



***Private enforcement* do direito antitrust:  
novas perspectivas sobre a aplicação privada do  
Direito da Concorrência com a Diretiva 2014/104/EU**

Alexandre L. Dias Pereira<sup>1</sup>

**Introdução**

A aplicação privada (*private enforcement*) do direito da concorrência é um tema de grande atualidade e interesse. Todavia, na jurisprudência interna, o *private enforcement* do direito antitrust não tem ainda expressão significativa. A Diretiva 2014/104/EU<sup>2</sup> é suscetível de alterar este *status quo*, no sentido de aproximar a *law in the books* à *law in action*. Começando por uma análise esquemática do direito da concorrência (*antitrust*), este trabalho analisa as soluções da diretiva, comparando-as com o direito interno, e advoga a sua transposição por via de legislação especial, sem prejuízo de uma futura recodificação do Direito Comercial que

---

<sup>1</sup> Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal

<sup>2</sup> Diretiva 2014/104/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de novembro de 2014, relativa a certas regras que regem as ações de indemnização no âmbito do direito nacional por infração às disposições do direito da concorrência dos Estados-Membros e da União Europeia. Sobre a competência da EU para harmonizar esta matéria, ver T. Jaeger, "Gemeinschaftskompetenz "private enforcement"? Zur Zulässigkeit einer Harmonisierung der Zivilrechtsdurchsetzung des Wettbewerbsrechts", *Juristische Blätter* 129, 6 (2007), p. 349-69.



integre o direito da concorrência à semelhança do Código Comercial francês (artigos L 420 e L 430).

### **Traços gerais do direito português da concorrência**

Uma das prioridades económicas do Estado é, nos termos do artigo 81/f), da Constituição da República Portuguesa, “Assegurar o funcionamento eficiente dos mercados, de modo a garantir a equilibrada concorrência entre as empresas, a contrariar as formas de organização monopolistas e a reprimir os abusos de posição dominante e outras práticas lesivas do interesse geral”.

A disciplina da concorrência está prevista na Lei n.º 19/2012, de 8 de maio (LC)<sup>3</sup>, que se aplica a quaisquer práticas anticoncorrenciais (ou antitrust) que tenham lugar ou produzam os seus efeitos em território português (art. 2/2), incluindo os cartéis (acordos e práticas concertadas), o abuso de posição dominante e o abuso de dependência económica, por um lado (arts. 9 a 12), e o controlo das concentrações, por outro (arts. 36 a 59). A Lei da Concorrência regula ainda aspetos de procedimento (arts. 13 a 55), bem como a atividade da Autoridade da Concorrência, em especial no que respeita aos seus poderes de inspeção e auditoria, e de

---

<sup>3</sup> Substituiu a Lei 18/2003 de 11 de junho, a qual substituiu o Decreto-Lei n.º 371/93 de 29 de outubro, que por seu turno tinha substituído o Decreto-lei n.º 422/83 de 3 de dezembro. Para uma introdução geral às fontes e aos princípios do Direito da Concorrência, vide Alexandre L. Dias Pereira, “Direito da concorrência e liberdade de empresa”, *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. 89/2, p. 97-131. Para uma anotação artigo-por-artigo à Lei da Concorrência, vide M. Lopes Porto et al (coord.), *Lei da Concorrência Anotada - Comentário Conimbricense*. Almedina, Coimbra, 2013.



elaboração de recomendações, incluindo no domínio das ajudas de Estado (arts. 60 a 65), e ainda os seus procedimentos decisórios em matéria de infrações e aplicação de sanções (arts. 67 a 93). A Lei da Concorrência é complementada por legislação especial, nomeadamente o regime da clemência aprovado pela Lei n.º 39/2006, de 25 de agosto.

A aplicação privada do direito antitrust não é objeto de regulação específica e a bibliografia portuguesa não é abundante<sup>4</sup>, talvez por se considerar o direito da concorrência um instrumento sobretudo de regulação dos mercados e não de proteção de interesses particulares.<sup>5</sup>

### **Private enforcement no direito da UE**

O direito antitrust da União Europeia, que consiste na proibição dos cartéis e do abuso de posição dominante (arts. 101 e 102 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia - TFEU), é diretamente aplicável pelas autoridades da concorrência e pelos

---

<sup>4</sup> Ver, nomeadamente, J.M. Coutinho de Abreu, “Private enforcement of competition law in Portugal”, in L.A. Velasco San-Pedro (dir.), *Private enforcement of competition law*. Lex Nova, Valladolid, 2011, p. 101; F.D. Couto Campos, *A reparação dos danos sofridos em violação das regras europeias da Concorrência*. Universidade do Porto, Porto, 2014; Gonçalo Anastacio, “Portugal”, in Ilene Knable Gotts (ed.), *The Private Competition Enforcement Review*, 8<sup>th</sup> ed. Law Business Research Ltd, London, 2015, p. 313-325.

<sup>5</sup> D.H. Ginsburg, “Costs and Benefits of Private and Public Antitrust Enforcement: An American perspective”, in Abel Mateus, Teresa Moreira (ed.), *Competition Law and Economics – Advances in Competition Policy Enforcement in the EU and North America*, Edward Elgar, Cheltenham, 2010, p. 57.



tribunais nacionais<sup>6</sup>. A aplicação direta do direito antitrust é apontada como um importante passo em frente para o desenvolvimento da aplicação privada do direito da concorrência na Europa, culminando com a adoção da Diretiva 2014/104.

De todo o modo, é de facto “surpreendente”<sup>7</sup> a ausência de jurisprudência interna sobre *private enforcement* do direito antitrust. E já expirou o prazo de transposição (art. 21 da Diretiva 2014/104/EU). Na sequência de uma Consulta Pública, a Autoridade da Concorrência elaborou um projeto de transposição da diretiva que passa, no essencial, pela adoção de um diploma próprio conjugado com alterações pontuais à Lei da Concorrência<sup>8</sup>. Será esta, a nosso ver<sup>9</sup>, a melhor opção em termos de técnica legislativa, ao invés de alterar o Código Civil ou o Código de Processo Civil.<sup>10</sup>

A Diretiva 2014/104 codifica vários de acórdãos do TJUE, segundo os quais, topicamente:

---

<sup>6</sup> Artigo 3, n.º 1 e 2, do Regulamento n.º 1/2003 de 16, de dezembro de 2002, do Conselho, sobre a aplicação das regras do direito da concorrência estabelecidas nos artigos 81 e 82 do Tratado.

<sup>7</sup> J.M. Coutinho de Abreu, “Private enforcement of competition law in Portugal”, cit., p. 103 (“the general culture of competition law and civil liability has still not been properly established”).

<sup>8</sup> Consultas públicas in <http://www.concorrenca.pt> (último acesso 30 de novembro de 2017).

<sup>9</sup> Alexandre L. Dias Pereira, “Private Enforcement of Competition Law in Portugal—Before and After the Damages Directive”, *Global Competition Litigation Review*, 2 (2016), p. 43-49.

<sup>10</sup> Código de Processo Civil, aprovado pela Lei n.º 41/2013 de 26 de junho.



1) Os danos antitrust são imperativos no direito da concorrência da EU, mas os danos em causa própria (*self-inflicted*) não são indemnizáveis<sup>11</sup>;

2) Qualquer pessoa pode invocar a nulidade de cartéis (incluindo os que consistem em troca de informações) e obter indemnização por danos que tenham um nexo de causalidade adequada com o cartel<sup>12</sup>;

3) As regras processuais internas não podem tornar impossível ou extremamente difícil o direito de obter indemnizações por infrações antitrust, incluindo prazos de prescrição e critérios de quantificação de danos, os quais deverão necessariamente incluir o dano emergente, o lucro cessante e os juros<sup>13</sup>;

4) Os participantes num cartel não podem estar isentos de responsabilidade por danos causados por preços que um terceiro não fixaria se o cartel não existisse<sup>14</sup>;

5) Os lesados por infrações antitrust têm direito de acesso a documentos de processos de clemência<sup>15</sup>;

---

<sup>11</sup> Acórdão de 20 de setembro de 2001, proc. C-453/99, *Courage & Crehan*, ECLI:EU:C:2001:465.

<sup>12</sup> Acórdão de 13 de julho de 2006, proc. C-295/04 to C-298/04, *Manfredi*, ECLI:EU:C:2006:461.

<sup>13</sup> Acórdão de 13 de julho de 2006, proc. C-295/04 to C-298/04, *Manfredi*, ECLI:EU:C:2006:461.

<sup>14</sup> Acórdão de 5 de junho de 2014, proc. C-557/12, *Kone*, ECLI:EU:C:2014:1317.

<sup>15</sup> Acórdão de 14 de junho de 2011, proc. C-360/09, *Pfleiderer*, ECLI:EU:C:2011:389.



6) Exigir o consentimento de todas as partes em processos de clemência não serve o princípio da aplicação efetiva do direito antitrust<sup>16</sup>; e

7) A Comissão Europeia tem legitimidade para atuar em nome dos Estados-Membros para obter indemnização por danos antitrust<sup>17</sup>.

### **Responsabilidade civil por danos antitrust**

No direito civil, os ilícitos antitrust são apontados como exemplo da segunda modalidade de responsabilidade civil extracontratual (ou aquiliana)<sup>18</sup>, uma vez que o âmbito de proteção das normas do direito da concorrência abrange também interesses particulares<sup>19</sup>. A função da responsabilidade civil é compensar danos. Qualquer pessoa lesada por uma infração contra as normas da concorrência pode pedir uma indemnização ao tribunal, verificados os requisitos da responsabilidade civil<sup>20</sup>. Existem outros remédios disponíveis para a aplicação privada do direito da concorrência, como sejam a declaração de nulidade dos negócios antitrust (arts. 280, 286 e 294

---

<sup>16</sup> Acórdão de 6 de junho de 2013, proc. C-536/11, *Donau Chemie*, ECLI:EU:C:2013:366.

<sup>17</sup> Acórdão de 6 de novembro de 2012, proc. C-199/11, *Otis*, ECLI:EU:C:2013:366.

<sup>18</sup> F.A. Pires de Lima, J.M. Antunes Varela, *Código Civil Anotado - Vol. I (Artigos 1.º a 761.º. 4.ª ed., col. M. Henrique Mesquita, Coimbra Editora, Coimbra, p. 472 (anotação ao artigo 483); J.M. Antunes Varela, *Direito das obrigações*, Vol. I. 10ª ed., Coimbra, 2000, p. 507 (“regras da boa concorrência”).*

<sup>19</sup> J.M. Coutinho de Abreu, “Private enforcement of competition law in Portugal”, cit., p. 101.

<sup>20</sup> Ver, por ex., M.J. de Almeida Costa. *Direito das Obrigações*. 12ª ed. Almedina, Coimbra, 2009.



CC) e a execução específica (art. 829 CC), que pode ser reforçada por uma compensação pecuniária compulsória art. 829-A CC).

### ***Princípio geral e requisitos da responsabilidade civil***

Nos termos do princípio geral da responsabilidade civil extracontratual<sup>21</sup>, quem “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” (art. 483/1 CC).

O princípio geral analisa-se em diversos requisitos da responsabilidade civil. Para obter indemnização, o lesado tem que alegar a conduta ilícita e culposa do lesante, do dano efetivamente sofrido e do nexo de causalidade adequada entre aquela conduta e este dano<sup>22</sup>. O Autor do pedido (lesado) tem o ónus da prova dos factos (arts. 342 e 346 CC e art. 414 CPC), incluindo a culpa do Réu (lesante), a qual, em caso de negligência, pode justificar a redução da indemnização segundo a equidade (art. 494 CC). O chamado “paralelismo involuntário”<sup>23</sup> e a participação não intencional em cartel podem justificar a diminuição ou até exclusão de culpa. O Autor tem um prazo de 3 anos para intentar ação indemnizatória após ter conhecimento do seu direito a indemnização (art. 498 CC),

---

<sup>21</sup> No sentido da responsabilidade civil como um princípio fundamental do Direito Civil, C.A. da Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*. 4ª ed por A. Pinto Monteiro e P. Mota Pinto, Coimbra Editora, 2005.

<sup>22</sup> Pires de Lima & Antunes Varela. *Código Civil Anotado*, vol. I, cit., p. 470-6; Antunes Varela, *Direito das obrigações*, cit., p. 489 e seg.

<sup>23</sup> Vide J.P. Mariano Pego, O controlo dos oligopólios pelo direito comunitário da concorrência. A posição dominante colectiva. Coimbra: Almedina, 2007.



dentro do prazo de 20 anos contados a partir da produção do dano (art. 309 CC).

Na responsabilidade civil extracontratual vale a regra da responsabilidade solidária (art. 497/1 CC). Qualquer dos coautores da infração responde perante o lesado pela totalidade do dano, mas tem o direito de ser reembolsado pelos outros corresponsáveis, na proporção da culpa de cada um, que se presume ser em partes iguais (art. 497/2 CC). Não está prevista nenhuma exceção para os beneficiários de imunidade em processos de clemência, de modo a não premiar duplamente o infrator arrependido.<sup>24</sup> De todo o modo, nada impede que se considere a participação em tais processos como um fator de atenuação da culpa.

### *Legitimidade*

A legitimidade para intentar ação indenizatória é reconhecida a qualquer pessoa física ou jurídica que sofra danos por causa de uma infração antitrust (arts. 11 e 30 CPC). Inclui não apenas os que adquirem diretamente de cartelistas e de abusadores de posição dominante, mas também adquirentes indiretos (nomeadamente consumidores), que nessa medida têm legitimidade para vir a júízo pedir indemnização.

A legitimidade processual é também reconhecida a qualquer cidadão ou associação ou fundação de interesse público bem como aos municípios e ao Ministério Público em processos destinados a proteger “interesses difusos” (art. 31 CPC). O direito português

---

<sup>24</sup> Coutinho de Abreu, “Private enforcement of competition law in Portugal”, cit., p. 110.





prevê um processo especial de ressarcimento coletivo, a chamada ação popular (*actio popularis*)<sup>25</sup>. Trata-se de reconhecer a qualquer cidadão ou pessoa jurídica que prossiga o interesse geral, incluindo associações de consumidores, o direito de intentar ação indemnizatória<sup>26</sup>.

### *Competência judiciária*

Em Portugal existe um tribunal com competência especializada em concorrência, regulação e supervisão.<sup>27</sup> Todavia, não tem jurisdição sobre pedidos de responsabilidade civil (art. 112 da Lei 62/2013), os quais ficam por isso na alçada dos tribunais judiciais.

### *Direito probatório*

O princípio geral da prova no processo civil significa que o juiz pode tomar todas as medidas necessárias para a descoberta da verdade dos factos e para encontrar uma resolução justa do

---

<sup>25</sup> J.M. Sérvulo Correia, “The effectiveness and limitations of the Portuguese system of competition law enforcement by administrative and civil procedural means”, Abel Mateus, Teresa Moreira (ed.), *Competition Law and Economics*, cit., p. 111. Sobre o significado constitucional deste procedimento enquanto meio de proteção de direitos fundamentais, J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7<sup>th</sup> ed. Almedina, Coimbra, 2003, p. 510-1.

<sup>26</sup> Artigo 52 da Constituição e Lei n.º 83/95 de 31 de agosto. No sentido de que esta lei confere o “*right to file class actions*” aos consumidores enquanto titulares de interesses difusos protegidos pela disciplina da concorrência, Coutinho de Abreu, “Private enforcement”, cit., p. 106.

<sup>27</sup> Estabelecido pelo Decreto-Lei n.º 67/2012 de 20 de março, o seu âmbito de aplicação é regulado pelo artigo 83, n.º 3, al. b), da Lei n.º 62/2013 de 26 de agosto (Lei de Organização do Sistema Judiciário).



conflito, o chamado *princípio do inquisitório* (art. 411 CPC). Regra geral, porém, as provas só são admitidas se todas as partes interessadas puderem fazer o contraditório perante o tribunal (art. 415 CPC), incluindo a prova pericial embora livremente apreciada pelo juiz (art. 467 e seg. CPC e arts. 388 e 389 CC). A prova pericial é especialmente importante em sede de quantificação de danos, que exige normalmente uma complexa análise económica<sup>28</sup>.

Nas ações por danos antitrust releva especialmente o acesso a documentos. Os tribunais têm o poder de *ex officio* ou mediante requerimento de qualquer das partes ordenar a divulgação de documentos com interesse para a decisão do caso por parte de qualquer das partes processuais ou mesmo de terceiros, incluindo autoridades públicas (art. 429 e seg. CPC). O não cumprimento de tal ordem só é possível com fundamento legal, ficando sujeito a multas e podendo o tribunal aferir livremente o seu significado, inclusive revertendo o ónus da prova dos factos litigados (arts. 430 e seg. e art. 417 CPC; art. 344/2 CC).

### *Acesso a documentos em segredo de justiça*

Em matéria de *follow-up litigation*, isto é, processos instaurados na sequência de decisões da Autoridade da Concorrência, as partes têm acesso aos documentos do processo administrativo que não se encontrem em segredo de justiça. Vale o princípio da publicidade processual, mas a Autoridade da Concorrência pode decretar o segredo de justiça, no interesse da investigação ou dos direitos do Réu, até à decisão final. Todavia, a Autoridade da Concorrência pode revelar o conteúdo de um ato ou documento em segredo de

---

<sup>28</sup> G. Anastacio, “Portugal”, cit., p. 318.



justiça se tal não comprometer a investigação e for conveniente para o apuramento da verdade dos factos (art. 32/1-5 LC).

Havendo segredo de justiça, os terceiros não têm acesso ao processo, e mesmo ao Réu pode ser negado o acesso (art. 33 LC). Os ficheiros classificados como confidenciais pela Autoridade da Concorrência só podem ser acedidos em termos de confidencialidade profissional ou empresarial. No que respeita a documentos apresentados por candidatos a clemência, a sua autorização é exigida para o acesso por terceiros (art. 81/3 LC).

### *Quantificação dos danos e a pass-on defense*

O Código Civil regula a obrigação de indemnizar e a quantificação de danos. A indemnização opera por via da restauração natural (*restitutio in natura*) ou, sendo isso impossível ou inexigível, mediante compensação pecuniária (arts. 562 e 566 CC). A quantificação dos danos faz-se nos termos da teoria da diferença, isto é, o dano corresponde à diferença entre o valor do património do lesado antes da infração antitrust e o que teria na ausência da infração (arts. 562 e 566/2 CC). Abrange o dano emergente (*damnum emergens*) e o lucro cessante (*lucrum cessans*), incluindo juros contados a partir do momento da produção de danos até ao momento do pagamento da indemnização (arts. 564 e 562 CC respetivamente).

A responsabilidade não tem uma função punitiva e por isso não são atribuídos danos punitivos (*punitive damages*)<sup>29</sup>. De todo o

---

<sup>29</sup> Vide A. Pinto Monteiro, *Cláusula penal e indemnização*. Coimbra, Almedina, 1990.



modo, é abrangido também dano moral, quando for suficientemente grave (art. 496 CC). Um possível exemplo é uma empresa se é declarada insolvente, sendo a sua situação causa por infrações antitrust da parte de concorrentes. Na ausência de prova do valor exato do dano, o juiz decide segundo a equidade, dentro do que for dado como provado (art. 566/3 CC). Pode ainda ter em conta o grau de culpa do Réu como fator de redução ou até de exclusão da indemnização (art. 570 CC).

A vítima de infrações antitrust têm o direito de ser ressarcida pelo dano real. Todavia, se o repercute sobre terceiros, empresas ou consumidores, o seu dano não será real ou efetivo. Neste caso, a compensação por danos repercutidos levaria a enriquecimento sem causa, o qual origina uma obrigação de restituição a cargo do injustamente locupletado à custa alheia (art. 473 CC). De todo o modo, os danos repercutidos sobre terceiros só são excluídos da indemnização se o Réu provar a repercussão (*pass-on*). Ou seja, a repercussão é uma defesa possível, mas a parte que a alega tem que provar os factos que a constituem.

### **Litigância subsequente (*follow-on litigation*)**

Os tribunais e a Autoridade da Concorrência são organismos do Estado, mas independentes e separados (art. 111 CRP). Os tribunais são o poder judicial. A Autoridade da Concorrência é um organismo administrativo independente, mas faz parte do poder executivo do Estado (*Executive Branch*).

No domínio do direito interno da concorrência, os processos cíveis não dependem da existência de processos na Autoridade Administrativa, isto é, há lugar às chamadas *stand-alone actions*.



Além disso, as decisões da Autoridade da Concorrência não vinculam os tribunais civis, mas podem servir como prova *prima facie* da infração.

Por outro lado, os tribunais não têm que suspender os processos até que a Autoridade da Concorrência tome uma decisão. Esta separação significa também que o prazo de prescrição no processo civil (3 anos) pode expirar antes de terminar o prazo dos processos administrativos, que é de 5 anos (art. 74 LC).

### *Transações e arbitragem*

O direito português prevê a possibilidade de transação em qualquer momento, antes e durante os processos judiciais (art. 283/2 e seg. CPC). Todavia, são proibidas as transações sobre direitos indisponíveis e as contrárias à lei (art. 1249 CC). Estão sujeitas a forma escrita, incluindo escritura pública ou documento autenticado quando o efeito jurídico resultante da transação exige essa forma (art. 1250 CC), como sucede, por ex., na compra e venda de bens imóveis (art. 879 CC). Além disso as transações devem ser lavradas nos respetivos processos (art. 290 CPC).

As ações por danos antitrust podem ser decididas por tribunais arbitrais nos termos da Lei da Arbitragem Voluntária - LAV (Lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro). As partes, incluindo em certas circunstâncias, o Estado e outras entidades de direito público, podem acordar por escrito em submeter a arbitragem a decisão de qualquer litígio relativo a interesse patrimoniais, a menos que seja sujeito por lei aos tribunais judiciais ou a arbitragem necessária. Os árbitros decidem segundo a lei aplicável, a menos que as partes



acordem em obter uma decisão segundo a equidade e a relação jurídica em causa for disponível (art. 1 LAV).

Tanto as decisões segundo a lei como as proferidas *ex aequo et bono* gozam da mesma força jurídica que as decisões dos tribunais de primeira instância (art. 39 LAV). Na arbitragem rege o princípio da confidencialidade do processo, embora sujeito a algumas exceções (arts. 30 e 46 a 48 da LAV).

### **A Diretiva 2014/104/EU sobre private enforcement**

#### *O direito de obter compensação integral*

O Regulamento 1/2003 determinou a aplicação direta dos (agora) artigos 101 e 102 do TFUE. Aos tribunais nacionais foi atribuída competência para arbitrar indemnizações a qualquer pessoa lesada (incluindo empresas, consumidores e entidades públicas) causadas por infrações a essas normas. Daí surgiu a necessidade de harmonizar aspetos processuais da aplicação privada do direito da concorrência, bem como a codificação da jurisprudência relevante do Tribunal de Justiça da União Europeia.

A Diretiva 2014/104/EU estabelece o direito de obter indemnização integral dos danos que apresentem um nexo de causalidade adequada com ilícitos antitrusts, e reconhece legitimidade processual a quaisquer empresas, consumidores e autoridades públicas (art. 3/1). Os danos indemnizáveis incluem o dano emergente e o lucro cessante (*damnum emergens + lucrum cessans*), bem como os juros, seja enquanto dano emergente ou como lucro cessante (art. 3/2). Os danos punitivos e o



enriquecimento sem causa são proibidos (art. 3/3), mas o dano poderá abranger a chamada perda de chance (*loss of chance*).

A harmonização da aplicação privada é baseada nos princípios da efetividade e da equivalência dos ilícitos antitrusts a nível da União e a nível interno ou nacional (art. 4). Estes princípios regem em diferentes tópicos de regime, como sejam a prova, os prazos de prescrição, a culpa, a quantificação do dano, e os mecanismos alternativos de resolução de conflitos.

### *Prova*

Os tribunais podem ordenar a divulgação de elementos relevantes de prova, ao mesmo tempo que lhes incumbe zelar pela proteção de informação sensível, nomeadamente segredos comerciais e outra informação confidencial, como o sigilo profissional de advogado (art. 5).

Depois, as provas produzidas em processos a correr termos nas autoridades da concorrência são protegidas de modo a que o acesso aos documentos está sujeito ao princípio da proporcionalidade e à proibição das chamadas pesquisas não específicas (*prospective searches*). Certas informações só podem ser divulgadas depois de terminado o processo (art. 5), sob pena de não terem nenhum valor probatório (art. 6/5). É conferida proteção absoluta a declarações de processos de clemência e propostas de transação (art. 6/6), as quais não têm nenhum valor probatório (art. 7/1). São previstas sanções para a não divulgação e a destruição de informação solicitada pelo tribunal, bem como para a violação da confidencialidade e para o abuso de informação privilegiada.



*As decisões finais das autoridades nacionais da concorrência como prova irrefutável*

A Diretiva dos danos antitrust vincula os tribunais às decisões finais das autoridades da concorrência, que valem irrefutavelmente como prova da infração antitrust (art. 9/1). Se não fosse a diretiva, uma norma interna vinculando os tribunais a decisões da Autoridade da Concorrência “seria possivelmente inconstitucional face ao artigo 203 da Constituição”<sup>30</sup>. Por seu turno, as decisões de autoridades estrangeiras valem apenas como prova *prima facie* da infração (art. 9/2). Foi esta a resposta encontrada para a necessidade de articular as decisões das autoridades da concorrência com as dos tribunais<sup>31</sup>.

*Prazo de prescrição de 5 anos*

De modo a estabelecer um prazo de prescrição suficientemente longo para decidir ações de indemnização por danos antitrust foi estabelecido o prazo de 5 anos, que não começa a decorrer antes de a infração terminar e o lesado conheça ou deva conhecer a infração, o dano sofrido e a identidade do infrator (art. 10/1 e 3). Além disso, os prazos de prescrição suspendem-se se a autoridade da concorrência tomar medidas no âmbito de um processo

---

<sup>30</sup> J.M. Coutinho de Abreu, “Private enforcement”, cit., p. 103 (em inglês no original, tradução nossa).

<sup>31</sup> Sobre o tema ver por ex. J. Guillén Caramés, “La cooperación entre jueces y autoridades administrativas en la aplicación privada del derecho de la competencia”, A. Font i Ribas, S. Gómez Trinidad, S. (coord), *Competencia y acciones de indemnización*. Actas del Congreso Internacional sobre daños derivados de ilícitos concurrenciales. Marcial Pons, Madrid, 2013.





relacionado com uma ação de indenização por danos antitrust (art. 10/4).

### *Responsabilidade solidária e exceções*

No que respeita a saber quem é responsável por danos antitrust, vale a regra da responsabilidade solidária de todos e de cada infrator, não obstante a responsabilidade individual nas relações internas (art. 11/1). São previstas exceções para as pequenas e as médias empresas, de modo a proteger a sua solvência (art. 11/2), e para beneficiários de clemência de modo a promover o efeito útil de processos de clemência (art. 11/4).

### *A repercussão de sobrecustos e o direito a compensação integral*

O direito de obter indenização integral dos danos não deverá dar lugar a sobrecompensação, em especial a enriquecimento sem causa (art. 12/2). Para o efeito a Diretiva estabelece a defesa da repercussão (*passing-on defense*): o réu numa ação de indenização pode alegar o facto, que deverá provar, de que o autor repercutiu todo ou parte do sobrecusto causado pela infração antitrust (art. 13). Além disso, os adquirentes indiretos podem alegar sobrecustos em ações de indenização, tendo em conta a prática comercial de repercutir os aumentos de preços na cadeia de distribuição (art. 14). São também previstas regras para as ações indemnizatórias intentadas por Autores situados em níveis diferentes da cadeia de distribuição e sobre a uniformidade de julgamentos (art. 15).

Para quantificar danos é estabelecida uma presunção legal de que os cartéis causam danos (art. 17/2), nomeadamente



aumentando os preços ou mantendo-os altos. O dano emergente é definido como a diferença entre o preço efetivamente pago e o que teria sido pago na ausência de infração (considerando 39 da Dir. 2014/104).

Os tribunais decidem sobre o valor indenizatório, podendo para o efeito solicitar a colaboração de outras autoridades nacionais (art. 17/1 e 3). A quantificação do dano é um assunto complexo que também se prende, *inter alia*, com a evolução do mercado na ausência de infração. Nos termos do considerando 46 do preâmbulo da Diretiva: “Deverá atender-se a quaisquer assimetrias de informação entre as partes e ao facto de a quantificação dos danos implicar a apreciação da forma como o mercado em questão teria evoluído na ausência da infração. Esta apreciação implica uma comparação como uma situação que, por definição, é hipotética, pelo que nunca poderá ser feita com toda a exatidão.” Sublinha-se, para este efeito, a importância das Orientações da Comissão neste domínio.

### *Resolução amigável de conflitos*

O recurso a meios amigáveis de resolução de conflitos, como a arbitragem, suspende o período de prescrição para as partes no processo e suspende os prazos processuais até 2 anos (art. 18/1-2). Além disso, a indemnização fixada em processos extrajudiciais deve ser descontada no pedido indenizatório apresentado judicialmente relativamente a outros infratores que não sejam parte dos processos de resolução amigável, e a quem a indemnização remanescente deve ser exigida, a menos que não a



possam pagar e que tal não seja excluído mediante transação (art. 19/1 e 3).

## Conclusão

No direito português os danos antitrust geram responsabilidade civil por violação de interesses legalmente protegidos. A Autoridade da Concorrência já proferiu diversas condenações por infração antitrust. Todavia, não existe um corpo de jurisprudência sobre a aplicação privada do direito antitrust.

Uma análise panorâmica da disciplina estabelecida pela Diretiva 2014/104 em comparação com o quadro jurídico existente mostra que a sua transposição introduzirá algumas alterações, ou pelo menos desenvolvimentos, no direito das obrigações no domínio da responsabilidade civil e, por arrastamento, do enriquecimento sem causa.

Para começar, um prazo de prescrição de 5 anos e uma presunção legal de que as infrações antitrust causam danos facilitará a vida aos lesados. Em especial, a presunção de danos inverte o ónus da prova a favor destes últimos. Depois, serão previstas exceções à regra da responsabilidade solidária a favor das pequenas e das médias empresas, bem como de beneficiários de clemência. Além disso, a consagração da defesa da repercussão dos danos (*pass-on*) impedirá que o direito antitrust gere enriquecimento sem causa, reforçando o princípio de que a indemnização abrange apenas o dano real ou efetivo.

Por outro lado, a confidencialidade relativamente a documentos detidos pela Autoridade da Concorrência será limitada a



declarações de candidatos a imunidade em processos de clemência bem como a declarações produzidas no âmbito de transações.

De grande importância é também a vinculação dos tribunais às decisões da Autoridade da Concorrência, tal como aliás já sucedia nos termos do Regulamento 1/2003. Além disso, o processo administrativo na Autoridade da Concorrência suspende o prazo judicial de prescrição da indemnização.

Certamente que a Diretiva dos danos antitrust ou *private enforcement* terá impacto na modernização do direito privado interno, de modo a que os lesados de violações antitrust sejam efetivamente indemnizados pelos infratores. De todo o modo, em termos de técnica legislativa para a transposição da diretiva, parece-nos que, ao invés de alterar o Código Civil ou o Código de Processo Civil, seria melhor lidar com esta matéria na Lei da Concorrência ou eventualmente adotar legislação específica<sup>32</sup>. Como refere, Gómez Ségade, Ilustre Professor de Santiago de Compostela, “o bem jurídico protegido pelo direito antitrust é dual: por um lado, o interesse público em preservar a concorrência como a base da economia de mercado e implicitamente o sistema político democrático; por outro lado, o interesse privado dos que participam no mercado como operadores económicos e consumidores, que possam sofrer danos em virtude de infração ao direito antitrust”<sup>33</sup>.

---

<sup>32</sup> No direito espanhol, favorável à alteração do Código de Processo Civil, J.A. Gómez Ségade, “Resarcimiento de los daños por infracciones del derecho de la competencia”, cit., p. 855.

<sup>33</sup> J.A. Gómez Ségade, “Resarcimiento de los daños por infracciones del derecho de la competencia”, cit., p. 845. Ver também J.M. Coutinho de Abreu, “Private enforcement”, p. 101.



Face à natureza dual do direito antitrust será provavelmente melhor transpor a diretiva mediante legislação específica ao invés de alterar os grandes códigos. Os remédios e procedimentos estabelecidos pela diretiva são configurados para os ilícitos antitrust e assim, por analogia com a transposição da diretiva sobre aplicação efetiva dos direitos de propriedade intelectual<sup>34</sup>, seriam melhor acolhidos no seio da lei da concorrência.

Alexandre L. Dias Pereira

---

<sup>34</sup> Diretiva 2004/48/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de abril de 2004, relativa ao respeito dos direitos de propriedade intelectual, transposta para a ordem jurídica interna pela Lei n.º 16/2008 de 1 de abril. Sobre esta matéria, com mais referências, Alexandre L. Dias Pereira, “Tutela efetiva da propriedade intelectual (enforcement), em especial a proteção dos direitos de autor e conexos contra a pirataria”, in *RLJ – Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 146.º, N.º 4003 (2017) p. 241-266.