

**A proposta de Diretiva relativa a certas regras que regem as ações
de indemnização no âmbito do Direito Nacional por infracções às
disposições do Direito da Concorrência**

**The Proposal for a Directive on certain rules governing actions for
damages under national law for infringements of the Competition Law
provisions of the Member States and of the European Union**

Filipa Daniela Couto Campos

Aluna do curso de Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade do Porto

Setembro de 2014

RESUMO: O objetivo deste trabalho é a análise das ações de indemnização no âmbito do direito europeu por infrações às disposições do direito da Concorrência. Primeiramente, é feita uma breve referência aos Livro Verde e Livro Branco sobre ações de indemnização por violação das regras no domínio antitrust. Seguidamente, são apresentados os fundamentos e objectivos da “Proposta de Diretiva relativa a certas regras que regem as ações de indemnização no âmbito do direito nacional por infrações às disposições do direito da Concorrência dos Estados-Membros e da União Europeia”. Por fim, analisam-se as sugestões constantes nesta Proposta no que respeita à criação de novos mecanismos de acesso a elementos de prova, efeito vinculativo às decisões das Autoridades Nacionais da Concorrência, prazos de prescrição, responsabilidade solidária, repercussão dos sobrecustos, presunção ilidível de que um cartel causa danos, mecanismos de resolução amigável de litígios e as alterações que as mesmas poderão vir a provocar no ordenamento jurídico português.

PALAVRAS-CHAVE: Proposta de Diretiva, antitrust, indemnização, infração, Concorrência, Autoridade Nacional da Concorrência.

ABSTRACT: The objective of this paper is the analysis of damages actions resulting by the breach of European antitrust rules. First of all, we briefly expose the Green Paper and the White Paper on antitrust damages actions. Then, we present the fundamentals and objectives of the “Proposal for a Directive on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union”. Lastly, we present the solutions contained in this Proposal with regard to the creation of new mechanisms for access to evidences, binding effect of the decisions of the national competition authorities, limitation periods, joint and several liability, repercussion of additional costs, rebuttable presumption that a cartel causes damages, mechanisms for amicable settlement of disputes, and the changes that these suggestions could bring to the Portuguese legal system.

KEY WORDS: Proposal for a Directive, antitrust, damages, violations, Competition, National Competition Authority.

SUMÁRIO:

1. Justificação e objectivos
 2. Soluções apresentadas
 - 2.1. Divulgação dos elementos de prova
 - 2.2. Efeito probatório das decisões nacionais
 - 2.3. Prazos de prescrição
 - 2.4. Responsabilidade Solidária
 - 2.5. Repercussão dos Sobrecustos
 - 2.6. Quantificação dos danos
 - 2.7. Resolução amigável de litígios
 - 2.8. As ações colectivas
 3. Súmula
- Bibliografia
- Jurisprudência

1. Justificação e Objetivos

Em dezembro de 2005, a Comissão Europeia publicou o “Livro Verde sobre ações de indemnização devido à violação das regras comunitárias no domínio antitrust”¹, com o intuito de analisar as condições de proposição de um pedido de indemnização por infração das regras europeias da Concorrência, identificar os obstáculos que se colocam à criação de um sistema mais eficiente na proposição de tais ações e apresentar soluções para a resolução desses problemas. Posteriormente, em 2 de abril de 2008, publicou o “Livro Branco sobre ações de indemnização por incumprimento das regras comunitárias no domínio antitrust”² que, considerando que as vítimas afetadas pelas infrações às regras europeias da Concorrência muito raramente obtêm uma indemnização pelos danos sofridos e que a atual ineficácia destas ações deve ser combatida com a adoção de medidas combinadas a nível europeu e nacional, apresenta propostas de política geral e medidas específicas destinadas a eliminar os obstáculos à eficácia destes pedidos.

Das respostas obtidas e das conclusões que puderam ser retiradas das consultas públicas efetuadas através destes Livro Verde e do Livro Branco, nasceu a Proposta de Diretiva de que agora nos vamos ocupar.

Preocupando-se com a promoção de uma aplicação efetiva das regras da Concorrência da União Europeia, e para atingir tal desidrato, esta procurou, por um lado, otimizar a interação entre a aplicação pública e privada do direito da concorrência e, por outro lado, assegurar às vítimas de infrações às regras de concorrência da União Europeia uma reparação integral dos danos sofridos. Isto porque se verificou que, no quadro jurídico vigente, a interação entre aplicação pública e a aplicação privada da Concorrência – que se querem complementares – não se encontra regulada de forma adequada. Nomeadamente, no contexto de um pedido de Clemência (em que a empresa coopera/confessa a sua participação num cartel, em troca de imunidade ou redução da coima), uma empresa que considere cooperar com uma Autoridade Nacional da Concorrência não consegue saber, naquele momento, se as vítimas afetadas pela sua violação do direito da Concorrência poderão aceder às informações e documentos que voluntariamente facultou a esta Autoridade, o que pode por em causa a efetividade dos programas de Clemência.

Assim, esta Proposta de Diretiva apresenta como primeiro objetivo principal a otimização da interação entre a aplicação pública e privada das regras de Concorrência da União Europeia, assegurando que a Comissão Europeia e as Autoridades Nacionais da Concorrência possam perseguir uma política de sólida aplicação pública, ao mesmo tempo que as vítimas de uma

¹ LIVRO VERDE sobre as “Ações de indemnização devido à violação das regras comunitárias no domínio antitrust”, publicado pela Comissão das Comunidades Europeias, a 19 de dezembro de 2005 (Bruxelas), disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52005DC0672&rid=1>, consultado em 30-09-2013.

² LIVRO BRANCO sobre “ações de indemnização por incumprimento das regras comunitárias no domínio antitrust”, publicado pela Comissão a 2 de abril de 2008 (Bruxelas), disponível em <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2008:0165:FIN:pt:PDF>, consultado em 30-09-2013.

infração ao direito da Concorrência possam efetivamente obter uma reparação pelos danos sofridos.

Sendo que o segundo principal objetivo deste documento é assegurar que as vítimas de infrações às regras da Concorrência da União Europeia obtêm uma reparação integral pelos danos sofridos, facultando-lhes o acesso a mecanismos eficazes, em todos os países da União. Isto pois, embora seja um direito reconhecido, o seu exercício prático é muitas vezes difícil ou mesmo impossível, devido às regras e aos procedimentos aplicáveis³.

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

2. Soluções apresentadas

A Proposta de Diretiva agora em análise estabelece certas regras necessárias para assegurar que qualquer pessoa que tenha sofrido danos causados por uma infração ao direito da Concorrência possa exercer efetivamente o direito à reparação integral desses danos, regras que fomentam a concorrência não falseada no mercado interno e eliminam os obstáculos ao seu bom funcionamento com o intuito de assegurar uma proteção equivalente em toda a União e regras para uma melhor coordenação entre a aplicação das regras de Concorrência pelas Autoridades Nacionais da Concorrência e a aplicação dessas regras em ações de indemnização nos Tribunais nacionais.

Simultaneamente à Proposta de Diretiva, foi publicado o Documento de Trabalho dos Serviços da Comissão que apresenta o Resumo da Avaliação de Impacto das ações de indemnização por violação das regras da UE no domínio *antitrust*⁴.

A Proposta⁵ ora em estudo apresenta como cânones principais à reparação integral, a divulgação dos elementos de prova, a responsabilidade limitada do beneficiário da imunidade, o efeito vinculativo das decisões das Autoridades Nacionais da Concorrência, os prazos de prescrição, a repercussão dos sobrecustos, a presunção de dano e a resolução amigável de litígios.

³ Nomeadamente, acesso aos elementos de prova, falta de mecanismos de ação coletiva eficazes, falta de regras claras para uma defesa baseada na repercussão dos sobrecustos, ausência de valor probatório claro das decisões da Autoridade Nacional da Concorrência, possibilidade de uma ação de seguimento ou modo de quantificação dos danos no domínio *antitrust*.

⁴ Disponível em http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/summary_impact_assessment_pt.pdf, consultado em 16-05-2014.

⁵ Para resolver os problemas identificados até então pela Comissão no domínio *antitrust*, foram apresentadas quatro opções: 1. Nenhuma ação da União Europeia (situação inicial), 2. Ato vinculativo com base no Livro Branco (incluindo um sistema específico de ação coletiva), 3. Regular a interação entre a ação pública e privada ou 4. Iniciativa não vinculativa da União Europeia. A opção 3. foi escolhida como preferida para a realização dos objetivos propostos no âmbito da indemnização no domínio *antitrust*.

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

2.1. Divulgação dos elementos de prova

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

Assim, temos o Capítulo II desta Proposta onde, no primeiro parágrafo do artigo 5.º, se estabelece o princípio geral de divulgação dos elementos de prova. Pelo que, nas condições estabelecidas no presente capítulo, os Estados-Membros “devem assegurar que, no caso de um demandante ter apresentado factos e elementos de prova razoavelmente disponíveis que indiquem motivos plausíveis para suspeitar que ele, ou as pessoas que representa, sofreram um dano causado por uma infração ao direito da concorrência cometida pelo demandado, os tribunais nacionais podem ordenar a divulgação de elementos de prova pelo demandado ou por terceiros, independentemente de esses elementos de prova serem ou não incluídos no dossiê de uma autoridade da concorrência” e que os Tribunais podem também “ordenar a divulgação de elementos de prova pelo demandante ou por terceiros a pedido do demandado”.

Sendo que a supra citada disposição não prejudica os direitos e as obrigações dos Tribunais nacionais ao abrigo do Regulamento 1206/2001 do Conselho, relativo à cooperação entre os Tribunais dos Estados-Membros no domínio da obtenção de provas em matéria civil ou comercial⁶.

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

⁶ Regulamento 1206/2001 do Conselho, de 28 de maio de 2001, publicado no Jornal Oficial das Comunidades Europeias a 27 de junho de 2001, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32001R1206&qid=1403830200688&from=PT>.

Para além disto, a ordem de divulgação de provas terá de ser dada por um juiz que pondera devidamente a sua necessidade, âmbito e proporcionalidade, porquanto, os Estados-Membros “devem assegurar que os tribunais nacionais limitam a divulgação dos elementos de prova ao que for proporcionado”. Assim, e neste sentido, deve ser feita uma ponderação dos interesses legítimos de todas as partes e dos terceiros interessados⁷.

Simultaneamente, os Estados-Membros “devem assegurar que os tribunais nacionais têm à sua disposição medidas efetivas para proteger o mais possível as informações confidenciais de uma utilização incorreta, garantindo ao mesmo tempo o acesso na ação de indemnização aos elementos de prova relevantes que contêm tais informações”. Conforme nos indica o considerando 17 da Proposta de Diretiva, os Tribunais nacionais devem ter à sua disposição um conjunto de medidas eficazes⁸ para proteger essas informações de serem divulgadas durante o processo, mas que não impeçam, na prática, o exercício do direito a reparação.

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

Considerando a necessidade de evitar a destruição de provas relevantes ou a recusa de cumprir uma ordem de divulgação, os Tribunais devem também poder impor sanções fortemente dissuasoras que impeçam tais ações. Desta forma, o artigo 8.º estipula que deve ser assegurado aos Tribunais nacionais a possibilidade de impor sanções às partes, a terceiros e aos seus representantes legais no caso de “incumprimento ou recusa de respeitar uma ordem de divulgação de um tribunal”, “destruição de elementos de prova relevante”⁹,

⁷ Nomeadamente, e nos termos do terceiro parágrafo, devem ser ponderados “a probabilidade de a alegada infração ao direito da concorrência ter ocorrido”, “o âmbito e os custos da divulgação, em especial para os terceiros interessados”, “se os elementos de prova a divulgar contêm informações confidenciais, em especial no que respeita a terceiros, e os acordos para proteger tais informações confidenciais” e “nos casos em que a infração está a ser ou foi investigada por uma autoridade da concorrência, se o pedido foi formulado especificamente no que respeita à natureza, objeto ou conteúdo de tais documentos analisados, ou se se trata antes de um pedido não específico relativo a documentos apresentados a uma autoridade da concorrência ou que figuram no dossiê de uma tal autoridade da concorrência”.

⁸ Sendo que tais medidas podem incluir a possibilidade de audições privadas (que restringem o número de pessoas com direito a ver os elementos de prova) e a instrução dos peritos no sentido de redigirem sínteses das informações de forma agregada ou noutra forma não confidencial.

⁹ Desde que, no momento da destruição: i) a parte que procede à destruição dos elementos de prova era ou fora uma parte no processo de uma autoridade da concorrência no que respeita à conduta subjacente à ação de indemnização; ou ii) a parte que procede à destruição dos elementos de prova tinha conhecimento ou devia razoavelmente ter conhecimento de que uma ação de indemnização havia sido intentada no tribunal nacional e que os elementos de prova eram relevantes para fundamentar quer o pedido de indemnização quer uma defesa

“incumprimento ou recusa de respeitar as obrigações impostas por uma decisão do tribunal de proteção de informações confidenciais” ou “abuso dos direitos relacionados com a divulgação de elementos de prova previstos no presente capítulo e dos elementos de prova e informações com base nessas disposições”. Os Estados-Membros devem garantir que tais sanções suscetíveis de serem impostas pelos Tribunais nacionais são efetivas, proporcionais e dissuasivas. Sendo que as “sanções ao dispor dos tribunais nacionais incluem, no que se refere ao comportamento de uma parte no processo de indemnização, a faculdade de tirar conclusões desfavoráveis, tais como presumir que a questão relevante ficou provada ou recusar total ou parcialmente os pedidos e meios de defesa e a possibilidade de ordenar o pagamento de custas”.

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

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

Então vejamos. Primeiramente, este artigo estabelece que os Estados-Membros devem assegurar que “os tribunais nacionais não podem, em momento algum, ordenar a uma parte ou a um terceiro que divulgue” informações relativas a declarações de empresa em matéria de clemência ou propostas de transação. Isto pois, são estes documentos considerados cruciais para a eficácia da aplicação pública da Concorrência, uma vez que a sua divulgação afetaria profundamente a eficácia dos programas de clemência e os procedimentos de transação.

Em segundo lugar, os Estados-Membros devem assegurar que só “depois de uma autoridade da concorrência ter encerrado o seu processo ou tomado uma decisão referida no artigo 5.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003 ou no capítulo III do Regulamento (CE) n.º 1/2003”, os Tribunais nacionais podem ordenar a divulgação de “informação que foi preparada por uma pessoa singular ou coletiva, especificamente para o processo de uma autoridade da concorrência” ou “informação que foi elaborada por uma autoridade da concorrência no decurso do seu processo”. Tais informações só devem ser divulgáveis depois de a Autoridade Nacional da Concorrência ter constatado uma infração às regras da Concorrência ou, de

contra o mesmo; ou iii) a parte que procede à destruição dos elementos de prova tinha conhecimento de que os elementos de prova eram relevantes para ações pendentes ou potenciais intentadas por ela ou contra ela.

outra forma, ter encerrado o seu processo, pois tal divulgação seria suscetível de interferir com uma investigação em curso.

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

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

Em Portugal, o artigo 81.º da lei 19/2012, de 8 de maio¹⁰ – que estabelece o regime de acesso aos documentos obtidos no âmbito de um programa de Clemência – prejudica o direito dos lesados a serem indemnizados. Isto pois, com o intuito de proteger estas informações, estipula que a Autoridade da Concorrência “classifica como confidencial o pedido de dispensa ou de redução da coima, bem como todos os documentos e informações apresentados para efeitos de dispensa ou redução da coima”, estabelece que o “acesso de terceiros aos pedidos, documentos e informações apresentados pelo requerente (...) carece de autorização deste” e refere que ao “visado pelo processo não será concedido acesso a cópias das suas declarações orais e aos terceiros será vedado o acesso às mesmas”. Pelo que, com a transposição para o direito nacional das normas supra analisadas, o regime português terá de ser alterado.

¹⁰ Lei 19/2012, de 8 de maio, aprovada em 22 de março de 2012, publicada em Diário da República a 8 de maio de 2012, disponível em <http://dre.pt/pdf1s/2012/05/08900/0240402427.pdf>.

2.2. Efeito probatório das decisões nacionais

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

Assim, pretende-se atribuir efeito vinculativo às decisões das Autoridades Nacionais da Concorrência.

De facto, atualmente, o Regulamento 1/2003¹¹, atribui já efeito probatório às decisões da Comissão Europeia respeitantes a processos dos artigos 101.º ou 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia¹². Para o efeito, o artigo 16.º daquele diploma estabelece que os Tribunais nacionais e as autoridades dos Estados-Membros responsáveis em matéria de Concorrência, ao se pronunciarem sobre acordos, decisões ou práticas ao abrigo dos artigos 101.º ou 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia que tenham já sido objeto de decisão por parte da Comissão Europeia, não podem tomar decisões contrárias à que foi aprovada pela Comissão. Sendo que, nos termos do número 1 daquele artigo, estes Tribunais devem, ainda, evitar tomar decisões que entrem em conflito com uma decisão prevista pela Comissão em processos que esta tenha iniciado¹³.

Neste sentido, a fim de aumentar a segurança jurídica, evitar contradições na aplicação das disposições do Tratado, aumentar a eficácia e a eficiência processual das ações de indemnização, promover o funcionamento do mercado interno para empresas e consumidores e evitar custos desnecessários para todas as partes envolvidas e para o poder judiciário, considerou-se que seria conveniente atribuir um efeito semelhante às decisões

¹¹ Regulamento 1/2003 do Conselho, de 16 de dezembro de 2002, publicado no Jornal Oficial das Comunidades Europeias a 04 de janeiro de 2003, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003R0001&qid=1403802164721&from=PT>.

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

¹³ A este propósito, tendo sido questionado acerca da legalidade de uma ação intentada pela Comissão, em nome da União, num órgão jurisdicional nacional, com vista à obtenção de uma indemnização pelos prejuízos sofridos pela União na sequência de uma prática cuja desconformidade com o Tratado tenha sido declarada por uma decisão da própria Comissão, o Tribunal de Justiça da União Europeia não constatou que tal ofendesse o Direito da União ou os direitos das partes – Acórdão OTIS ET AL. do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 06/11/2012, Processo C-199/11, disponível em <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=129323&pageIndex=0&doclang=PT&mode=Ist&dir=&occ=first&part=1&cid=24885>, consultado em 17-04-2014.

definitivas tomadas pelas Autoridades Nacionais da Concorrência ou pelos Tribunais nacionais de recurso que constatem uma infração.

O considerando 25 da Proposta de Diretiva esclarece que tal efeito probatório deve ser imputado "independentemente de a ação ser ou não intentada no Estado-Membro dessa autoridade ou desse tribunal de recurso" e que tal efeito "deve ser aplicado à parte dispositiva da decisão e respetivos considerandos de apoio".

De referir que, nos Estados Unidos, esta possibilidade de utilizar como prova os factos constantes da condenação por violação das regras da Concorrência, para além de constar já do Clayton Act¹⁴, ficou reforçada com a decisão do Supremo Tribunal dos Estados Unidos, no caso *Emich Motors Corp. v. General Motors Corp.* - 340 U.S. 558 (1951)¹⁵, afirmando o Tribunal que "was only necessary for plaintiffs to introduce, in addition to the criminal judgment, evidence of the impact of the conspiracy on them and evidence of any resulting damages".

Não obstante, a atribuição de um efeito probatório vinculativo às decisões das Autoridades Nacionais da Concorrência não é serena, nem se encontra isenta de críticas ou dispensada de problemas.

A propósito, ASSIMAKIS KOMNINOS refere que a atribuição deste efeito probatório às decisões das Autoridades Nacionais da Concorrência, "It may also make life a bit more difficult for competition authorities, which might feel restrained in their action, if they knew that they decide not only for themselves and the administrative proceedings, but also for the judge and the civil proceeding"¹⁶. Neste sentido, também PEDRO ROSA FERNANDES, vem elucidar para o perigo de captura das Autoridades Nacionais da Concorrência, que pode ocorrer quando os privados tentam aproveitar-se de procedimentos destas entidades para a prossecução posterior dos seus próprios objetivos. No sentido de mitigar este perigo, este autor refere que se defende "que as AC's devem publicitar anualmente os objetivos e ações em que se encontram focadas e onde concentrarão a maior parte dos seus recursos de forma fundamentada e sujeita a escrutínio do público, seguida do óbvio relatório anual de atividades como já acontece na maioria dos ordenamentos incluindo o Português"¹⁷. Ao mesmo tempo, o autor coloca reticências à capacidade de algumas Autoridades Nacionais da Concorrência de determinados países europeus, que se encontram deficitariamente preparadas e que se debatem com problemas de corrupção. Para solucionar ou mitigar o problema apresenta como soluções uma rede europeia de Autoridades Nacionais da

¹⁴ As leis antitrust remontam aos anos de 1890 com o Sherman Act e o Clayton Act, estipulando-se, neste último, que "any person who shall be injured in his business or property by reason of anything forbidden in the antitrust laws may sue therefor in any district court of the United States in the district in which the defendant resides or is found or has an agent, without respect to the amount in controversy, and shall recover threefold the damages by him sustained, and the cost of suit, including a reasonable attorney's fee", disponível em <http://gwcl.com/Library/America/USA/The%20Clayton%20Act.pdf>, consultado em 08-05-2014.

¹⁵ Disponível em <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/340/558/case.html>, consultado em 24-05-2014.

¹⁶ KOMNINOS, Assimakis, "Private Antitrust Damages Actions in the EU: second generation questions", *Revista de Concorrência e Regulação*, Lisboa, ISSN 1647-5801, ano III, n.º 9, 2012, p. 21.

¹⁷ FERNANDES, Pedro Rosa, "Enforcement da Concorrência: Enforcement Privado na União Europeia", 2012, disponível em <http://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/10320/1/tese%20-%20Final.pdf>, consultado em 06-05-2014, p. 14.

Concorrência sob controlo da comissão, a criação da figura de auditores da concorrência, critérios e requisitos a cumprir por todas estas Autoridades e a criação de procedimentos chave nos Tribunais¹⁸.

No entanto, concordamos com a Proposta de Diretiva quando esta refere que o efeito probatório proposto não implica qualquer diminuição da proteção jurídica das empresas em causa, uma vez que as decisões de infração tomadas pelas Autoridades Nacionais da Concorrência estão sujeitas ainda ao controlo jurisdicional.

Para além disto, em toda a UE, as empresas beneficiam de um nível comparável de proteção dos seus direitos de defesa, tal como consagrado no número 2 do artigo 48.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Por último, os direitos e as obrigações dos Tribunais nacionais decorrentes do artigo 267.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia não são alterados por esta regra.

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

De referir que, em Portugal, neste momento, nos termos do artigo 623.º do Novo 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 prática da infração”. A contrário, constitui presunção inilidível quanto aos sujeitos processuais (que não são terceiros), mormente, quanto aos arguidos/infratores, relativamente à existência dos factos que integram os pressupostos da punição.

Com a transposição do artigo 9.º da Proposta de Diretiva, aparentemente, ocorrerá presunção inilidível no que respeita à ocorrência dos factos consubstanciadores das infrações verificadas e provadas no processo contraordenacional (e só estes), oponível não só aos sujeitos processuais, mas também a terceiros. Assim, torna-se desnecessário provar os factos integrantes da infração, bem como se encontra vedada a possibilidade de se provar que tais infrações não se verificaram.

¹⁸ FERNANDES, Pedro Rosa, “*Enforcement da Concorrência: Enforcement Privado na União Europeia*”, 2012, disponível em <http://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/10320/1/tese%20-%20Final.pdf>, consultado em 06-05-2014, pp. 25 e 26.

2.3. Prazos de prescrição

O artigo 10.º da Proposta de Diretiva – com o intuito de esclarecer os limites temporais dentro dos quais as vítimas podem intentar uma ação de indemnização – prescreve que os Estados-Membros devem estabelecer regras aplicáveis aos prazos de prescrição para intentar ações de indemnização que determinem quando começa a correr o prazo de prescrição, a duração do prazo e em que circunstâncias o prazo pode ser interrompido ou suspenso.

Estas regras devem, no mínimo, assegurar que o prazo de prescrição não começa a correr antes de uma parte lesada ter conhecimento, ou se poder razoavelmente presumir que teve conhecimento, do comportamento que constitui a infração, da qualificação de um tal comportamento como uma infração ao direito da concorrência da União ou nacional, do facto de a infração lhe ter causado o dano e da identidade do infrator que causou tal dano.

Devem também assegurar que o prazo de prescrição não começa a correr antes da data de cessação de uma infração continuada ou repetida e que o mesmo é, pelo menos, de cinco anos.

Por fim, deve ser assegurado que o prazo de prescrição é suspenso se uma Autoridade Nacional da Concorrência tomar uma medida com vista a uma investigação ou a um processo relativo a uma infração com a qual a ação de indemnização está relacionada. A suspensão deve terminar, no mínimo, um ano depois de a decisão de infração se ter tornado definitiva ou o processo ter sido de outro modo encerrado.

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

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

Ora, o regime regra hoje vigente dispõe que o prazo de prescrição começa “a contar da data em que o lesado teve conhecimento do direito que lhe compete, embora com desconhecimento da pessoa do responsável e da extensão integral dos danos” e “direito de

indenização prescreve no prazo de três anos (...) sem prejuízo da prescrição ordinária se tiver decorrido o respectivo prazo a contar do facto danoso” – artigo 498.º do Código Civil Português.

Em face do referido regime, impõe-se criar uma regra especial no que respeita às ações de indenização agora em análise, por forma a acautelar, por um lado, que estes prazos não devem iniciar-se antes do lesado ter conhecimento, ou se poder razoavelmente presumir que teve conhecimento, da identidade do infrator que causou tal dano e que, por outro lado, os mesmos devem ser de, pelo menos, cinco anos.

Ao mesmo tempo, e tendo em conta regime geral dos artigos 318.º e seguintes do Código Civil Português, deverá ser estipulada uma regra especial de suspensão para este tipo de ações. Isto pois, como vimos, é necessário garantir que o prazo de prescrição não começa a correr antes da data de cessação de uma infração continuada ou repetida e que o mesmo é suspenso se uma autoridade da concorrência tomar uma medida com vista a uma investigação ou a um processo relativo a uma infração com a qual a ação de indenização está relacionada (devendo a suspensão terminar, no mínimo, um ano depois de a decisão de infração se ter tornado definitiva ou o processo ter sido, de outro modo, encerrado)¹⁹.

2.4. Responsabilidade Solidária

O artigo 11.º da Proposta de Diretiva estabelece o princípio da responsabilidade solidária ao estipular que os Estados-Membros “devem assegurar que as empresas que infringiram o direito da concorrência através de um comportamento conjunto são solidariamente responsáveis pelos prejuízos causados pela infração: cada uma das empresas infratoras é obrigada a reparar integralmente os danos, podendo a parte lesada exigir uma reparação integral de qualquer uma delas até que seja indemnizada na íntegra”. No entanto, o mesmo limita a responsabilidade das empresas que tenham sido beneficiárias de um programa de clemência, ao estabelecer que os Estados-Membros devem assegurar que estas são responsáveis “perante as partes lesadas, que não os seus adquirentes ou fornecedores diretos ou indiretos”, apenas “quando essas partes lesadas demonstrarem que não podem obter uma reparação integral das outras empresas envolvidas na mesma infração ao direito da concorrência”.

Na mesma linha de pensamento, também os Estados-Membros devem assegurar que, “na medida em que a infração causou danos a pessoas lesadas que não os adquirentes ou fornecedores diretos ou indiretos das empresas infratoras, o montante da contribuição do beneficiário de imunidade é determinado em função da sua responsabilidade relativa no que respeita a esses danos”.

¹⁹ Tal novo regime consubstanciará, certamente, uma dilatação excecional dos prazos de prescrição das ações em litígio nos nossos Tribunais, podendo vir a ser proferidas decisões judiciais, nestas ações de indenização, dezenas de anos após a prática dos factos.

Ao mesmo tempo, também se consagra o direito de regresso ao determinar que os Estados-Membros “devem assegurar que a empresa infratora pode recuperar uma contribuição de qualquer outra empresa infratora, cujo montante será determinado em função da relativa responsabilidade pelos danos causados pela infração” e que o “montante da contribuição de uma empresa à qual foi concedida imunidade em matéria de coimas por uma autoridade da concorrência no âmbito de um programa de clemência não deve exceder o montante dos danos que ela causou aos seus próprios adquirentes ou fornecedores diretos ou indiretos”.

Assim, encontra-se estabelecida a regra geral de que sempre que várias empresas infringirem conjuntamente as regras da concorrência são solidariamente responsáveis pela totalidade dos danos causados pela infração.

No entanto, no que respeita ao regime de responsabilidade dos beneficiários de imunidade – com o objetivo de salvaguardar a atratividade dos programas de clemência da Comissão e das Autoridades Nacionais da Concorrência²⁰ – esta regra será derogada e os mesmos apenas responderão perante os danos causados aos seus clientes (diretos ou indiretos). Não obstante, a limitação proposta em matéria de responsabilidade dos beneficiários de imunidade não pode ser absoluta, pois não deve interferir com o direito das vítimas à reparação integral. Assim, estes permanecem inteiramente responsáveis se as partes lesadas não puderem obter uma reparação integral junto dos outros infratores.

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

Em Portugal, o regime da responsabilidade civil por factos ilícitos prevê, por um lado, no número 1 do artigo 497.º do Código Civil Português, que, sempre que “forem várias as pessoas responsáveis pelos danos, é solidária a sua responsabilidade”. Por outro lado, no número 2 daquele artigo, estipula-se que o “direito de regresso entre os responsáveis existe na medida das respectivas culpas e das consequências que delas advieram, presumindo-se iguais as culpas das pessoas responsáveis”²¹. Assim, no nosso país, quanto a este tema, novidade será somente a limitação da responsabilidade dos beneficiários de programas de Clemência, que se confina aos danos causados aos respetivos adquirentes ou fornecedores diretos e indiretos. Sendo que esta exceção apenas será derogada na medida em que os restantes co infratores forem incapazes de ressarcir as partes lesadas.

²⁰ A este propósito, o considerando 28 da Proposta de Diretiva esclarece que “[a]s em que cooperam com as autoridades da concorrência no âmbito de um programa de clemência desempenham um papel essencial na deteção de infrações cometidas por cartéis secretos e na cessação dessas infrações, atenuando frequentemente, desse modo, os danos que poderiam ter sido causados se a infração continuasse. Convém, por consequência, prever que as empresas a quem uma autoridade da concorrência concedeu imunidade em matéria de coimas no âmbito de um programa de clemência sejam protegidas contra uma exposição indevida a ações de indemnização, tendo em conta o facto de a decisão da autoridade da concorrência que constata a infração se poder tornar definitiva para o beneficiário de imunidade antes de se tornar definitiva para as outras empresas que não receberam imunidade”.

²¹ No que respeita às obrigações solidárias, ver os artigos 512.º e seguintes do Código Civil Português e, em especial, o artigo 524.º para o direito de regresso entre devedores.

2.5. Repercussão dos Sobrecustos

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

Desta forma, o artigo 12.º da Proposta de Diretiva prevê que, se a parte lesada diminuir os seus prejuízos através da repercussão dos mesmos nos seus próprios adquirentes, esta repercussão pode ser invocada pela empresa infratora como meio de defesa.

Esta possibilidade de defesa existe para assegurar que apenas os adquirentes diretos e indiretos que sofreram efetivamente um dano sob a forma de sobrecustos podem pedir uma reparação, uma vez que se a perda foi repercutida deixa de constituir um dano pelo qual a parte que a repercutiu deve ser indemnizada. Assim, os Estados-Membros devem certificar-se de “que o demandado numa ação de indemnização pode invocar como meio de defesa contra um pedido de indemnização o facto de o demandante ter repercutido total ou parcialmente os sobrecustos resultantes dessa infração”.

Não obstante, o “ónus da prova de que os sobrecustos foram repercutidos cabe ao demandado”, que tem de provar a existência e o grau de repercussão. Esta defesa não pode, no entanto, ser invocada se a repercussão ocorrer “em pessoas situadas no nível seguinte da cadeia de abastecimento e que estão na impossibilidade jurídica de pedir uma reparação pelos seus danos”²², uma vez que a invocação de tal repercussão iria significar que a empresa infratora seria indevidamente liberta da responsabilidade pelos danos causados.

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

Ao mesmo tempo, os Estados-Membros “devem assegurar que o tribunal tem competência para estimar a parte dos sobrecustos que foi repercutida” e que estas orientações não

²² É considerado pela Proposta de Diretiva que os adquirentes indiretos podem ver-se na impossibilidade jurídica de pedir uma reparação em virtude das regras nacionais sobre o nexo de causalidade (incluindo as regras em matéria de previsibilidade e afastamento).

prejudicam “o direito de o infrator demonstrar que os sobrecustos não foram, ou não foram totalmente, repercutidos no adquirente indireto”.

O artigo 15.º considera que os Tribunais nacionais, “ao apreciar se o ónus da prova resultante da aplicação do artigo 13.º foi cumprido”, devem, quando as partes lesadas situadas em diferentes níveis da cadeia de distribuição intentarem ações de indemnização separadas mas relacionadas com a mesma infração, ter em conta as ações paralelas ou anteriores (ou decisões proferidas em tais ações). Sendo que a finalidade de tal injunção é evitar uma reparação insuficiente ou excessiva dos danos causados pela infração e promover a coerência entre as decisões judiciais provenientes de tais processos conexos. É neste sentido que se explicita que o disposto nesta cláusula “não deve prejudicar os direitos e obrigações dos tribunais nacionais no âmbito do artigo 30.º do Regulamento (UE) n.º 1215/2012”²³.

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

2.6. Quantificação dos danos

A Proposta de Diretiva não esqueceu que a vítima de uma infração às normas da Concorrência, para obter uma indemnização, para além de provar que sofreu um dano com tal infração, tem de provar a extensão do dano sofrido. E, considerando que tal poderia constituir um obstáculo significativo ao acesso a uma indemnização, uma vez que a prova dos danos e a quantificação dos mesmos requer um intenso apuramento de factos, a junção de elementos muitas vezes de difícil acesso e o uso de modelos económicos bastante complexos e onerosos, previu-se, no Capítulo V, uma presunção ilidível de que, quando estivermos perante um cartel, esta infração causou danos. Esta presunção justifica-se apenas no que respeita aos cartéis devido à natureza secreta dos mesmos, o que aumenta a assimetria de informação, sendo mais difícil para as vítimas obterem elementos de prova essenciais para demonstrar os danos. Desta forma, o artigo 16.º da Proposta de Diretiva

²³ O artigo 30.º do Regulamento 1215/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2012, publicado no Jornal Oficial da União Europeia a 20 de dezembro de 2012, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2012:351:0001:0032:pt:PDF>, considerando conexas “as ações ligadas entre si por umnexo tão estreito que haja interesse em que sejam instruídas e julgadas em conjunto para evitar decisões eventualmente inconciliáveis se as causas fossem julgadas separadamente”, estipula que, estando “pendentes ações conexas em tribunais de diferentes Estados-Membros, todos eles podem suspender a instância, com exceção do tribunal demandado em primeiro lugar” e que se a “ação intentada no tribunal demandado em primeiro lugar estiver pendente em primeira instância, qualquer outro tribunal pode igualmente declarar-se incompetente, a pedido de uma das partes, se o tribunal demandado em primeiro lugar for competente para as ações em questão e a sua lei permitir a respetiva apensação”.

determina que os Estados-Membros “devem assegurar que, no caso de uma infração de um cartel, se deve presumir que a infração causou danos”. No entanto, a empresa infratora deve ter o direito de ilidir esta presunção.

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

Sucedo que, na ausência de regras da União Europeia sobre a quantificação dos danos causados pela violação das normas da Concorrência, esta é feita com base nas regras e procedimentos nacionais, próprios de cada Estado-Membro.

No entanto, tais preceitos devem respeitar os princípios de equivalência e eficácia, uma vez não devem ser menos favoráveis do que as regras e procedimentos que regem as equivalentes ações nacionais e, tal como refere o segundo parágrafo deste artigo 16.º, deve ser assegurado “que o ónus e o nível da prova e o estabelecimento dos factos exigidos para a quantificação dos danos não tornam o exercício do direito da parte lesada à indemnização praticamente impossível ou excessivamente difícil”.

Ao mesmo tempo²⁴, esta disposição também indica que os Estados-Membros “devem providenciar para que o tribunal tenha competência para estimar o montante dos danos”. Assim, com vista a facilitar a quantificação dos danos por parte dos Tribunais nacionais, a Comissão emitiu uma Comunicação com determinadas orientações não vinculativas sobre o assunto²⁵ e o Documento de Trabalho que a acompanha, que descreve os pontos fortes e fracos dos métodos e técnicas disponíveis para a quantificação dos danos, apresenta e analisa exemplos práticos ilustrativos dos efeitos típicos produzidos pelas infrações e explica como os métodos e técnicas disponíveis podem ser aplicados na prática²⁶.

²⁴ “A national court cannot therefore refuse to award damages simply because a claimant is unable sufficiently to quantify the amount of the harm it has suffered” – KOMNINOS, Assimakis, “Private Antitrust Damages Actions in the EU: second generation questions”, Revista de Concorrência e Regulação, Lisboa, ISSN 1647-5801, ano III, n.º 9, 2012, pp. 47. Ao mesmo tempo, quanto ao papel das Autoridades Nacionais da Concorrência neste aspeto, ver KOMNINOS, Assimakis, “Relationship between Public and Private Enforcement: *quod Dei Deo, quod Caesaris Caesari*” (2011), p. 21 e seguintes, disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1870723, consultado em 09-05-2014.

²⁵ Comunicação da Comissão sobre a quantificação dos danos nas ações de indemnização que tenham por fundamento as infrações aos artigos 101.º e 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2013:167:0019:0021:PT:PDF>, consultada em 13-05-2014.

²⁶ Documento de Trabalho dos serviços da Comissão: Guia Prático sobre a quantificação dos danos em ações de indemnização com base nas infrações aos artigos 101.º e 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, disponível em http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_guide_pt.pdf, consultado em 13-05-2014.

2.7. Resolução amigável de litígios

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

Para tal, o artigo 17.º da Proposta de Diretiva, considerando que os prazos de prescrição para intentar uma ação de indemnização poderiam impedir que as partes tivessem tempo suficiente para chegar a um acordo, atribui efeito suspensivo aos procedimentos de resolução amigável para estes casos.

Assim, por um lado, prevê a suspensão daqueles prazos enquanto as partes estiverem envolvidas numa resolução amigável de litígios, estipulando que os Estados-Membros “devem assegurar que o prazo de prescrição para intentar uma ação de indemnização é suspenso pela duração do processo de resolução amigável de litígios” e que a “suspensão do prazo de prescrição deve aplicar-se apenas no que respeita às partes que estão ou estiveram envolvidas na resolução amigável de litígios”. E, por outro lado, prevê a suspensão dos processos pendentes enquanto durar a resolução amigável de litígios, determinando que os Estados-Membros “devem assegurar que os tribunais nacionais nos quais foi apresentada uma ação de indemnização podem suspender a instância quando as partes no processo estão envolvidas numa resolução amigável de litígios no que se refere ao pedido de indemnização abrangido por essa ação de indemnização”. No entanto, ao estudar a possibilidade de suspender a instância, o Tribunal deve considerar o interesse de garantir a celeridade do procedimento.

Neste sentido, também o artigo 18.º da Proposta de Diretiva estabelece que os Estados-Membros “devem assegurar que, na sequência de uma resolução amigável, o pedido de indemnização da parte lesada envolvida na resolução amigável é reduzido da parte nos danos causados à parte lesada imputável ao coinfrator envolvido na resolução amigável”.

Os Estados-Membros devem também assegurar que os “coinfratores não envolvidos na resolução amigável não podem recuperar uma contribuição do coinfrator envolvido na resolução amigável no que respeita ao pedido de indemnização remanescente” e que apenas “quando os coinfratores não envolvidos na resolução amigável não puderem pagar a indemnização correspondente ao pedido de indemnização remanescente é que o coinfrator envolvido na resolução amigável pode ser obrigado a pagar uma indemnização à parte lesada envolvida na resolução amigável”.

Para além disto, em ações de indemnização subsequentes, ao “determinar a contribuição de cada um dos coinfratores, os tribunais nacionais devem ter em devida conta qualquer resolução amigável anterior que envolva o coinfrator pertinente”.

Uma breve nota para a Diretiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de Maio de 2008²⁷, relativa a certos aspetos da mediação em matéria civil e comercial, que pretendeu facilitar o acesso à resolução alternativa de litígios e promover a resolução amigável de litígios, incentivando o recurso à mediação e assegurando uma relação equilibrada entre a mediação e o processo judicial²⁸.

Em Portugal, a lei n.º 29/2013, de 19 de abril²⁹ regula a mediação. Assim, o artigo 13.º desta lei estipula que “as partes podem, previamente à apresentação de qualquer litígio em Tribunal, recorrer à mediação para a resolução desses litígios” e que “o recurso à mediação suspende os prazos de caducidade e prescrição”. Ao mesmo tempo, o artigo 273.º do Novo Código de Processo Civil determina que “o juiz pode determinar a remessa do processo para mediação, suspendendo a instância” e que “as partes podem (...) resolver o litígio por mediação, acordando na suspensão da instância”.

A par disto, a nova lei da arbitragem voluntária³⁰ foi aprovada pela lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro³¹, ao mesmo tempo que a lei n.º 78/2001, 13 de julho, alterada e republicada pela lei n.º 54/2013, de 31 de julho, disciplina a organização, competência e funcionamento dos julgados de paz³².

2.8. As ações colectivas

Como vimos, o Livro Verde, considerando a possibilidade de existência de vários pedidos de pequeno montante, questionou acerca da necessidade de procedimentos especiais para a introdução de ações coletivas e para a proteção dos interesses dos consumidores.

Posteriormente, a Comissão, no Livro Branco, considerando a necessidade de criar mecanismos que permitissem agregação de pedidos individuais de indemnização, sugeriu a combinação de ações representativas com as ações coletivas por adesão³³.

²⁷ Diretiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de Maio de 2008, publicada no Jornal Oficial da União Europeia a 24 de maio de 2008, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:136:0003:0008:PT:PDF>.

²⁸ A propósito da arbitragem, ver obrigação dos árbitros aplicarem as normas da Concorrência fixadas nos Tratados, em BAELE & BELLIS, Van, “Competition law of the European Community”, 5ª edição, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2010, ISBN 978-90-411-2876-8, pp. 1253 a 1257.

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

³⁰ A este propósito, ANDRADE, José Robin de, “Apresentação sobre a nova lei de arbitragem voluntária e a aplicação do direito da concorrência pelos tribunais arbitrais”, Revista de Concorrência e Regulação, Lisboa, ISBN 978-110-00-5801-6, ano III, n.º 11/12, 2012, p. 195; IDOT, Laurence, “Arbitration, european competition law and public order”, Revista de Concorrência e Regulação, Lisboa, ISBN 978-110-00-5801-6, ano III, n.º 11/12, 2012, p. 215; e KOMNINOS, Assimakis, “Arbitration and EU competition law”, Revista de Concorrência e Regulação, Lisboa, ISBN 978-110-00-5801-6, ano III, n.º 11/12, 2012, p. 251.

³¹ Lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro, aprovada em 4 de novembro de 2011, publicada em Diário da República a 14 de dezembro de 2011, disponível em <http://www.dre.pt/pdf1s/2011/12/23800/0527605289.pdf>.

³² Lei n.º 54/2013, de 31 de julho, aprovada em 19 de junho de 2013, publicada em Diário da República a 31 de julho de 2013, disponível em <http://www.dre.pt/pdf1s/2013/07/14600/0449604508.pdf>.

³³ Relacionado com esta discussão, VAN DEN BERGH, Roger, “Private Enforcement of European Competition Law and the Persisting Collective Action Problem”, disponível em http://www.maastrichtjournal.eu/pdf_file/ITS/MJ_20_01_0012.pdf, consultado em 06-05-2014.

Sucedem que, como é explicado no ponto 2.1. da Exposição de Motivos da Proposta de Diretiva, em 2011, a Comissão realizou consulta pública intitulada "Rumo a uma abordagem europeia coerente sobre a ação coletiva" e, na sequência das respostas dos intervenientes e da posição do Parlamento Europeu, a Comissão Europeia decidiu-se pela adoção de uma abordagem horizontal nesta matéria.

Assim, nesta Proposta de Diretiva, não são incluídas disposições específicas sobre Concorrência no âmbito das ações coletivas. Isto pois, uma abordagem horizontal determina regras comuns sobre ação coletiva para todos os domínios em que os danos causados prejudiquem vários sujeitos, diminuindo o risco de falta de coordenação setorial das iniciativas da União Europeia e assegurando que as normas processuais de cada Estado-Membro, no que às ações coletivas respeita, se encontrem harmonizadas³⁴.

Neste sentido, a Comissão emitiu uma Comunicação³⁵, onde explica esta opção, e uma Recomendação³⁶ que, apesar de não vinculativa³⁷, define princípios comuns horizontais para a tutela coletiva na União Europeia que os Estados-Membros devem respeitar, com vista à introdução de mecanismos de ressarcimento coletivo³⁸ nas regras processuais nacionais de cada Estado, com o intuito de melhorar o acesso das vítimas à Justiça³⁹.

3. Símula

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

³⁴ A este propósito, KOMNINOS, Assimakis, "Private Antitrust Damages Actions in the EU: second generation questions", Revista de Concorrência e Regulação, Lisboa, ISSN 1647-5801, ano III, n.º 9, 2012, pp. 53-55.

³⁵ Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões "Rumo a um quadro jurídico horizontal europeu para a tutela coletiva", de 11 de junho de 2013, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52013DC0401&rid=1>, consultada em 09-06-2014.

³⁶ Recomendação da Comissão, de 11 de junho de 2013, sobre os princípios comuns que devem reger os mecanismos de tutela coletiva inibitórios e indemnizatórios dos Estados-Membros aplicáveis às violações de direitos garantidos pelo direito da União, publicada no Jornal Oficial da União Europeia a 26 de julho de 2013, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32013H0396&from=EN>.

³⁷ Ver STADLER, Astrid, "The Commission's Recommendation on common principles of collective redress and private international law issues", disponível em http://www.nipr-online.eu/upload/documents/20140113T103840-NIPR%202013-4_Stadler.pdf, consultado em 09-06-2014.

³⁸ Ver HODGES, Christopher, "New modes of redress for consumers and competition law", Revista de Concorrência e Regulação, Lisboa, ISBN 978-110-00-5801-6, ano III, n.º 11/12, 2012, p. 227.

³⁹ Em Portugal, o direito de ação popular encontra-se consagrado no número 3 do artigo 52.º da Constituição da República Portuguesa e é regulado pela lei n.º 83/95, de 31 de agosto, aprovada em 21 de junho de 1995, publicada em Diário da República a 31 de agosto de 1995, disponível em <http://dre.pt/pdf1s/1995/08/201A00/54645467.pdf>, alterada pela Retificação n.º 4/95, de 12 de outubro, pela Assembleia da República Portuguesa a 26 de setembro de 1995, publicada em Diário da República a 12 de outubro de 1995, disponível em <http://www.dre.pt/pdf1s/1995/10/236A00/63236323.pdf>.

A este propósito, ver ROSSI, Leonor, FERRO, Miguel Sousa, "Private Enforcement of competition law in Portugal (ii): *actio popularis* - facts, fiction and dreams", Revista de Concorrência e Regulação, Lisboa, ISBN 978-13-000-5801-4, ano IV, n.º 13, 2013, p. 35.

No entanto, e apesar de o TJUE por diversas vezes ter reconhecido que as vítimas afetadas por estas práticas têm direito a uma indemnização pelos prejuízos sofridos, que deve compreender os danos emergentes, lucros cessantes e juros, independentemente de as vítimas serem terceiros ou os próprios participantes em acordos anti concorreciais, as ações de indemnização por violação das regras da Concorrência continuam a ser pouco utilizadas e, conseqüentemente, são poucos os efeitos obtidos com as mesmas.

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

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

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

Bibliografia

ANDRADE, JOSÉ ROBIN DE, "Apresentação sobre a nova lei de arbitragem voluntária e a aplicação do direito da concorrência pelos tribunais arbitrais", Revista de Concorrência e Regulação, Lisboa, ISBN 978-110-00-5801-6, ano III, n.º 11/12, 2012, p. 195.

BAEL & BELLIS, VAN, "Competition law of the European Community", 5ª edição, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2010, ISBN 978-90-411-2876-8, pp. 1253 a 1257.

FERNANDES, PEDRO ROSA, "Enforcement da Concorrência: Enforcement Privado na União Europeia", 2012, disponível em <http://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/10320/1/tese%20-%20Final.pdf> (06-05-2014), pp. 25 e 26.

HODGES, CHRISTOPHER, "New modes of redress for consumers and competition law", Revista de Concorrência e Regulação, Lisboa, ISBN 978-110-00-5801-6, ano III, n.º 11/12, 2012, p. 227.

IDOT, LAURENCE, "Arbitration, european competition law and public order", Revista de Concorrência e Regulação, Lisboa, ISBN 978-110-00-5801-6, ano III, n.º 11/12, 2012, p. 215; e KOMNINOS, ASSIMAKIS, "Arbitration and EU competition law", Revista de Concorrência e Regulação, Lisboa, ISBN 978-110-00-5801-6, ano III, n.º 11/12, 2012, p. 251.

KOMNINOS, ASSIMAKIS, "Private Antitrust Damages Actions in the EU: second generation questions", Revista de Concorrência e Regulação, Lisboa, ISSN 1647-5801, ano III, n.º 9, 2012, p. 21, p.47, pp. 53-55.

KOMNINOS, ASSIMAKIS, "Relationship between Public and Private Enforcement: quod Dei Deo, quod Caesaris Caesari" (2011), p. 21 e seguintes, disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1870723 (09-05-2014).

ROSSI, LEONOR, FERRO, MIGUEL SOUSA, "Private Enforcement of competition law in Portugal (ii): actio popularis – facts, fiction and dreams", Revista de Concorrência e Regulação, Lisboa, ISBN 978-13-000-5801-4, ano IV, n.º 13, 2013, p. 35.

STADLER, ASTRID, "The Commission's Recommendation on common principles of collective redress and private international law issues", disponível em http://www.nipr-online.eu/upload/documents/20140113T103840-NIPR%202013-4_Stadler.pdf (09-06-2014).

VAN DEN BERGH, ROGER, "Private Enforcement of European Competition Law and the Persisting Collective Action Problem", disponível em http://www.maastrichtjournal.eu/pdf_file/ITS/MJ_20_01_0012.pdf (06-05-2014).

Jurisprudência

Acórdão MASTERFOODS E HB do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 14/12/2000, Processo C-344/98, disponível em <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=45449&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=570190> (24-05-2014).

Acórdão OTIS ET AL. do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 06/11/2012, Processo C-199/11, disponível em <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=129323&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=24885> (17-04-2014).

Acórdão do Supremo Tribunal dos Estados Unidos, caso Emich Motors Corp. v. General Motors Corp. - 340 U.S. 558 (1951) - Disponível em <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/340/558/case.html> (24-05-2014).