, processo n° C-360/09 § 32 consultado em 29 de julho de 2019 em <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=85144&doclang=PT>

proferidas. Este pedido foi parcialmente recusado pela AdC alemã. A decisão do TJUE foi proferida após que o Tribunal tenha lembrado o princípio do efeito útil do processo privado em matéria de direito da concorrência, considerando que muito embora esta possibilidade reverte da competência dos Estados-membros nada se opõem à comunicação às partes privadas em processo de reparação dos prejuízos sofridos por práticas *antitrust* de documentos obtidos pela Comissão em processo de clemência respondendo assim a questão que havia sido proferida pelo juízo alemão e que consistia em saber se para formular um pedido cível de indemnização uma vítima de práticas de cartel podia ter acesso aos autos do processo de clemência de umas das empresas membro do cartel.

Outras decisões aplicaram esta solução como, por exemplo, em Acórdão de 15 de dezembro 2011, em qual o Tribunal Geral anulou uma decisão da Comissão recusando o acesso à documentação obtido em programa de clemência por vítimas das práticas ilegais solicitados em ação de *follow-on*.⁵²

Junto à elaboração pelo TJUE de sua jurisprudência favorável ao *private enforcement*, a Comissão objetivando facilitar o acesso das partes privadas a uma prestação jurisdicional efetiva que garante a reparação mediante ação em responsabilidade do agente infrator, iniciou um inquérito incluindo a participação popular para identificar as limitações ao acesso às ações indemnizatórias.

§2. O apelo da Comissão europeia para elaborar normas coerente e uniformes para permitir que partes privadas invoquem as regras do direito da concorrência em juízo nacional para sancionar os comportamentos ilegais

Em 31 de agosto de 2004, o escritório de advogados Ahsurst publicou ao pedido da Comissão um relatório sobre as ações em reparação decorrente de práticas *antitrust*.⁵³ Este relatório deu a base à elaboração pela Comissão de um Livro verde em 2005 cujas conclusões foram confirmadas em Livro Branco em 2008.

⁵² Tribunal Geral, 15 de dezembro de 2011, CDC Hydrogene Peroxide Cartel Damage Claim, processo T-437/08, consultado em 29 de julho de 2019 em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62008TJ0437&from=ES>

⁵³ DENIS WAELBROECK, DONALD SLATER AND GIL EVEN-SHOSHAN, “Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC Competition rules”, 31 de Agosto de 2004, ASHURTS LLP., consultado em 29 de julho de 2019 em: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/comparative_report_clean_en.pdf

2.1. Relatório de 31 de agosto de 2004 sobre ações iniciadas por partes privadas em sanção de incumprimento das regras do direito da concorrência

O relatório menciona a escassez dos recursos iniciados por partes privadas junto aos juízos nacionais invocando a responsabilidade de agente económicos decorrente do incumprimento de regras do direito da concorrência relevando a existência de somente 601 casos iniciados dos quais apenas 28 deram lugar à uma decisão.⁵⁴ Para elaboração deste relatório foram analisadas as práticas em todos os países membros da União invocando o quadro geral e os obstáculos ao *private enforcement*. O relatório preconizou algumas soluções que poderiam favorecer a aplicação das regras do direito da concorrência em ação indemnizatórias privadas como o facto de facilitar o acesso ao juiz, a limitação dos riscos para as partes em propor uma ação indemnizatória aumentando suas chances de obter ganhos e limitando os custos incorridos para propor tais ações, facilitar o acesso aos meios de provas, aumentar os valores de indemnização no modelo do *treble damages* e, por fim, facilitar o acesso à informação referente ao *private enforcement*⁵⁵.

2.1.1. Contexto de adoção da Diretiva n° 2014/104/EU: a prática do *private enforcement* em Portugal⁵⁶

Em 2004, o relatório Ashurst salientou que não havia nenhum caso judicial envolvendo partes privadas em ação de reparação dos danos sofridos em razão de incumprimento do direito da concorrência. No entanto, o relatório informa que em direito português seria possível apresentar ação indemnizatória em sede de juiz nacional com base no regime geral da responsabilidade civil. O relatório ressaltou que as regras para tanto estavam estabelecidas nos artigos 483 e seguintes do Código civil e no artigo 562 do Código civil assim como na Lei n° 18/2003 de 11 de junho que estabelecia as regras do direito da concorrência português.⁵⁷ O relatório concluiu

⁵⁴ DENIS WAELBROECK, DONALD SLATER AND GIL EVEN-SHOSHAN, “Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC Competition rules”, 31 de Agosto de 2004, ASHURTS LLP., P.1: “The picture that emerges from the present study on damages actions for breach of competition law in the enlarged EU is one of astonishing diversity and total underdevelopment. As regards the latter point, the study has revealed only around 601 judged cases for damages actions (12 on the basis of EC law, around 32 on the basis of national law and 6 on both). **Of these judgments 28 have so far resulted in an award being made** (8 on the basis of EC competition law, 16 on national law and 4 on both).”

⁵⁵ DENIS WAELBROECK, DONALD SLATER AND GIL EVEN-SHOSHAN, ASHURTS LLP., *Op. cit.* p. 9 : “The key areas where private actions could be facilitated are grouped thematically below: (a) access to courts, (b) reducing risks, (c) facilitating proof, (d) reducing costs, (e) other incentives, (f) transparency and publicity, and (g) interaction between national and EC law”.

⁵⁶ Consultado em 29 de julho de 2019 em : http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/executive_summaries/portugal_en.pdf

⁵⁷ Relatório p. 1: “There have not been any cases awarding damages for breach of competition law in Portugal. In theory, it is however possible to file such actions to judicial courts on the basis of the general regime of civil

de forma positiva sobre a eficácia do direito da concorrência português e da AdC para prevalecer o *private enforcement* ressaltando a ambição da nova autoridade portuguesa disposta em alcançar a excelência na prática do direito da concorrência.⁵⁸ O documento também sublinhou as capacidades investigativas da AdC. No entanto é lembrado a falta de experiência dos juízes nacionais para resolver as questões envolvendo direito da concorrência.⁵⁹ Neste contexto o relatório preconizou em investir na formação de juízes sobre a matéria do direito da concorrência favorecendo desta forma a intervenção da AdC portuguesa e da Comissão europeia como *amicus curiae* e disponibilizar melhores recursos financeiros para facilitar a ação dos tribunais e da AdC.⁶⁰

2.1.2. Contexto de adoção da Diretiva n° 2014/104/EU: a prática do *private enforcement* em França⁶¹

Em França, o regime aplicável antes da lei de transposição da Diretiva n° 2014/104/EU regia-se pelas regras de direito comum, isto é, os artigos 1382 e 1147 do Código civil que regem a responsabilidade. O relatório reforça assim a inexistência de procedimento particular para efeito de *private enforcement* devendo as partes privadas invocar as regras acima mencionada para com o tribunal competente em aplicação das regras do direito processual francês. O relatório menciona que no que se refere à obtenção de provas aplicavam-se em França as regras gerais segundo as quais em uma ação por danos o ónus da prova recai sobre o demandante que deve provar a culpa, o dano e o nexo de causalidade entre os dois. Em matéria de indemnização dos

responsibility (the Competition Authority has administrative powers to impose sanctions but does not have the judicial powers to award damages). The rules are laid down in the Code of Civil Procedure and the courts will apply the substantive rules set out in Articles 483 e seq. dans 562 of the Civil code together with the Law n° 18/2003 of 11 June regulating competition”.

⁵⁸ Para aprofundar a questão da experiência portuguesa de public enforcement e private enforcement : MARIA ELISABETE RAMOS, *op. cit.*, p. 32-42

⁵⁹ Relatório p. 1: “The new Portuguese Competition Authority is ambitious and willing to achieve excellence in the practice of competition law. It is empowered with large investigation capacities. Claimants would therefore be well advised to file complaints to the Authority with a view to rely on its decision in parallel proceedings for obtaining damages resulting from the infringement. This would facilitate the proof and reduce the cost of investigating the infringement. With the decentralization system to be established further to Council Regulation n° 1/2003 of 15 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 EC, national courts are expected to be much more active in applying competition law. They nevertheless lack experience and ability to deal with competition matters”.

⁶⁰ “Application of general rules on civil liability by ordinary courts should facilitate the introduction of claims for damages. On the contrary, lack of expertise of those courts on competition matters and EU law constitutes an obstacle to a successful private enforcement of Articles 81 and 82 EC.

How could that be achieved? Training judges, allowing intervention of the Competition Authority and the European Commission as *amicus curiae*, providing for more financial resources to the courts and the Competition Authority.”.

⁶¹ Consultado em 29 de julho de 2019 em : http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/executive_summaries/france_en.pdf

prejuízos sofridos em razão de ilícito da concorrência, a vítima deve provar que a prática é contrária ao direito da concorrência.⁶² No que se refere à obtenção de provas junto à AdC em processo de *follow-on* o relatório ressalta que as jurisdições francesas podem consultar a AdC sobre questões relativas às práticas antitrust assim como o poder do Ministro da economia francês para elaborar pareceres destinados aos tribunais civis, comerciais ou penais para garantir o cumprimento do direito nacional da concorrência.⁶³ Por fim, o relatório conclui que os pontos impeditivos para o desenvolvimento do *private enforcement* em França são a questão da dificuldade do acesso às provas, a duração e os custos dos processos, a falta de experiência dos juizes em questão envolvendo direito da concorrência, a falta de perícia completa necessária de especialistas quando apenas um especialista é designado pelo juiz assim como o acesso aos tribunais e os incentivos para que as vítimas apresentem uma ação.⁶⁴ O relatório preconizou para favorecer o *private enforcement* em França em implementar orientações para que possam ser devidamente avaliados os danos sofridos, desenvolver as ações populares, investir na formação dos juizes e peritos, realizar ajustes processuais e por fim criar incentivos para que as vítimas possam propor ações de reparação em sede de ação em responsabilidade civil.⁶⁵

2.1.3. Contexto de adoção da Diretiva n° 2014/104/EU: a prática do *private enforcement* em Espanha⁶⁶

Por fim, no que se refere às ações privadas em Espanha, o relatório relembra que a aplicação direta das regras de concorrência europeias e nacionais pelos tribunais civis na Espanha é, na data de sua elaboração, recente. Como era o caso em Portugal e em França, o relatório sublinha a possibilidade para as vítimas de ilícito da concorrência em propor ação com base no regime

⁶² Relatório p. 2: “In an action for damages, the burden of proof rests on the plaintiff, who must prove fault, damage and a causal link between the two. In action for damages in EC Competition law, the plaintiff will have to prove either that an agreement is contrary to Article 81(1), or that the defendant holds a dominant position, which it has abused”.

⁶³ Relatório p.3: “French jurisdictions may consult the French Competition Council regarding the anti-competitive practices defined in articles L. 420-1, L. 420-2 and L. 420-5 Com. Code and in Article 81 and 82 EC. Similarly, the Minister for Economic Affairs may give its opinion before civil, commercial or criminal courts, in order to ensure compliance with national competition law”.

⁶⁴ Relatório p.7: “access to evidence; length and cost of the proceedings; Lack of expertise in competition law of the judges. Lack of the full required expertise of experts when only one expert is appointed by the judge for a case, access to evidence for experts; access to court for the victim; incentives for the victim to bring action for damages (...)” devendo ser implantado “Guidance of evaluating damages; development of collective actions; training for judges and to a lesser extent of experts; procedural adjustments; incentive for the victim to bring action for damages (punitive damages even if debated in the legal doctrine and contrary to general principal of French law)”.

⁶⁵ Relatório p.7: “Guidance of evaluating damages; development of collective actions; training for judges and to a lesser extent of experts; procedural adjustments; incentive for the victim to bring action for damages (punitive damages even if debated in the legal doctrine and contrary to general principal of French law)”.

⁶⁶ Consultado em 29 de julho de 2019 em :

http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/executive_summaries/spain_en.pdf

geral da responsabilidade isto é os artigos 1º e 6º da lei 16/1989, de 17 de Julho (“CDL”) e o artigo 18º,5º da lei 3/1991, de 10 de janeiro (“UCL”), em conjunção com o artigo 1902 do Código civil, que regulamenta as ações em reparação por atos ilícitos. O relatório menciona que na prática as vítimas de comportamento *antitrust* foram desencorajadas em propor ação de reparação em razão de uma jurisprudência do Supremo Tribunal espanhol apoiada por membros da doutrina segundo a qual seria necessária uma decisão administrativa do Tribunal da Concorrência que declara a violação das regras nacionais de concorrência antes que a ação em reparação possa ser proposta juntos aos tribunais civis. Embora este requisito não possa ser aplicado em razão da legislação europeia, não foram encontrados nenhum caso em quais as regras violadas teriam sido as regras europeias. Fato é que muitos tribunais civis espanhóis demonstram relutância em aplicar a lei de concorrência nacional e comunitária. O acórdão Campsa, de 30 de Dezembro de 1993, do Supremo Tribunal, segundo o qual apenas as autoridades da concorrência, e não os tribunais civis, são competentes para aplicar as regras comunitárias e nacionais de concorrência de forma “principal” rejeitando as reclamações do demandante, teve o efeito de dissuadir as partes privadas em propor ações juntos aos tribunais civis (assim como para tribunal arbitral) onde essas regras seriam invocadas. No caso que deu ensejo à decisão acima referida, o requerente solicitou uma medida cautelar em relação a um suposto abuso de posição dominante e também pediu indemnização dos danos supostamente sofridos. Esta posição pode ter mudado já que no acórdão Disa de 2 de junho de 2000, o Supremo Tribunal aplicou as regras comunitárias da concorrência pela primeira vez de forma direta, embora não tenham sido concedidas indemnizações já que o requerente não as tinha solicitado. A partir desta decisão, os tribunais civis (tanto o Supremo Tribunal como os Tribunais de Recurso) começaram a reconhecer a aplicação do direito da concorrência europeu levando o relatório a concluir de forma esperançosa sobre o futuro do *private enforcement* em Espanha. No entanto, nenhuma decisão tinha sido encontrada nesta data com base numa violação dos artigos 81º e 82º do TCE ou dos artigos 1º e 6º da CDL em que foram concedidas reparações o que limitou as conclusões do relatório e, principalmente, no que se refere aos métodos económicos utilizados pelas autoridades judiciais espanholas para calcular os danos em caso de ilícito antitrust.⁶⁷ Sendo assim, as conclusões foram que as ações de danos privados desempenharam um papel muito limitado na aplicação da lei de concorrência nacional e da

⁶⁷ Relatório p. 1 : “Therefore, there are no cases in Spain based on an infringement of Articles 81 and 82 EC or Articles 1 and 6 of the CDL in which damages were awarded, and it is not possible to provide information based on case law as to the economic models used by courts to calculate damages in anti-trust cases.”

regulamentação europeia junto aos tribunais espanhóis.⁶⁸ Para inverter a situação, o relatório preconizou que as autoridades espanholas implementem medidas favoráveis ao *private enforcement* como, por exemplo, reformar a regulamentação espanhola e deixar claro que a AdC não é uma autoridade pré-tribunal para a qual a parte lesada precisa recorrer antes de propor uma ação em reparação, será necessário garantir a competência dos tribunais comerciais para aplicar a legislação nacional *antitrust* além das regras europeias e, por fim, conceder aos tribunais espanhóis mecanismos de cooperação com a AdC e com a Comissão europeia.⁶⁹

2.2. Livro verde da Comissão de 19 de dezembro de 2005 sobre as “ações de indemnização devido à violação das regras comunitárias no domínio antitrust”

Em introdução do Livro Verde, a Comissão lembra que o documento se destina a identificar os obstáculos que impedem a criação de um sistema mais eficiente na proposição de ação de reparação dos danos sofridos por incumprimento das regras da concorrência e sugerem diversas opções para a resolução desses problemas. Para a Comissão, o facto de facilitar as ações em reparação dos prejuízos sofridos em razão do incumprimento do direito da concorrência não só permitirá que os consumidores e as empresas que sofreram danos devidos a uma infração as regras *antitrust* sejam mais facilmente indemnizados pelos infratores, mas permita também em reforçar a aplicação efetiva das regras antitrust.⁷⁰ Como já havia sido confirmado pela jurisprudência *antitrust* americana, a Comissão também considerou que as ações indemnizatórias em decorrência de comportamento *antitrust* tem diversos objectivos sendo eles compensar as vítimas das práticas *antitrust* assim como garantir a plena eficácia das regras da concorrência europeias com efeito de dissuadir os comportamentos *antitrust* e, desta forma, contribuir para a manutenção de um concorrência efetiva na Comunidade/União europeia. Neste Livro Verde a Comissão identificou uma lista de obstáculos à introdução de ações indemnizatórias sendo os principais: (i) o acesso aos meios de prova, (ii) as questões de calculo dos danos sofridos, (iv) os meios de defesas referentes à repercussão dos custos , (v) a defesa

⁶⁸ Relatório p. 8: “ (...) private damages actions have played a very limited role in the enforcement of EC and national competition law before Spanish courts”,

⁶⁹ Relatório p. 8: “- abrogation of Article 13.2 of the CDL - make clear that the Competition Court is not a precourt authority to which the injured party needs to turn to before filing a claim in the civil jurisdiction - granting competence to the mercantile courts to apply national competition law in addition to EC competition law - including in the CDL an express provision on the types of actions which a claimant may bring against the offending party, including injunctions and interim measures, as expressly recognised in the UCL - granting the commercial courts similar collaboration mechanism to those granted by Article 15 of Regulation 1/2003 in respect to the European Commission”.

⁷⁰ Livro Verde p. 3

dos interesses dos consumidores, (vi) os custos da ação, (vii) coordenação entre *public enforcement* e *private enforcement*, (viii) as questões de competência e direito aplicável. Por fim, a Comissão conclui que a particularidade das ações de *private enforcement* decorrem, principalmente, do fato de que estas ações supõem uma análise factual e económica muito complexa que junto com a dificuldade na obtenção de provas assim como a análise risco/ganhos acabam prejudicando este tipo de ações.

2.3. Livro Branco de 2 de abril de 2008 sobre “ações de indemnização devido à violação das regras comunitárias sobre cartéis e abuso de posição dominante”

Os trabalhos da Comissão elencados no seu Livro Verde foram confirmados neste Livro Branco já que a Comissão concluiu novamente que apesar das necessidades de estabelecer um quadro normativo eficaz para favorecer a proposição por vítimas de comportamentos anticoncorrenciais de ação indemnizatória em frente ao juiz nacional e, embora ela tenha constatado uma melhoria em determinados Estados-membros, as ações privadas ainda encontravam-se, na data de redação do documento, raras e quando existiam não permitiam uma justa indemnização das vítimas. A Comissão considerou em introdução deste Livro Branco que o montante de compensação de que as vítimas são privadas elevava-se desta forma a milhares de milhões de euros por ano.⁷¹ Neste Livro Branco a Comissão insistiu sobre a importância em elaborar legislações tanto ao nível europeu que ao nível de cada Estado Membro para desenvolver o *private enforcement*. Para a autoridade da concorrência europeia o principal objectivo do seu Livro Branco consistia em melhorar as condições legais de exercício por parte das vítimas do direito assegurado pelo Tratado em obter reparação dos prejuízos sofridos em razão de práticas antitrust; sendo então a plena indemnização das vítimas o primeiro e mais importante princípio que orientou os seus trabalhos.⁷² Da mesma forma, a Comissão salienta que outro princípio orientador deve encontrar-se na necessidade de implementar medidas equilibradas conforme à cultura e a tradição jurídica europeia. Neste sentido a Comissão demonstra-se a favor do que qualificamos como um modelo europeu de *private enforcement*. Por fim, a Comissão lembra a necessidade de manter a competência das Adc devendo desta forma ser criado um sistema eficaz de *private enforcement* baseado em ações indemnizatórias que virão completar sem substituir ou prejudicar a ação dos poderes públicos neste domínio.⁷³

⁷¹ COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS, Livro Branco sobre Acções de indemnização por incumprimento das regras da UE no domínio antitrust de 2 de abril de 2008 p.2

⁷² Livro Branco p. 3

⁷³ Livro Branco p. 4

Logo, as principais recomendações da Comissão foram (i) facilitar o acesso às ações para as vítimas diretas e indiretas permitindo desta forma as *class action* em matéria de *private enforcement*⁷⁴, (ii) facilitar a comunicação de provas *inter partes*⁷⁵, (iii) reconhecer a força das decisões de Adc nacionais em ações de *follow on*⁷⁶, (iv) reconhecer a necessidade da reparação integral dos danos sofridos⁷⁷, (v) invocar a repercussão dos custos como meio de defesa pelos infratores⁷⁸, (vi) coordenar os programas de clemência e as ações indemnizatórias⁷⁹.

Face as conclusões da Comissão e com base na eficácia do exemplo americano, o legislador europeu promulgou em 26 de novembro de 2014 a Diretiva 2014/104/UE do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a certas regras que regem as ações de indemnização no âmbito do direito nacional por infração às disposições do direito da concorrência dos Estados-Membros e da União Europeia.⁸⁰

⁷⁴ Livro Branco p. 4-5

⁷⁵ Livro Branco p. 5-6

⁷⁶ Livro Branco p. 6-7

⁷⁷ Livro Branco p. 8

⁷⁸ Livro Branco p. 8-9

⁷⁹ Livro Branco p. 11-12

⁸⁰ Consultado em 31 de julho de 2019 em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0104&from=PT>

CAPÍTULO 2: A CONSAGRAÇÃO DA RESPONSABILIZAÇÃO DOS ATORES ECONÓMICOS PELOS DANOS DECORRENTES DO INCUMPRIMENTO DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA

Título 1 – A diretiva 2014/104/EU e sua transposição em direito português

§1. A diretiva 2014/104/EU: um sistema de private enforcement cauteloso protetor dos grandes princípios do direito europeu

Como mencionamos a Diretiva foi promulgada com dois objetivos sendo o primeiro favorecer e permitir a reparação efetiva dos danos sofridos em razão de práticas anticoncorrências e, o segundo, implementar regras que favorecem uma coordenação eficaz entre o *private enforcement* e o *public enforcement*.

1.1. O objetivo de promover um modelo europeu de private enforcement

Após lembrar a competência da Comissão para promover as regras da concorrência, a Diretiva consagra no seu considerando 3) o *private enforcement* como uma ferramenta essencial para promover e salvaguardar a concorrência.⁸¹

1.1.1. O princípio da reparação integral

O artigo 3º, 1 e 2 da Diretiva prevê o princípio de reparação integral dos danos sofridos em razão de práticas antitrust.⁸² O direito europeu que reconhece a reparação por danos emergentes e por lucro cessantes exclui a possibilidade como é o caso no direito americano em aplicar sanções punitivas como é o caso do *treble damages* (artigo 3º, 3º da Diretiva).

⁸¹ Considerando 3 da Diretiva 2014/104/EU: “Os artigos 101º e 102º do TFUE produzem efeito direto nas relações entre particulares e criam, para as pessoas em causa, direitos e obrigações que os tribunais nacionais devem tutelar. Os tribunais nacionais têm, assim, um papel igualmente essencial na aplicação das regras da concorrência (aplicação privada). Ao decidirem sobre os litígios entre particulares, salvaguardam os direitos subjetivos decorrentes do direito da União, nomeadamente através da concessão de indemnizações às vítimas de infrações. A plena eficácia dos artigos 101º e 102º do TFUE e, em especial, o efeito prático das proibições neles estabelecidas pressupõem que qualquer pessoa, incluindo consumidores e empresas, ou autoridade pública possam pedir reparação junto dos tribunais nacionais pelos danos sofridos em virtude de uma violação de tais disposições.”

⁸² “Artigo 3 – Direito a reparação integral. 1. Os Estados-Membros asseguram que as pessoas singulares ou coletivas que sofram danos causados por infrações ao direito da concorrência possam pedir e obter a reparação integral desses danos. 2. A reparação integral coloca a pessoa que sofreu danos na posição em que estaria se a infração ao direito da concorrência não tivesse sido cometida. Por conseguinte, abrange o direito à reparação por danos emergentes e por lucros cessantes acrescido do pagamento de juros. 3. A reparação integral nos termos da presente diretiva não pode conduzir à reparação excessiva, por meio de indemnizações punitivas, múltiplas ou de outro tipo.”

1.1.2. A coordenação entre o *private enforcement* e o *public enforcement*

A Diretiva tem por objetivo regulamentar aspetos essenciais da interação entre *private enforcement* e *public enforcement* para criar um sistema equilibrado entre os dois e conseguir implantar um sistema permitindo garantir a aplicação efetiva das regras da concorrência da União Europeia.⁸³ Assim, por exemplo no paragrafo 42) a Diretiva impõe uma cooperação entre a Comissão e os tribunais nacionais para o calculo da repercussão dos custos.⁸⁴ Da mesma forma, salienta o artigo 1º, 2) que a Diretiva estabelece regras que garantem a boa articulação entre a aplicação das regras *antitrust* pelas AdC nacionais e a aplicação destas mesmas regras pelos tribunais nacionais em ações indemnizatórias. Também, no que se trata das provas devem as autoridades da concorrência cooperar com os tribunais para efeitos de ação privada nos termos dos artigos 6 e 7 da Diretiva⁸⁵.

Em aplicação do artigo 9º da Diretiva os Estados membros devem assegurar que a violação do direito da concorrência estabelecida por uma decisão definitiva de uma autoridade da concorrência seja considerada irrefutavelmente estabelecida para efeito de ação indemnizatória limitando assim, de facto, os poderes de apreciação do juiz nacional.⁸⁶ Já a Diretiva reconhece a possibilidade para os Estados Membros em considerar que as decisões de AdC de um outro Estado Membro constitui prova *prima facie* não tendo, neste caso, a força conferida à uma decisão nacional nos termos do paragrafo 1. Lembrando que nos termos do considerando 34) o que é considerada irrefutavelmente estabelecida por força deste artigo é a infração ao direito da

⁸³ SILVIA PIETRINI, *Op. Cit.* p. 312

⁸⁴ Considerando 42 da Diretiva 2014/104/EU “A Comissão deverá dar aos tribunais nacionais orientações claras, simples e circunstanciadas sobre a forma de calcular a parte dos custos adicionais repercutida nos adquirentes indiretos.”

⁸⁵ Artigo 6º - Divulgação de elementos de prova incluídos no processo de uma autoridade da concorrência: 1. Os Estados-Membros asseguram que, para efeitos de ações de indemnização, caso os tribunais nacionais ordenem a divulgação de elementos de prova incluídos no processo de uma autoridade da concorrência, seja aplicado o presente artigo, para além do artigo 5º (...).”

⁸⁶ “Artigo 9º - 1. Os Estados-Membros asseguram que uma infração ao direito da concorrência declarada por decisão definitiva de uma autoridade nacional da concorrência ou por um tribunal de recurso seja considerada irrefutavelmente estabelecida para efeitos de ação de indemnização intentada nos seus tribunais nacionais ao abrigo do artigo 101.o ou do artigo 102.o do TFUE ou do direito nacional da concorrência.”

concorrência e não as demais disposição da decisão da autoridade da concorrência⁸⁷ como por exemplo os danos e o nexo de causalidade entre a infração e o mesmo.⁸⁸

Nos termos do artigo 17 da Diretiva os Estados-Membros asseguram que, nas ações de indemnização as AdC de cada Estado-Membro possa, caso o juiz nacional o peça, prestar assistência na quantificação dos danos.

Assim, as autoridades da concorrência nacionais podem desenvolver o papel de *amicus curiae* e ajudar, como é o caso previsto no artigo 6º, 11º da Diretiva, o juiz nacional (ao seu pedido ou por iniciativa própria) apresentando observações referente à proporcionalidade das provas solicitadas nos termos impostos pela Diretiva.

1.1.3. Prazo de prescrição da ação

Nos termos do artigo 10º da Diretiva (prazos da ação indemnizatória) a determinação do prazo aplicável para o exercício da ação indemnizatória compete ao Estado-Membro que deverá determinar na sua lei de transposição as regras aplicáveis. Assim, a lei nacional terá que determinar o início da contagem do prazo de prescrição da ação indemnizatória, a duração deste prazo e por fim de que forma o prazo possa vir a ser interrompido ou suspenso. Para todo efeito, o legislador europeu impôs que os prazos assim determinados não possam começar a correr antes de cessar o ilícito da concorrência ou antes que a vítima do comportamento *antitrust* autora da ação em reparação tenha conhecido (ou que se possa razoavelmente presumir que tenha conhecido) o comportamento em causa ou os danos que sofreu em razão do

⁸⁷ “34. (...) Por isso, a referida infração declarada deverá considerar-se irrefutavelmente estabelecida nas ações de indemnização intentadas no Estado-Membro da autoridade nacional da concorrência ou no tribunal de recurso relativas a essa infração. No entanto, o efeito da declaração só deverá abranger a natureza da infração e o seu âmbito material, pessoal, temporal e territorial, tal como determinado pela autoridade da concorrência ou pelo tribunal de recurso no exercício da sua competência. Caso, por decisão, se tenha declarado uma infração às disposições do direito nacional da concorrência em casos em que sejam aplicados no mesmo processo e em paralelo o direito da concorrência nacional e da União, a infração também deverá considerar-se irrefutavelmente estabelecida”.

⁸⁸ Acórdão do TJUE de 6 de novembro 2012, “Europese Gemeenschap C/ Otis, §65 e § 66: “ (...) Embora seja verdade que a obrigação do juiz nacional de não tomar decisões que sejam contrárias à decisão da Comissão que declara uma infração ao artigo 101º TFUE obriga esse juiz a concluir pela existência de um cartel ou de uma prática proibida, há que precisar que a verificação de um prejuízo e de um nexo de causalidade direta entre esse prejuízo e o cartel ou a prática em causa continua, em contrapartida, sujeita à apreciação do juiz nacional. Com efeito, mesmo quando a Comissão tenha sido levada a determinar os efeitos precisos da infração na sua decisão, compete sempre ao juiz nacional determinar de forma individual o prejuízo causado a cada uma das pessoas que tenham intentado uma ação de indemnização. Essa apreciação não é contrária ao artigo 16º do Regulamento nº 1/2003”.

incumprimento das regras da concorrência. Nos termos da Diretiva, este prazo de prescrição não poderá ser inferior a 5 anos.

1.1.4. Responsabilização solidaria em caso de grupos de empresas

Em relação a regra da solidariedade a legislação dos Estados-Membros deve assegurar que as empresas infratoras cujo ilícito seja realizado por meio de comportamento conjunto seja solidariamente responsável pelos danos causados em razão da prática anticoncorrencial. Assim, a vítima do ilícito da concorrência poderá exigir de cada uma das empresas infratoras a reparação integral dos danos sofridos de maneira a ser integralmente indemnizada.⁸⁹ A Diretiva prevê uma derrogação à regra da solidariedade para as PME envolvidas no comportamento *antitrust* já que neste caso (artigo 11º, 2º da Diretiva) a PME só deve responder perante os seus fornecedores e seus próprios clientes diretos ou indiretos. Para aplicação da derrogação, é considerada como PME a empresa cuja quota no mercado relevante é inferior a 5% em qualquer momento durante o período em qual se verifica a infração ao direito da concorrência ou se a aplicação das regras normais da responsabilidade solidaria prejudicar de forma irremediável a sua viabilidade económica e desvalorizar totalmente os seus ativos.⁹⁰ Por fim, a derrogação não se aplica quando a PME tiver liderado o comportamento *antitrust* ou se ela tiver coagido outras empresas em participar da infração ou, ainda, se a empresa já tiver sido condenado em razão de praticas *antitrust*. Também cabe mencionar que quando o infrator tenha sido dispensado de pagamento de coima (por ter firmado acordo de clemência por exemplo) a solidariedade será restrita à responsabilidade perante seus fornecedores e adquirentes diretos e indiretos.

1.2. Os limites auferidos pela nova regulamentação europeia

Ao criar uma nova sinergia para fazer interagir de forma eficiente o *private enforcement* e o *public enforcement* e não verter nos limites auferidos pela prática *antitrust* americana a Diretiva alcançou de certa forma seu objetivo de ultrapassar a assimetria de informação que tem por efeito desencorajar as vítimas de práticas anticoncorrenciais na propositura de ações indemnizatórias em consequência da violação de regras de concorrência e fazer do *private enforcement* um exo da política de concorrência.

⁸⁹ Artigo 11º, 1º da Directiva. Para aprofundar ver os comentarios de MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Op. cit.* p. 294

⁹⁰ O mercado relevante é um mercado de referência para determinar se houve ou não uma pratica antitrust. Para aprofundar o tema: MIGUEL SOUSA FERRO, “A definição de mercados relevantes no direito europeu e português da concorrência”, Tese de Doutoramento, Almedina, 2015.

Para tanto, a Diretiva introduziu mecanismos que se traduzem pela primazia da ação pública sobre a ação privada e a elaboração de ferramentas para favorecer a cooperação entre as instituições em causa. No entanto o sistema instituído não parece alcançar perfeitamente o equilíbrio entre os dois pilares quando muito embora os novos mecanismos favorecem o *private enforcement*, a Comissão alerta sobre a necessidade de não se colocar em riscos a atratividade do *public enforcement*. Esta alerta acabou por gerar uma “meia medida” que faltou ambição e, principalmente, no que se refere ao acesso aos autos e procedimentos dirigidos pelas autoridades públicas da concorrência.⁹¹ Sendo assim, a Diretiva não encontra-se ausente de limites auferidos pelo fato de que o diploma só se aplica em alguns casos de ações indemnizatórias (sendo eles os acordos de empresa ou os abusos de posição dominante), que o mesmo não é suficientemente ousado para inibir por completo os riscos de *forum shopping* e, por fim, que o texto instaura regimes diferentes para ações privadas de *follow-on* quer seja uma ação decorrente de processo iniciado junto à Comissão ou de um processo junto à uma AdC nacional.⁹²

§2. A Lei n°23/2018 de 5 de junho 2018 de transposição da Diretiva na ordem jurídica portuguesa

Face a Diretiva 2014/104/EU e as possibilidades abertas pelo regime de responsabilidade previsto em direito pátrio que eram aquém daquilo que é imposto pela regulamentação europeia o legislador português tentou superar os limites do direito pátrio com a entrada em vigor da Lei n° 23/2018 de 5 de junho que transpõe a Diretiva 2014/104/UE e procedeu à alteração da Lei n° 19/2012 de 8 de maio que aprova o novo regime jurídico da concorrência e da Lei n° 62/2013 de 26 de agosto sobre a Organização do Sistema Judiciário.⁹³

⁹¹ SILVIA PIETRINI, *Op. cit.* p. 345 : « (...) Le but est de surmonter l’asymétrie d’information qui a pour effet de dissuader les victimes de pratiques anticoncurrentielles d’intenter des actions en réparation du préjudice subi du fait de l’atteinte aux règles concurrentielles et de faire du *Private Enforcement* un axe de la politique de concurrence. Pour y parvenir, la directive a envisagé des mesures qui se traduisent par une emprise de l’action publique sur l’action privée et des outils de coopération entre les institutions intéressées. L’équilibre entre les deux piliers a-t-il été atteint ? Si le dispositif mis en place renforce le *Private Enforcement*, pour la Commission, il n’est pas question de porter atteinte à l’attractivité du *Public Enforcement* ce qui explique que certaines mesures consacrées à l’accès du dossier de concurrence manquent quelque peu d’ambition. »

⁹² SILVIA PIETRINI, *Op. cit.* p. 345-346 : « Néanmoins, la directive montre dès à présent certaines limites : premièrement, au lieu de traiter le contentieux privé dans sa globalité, son champ d’application est réservé à certaines hypothèses ; deuxièmement, si elle poursuit l’objectif de mettre un terme à la multiplication de régime applicable à travers l’Union européenne en assurant une protection équivalente à toutes les victimes, le forum shopping n’est pas exclu ; troisièmement, l’articulation entre l’action publique et l’action privée suit deux régimes parfois différents, selon que l’action publique soit menée par la Commission ou par une autorité nationale de la concurrence (...) ».

⁹³ MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Op. Cit.* p. 292

2.1. O ilícito da concorrência sancionável por meio de ação privada

Nos termos do artigo 3º da Lei 23/2018 de 5 de junho as empresas ou associação de empresas que cometerem infrações ao direito da concorrência devem indemnizar integralmente as vítimas dessas práticas pelos prejuízos que elas sofrerem nos termos previstos no artigo 483º do Código civil.⁹⁴ Da mesma forma, as empresas que tenham exercido influência determinante nos termos do número 3º do artigo 36º da Lei nº19/2012 de 8 de maio devem reparar os danos que assim causaram. Logo, como no direito francês, a legislação portuguesa legalizou a propositura de ação privada em reparação de danos sofridos em razão de atos característicos de influência determinante, ilícito que não se encontra sancionado nos termos do direito europeu.

Em conformidade com as regras impostas pelo direito europeu, o direito pátrio prescreve uma reparação integral do dano excluindo a prática de sanções punitivas como é o caso no modelo americano de *private enforcement*.⁹⁵

2.2. O prazo para propor a ação em reparação de danos incorridos por ilícito da concorrência

Nos termos do artigo 6º da Lei nº 23/2018 de 5 de junho, a ação em reparação dos danos sofridos em decorrência de comportamento *antitrust* prescreve-se uma vez decorridos cinco (5) anos a contar da data em que o lesado teve (i) conhecimento do ilícito concorrencial ou (ii) da identidade do infrator do dano decorrente do ilícito da concorrência (ou do momento em qual se possa presumir que ele teve conhecimento). A investigação pela a AdC suspende este prazo devendo que correrá novamente um (1) ano após o transito em julgado da decisão promovida pela AdC.

⁹⁴ Artigo 483º do Código civil – 1º. Aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação. 2º. Só existe obrigação de indemnizar independente de culpa nos casos especificados na lei.

⁹⁵ Artigo 4 da Lei 23/2018 de 5 de junho: “1 - O dever de indemnizar compreende não só o prejuízo causado, como os benefícios que o lesado deixou de obter em consequência da lesão, calculados desde o momento da ocorrência do dano. 2 - Ao montante da indemnização previsto no número anterior acresce ainda o montante devido a título de juros moratórios, contados desde o momento da decisão e até efetivo e integral pagamento”.

2.3. Meios de provas e coordenação das acções de *public enforcement* e de *private enforcement*

Conforme a Diretiva, a lei portuguesa se posicionou a favor do reconhecimento da presunção inilidível da decisão da AdC ou quando transitada em julgado do tribunal de recurso considerando, como o faculta o diploma europeu, que as decisões de AdC de um outro Estado-Membro ou de um tribunal de recurso de outro Estado-Membro revestem o carácter de prova *prima facie* (artigo 7º da Lei 23/2018 de 5 de junho). A nova legislação também reconhece a possibilidade para o réu em alegar em sua defesa argumentos baseados na repercussão, pelo autor da ação, dos custos consecutivos ao ilícito da concorrência. Neste caso, a Autoridade da Concorrência é competente para prestar assistência no cálculo da tal repercussão dos custos.

Também, o juiz nacional em sede de ação privada deverá quantificar os danos sofridos pela vítima do comportamento *antitrust* se inspirando das *guidelines* da Comissão e, em caso de dificuldade na quantificação, ele poderá recorrer à AdC (artigo 8º da Lei 23/2018 de 5 de junho).

A obtenção de prova é facilitada já que nos termos do artigo 12º da Lei 23/2018 de 5 de junho o juiz nacional pode ordenar, com as limitações previstas na Lei, a comunicação de provas detidas por outra parte, terceiros e, inclusive, às entidades publicas. Para tanto, o juiz deverá verificar a proporcionalidade da medida solicitada nos termos da Diretiva devendo o pedido ser fundamentado com factos e meios de prova razoavelmente disponíveis e suficientes para confirmar a plausibilidade do pedido de indemnização ou da defesa e indicar os factos que se quer provar. Esta ressalva que é conforme ao direito europeu faz jus as decisões das cortes americanas em pedido de *discovery* em qual a parte demandante deve da mesma forma demonstrar o quanto sério são as suas alegações (“de concebível para plausível”).⁹⁶

Por fim, em aplicação da nova legislação, o juiz nacional poderá solicitar, em caso de carência das partes ou de terceiros, as provas que constem de processo proposto pela AdC. Para aplicação deste faculdade, entende-se haver carência das partes quando elas não podem fornecer as provas de suas alegações por meios razoáveis. Para efeito, a AdC nacional ou de outro Estado-Membro

⁹⁶ Bell Atlantic Corp. V. Twombly, 550 U.S 544 (2007): “(...) because the plaintiffs here have not nudged their claims across the line from conceivable to plausible, their complaint must be dismissed” consultado em 6 de agosto de 2019 em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/550/544/>

tem papel de *Amicus curiae* conforme menciona o artigo 15º da Lei 23/2018 de 5 de junho (“qualquer autoridade da concorrência”). A AdC poderá desempenhar este papel, ainda que por iniciativa própria, já que nos termos da Lei compete à AdC apresentar observações escritas ao tribunal sobre a proporcionalidade dos pedidos de apresentação de meios de provas incluído nos seus processos. No entanto, por força do artigo 16º, 1º da Lei 23/2018 de 5 de junho, é estabelecido limites às provas que podem ser obtidas. Por exemplo, as provas obtidas exclusivamente através de processo de clemência não são admissíveis em ação indemnizatória demonstrando o cuidado do legislador para com às ações de *public enforcement*. Da mesma forma, quando as provas obtidas exclusivamente durante o processo junto à AdC não se encontrem excluídas por força das limitações previstas no diploma, elas só poderão ser utilizadas em ação indemnizatória pelas pessoas que as obtiveram (ou os que sucedem em seus direitos). Desta forma, a nova legislação por muito cautelosa acabou mantendo de certa forma uma restrição importante no acesso às provas das vítimas de comportamentos *antitrust*. Por fim, o juiz nacional pode ordenar medidas preventivas para preservar os meios de provas nos termos dos artigos 419 e 420 do Código de processo civil.

E também de se notar que o juiz nacional deve notificar a AdC as ações privadas que lhe foram propostas mediante o envio da copia da petição inicial assim como informa-la do teor de sua decisão nos termos do artigo 21º da Lei 23/2018 de 5 de junho demonstrando desta forma mais uma vez a cautela do legislador nacional e europeu para não enfraquecer os processos de *public enforcement*.

2.4. As *class actions* em ação de reparação por danos incorridos por ilícito da concorrência

Conforme dispõe o artigo 19º da Lei 23/2018 de 5 de junho, as ações privadas propostas em reparação dos danos sofridos em razão dos comportamentos *antitrust* dos agentes económicos podem ser propostas por via de ação popular nos termos da Lei nº 83/95 de 31 de junho. Para efeito, em aplicação do artigo 15º da Lei nº 83/95 o direito pátrio adotou o sistema de *opt out*⁹⁷

⁹⁷ Artigo 15, 1º: “Recebida petição de ação popular, serão citados os titulares dos interesses em causa na ação de que se trate, e não intervenientes nela, para o efeito de, no prazo fixado pelo juiz, passarem a intervir no processo a título principal, querendo, aceitando-o na fase em que se encontrar, e para declararem nos autos se aceitam ou não ser representados pelo autor ou se, pelo contrário, se excluem dessa representação, nomeadamente para o efeito de lhes não serem aplicáveis as decisões proferidas, sob pena de a sua passividade valer como aceitação, sem prejuízo do disposto no n.º 4”.

já que podem propor ação as associações de empresas cujos associados sejam lesados pela infração ao direito da concorrência.⁹⁸

2.5. Tribunal competente

Em aplicação do artigo 22º da Lei 23/2018 de 5 de junho que modificou a redação do artigo 54º da Lei 62/2013 de 26 de agosto, as causas referidas nos artigos 112º da Lei 62/2013 de 26 de agosto com as alterações introduzidas pela Leis n.º 40-A/2016 de 22 de dezembro, e 94/2017 de 23 de agosto e pela Lei-Organica n.º 4/2017, de 25 de agosto as ações em reparação dos danos incorridos por ilícito da concorrência compete ao tribunal da concorrência, regulação e supervisão.⁹⁹

2.6. Responsabilidade solidária dos coinfratores

Nos termos do artigo 5º, 1º da Lei 23/2018 a infração que resulta de comportamento conjunto de duas ou mais empresas resulta da responsabilidade solidária das mesmas salvo quando trata-se de uma PME a mesma responda com solidariedade somente perante seus próprios clientes ou fornecedores direto ou indireto quando a sua quota em cada um dos mercados afetados pela infração ao direito da concorrência tiver sido inferior a 5% ao longo de toda a duração da infração e a aplicação das regras de responsabilidade solidária prejudicar de forma irremediável a sua viabilidade económica e desvalorizar totalmente seus ativos (artigo 5º, 2º, a) i e ii) e, perante qualquer outro lesado, somente quando o mesmo não puder obter de outras empresas infratoras a reparação integral dos danos sofridos (artigo 5º, 2º b) sendo neste caso uma responsabilidade subsidiária. Da mesma forma que foi previsto no diploma europeu, este limite já não se aplica se a PME tiver liderado a infração ou coagido outras empresas a cometer tal infração ou quando a PME tiver sido anteriormente condenada por decisão definitiva por outra infração ao direito da concorrência (artigo 5º, 3º a e b).

⁹⁸ Artigo 19º, 2º, b) da Lei 23/2018 de 5 de junho

⁹⁹ Artigo 112º, n.º3º: “ Compete ao tribunal julgar ações de indemnização cuja causa de pedir se fundamente exclusivamente em infrações ao direito da concorrência, ações destinadas ao exercício do direito de regresso entre co infratores, bem como pedido de acesso a meios de provas relativos a tais ações, nos termos previstos na Lei n.º23/2018 de 5 de junho” e, n.º4º: “Compete ainda ao tribunal julgar todas as demais ações civis cuja causa de pedir se fundamente exclusivamente em infrações ao direito da concorrência previstas nos artigos 9º, 11º e 12º da Lei n.º 19/2012 de 8 de maio, em normas correspondentes de outros Estados-membros e/ou nos artigos 101.º e 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia bem como pedidos de acesso a meios de provas relativos a tais ações, nos termos previstos na Lei n.º 23/2018 de 5 de junho.

Título 2 – A prática do *private enforcement* pelos tribunais nacionais nos Estados-Membros: os exemplos franceses, espanhóis e portugueses

§1. A prática do *Private enforcement* em França

Em França, a Diretiva foi transposta por via de uma portaria e um decreto ambos de 9 de março e 2017¹⁰⁰ que introduziram modificações substantivas do direito francês em matéria de ações em reparação dos danos sofridos por ilícito da concorrência sendo, as principais, a modificação das regras referente à prova, à prazo de prescrição da ação, as questões decorrentes de acordo de clemência e a implementação de presunções facilitando as ações de *follow-on*.¹⁰¹ Um exemplo de aplicação da nova legislação pode se encontrar em decisão de 17 de dezembro de 2018 do Tribunal de comércio de Paris. Muito embora nesta decisão o TC acabou por excluir a aplicação da nova legislação em razão da data de ocorrência dos fatos que foi anterior à sua vigência, esta decisão demonstra o impacto da nova legislação em ação de *follow-on* demonstrando seu impacto em matéria de prova da ocorrência do ilícito da concorrência. Nesta decisão estava em causa uma ação em reparação proposta pela CARREFOUR em razão do comportamento qualificado com ilícito da L'Oréal (mais especificamente tratava-se de acordo de empresas). O TC de Paris após mencionar que a portaria n.º 2017-303 de 9 de março de 2017 (lei de transposição da Diretiva Europeia n.º 2014/104 / UE de 26 de novembro de 2014) introduziu, por um lado, uma presunção inilidível de culpa relativamente a uma pessoa colectiva desde que a existência e a atribuição do comportamento ilícito a esta pessoa foram determinadas por uma decisão transitada em julgado, pronunciada pela AdC ou pelo tribunal de recurso (artigo L. 481-2 do Código comercial francês) e, por outro lado, uma presunção refutável da existência de prejuízo em caso de acordo entre concorrentes (artigo L.481-7 do mesmo código) descartou a aplicação da lei somente pelo fato de que não se encontrava aplicável no momento da ocorrência dos fatos.¹⁰² Nesta decisão, o Tribunal lembrou a jurisprudência anterior em qual

¹⁰⁰ Portaria n.º 2017-303 de 9 de março de 2017, JO 10 de Março ; Decreto n.º 2017-305 de 9 de março de 2017, JO 10 de Março.

¹⁰¹ CHLOE MATHONNIERE, La Directive *private enforcement* fait son entrée en droit interne !, Actualité du droit, *Revue Lamy de la concurrence*, 15 mars 2017, também consultado em 31 de julho de 2019 em <https://www.actualitesdudroit.fr/browse/affaires/droit-economique/5677/la-directive-private-enforcement-fait-son-entree-dans-le-droit-interne>

¹⁰² Tribunal de comércio de Paris, 15.º Camâra, 9 de abril de 2018, n.º 2017053491: “Attendu que l’ordonnance n.º 2017-303 du 9 mars 2017 transposant en droit interne les dispositions de la Directive européenne n.º 2014/104/UE du 26 novembre 2014 relative aux actions en dommages intérêts initiées à la suite d’infractions en droit de la concurrence a introduit, d’une part une présomption irréfragable de faute à l’égard d’une personne morale dès lors que son existence et son imputation à cette personne ont été constatées par une décision que ne peut plus faire l’objet d’une voie de recours ordinaire pour la partie relative à ce constat, prononcée par l’ADLC ou par la juridiction de recours (L. 481-2 du Code de commerce) et, d’autre part, une présomption réfragable d’existence

para obter reparação dos danos sofridos em decorrência de ilícito da concorrência o autor tinha que provar o ilícito, o dano e o nexo de causalidade entre o dano e o ilícito nos termos do artigo 1382 (agora 1240) do Código civil francês.¹⁰³ No entanto, na sua decisão o juiz francês demonstrou com nitidez o quanto a solução seria diferente com a presunção inilidível doravante em vigor. Assim, mesmo que na data de redação da presente análise, não encontramos, na jurisprudência francesa, nenhum exemplo de condenação em aplicação da nova legislação, esta decisão demonstra com clareza o impacto da nova legislação em ações reparatórias de *follow-on* quando o autor poderá doravante invocar a presunção inilidível das decisões da AdC.¹⁰⁴

Isto dito, a doutrina francesa já mencionou os limites do impacto da nova legislação em ações de *stand alone* considerando que as ações de compensação independentes de qualquer ação pública beneficiam apenas de alguns desses desenvolvimentos. Em particular, é notório que o principal obstáculo a esse tipo de ação é o acesso a meios de provas, uma vez que as práticas anticompetitivas são por definição secretas. No entanto, sobre este tema como já mencionamos a Diretiva limita-se a prever a possibilidade de o juiz ordenar a apresentação de documentos (ver artigo 5º) dentro dos limites do respeito pelo princípio da proporcionalidade, possibilidade que já existia no direito francês (e também em direito pátrio). Logo os autores veem um risco que no futuro as ações privadas sejam gradualmente reduzidas às ações em *follow-on* que por serem facilitadas e mais eficientes, tornar-se-iam o vetor privilegiado do *private enforcement*¹⁰⁵.

d'un préjudice en cas d'entente entre concurrents (L. 481-7 du même code) ; que ces présomptions ne s'appliquent qu'aux faits générateurs de responsabilité postérieures au 11 mars 2017, date d'entrée en vigueur de l'ordonnance précitée (...) », consultado em 31 de julho de 2019 em https://www.doctrine.fr/search?q=Tribunal%20de%20commerce%20de%20paris%209%20avril%202018%20dir%20active%20&only_top_results=true

¹⁰³ « (...) Attendu qu'au regard des dispositions antérieurement applicables, il appartient au demandeur de démontrer une faute au sens de l'article 1382, devenu 1240, du Code civil, – ainsi que le lien de causalité avec le dommage allégué et que ce tribunal peut d'ores et déjà examiner les prétentions indemnitaires de CARREFOUR en raison du trouble commercial découlant selon elle de la participation des défenderesses à l'entente sanctionnée (...) ».

¹⁰⁴ Artigo 17, §2, n.º2: “Presume-se que as infrações de cartel causam danos. O infrator tem o direito de ilidir essa presunção”.

¹⁰⁵ ADRIEN GIRAUD, L'impact de la réforme du *private enforcement* sur l'équilibre institutionnel de mise en œuvre du droit de la concurrence, *Revue Lamy de la Concurrence* n°45, 5 novembre 2015 : En revanche, les actions en réparation indépendantes de toute action publique (« *stand alone actions* ») ne bénéficient que peu de ces évolutions. On sait notamment que l'obstacle principal à ce type d'action est l'accès à la preuve, les pratiques anticoncurrentielles étant par nature secrètes. Or, en la matière, la directive se contente de prévoir la possibilité pour le juge d'enjoindre la production de pièces (voir article 5) dans la limite du respect du principe de proportionnalité, possibilité qui du reste existait déjà en droit français. Il est ainsi possible qu'à l'avenir le contentieux privé en réparation se réduise progressivement au seul contentieux de suivi. Les actions de suivi en réparation, facilitées et plus efficaces, deviendraient ainsi le vecteur privilégié du *private enforcement*.

§2. A prática do *private enforcement* em Espanha

Em Espanha, os exemplos de *private enforcement* para sancionar comportamentos antitrust não demonstraram um posicionamento sancionador das cortes espanhóis¹⁰⁶. Por exemplo, recentemente encontra-se uma aplicação de *private enforcement* em ação de anulação de clausula contractual contrárias à regulamentação da concorrência tanto nacional como europeia e de reparação dos danos sofridos. Em decisão de janeiro de 2016 em qual a corte de apelação de Murcia revogou o julgamento do Tribunal de comercio. Neste caso estavam em questão a recusa de empresa de fornecimento de energia elétrica em baixar os volumes vendidos aos seus clientes em função de suas necessidades. O Tribunal de comercio que reconheceu o abuso de posição dominante recusou em condenar a empresa no ressarcimento do dano baseado na prescrição da ação em reparação. Na sua decisão o Tribunal tinha reconhecido a posição dominante da empresa infratora com base numa decisão da AdC que terminou o mercado relevante. A corte de apelação revogou a decisão com base na falta de caracterização do mercado relevante e na falta de prova da demandante caracterizando o abuso alegado.¹⁰⁷

§3. Private enforcement e prática das jurisdições pátrias

MIGUEL SOUSA FERRO identificou 549 decisões judiciais num total de 203 processos de *private enforcement* da concorrência numa média de 18,9 decisões judiciais e 7 novos casos por ano.¹⁰⁸ No entanto o próprio autor ressalva esses números que já que estes valores não são plenamente realistas quando incluem um grande número de ações que na verdade são a repetição da mesma disputa com a Fazenda Publica sobre auxílios do Estado sendo que, se tiraram este caso, cai para 97 os casos de *private enforcement*.

Observamos que a Lei 23/2018 de 5 de junho teve um efeito positivo em termos de competência resolvendo as dificuldades anteriores sublinhadas pelo Miguel Sousa Ferro na distribuição das

¹⁰⁶ FRANCISCO MARCOS, “La aplicacion privada del derecho defensa de la competencia por los jueces y tribunales espanoles”, consultado em 14 de agosto de 2019 em <https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=834111114068083081124103112009098092051072061008025071104124067085008029100098095026058013060031021036017103030006003092125005114050071046052029027118069110004066098009058047088017003018079090023117098022112115127084121089102072120089027107090066127068&EXT=pdf>

¹⁰⁷ Para aprofundar: ALFONSO GUTIERREZ AND TOMAS ARRANZ, “Chapter 22. Spain” in The private competition enforcement review, Law Business Research, Março 2017 consultado em 14 de Agosto de 2019 em https://www.uria.com/documentos/publicaciones/5677/colaboraciones/2203/documento/Spain_-_The_Private_Competition_Enforcement_Review.pdf?id=7577

¹⁰⁸ MIGUEL SOUSA FERRO, *Op.Cit.* p. 7

decisões pelos tribunais nacionais que demonstrava um quadro de aplicação descentralizada. Pois, como mencionava o autor em sua análise detalhada antes da promulgação da nova legislação qualquer juiz em qualquer tribunal e qualquer instância e especialização podia ser chamado a decidir em casos com questões que se enquadravam no *private enforcement* da concorrência.¹⁰⁹ Ora, como vimos, por força do artigo 22º da nova lei, o Tribunal da concorrência, regulação e supervisão é doravante competente para questões exclusivas de *private enforcement*. No entanto, como o veremos no próximo capítulo, a questão da competência dos tribunais para resolver casos complexos envolvendo, entre outras questões, a questão da reparação não foi inteiramente dirimida com a nova legislação.

Com base nos dados da sua análise, o autor concluiu que a grande maioria dos tribunais portugueses nunca foram confrontados com um caso que suscitasse uma questão de direito da concorrência e nos tribunais que já foram confrontados com estas questões somente 2/3 conhecerem um caso de *private enforcement* da concorrência. Mesmo os tribunais que decidiram um maior número de casos de *private enforcement* (TRL e TJL) tiveram uma média de apenas 1,4 e 1,2 casos por na desde 1988¹¹⁰. O autor destacou somente dois (2) casos se referindo à indemnização de consumidores¹¹¹ e cinco (5) entre concorrentes¹¹².

Assim por exemplo, no caso DECO v PT, a DECO pediu que fosse devolvido aos consumidores o montante (ilegalmente) cobrado pela PT a título de taxa de ativação no início de cada chamada telefónica no ano de 1999. Se o caso não permitiu a aplicação de regras da concorrência já que foram aplicadas regras próprias ao setor das telecomunicações, o autor sublinhou sua importância já que foi o único precedente de ação popular para proteção de interesses individuais homogêneos servindo a pronuncia do STJ para confirmar esta possibilidade genérica, bem como, tacitamente a inclusão da proteção dos consumidores contra infrações comerciais no âmbito de ação popular.¹¹³ No entanto até a data de sua análise e conforme menciona o autor, neste caso, os tribunais nunca tiveram que lidar com estas dificuldades da lei de ação popular, porque a PT chegou a acordo com a DECO para um modo de indemnização dos consumidores.¹¹⁴

¹⁰⁹ MIGUEL SOUSA FERRO, *Op.Cit.* p. 9

¹¹⁰ MIGUEL SOUSA FERRO, *Op. Cit.* p.11

¹¹¹ Os casos DECO v. PT e OdC v Sport tv

¹¹² Os casos Cabovisão v Sport TV; COGECO v Sport TV; NOS v PT (I) e (II); Onitelem v PT

¹¹³ MIGUEL SOUSA FERRO, *Op. Cit.* p. 51

¹¹⁴ MIGUEL SOUSA FERRO, *Op. Cit.* p. 52

O caso “Cogeco v Sport TV” oferece um exemplo interessante e atual das questões de *private enforcement* no direito pátrio. A Cogeco Communication, sociedade canadense era acionista da Cabovisão no período de 3 de agosto de 2006 a 29 de fevereiro de 2012. Em 30 de abril de 2008, a Cabovisão e a Sport TV Portugal celebraram um contrato de distribuição de canal de televisão. Em 30 de julho de 2009, a Cabovisão apresentou à Autoridade da Concorrência portuguesa uma denuncia contra a Sport TV queixando-se de práticas restritivas da concorrência no mercado de canais de televisão desportivo premium, em especial uma prática de discriminação de preços que para a autora consubstanciava um abuso de posição dominante. Em decisão de 14 de junho de 2013, a Autoridade da Concorrência considerou que a Sport TV tinha abusado da sua posição dominante aplicando à sociedade Sport TV uma coima de 3.730.000 euros.¹¹⁵ Em 27 de fevereiro de 2015, a Cogeco Communications intentou uma ação contra a Sport TV e suas sociedades-mãe no TJL para obter indemnização do prejuízo alegadamente causado pelo incumprimento das regras da concorrência pela Sport TV (ação *follow-on*). Além da questão da aplicação do direito europeu, nomeadamente do artigo 102º TFUE qui tinha sido considerável inaplicável pelo Tribunal da concorrência, regulação e supervisão que considerou que as praticas ilícitas não afetavam o comercio entre os Estados membros, as réus invocaram a prescrição da ação da Cogeco já que no direito pátrio e, nomeadamente, o artigo 498 do Código Civil a ação de responsabilidade civil extracontratual prescreve-se em três (3) anos a contar da data em qual a autora dispunha de todas as informações para apreciar se beneficiava ou não do direito à indemnização. A Cogeco alegou que o prazo de prescrição previsto do artigo 498º do Código civil só começava a correr a partir da data de adoção da decisão da AdC em 14 de junho de 2013 e, sendo assim, a ação foi intentada antes do termo do prazo de transposição da Diretiva e, na data em que foi intentada, a Diretiva ainda não tinha sido transposta em direito pátrio. O TJL decidiu suspender a instância para interrogar o TJUE sobre a questão de saber se (i) a Diretiva 2014/104 criava direitos para um particular (no caso uma sociedade comercial anónima sujeita à lei canadiana) que este pode fazer valer judicialmente contra outro particular (no caso, uma sociedade comercial anónima sujeita à lei portuguesa) no contexto de uma ação para indemnização de alegados prejuízos sofridos em consequência de uma violação do direito da concorrência, em particular, quando à data da propositura da ação judicial em causa (27 de fevereiro de 2015), antes do termino do prazo de

¹¹⁵ Consultado em 31 de julho de 2019:

http://www.concorrencia.pt/vPT/Praticas_Proibidas/Decisoies_da_AdC/Documents/DecisaoPRC201002.pdf

sua transposição em direito nacional, (ii) o artigo 498º do Código civil seria incompatível com o artigo 10º, n.º 2 a 4, da Diretiva, bem como as suas restantes disposições ou princípios gerais de direito da União Europeia aplicáveis, já que ao ser aplicada a factos ocorridos antes da vigência da Diretiva teria como efeito de fixar um prazo de prescrição de 3 anos para um direito de indemnização fundado na responsabilidade civil extracontratual, estabelecer que esse prazo de 3 anos se iniciaria na data em que o lesado teve conhecimento do direito que lhe compete, ainda que com desconhecimento da pessoa do responsável e da extensão integral dos danos desconhecendo qualquer norma que imponha ou autorize a suspensão ou interrupção daquele prazo em função estritamente de ter uma autoridade da concorrência tomado medidas no âmbito de uma investigação ou de um processo relativa a infração ao direito da concorrência com a qual a ação de indemnização esteja relacionada, e, se, (iii) da mesma forma o artigo 623º do Código de processo civil que dispõe que uma condenação definitiva proferida em processo contraordenacional não produz efeitos em quaisquer ações civis em que se discutam relações jurídicas dependentes da prática da infração e estatui que esta condenação definitiva em processo contraordenacional constitui em relação a terceiros apenas presunção ilidível no que se refere à existência dos factos que integram os pressupostos da punição e dos elementos do tipo legal em quaisquer ações civis em que se discutam relações jurídicas dependentes da prática de infração e (iv) esta disposições do direito pátrio poderiam ser aplicadas se interpretadas de forma a serem compatibilizadas com as disposições da regulamentação europeia. Em acórdão de 28 de março de 2019, o TJUE respondeu à questão da aplicação *rationae temporis* das disposições processuais da Diretiva e suas transposições em direito pátrio considerando que neste caso por um lado, é facto assente que a ação de indemnização da Cogeco Communications foi intentada em 27 de fevereiro de 2015, ou seja, antes do termo do prazo de transposição da Diretiva 2014/104 e antes da transposição desta diretiva para a ordem jurídica portuguesa pela Lei n.º 23/2018 e, por outro lado, o legislador português decidiu, no artigo 24º desta lei, que as regras nacionais que transpõem as disposições processuais da referida Diretiva não se aplicam às ações de indemnização intentadas antes da entrada em vigor da referida lei. Nestas circunstâncias, e tendo em conta que o artigo 22º, n.º 1, da Diretiva 2014/104 proíbe a aplicação retroativa das disposições substantivas do direito português adotadas em aplicação do seu artigo 21º, há que considerar que a Diretiva não é, em todo o caso, aplicável *ratione temporis* ao litígio no processo principal.¹¹⁶

¹¹⁶ Consultado em 6 de agosto de 2019:

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=AC1EBEFF27CAAEEED944B76A43A3CB564?text=&docid=212328&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=5938981>

Sobre a questão da compatibilidade do artigo 498º, 1º do Código civil ao disposto no artigo 102º, TFUE e ao princípio da efetividade conclui o TJUE que o artigo 102º TFUE e o princípio da efetividade devem ser interpretados no sentido de que se opõem a uma legislação nacional que, por um lado, prevê que o prazo de prescrição para as ações de indemnização é de três anos e começa a correr a partir da data em que o lesado teve conhecimento do seu direito de indemnização, embora com desconhecimento da pessoa do responsável pela infração, e, por outro, não prevê nenhuma possibilidade de suspensão ou de interrupção deste prazo durante o procedimento tramitado na autoridade nacional da concorrência.

Por fim, sobre a questão da compatibilidade do artigo 623º do Código de processo civil que prevê que a declaração definitiva de existência de uma infração ao direito da concorrência no âmbito de um processo sancionatório na AdC não vincula a apreciação do juiz nacional chamado a conhecer uma ação de indemnização no que respeita à existência de uma infração ao direito da concorrência ou apenas estabelece uma presunção ilidível a este respeito, o TJUE concluiu que a questão não se aplicava ao litígio em apreço já que o Tribunal da concorrência, regulação e supervisão reformou a decisão da AdC não tendo a mesma valor transitado em julgado.

Neste contexto, a decisão do TJL será um marco importante para a matéria já que será a primeira decisão que irá apreciar as questões de responsabilidade solidária das sociedades mães sobre o incumprimento do direito da concorrência por uma sociedade filha.¹¹⁷

Outra decisão de destaque é o Acórdão nº 7074/15.8T8LSB.L1-1 do TRL de 4 de dezembro de 2018 em qual o Tribunal reconheceu a legitimidade da OdC em propor ação de Grupo contra o Sport Tv.¹¹⁸ Em ação intentada em 12 de março de 2015, o OdC (associação e académicos provenientes de várias Universidades nacionais nas áreas de direito e economia) propôs ação em indemnização contra a Sport Tv com fundamento na violação dos artigos 101º e 102º TFUE e as disposições correspondente da lei nacional. A autora da ação alegou que estes comportamentos causaram danos aos utilizadores finais dos canais Sport TV e a todos os clientes da televisão por subscrição e pediu a condenação no pagamento de indemnização a todos os utilizadores finais representados.¹¹⁹ A réu contestou a legitimidade da autora para instaurar ação alegando que a associação tem atribuições para a proteção dos interesses difusos

¹¹⁷ MIGUEL SOUSA FERRO, *Op. Cit.* p.55

¹¹⁸ Consultado em:

<http://www.citius.mj.pt/portal/BasesJuridicoDocumentaisFrame.aspx?tipo=0&pagina=7>

¹¹⁹ MIGUEL SOUSA FERRO, *Op. cit.* p. 57

relacionados com a defesa da concorrência em Portugal, a proteção dos consumidores, o bem estar dos consumidores e da economia portuguesa, mas já não tem atribuições para atuar no âmbito da defesa ou proteção de interesses individuais homogêneos, como são aqueles relacionados com o ressarcimento de danos concretos e efetivos sofridos por determinadas pessoas, na qualidade de consumidores. Em resposta, o TRL julgou que as ações populares podem ser propostas cada vez que estão em questões a tutela de interesses difusos (*latu sensu*) e que a associação sem fins lucrativos que tem estatutariamente como fim a promoção da defesa da concorrência em Portugal e a proteção dos consumidores com vista ao aumento do bem estar dos consumidores e da economia portuguesa e designadamente intentar e promover ações judiciais para defesa da concorrência em Portugal, nomeadamente com recurso à ação popular ou a qualquer outro meio processual de defesa dos interesses difusos ou coletivos tem legitimidade popular para instaurar ação que tendem a reconhecer o direito de indemnização por infração ao direito da concorrência assim prosseguindo a defesa dos consumidores. Na sua decisão o TRL cita o artigo 19º da Lei 23/2018 (artigo que legitima a ação indemnizatória por infração ao direito da concorrência instaurada por associação de defesa dos consumidores) para evidenciar que por mais que a Lei não se aplica ao caso em apreço por ter sido proferido após a instauração da ação o mesmo demonstra a vontade do legislador português (como europeu) em legitimar essas ações.¹²⁰ Sem dúvida, a decisão a intervir será também um marco importante em matéria de *private enforcement* demonstrando desde já os benefícios da nova legislação para a aplicação do direito da concorrência e o devido ressarcimentos de vítimas dos comportamentos *antitrust* no mercado português.

No entanto, a Lei 23/2018 não dirimiu todas questões decorrentes do *private enforcement* em direito pátrio levando questões essenciais para quais possa se esperar resposta europeia para garantir a eficácia do sistema e a efetividade da reparação.

¹²⁰ “O diploma entrou em vigor em data muito posterior à instauração da ação e a disposição assinalada não se aplica ao presente processo, mas evidencia de forma muito clara o posicionamento do legislador quanto ao âmbito de atuação das associações que tenham por fim a defesa dos consumidores, atribuindo-lhes legitimidade para instaurar ações com vista ao ressarcimento dos prejuízos decorrentes de infração ao direito da concorrência – cfr. os arts. 1º e 3º - no âmbito da aludida Diretiva. Em suma, entende-se, ao contrário do tribunal de primeira instância, que a autora tem legitimidade (processual) para a presente demanda, pelo que procedem as conclusões de recurso”.

CAPÍTULO 3 : OS DESAFIOS DO MODELO EUROPEU DE PRIVATE ENFORCEMENT E SUA ADAPTAÇÃO AS ESPECIFICIDADES NACIONAIS

Como demonstramos nos exemplos acima referidos a nova legislação traz em seus seios questões que deverão encontrar suas respostas não só ao nível nacional quanto ao nível europeu.

Título 1 – Questões processuais no ordenamento jurídico português

A Lei 23/2018 de 5 de junho e sua aplicação em direito pátrio levam questões que já foram motivo de questionamento do Tribunal de justiça e outra deverão ser resolvidas pelos tribunais pátrios.

§1. A questão do prazo de prescrição e a aplicação das novas disposições¹²¹

A prescrição é um instituto geral do direito pelo qual extingue-se a exigibilidade de uma obrigação pela ocorrência do tempo. Como vimos, o artigo 498º, 1º do Código civil português, o direito de indemnização prescreve no prazo de três (3) anos, 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, sem prejuízo da prescrição ordinária se tiver decorrido o respetivo prazo a contar do facto danoso. Nos termos do artigo 6º, 1º da Lei 23/2018 o prazo de prescrição da ação em indemnização por ilícito da concorrência é de cinco (5) anos contando a partir do conhecimento ou do momento em que se possa razoavelmente presumir que teve conhecimento da infração ou da identidade do infrator (Artigo 6º, 1º, a) e b)). Este prazo suspende-se, em aplicação dos n.º4 e 5º deste artigo, quando a autoridade da concorrência der início à uma investigação até completar o prazo de um (1) ano apos a infração ter sido declarada por decisão transitada em julgado. Conforme prevê o artigo 24º, 2º da Lei 23/2018 as disposições processuais incluindo as alterações à Lei da Organização do Sistema Judiciário não se aplicam a ações intentadas antes de sua entrada em vigor. Levando assim a legitima questão que foi proposta pelo Tribunal Judicial da Comarca de Lisboa ao Tribunal de Justiça da União Europeia sobre a compatibilidade do artigo 498º, 1º do Código civil ao direito europeu conforme acima mencionado. Em acórdão de 28 de março de 2019 o Tribunal conclui à

¹²¹ Para aprofundar o tema: CATARINA VARAJÃO BORGES / INÊS NEVES / RICARDO TAVARES / TIAGO MONFORT – Sobre o prazo de prescrição e outros aspetos da Diretiva 2014/104/EU in *Revista de concorrência e regulação*, Ano VII, número 31, Julho-Setembro 2017 pp.215-240

incompatibilidade do direito pátrio às prescrições do artigo 102º TFUE e do princípio da efetividade. Os tribunais portugueses deverão se atentar a questão da prescrição e resolver se aplicar-se-há às ações instaurada antes da entrada em vigor da Lei 23/2018 (isto é dia 6 de agosto de 2018) a prescrição ordinária do artigo 309º do Código civil ou se devera aplicar-se a prescrição prevista no artigo 6º da Lei 23/2018.¹²² Da mesma forma, ao considerar que o início do decurso do prazo prescricional prescinde do conhecimento ou do suposto conhecimento do titular relativo à existência do direito e à sua titularidade o artigo 6º, 1º da Lei 23/2018 não permite resolver a disparidade de jurisprudência já existente em direito pátrio. Assim, por exemplo em Acórdão do TR do Porto de 10 de julho de 2006¹²³ em qual se pedia indemnização pelos danos sofridos em decorrência de venda de máquinas de jogo em Portugal sem respeitar a regulamentação aplicável, o tribunal fixou o termo *a quo* da contagem do prazo no momento da apreensão das máquinas por entender que neste momento se verificou a lesão dos interesses dos recorrentes sendo assim os prejuízos por eles sofridos. Já, em acórdão de 31 de outubro de 2013, o TRL¹²⁴ fixou o termo *a quo* na data da denúncia pela lesada à AdC. Mesmo que a denúncia representa no mínimo uma suspeita quanto ao eventual ilícito da concorrência, não se pode confirmar que esta denúncia é por si só o conhecimento efetivo do direito de reparação e, pior ainda, este entendimento leva a prejudicar a vítima das praticas antitrust mais prudente que, por realizar a denúncia, estaria numa situação pior do que a vítima que não denunciase a pratica junto à autoridade da concorrência¹²⁵.

No entanto, esta critica pode ser amenizada pela introdução da nova legislação da suspensão do prazo quando a AdC deu início à investigação durante um prazo de até um (1) ano após o transito em julgado da decisão da AdC.

Da mesma forma, o novo prazo permitiu homogeneizar as regras aplicáveis ao mesmo facto quando o direito pátrio previa um prazo no âmbito obrigacional (20 anos) muito maior ao prazo da responsabilidade civil extracontratual que por força na nova legislação passou a ser 5 anos. De facto, a nova legislação prevê a aplicação de prazos idênticos quer seja para ações intentadas por vítimas diretas quer seja ações intentadas por vítimas indiretas do ilícito antitrust.¹²⁶

¹²² Para exemplo de situações que possam vir a ocorrer refere-se à CATARINA VARAJÃO BORGES / INÊS NEVES / RICARDO TAVARES / TIAGO MONFORT, *op. cit.* p. 230-234

¹²³ Acórdão do TR do Porto, 10 de julho de 2006, processo n° 0653357, consultado em 6 de agosto de 2019 em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/f0229fd1d9de22f3802571b0004c69e5?OpenDocument&Highlight=0,0653357>

¹²⁴ Acórdão do TR de Lisboa, 31 de outubro de 2013, processo n° 2271/11.8TVLSB.L1-8, consultado em 6 de agosto de 2018 em <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/4ae831c5cbaa7b4680257c3c00527da7?OpenDocument&Highlight=0,2271%2F11>

¹²⁵ CATARINA VARAJÃO BORGES / INÊS NEVES / RICARDO TAVARES / TIAGO MONFORT, *op. cit.* p. 222

¹²⁶ CATARINA VARAJÃO BORGES / INÊS NEVES / RICARDO TAVARES / TIAGO MONFORT, *op. cit.* p. 224

No entanto os efeitos positivos da nova legislação ao estender o prazo de prescrição serão limitados se não houver unanimidade na jurisprudência no tratamento a dar ao início de sua contagem. Assim conclui parte da doutrina ao considerar que só após averiguar qual o termo *a quo* que melhor condiz com o instituto do *private enforcement* que a figura da prescrição poderá por fim cumprir as funções de proteção que lhe incumbem e segurança jurídica.¹²⁷

§2. A questão da prova constituída por decisão da Autoridade da concorrência nacional e de outro Estado Membro

2.1. A prova constituída por decisão da AdC nacional

Nos termos do artigo 7º, 1º da Lei 23/2018 a declaração pela AdC portuguesa através de decisão definitiva ou de decisão transitada em julgado do tribunal de recurso constitui presunção inilidível da existência da infração para efeitos da ação de indemnização pelos danos dela resultantes. Esta disposição é conforme ao n.º1 do artigo 9º da Diretiva que prescreve que sempre que a AdC nacional declare a existência de uma infração essa passa a ser uma matéria subtraída à apreciação do tribunal no âmbito de uma ação de indemnização.¹²⁸ No entanto, nos termos do artigo 623º do Código de processo civil 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 pratica da infração. Ora, por força do artigo 24º da Lei 23/2018 acima mencionado, as disposições do artigo 623º do Código de processo civil encontram plena força para as ações intentadas antes da entrada em vigor da Lei 23/2018 trazendo uma disparidade de situação injustificada entre as ações anteriores em quais a decisão da Autoridade da concorrência constitui presunção ilidível e as ações posteriores a 6 de agosto de 2018 para as quais a mesma decisão constitui presunção inilidível.

Alem do mais, este artigo atribui efeito inelidível a decisão da autoridade da concorrência ou de decisão de tribunal de recurso transitado em julgado no que se refere à existência do facto ilícito, culposo e danoso. No entanto, a vítima de danos deverá em cada processo provar que sofreu os danos alegados assim como o nexo de causalidade entre estes danos e o

¹²⁷ CATARINA VARAJÃO BORGES / INÊS NEVES / RICARDO TAVARES / TIAGO MONFORT, *op. cit.* p. 226

¹²⁸ CATARINA VARAJÃO BORGES / INÊS NEVES / RICARDO TAVARES / TIAGO MONFORT, *op. cit.* p. 237

comportamento antitrust levando uma inevitável questão sobre esta análise pelo juiz pátrio e, mais ainda, sobre os riscos de disparidade entre as decisões proferidas nos tribunais dos outros Estados-Membros sobre mesmo facto. Parte da doutrina pátria também criticou esta presunção considerando os riscos para a AdC nacional em sofrer maior pressão na adoção da decisão o que poderá a levar a tomar decisões mais precaucionais uma vez que passam a decidir não só o desfecho do procedimento administrativo, mas também a ter uma influência sobre o processo cível já que suas decisões passarão a ter duplo efeito.¹²⁹

2.2. A decisão da autoridade da concorrência de outro Estado Membro e suas consequências em direito pátrio

Da mesma forma, outra questão é o efeito que foi atribuído às decisões das AdC dos outros Estados-Membros quando o artigo 7º, 2º da Lei 23/2018 atribui efeito de presunção ilidível às decisões dessas autoridades. Este reconhecimento poderá levar disparidade na apreciação dos mesmo comportamento *antitrust* quer seja pela AdC de um Estado-Membro quer seja pelo juiz nacional, disparidade que não condiz com a dimensão supranacional do direito da concorrência e de sua influência significativa nos diversos Estados-Membros.¹³⁰

§2. A questão do direito de regresso e caso de responsabilidade solidaria

Nos termos do artigo 5º, 5º, da Lei 23/2018, o direito de regresso entre coinfratores existe na medida de sua responsabilidade relativa pelos danos causados pela infração, presumindo-se tal responsabilidade equivalente à média das suas quotas nos mercados afetados pela infração, durante a sua participação nesta, salvo prova contrário, nomeadamente quanto ao papel desempenhado por cada coinfrator na infração. Podemos ver neste dispositivo um exemplo de “*market-share liability*” em qual a responsabilidade se afirma independentemente da prova da causalidade e independentemente do estabelecimento de um nexo de imputação objetiva?¹³¹ Neste modelo, a responsabilidade é independente da atuação real do operador económico no mercado já que é determinada pela quota de mercado que cada um detém de tal modo que, se vier provar que o consumidor não utilizou um bem fornecido por um determinado produtor, este continua a ser responsabilizado.¹³² Não se considera aplicação deste modelo já que o artigo

¹²⁹ CATARINA VARAJÃO BORGES / INÊS NEVES / RICARDO TAVARES / TIAGO MONFORT, *op. cit.* p. 238

¹³⁰ CATARINA VARAJÃO BORGES / INÊS NEVES / RICARDO TAVARES / TIAGO MONFORT, *op. cit.* p. 239

¹³¹ MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Op. Cit.* p.300

¹³² MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Op. Cit.* p.300

estabelece presunção ilidível podendo o infrator que não considera que sua responsabilidade no ilícito da concorrência seja proporcional a sua quota de mercado trazer prova contrario demonstrando os limites de sua atuação ilícita.

No entanto, esta disposição não nos parece conforme ao direito pátrio e principalmente, aos artigos 483º e 497º do Código civil. Nos termos do artigo 3º, 1º, da Lei 23/2018 a empresa ou associação de empresas que cometer uma infração ao direito da concorrência fica obrigada a indemnizar integralmente os lesados pelos danos resultantes de tal infração, nos termos previstos no artigo 483º, do Código Civil. No entanto, o artigo 483º, 1º do Código civil prevê que aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem em qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação e o artigo 497º, 3º do Código civil dispõe que o direito de regresso entre os responsáveis existe na medida das respetivas culpas e das consequências que delas advieram presumindo-se iguais as culpas das pessoas responsáveis. Desta forma, a solução patenteada pela doutrina da “*market-share liability*” quadra mal com as soluções predispostas pelo ordenamento jurídico ao nível delictual. No âmbito do regime de responsabilidade extracontratual pátrio quando há mais do que um responsável a responsabilidade é solidaria não havendo suporte normativo para a imposição de um dever de indemnizar proporcional as quotas de mercado de cada um dos produtores. Além disso, a afirmar-se em caso de incerteza causal, a responsabilidade solidária dos participantes, abre-se a possibilidade de um ou vários produtores virem provar que o seu produto não foi o causador do dano, expediente que perde sentido do âmbito do “*market-share liability*”. Em segundo lugar, ainda que se aceita a responsabilização dos agentes em caso de causalidade alternativa incerta, a resposta deve ser aplicada em função do requisito causal e não a considerações decorrente da dificuldade da prova.¹³³ Para uma parte da doutrina civilista, seria melhor continuar aplicando os preceitos do Código civil que nos manda atender à gravidade das culpas e à contribuição causal de cada um dos participantes para o surgimento da lesão, presumindo-se igual a responsabilidade quando estes dados não possam ser comprovados. E que, em rigor, este critério mostra-se mais consentâneo com o próprio fundamento da obrigação solidaria que tem lugar porque, assumindo com o comportamento uma esfera de risco, o sujeito é, no tocante às relações externas, responsável por todo o dano. E, se assim é a esse nível, não poderá deixar de se partir de uma presunção de igualdade.¹³⁴

¹³³ MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Op. Cit.* p.300

¹³⁴ MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Op. Cit.* p.303

§3. A questão da competência exclusiva do Tribunal da Concorrência, regulação e supervisão

Em aplicação do artigo 112º, 3º e 4º da Lei de Organização do Sistema Judiciário na sua nova redação decorrente da Lei 23/2018, compete ao tribunal julgar ações de indemnização cuja causa de pedir se fundamente exclusivamente em infrações ao direito da concorrência, ações destinadas ao exercício do direito de regresso entre coinfratores, bem como pedidos de acesso a meios de prova relativos a tais ações, nos termos previstos na Lei 23/2018 de 5 de junho, compete ainda ao tribunal julgar todas as demais ações civis cuja causa de pedir se fundamente exclusivamente em infrações ao direito da concorrência previstas nos artigos 9º, 11º e 12º da Lei nº 19/2012 de 8 de maio, em normas correspondentes de outros Estados-Membros e/ou nos artigos 101º e 102º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia bem como pedidos de acesso a meios de prova relativos a tais ações, nos termos previstos na Lei 23/2018 de 5 de junho”. O uso do termo “exclusivamente” levanta dúvida sobre a competência do Tribunal em aplicação da Lei 23/2018. Trata-se de casos complexos em quais a ação tem causa de pedir com vários fundamentos sendo um deles a questão de ilícito concorrencial, neste caso devemos considerar que o Tribunal da concorrência, regulação e supervisão tem competência exclusiva por força do número 2º deste artigo? Da mesma forma, imaginemos uma ação complexa no qual o decorrer do processo levanta questões de responsabilidade de agente por ilícito da concorrência, o tribunal em qual à ação foi proposta deverá então suspender o processo para interrogar o Tribunal da concorrência sobre a questão referente à infração do direito da concorrência e suas consequências na ação pendente junta à outra jurisdição? E caso não, poder-se-há um risco de juízes não especialistas julgarem estes casos complexos sem os devidos conhecimentos em matéria de direito da concorrência para os quais o Tribunal da concorrência, regulação e supervisão teria mais legitimidade e competência em julgar? Sem pretender resolver aqui questões complexas que virão a ser apresentadas, alertamos sobre a necessidade de dispor, nesta matéria, de regras claras, homogêneas e conforme aos objetivos do legislador europeu e nacional.

Assim, a Lei 23/2018 em transpor a Diretiva no direito pátrio suscita questões de conformidade da nova legislação aos princípios da responsabilidade delitual por ora vigente.

Título 2 – A necessária harmonização das jurisprudências nacionais e europeias em matéria de responsabilização dos atores económicos

A nova legislação apela os tribunais pátrios a ter cautela na sua aplicação e, nomeadamente, no que se trata da quantificação dos danos e sua aplicação para evitar as práticas de *shopping law* ou *fórum law*.

§1. A necessária harmonização da jurisprudência pátria na quantificação dos danos incorridos por ilícitos da concorrência

Nos termos do artigo 9º, 1º da Lei 23/2018, os carteis são responsáveis pelos danos causados pelas infrações que pratiquem, salvo prova em contrário.¹³⁵ O n.º 2º deste artigo prevê que caso seja praticamente difícil ou impossível calcular com exatidão os danos totais sofridos pelo lesado ou o valor da repercussão a que se refere o artigo anterior, tendo em conta os meios de prova disponíveis, o tribunal procede a esse cálculo por recurso a uma estimativa aproximada, podendo, para o efeito, ter em conta a Comunicação da Comissão (2013/C 167/07), de 13 de junho de 2013, sobre a quantificação dos danos nas ações de indemnização que tenham por fundamento as infrações aos artigos 101.º e 102.º do TFUE. A AdC poderá presta assistência ao tribunal, a pedido deste, na quantificação dos danos resultantes do comportamento *antitrust*. Em aplicação do disposto neste artigo o juiz pátrio ao julgar um caso de *private enforcement* é livre de seguir os *Guidelines* da Comissão europeia sobre quantificação de danos assim como solicitar para o efeito a ajuda da AdC, desta forma é imprescindível para eficácia do sistema que o juízo pátrio se atenta a elaborar decisões homogêneas quanto à qualificação de danos, homogeneidade jurisprudencial para evitar os limites já apontados por soluções disparatas que já foram destacados na pratica americana.

§2. A necessária harmonização das jurisprudências nacionais ao nível europeu

Para garantir assegurar a eficácia do sistema e os objetivos do legislador deverão os tribunais dos Estados-Membros se atentarem em fazer uma aplicação homogênea da Diretiva e, assim, de suas consequências em termo de responsabilização dos atores económicos. Isto é, a questão da quantificação dos danos sofridos por vitimas do comportamento *antitrust* devera não so seguir um padrão a nível nacional como à nível europeu evitando desta forma as praticas de

¹³⁵ Para aprofundar a questão da ressarcibilidade dos danos patrimoniais puros em direito patrio MARIA ELISABETE RAMOS p. 49-57

fórum shopping. Sobre esta questão, se a experiência das AdC e da Comissão pode ajudar nos métodos para quantificar os danos sofridos pelas vítimas do ilícito da concorrência, ela não é suficiente já que como destacam alguns autores o ilícito concorrencial é gerador de dois tipos de danos: o dano concorrencial que resulta do efeito perturbador da prática sobre o mercado e o prejuízo *stricto sensu* que é os efeitos da prática anticoncorrencial sobre outros atores do mercado e consumidores.¹³⁶ Ora, é precisamente este prejuízo que deve ser indemnizado em aplicação das novas regras e quantificado para o efeito. Já, o dano concorrencial relevaria da tradicional ação pública. Como já foi apreço pelos tribunais franceses ao contrário da quantificação dos danos privados que necessitam uma apreciação precisa do prejuízo, o dano à economia não precisa ser quantificado pela AdC já que ela só precisa constatar a existência do dano e sua importância para a economia determinando assim a coima aplicável.¹³⁷ Logo, o dano à economia pode ser apreciado de maneira qualitativa quando o dano privado deve ser quantificado de maneira quantitativa. Desta forma, é precisamente este novo desafio de quantificação que deverão superar os tribunais nacionais dos Estados-Membros evitando disparidades que poderiam levar a escolha das jurisdições menos severas para situar o ilícito da concorrência. Para tanto cabe considerar que a indemnização tem por objetivo em colocar o lesado na situação em qual ele estaria se o ilícito concorrencial não tivesse ocorrido. A Comissão acrescentou no seu documento de trabalho que o cálculo do prejuízo incorrido por incumprimento da concorrência depende de variáveis económicas que devem ser consideradas diante das provas estabelecidas como, por exemplo, os preços, volumes de vendas, margens, custo, quotas de mercados *etc.*¹³⁸ aconselhando a aplicação dos métodos de quantificação como os métodos comparativos ou o método da simulação¹³⁹.

¹³⁶ BENJAMIN LEHAIRE, *L'action privée en droit des pratiques anticoncurrentielles : pour un recours effectif des entreprises et des consommateurs en droit français et canadien*, Tese de doutoramento, Université de la Rochelle, 11 octobre 2014 consultado em : <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01175493/document>

¹³⁷ Por exemplo: Corte de Apelação de Paris em acórdão de 30 de junho de 2011 n° 2010/12049; Corte de apelação de Paris em acórdão de 26 de janeiro de 2012 n° 2010/23945, Acórdão da Corte suprema francesa (Cour de cassation) de 30 de maio de 2012 n° 11-22.144

¹³⁸ Considerando 15, Guia Prático quantificação dos danos nas ações de indemnização com base nas infrações aos artigos 101° e 102° do Tratado sobre o funcionamento da União Europeia consultado em: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_guide_pt.pdf

¹³⁹ Guia Prático quantificação dos danos nas ações de indemnização com base nas infrações aos artigos 101° e 102° do Tratado sobre o funcionamento da União Europeia consultado em : http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_guide_pt.pdf

§3. A questão das ações de grupos nos diversos Estados-membros

De acordo com o artigo 1º, n.º2 da Lei n.º 83/95 de 31 de agosto a proteção do consumo de bens e serviços é um interesse protegido para efeito de ação popular. O autor da ação popular sendo uma vítima de comportamento antitrust, a lei portuguesa não exige nenhum requisito relativo à consistência da representatividade dos restantes membros da classe nem de qualquer autorização ou mandato dos outros membros da classe para promover a ação popular.¹⁴⁰ O sistema pátrio de ação popular está baseado no sistema de *opting out* o que significa que são abrangidos pela ação popular as vítimas do comportamento *antitrust* que não teriam exercido o direito de autoexclusão nos termos do artigo 19º da Lei n.º 83/95. Para um exemplo de aplicação de ação **popular** em sede de *private enforcement* já destacamos o acórdão n.º 7074/15.8T8LSB.L1-1 do TRL de 4 de dezembro de 2018 em qual o Tribunal reconheceu a legitimidade da OdC em propor ação de Grupo contra o Sport Tv¹⁴¹.

Uma das questões relevante em sede de *private enforcement* da concorrência é a questão relacionada com a fixação da indemnização e a liquidação da mesma aos diversos lesados. Pois, nos termos do artigo 22º, n.º2 da Lei 83/95 a indemnização pela violação de interesses de titulares não individualmente identificados é fixada globalmente sendo que os titulares de interesses indetificados terao direito a uma indemnização fixada nos termos gerais da responsabilidade civil.¹⁴² No entanto a lei portuguesa não determina nenhuma criterio para a fixação do quantum indemnizatorio e a lei 23/2018 como vimos tampouco oferece qualquer esclarecimento sobre a questão.

Além da questão da quantificação do dano e repartição em sede de ação popular cabe destacar que ao nível europeu a ação popular demonstra uma grande heterogeneidade no que se trata do seu reconhecimento, seus mecanismos e sua eficácia.¹⁴³ Para favorecer uma harmonização das legislações aplicáveis nos Estados-Membros a Comissão promulgou uma recomendação sobre os princípios comuns que devem reger estas ações¹⁴⁴. A í de exemplo, podemos citar o caso de

¹⁴⁰ MARIA ELISABETE RAMOS, *op. cit.* p.67

¹⁴¹ Consultado em:

<http://www.citius.mj.pt/portal/BasesJuridicoDocumentaisFrame.aspx?tipo=0&pagina=7>

¹⁴² MARIA ELISABETE RAMOS, *op. cit.* p.69

¹⁴³ Para aprofundar a materia Relatorio da Commissao “Evaluation of the effectiveness and efficiency of collective redress mechanism in the European Union” consultado em 7 de Agosto de 2019 em http://www.civic-consulting.de/reports/collective%20redress_study.pdf

¹⁴⁴ 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 Europeia consultado em 7 de agosto de 2019 em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32013H0396&from=FR>

Portugal que reconheceu o sistema de *opt out* enquanto em França é o sistema de *opt in* que se aplica, da mesma forma se em Portugal *contengency fees*¹⁴⁵ são proibidos, já não é o caso em Espanha em qual os honorários de resultados são autorizados em caso de ação popular. Assim, para realizar os objetivos da Directiva *private enforcement* e garantir a plena aplicação dos princípios de efetividade seria importante que o legislador europeu se atela à elaboração de uma norma vinculativa sobre a ação de grupo na União Europeia.

*

* *

CONCLUSÃO

A União Europeia teve muito a ganhar dos ensinamentos da prática americana na sanção de comportamentos *antitrust*. Como vimos, o modelo americano que foi se construindo desde a Revolução Industrial encontrou no *private enforcement* uma resposta para garantir com eficácia a sanção dos atores económicos (objectivo do *publico enforcement*) e assegurar a devida reparação dos danos sofridos pelas vítimas diretas e indiretas dos comportamentos *antitrust* (objectivo do *private enforcement*).

Face a rapidez da construção europeia tanto jurídica quanto económica, a Comissão entendeu a oportunidade de favorecer uma prática do *private enforcement* que permitisse assegurar a concorrência no mercado ao través da atuação de *private enforcers*. Foi neste contexto que junto com a jurisprudência do TJUE a autoridade da concorrência promoveu um modelo europeu de *private enforcement* que não vertesse nos limites da prática americana e não prejudicasse, quando aplicável, os processos propostos por ou junto às AdC nacionais ou à Comissão. A Diretiva 2014/104/UE veio neste contexto assegurar uma aplicação homogénea do *private enforcement* nos Estados-Membros com a codificação do que já tinha sido julgado pelo TJUE. No entanto por mais ambicioso que foi o texto, ele não foi suficiente para resolver todas as questões que serão encontradas na prática assim como a adaptação dos processos privados aos direitos nacionais. Desta forma, a Lei 23/2018 de 5 de junho que transpôs em direito pátrio o mecanismo de *private enforcement* que esta previsto da Diretiva não esta isento de críticas e de questões que deverão ser resolvidas pelos juízes nacionais. Forçoso constatar que para não

¹⁴⁵ Honorario de resultado

verter nos limites auferidos pela prática *antitrust* americana ou cair em desuso, o *private enforcement* deverá ser encorajado pelas AdC e autoridades judiciais nacionais através de decisões que garantem a homogeneidade tanto a nível nacional que europeu e que favorecem o objetivo de cada instituto sendo para o *public enforcement* a proteção da ordem económica e para o *private enforcement* a maior eficácia das normas *antitrust* através da ameaça da sanção dos operadores económicos e das chances de obter a devida reparação dos danos pelas vítimas dos comportamentos *antitrust*.

Assim, citando a Dra. Margarida Rosado da Fonseca “aguardamos (...) com expectativa os desenvolvimentos no nosso país quanto a esta temática, em particular no que respeita à relevância da futura prática decisória da AdC (enquanto potencial “matéria-prima” para ações de indemnização *follow-on?*), quanto à jurisprudência do TJUE e quanto à crescente consciencialização dos lesados no nosso país (nos quais se inclui o próprio Estado Português em sentido amplo) para as virtualidades deste tipo de ação e à semelhança do que se passa em Espanha, para a consolidação da prática. Diria, influenciada por Marguerite Yourcenar, que o tempo irá funcionar, uma vez mais, como um grande escultor”.¹⁴⁶

¹⁴⁶ MARGARIDA ROSADO DA FONSECA, “Relevância da Lei n.º 23/2018 para a aplicação privada das regras de concorrência em Portugal – razão de ser e utilidade para quem sofre danos por práticas contrárias à concorrência”, consultado em 9 de agosto de 2019 em <http://boletim.oa.pt/project/abr19-private-enforcement-do-direito-da-concorrenca/>

ÍNDICE BIBLIOGRÁFICO

I- LIVROS E REVISTAS

- ADELAIDE MENEZES LEITA, *Normas de proteção e danos puramente patrimoniais*, Tese de doutoramento sobre a direção do Professor Antonio Menes Cordeiro, Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito, outubro 2007
- ALFONSO GUTIERREZ AND TOMAS ARRANZ, “Chapter 22. Spain” in *The private competition enforcement review*, Law Business Research, Março 2017 consultado em 14 de Agosto de 2019 em https://www.uria.com/documentos/publicaciones/5677/colaboraciones/2203/documento/Spain_-_The_Private_Competition_Enforcement_Review.pdf?id=7577
- ANTOINE GUERIN, *Quelle doit être la place du public enforcement et du private enforcement en droit de la concurrence*, dissertação sob a direção do Professor Louis Vogel, Universidade Pantheon-Assas, 2016
- A. KOMNIOS, « The Relationship between Public and Private enforcement: quod Dei Deo, quod Caesaris Caesari” in P. LOWE and M. MARQUIS (ed.), *European Competition law Annual: 2011: Integrating Public and Private Enforcement. Implications for Courts and Agencies*, Hart Publishing, Portland, 2014.
- DENIS WAELBROECK, DONALD SLATER AND GIL EVEN-SHOSHAN, “*Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC Competition rules*”, 31 de agosto de 2004, ASHURTS LLP. :
http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/comparative_report_clean_en.pdf
http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/executive_summaries/portugal_en.pdf /
http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/executive_summaries/france_en.pdf
http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/executive_summaries/spain_en.pdf
- B. BAER, *Public and Private Antitrust Enforcement in the United States*, in *Remarks as Prepared of Delivert to European Competition Forum 2014*, Bruxelas, Fevereiro de 2014.

- B. E. HAWK e J.D VELTROP, Dual Antitrust Enforcement in the United States: Positive or Negative Lessons For the European Community, in P.J. SLOT e A. McDONNELL, “Procedure and Enforcement in E.C and U.S Competition Law”, *Proceedings of the Leiden Europa Institut Seminar on User friendly Competition Law, Sweet and Maxwell*, Londres, 1993. B. HAWK e L. LAUDATI, Antitrust Federalism in the United States and Decentralization of Competition Law Enforcement in the European Union: a Comparison, *Fordham International Law Journal*, Vol. 20, Issue 1, 1996.
- CATARINA VARAJÃO BORGES / INÊS NEVES / RICARDO TAVARES / TIAGO MONFORT – Sobre o prazo de prescrição e outros aspetos da Diretiva 2014/104/EU in *Revista de concorrência e regulação*, Ano VII, número 31, Julho-Setembro 2017 pp.215-240
- CHLOE MATHONNIERE, La Directive *private enforcement* fait son entrée en droit interne ! , Actualité du droit, *Revue Lamy de la concurrence*, 15 mars 2017. D. RITLENG, « L’effectivité du droit européen de la concurrence. Quelques observations introductives. », *R.U.E*, 2015, p. 277
- FRANCISCO MARCOS, “La aplicacion priada del derecho defensa de la competencia por los jueces y tribunales espanoles”, consultado em 14 de agosto de 2019 em <https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=834111114068083081124103112009098092051072061008025071104124067085008029100098095026058013060031021036017103030006003092125005114050071046052029027118069110004066098009058047088017003018079090023117098022112115127084121089102072120089027107090066127068&EXT=pdf>
- Horizontal Merger Guidelines, FTS and U.S Department of Justice, 9 de Agosto de 2010
- JACQUES DERRIDA, *Force de loi*, Gallillée 2005, p. 17
- J.-C. RODA, Les enquêtes en droit américain de la concurrence, *Lamy Concurrence*, 2008 n°17
- COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS, Livro verde: Ações de indemnização devido à violação das regras comunitárias no domínio antitrust de 19 de dezembro de 2005
- COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS, Livro Branco sobre Acções de indemnização por incumprimento das regras da UE no domínio antitrust de 2 de abril de 2008
- MAFALDA MIRANDA BARBOSA, Private Enforcement do direito da concorrência em Portugal: o antes, o agora e o depois da responsabilidade civil por violação de normas concorrenciais, *Direito*, Ano 149 II, 2017, JURIDIREITO, Lisboa, p. 277-310MIGUEL SOUSA FERRO, Jurisprudência portuguesa de Direito da Concorrência, “Capitulo 7: Jurisprudência de *private enforcement*”

- MARGARIDA ROSADO DA FONSECA, “Relevância da Lei n.º 23/2018 para a aplicação privada das regras de concorrência em Portugal – razão de ser e utilidade para quem sofre danos por práticas contrárias à concorrência”, consultado em 9 de agosto de 2019 em <http://boletim.oa.pt/project/abr19-private-enforcement-do-direito-da-concorrenca/>
- MARIA ELISABETE RAMOS, “Situação do *Private Enforcement* da concorrência em Portugal” in Revista da concorrência e regulação, Ano VII, n.º 27-28, julho-dezembro 2016
- MIGUEL SOUSA FERRO, “A definição de mercados relevantes no direito europeu e português da concorrência”, Tese de Doutoramento, Almedina, 2015.
- A. MITCHELL POLINSKY, STEVEN SCHAVELL, The theory of public enforcement of law, *Handbook of Law and Economics*, Volume I, 2007, p. 405
- Protocol for Coordination in Merger Investigations between the Federal Enforcement Agencies and States Attorneys General – <https://www.justice.gov/sites/default/files/atr/legacy/2011/12/21/1773.pdf>
- Relatório anual do TJUE – 2014 p. 53 / https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2015-04/pt_ej_annual_report_2014_pr1.pdf
- Relatório da Comissão “Evaluation of the effectiveness and efficiency of collective redress mechanism in the European Union” consultado em 7 de Agosto de 2019 em http://www.civic-consulting.de/reports/collective%20redress_study.pdf
- 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 Europeia consultado em 7 de agosto de 2019 em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32013H0396&from=FR>
- ROBERT H. LANDE, JOSHUA P. DAVIS, “Benefits from private antitrust enforcement : an analysis of forty cases”, *University of San Francisco Law Review*, Vol. 42, 2008, p. 904
- R. VAN DER BERGH, Private enforcement of European competition law and the persisting collective action problem, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, n.º1, 2013.
- SILVIA PIETRINI, Le Private Enforcement et le «Public Enforcement après la directive 2014/104/UE : de nouvelles synergies pour un nouvel équilibre dans l’application du droit des pratiques anticoncurrentielles ?”, in *Contentieux du droit de la concurrence de l’Union européenne – Questions d’actualité et perspectives*, Bruylant p.

310<https://www.reuters.com/article/us-italy-nutella/ferrero-sets-aside-3-million-for-nutella-us-class-action-idUSBRE83S07Y20120429>

II- NORMAS JURÍDICAS

- Tratado de Roma de 25 de março de 1957
- Tratado sobre o funcionamento da Uniao europeia de 26 de outubro de 2012
- Lei 23/2018 de 5 de junho
- Portaria nº 2017-303 de 9 de março de 2017, JO 10 de Março ; Decreto nº 2017-305 de 9 de março de 2017, JO 10 de Março. Lei de 16 de abril 1888, Ch. 84, 1888 Iowa Acts 124
- Lei de 9 de março de 1889, ch. 257, 1889 Kan. Sess. Laws 389;
- Lei de 7 de março de 1889, ch. 266, 1889, Me. Lws 253;
- Lei de 11 de março de 1889, ch.374, 1889 N.C. Sess. Las 372;
- Lei de 29 de março de 1889, ch. 69, 1889, Neb. Las 516;
- Lei de 30 de março de 1889, ch. 117, 1889 Tex. Gen. Laws 141;
- Lei de 6 de abril de 1889, ch. 250, 1889 Tenn. Acts 475;
- Lei de 18 de maio de 1889, 1889 Mo. Las 96;
- Lei de 1º de julho de 1889, nº 225, 1889 Mich. Pub. Cts 331.
- Lei de 22 de fevereiro de 1890, ch. 36, 1890 Miss. Laws 55;
- Lei de 3 de março de 1890, ch. 174, 1890 N.D. Laws 503;
- Lei de 7 de março de 1890, ch. 154, 1890 S.D. Sess. Laws 323;
- Lei de 20 de março de 1890, ch. 1621, 1890 Ky. Acts 143.
- Lei de 2 de julho de 1890, ch. 647, 26 Stat. 209 (1890) Sherman Act
- Lei de 15 de outubro de 1914, ch.323, 38 Stat. 730 (15 de outubro de 1914)
- S.443 – Antitrust Criminal Investigative Improvements Act of 2005
- Public Law 111-30
- https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/statutes/federal-trade-commission-act/ftc_act_incorporatingus_safe_web_act.pdf

III- JURISPRUDÊNCIA

- Decisão Hawaii v. Santard Oil Co., 405 U.S. 251, 262 (1972)
- Hawai v. standard Oil Co., 405 U.S. 251 (1972)

- Mitsubishi Motors Corp. v. soler Chrysler-Plymouth, Inc. 473 U.S 614,635 (1985)
- Perma Life Mufflers, Inc. V. International Parts Corp., 392 U.S. 134, 392 U.S 138-139 (1968)
- Hickman v. Taylor, 329 U.S 495, 501 (1947)
- Bell Atlantic Corp. V. Twombly, 550 U.S 544 (2007)
- Bell Atlantic Corp. V. Twombly, 550 U.S 544 (2007)
- Decisão da Autoridade da concorrência de 14 de junho de 2013, consultado em: http://www.concorrenca.pt/vPT/Praticas_Proibidas/Decisoes_da_AdC/Documents/Decisa_oPRC201002.pdf
- Acórdão do Tribunal de Justiça de 28 de março de 2019 consultado em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=AC1EBEFF27CAAEED944B76A43A3CB564?text=&docid=212328&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=5938981>
- Corte de Apelação de Paris em acórdão de 30 de junho de 2011 n° 2010/12049
- Corte de apelação de Paris em acórdão de 26 de janeiro de 2012 n° 2010/23945
- Acórdão da Corte suprema francesa (Cour de cassation) de 30 de maio de 2012 n° 11-22.144
- Acórdão n° 7074/15.8T8LSB.L1-1 do Tribunal da Relação de Lisboa de 4 de dezembro de 2018, consultado em : <http://www.citius.mj.pt/portal/BasesJuridicoDocumentaisFrame.aspx?tipo=0&pagina=7>
- DECO v. PT e OdC v Sport tv
- Cabovisão v Sport TV; COGECO v Sport TV
- NOS v PT (I) e (II)
- Onitelecom v PT
- Acordao do TR do Porto, 10 de julho de 2006, processo n° 0653357, consultado em 6 de agosto de 2019 em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/f0229fd1d9de22f3802571b0004c69e5?OpenDocument&Highlight=0,0653357>
- Acordao do TR de Lisboa, 31 de outubro de 2013, processo n° 2271/11.8TVLSB.L1-8, consultado em 6 de agosto de 2018 em <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/4ae831c5cbaa7b4680257c3c00527da7?OpenDocument&Highlight=0,2271%2F11>