

LITIGÂNCIA JURÍDICO-PRIVADA E DIREITO
DA CONCORRÊNCIA – A DIRETIVA N.º 2014/104/UE,
DE 26 DE NOVEMBRO DE 2014: DIVULGAÇÃO
DE ELEMENTOS DE PROVA, EFEITOS DAS DECISÕES
NACIONAIS, PRAZOS DE PRESCRIÇÃO
E RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA

*João Espírito Santo Noronha**

ABSTRACT: The implementation of an effective private enforcement system of EU competition law has been a European Commission concern since the delivery of the Courage judgment (2001). In December 2001 Directive 2014/104/EU “[...] 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” was published. The Member States must transpose the directive by 2016. With this Article we make, on the one hand, the historical excursus that culminated in the adoption of the directive, and on the other hand, a first sectorial analysis on the articulation of the normative directive set with domestic law, both civil and of civil procedure.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Direito da concorrência, ilícito e reação da *esfera pública*. 3. Direito da concorrência e litigância privada. 4. O estado da questão do *private enforcement* do direito da concorrência na consideração doutrinária sobre os meios fornecidos pelo ordenamento nacional e a análise jurisprudencial. 4.1. O âmbito material. 4.2. Jurisprudência e meios processuais. 5. A diretiva *private enforcement* e a responsabilidade civil. 5.1. Divulgação de elementos de prova. 5.1.1. Articulação com o direito interno. 5.2. Efeitos das decisões nacionais, prazos de prescrição e responsabilidade solidária. 5.2.1. Efeitos das decisões nacionais. 5.2.1.1. Aproximações do direito nacional. 5.2.1.2. Conclusão setorial. 5.2.2. Prazos de prescrição. 5.2.3. Responsabilidade solidária. 6. Conclusão.

* Professor Auxiliar da Faculdade de Direito de Lisboa.

1. INTRODUÇÃO

Foi aprovada no final de 2014 a Diretiva n.º 2014/104/UE, de 26 de novembro – tendo sido publicada no *Jornal Oficial da União Europeia* (doravante, JOUE) de 5 de dezembro 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”. No plano doutrinário, e por razões que serão adiante melhor explicitadas, o diploma deverá ficar para a posteridade como *Diretiva Private Enforcement*¹.

O objeto da Diretiva (art. 1.º) é: (i) o estabelecimento de *certas regras, necessárias para assegurar que quem sofra danos causados por uma infração ao direito da concorrência por uma empresa ou associação de empresas possa exercer efetivamente o direito a pedir a reparação integral desses danos por essa empresa ou associação* (n.º 1); (ii) assegurando uma proteção, para as pessoas que sofram tais danos, equivalente em toda a União (n.º 1); e, (iii) o estabelecimento de regras de articulação entre a aplicação das regras de concorrência pelas autoridades de concorrência e a aplicação dessas mesmas regras pelos tribunais nacionais, em ações de indemnização que corram perante os mesmos (n.º 2).

A Diretiva é *encabeçada* por uma extensa lista de 56 *considerandos*, comportando ainda o estabelecimento de 24 conceitos (art. 2.º).

A Diretiva entrou em vigor no vigésimo dia seguinte ao da sua publicação no JOUE, isto é, em 16 de dezembro de 2014, devendo os Estados-Membros transpô-la para os respetivos ordenamentos até 27 de dezembro de 2016 (art. 21, n.º 1).

2. DIREITO DA CONCORRÊNCIA, ILÍCITO E REAÇÃO DA ESFERA PÚBLICA

I – Não está no âmbito do presente escrito, pela sua limitada dimensão, a explicitação das grandes linhas temáticas do Direito da Concorrência, designadamente a da teleologia que lhe subjaz, que não é consensual, nem no plano histórico-espacial nem doutrinário. Sobre o lugar ocupado pelo direito da concorrência no ordenamento jurídico, como parte do *Direito Económico*, louvamo-

1 Na numeração de artigos de diplomas legais utiliza-se o ordinal até nove e o cardinal de dez em diante, por tal corresponder ao modo gramaticalmente correto de o fazer (cfr. Cunha & Cintra, 2010: 374), pelo que nos afastamos da tradição legislativa portuguesa, que não temos por justificada.

-nos no trabalho de António Carlos dos Santos, Maria Eduarda Gonçalves e Maria Manuel Leitão Marques².

No sistema jurídico nacional, a tutela da concorrência, entendida como bem público, opera essencialmente em duas áreas materiais: a da proibição de certas práticas – denominadas, no Capítulo II do Regime Jurídico da Concorrência, aprovado pela Lei n.º 19/2012, de 8 de maio (doravante, RJC)³, *práticas restritivas da concorrência* – e a do controlo de operações de concentração de empresas (Capítulo III do RJC). O presente escrito centra-se apenas na área temática das práticas restritivas da concorrência.

Certas práticas passíveis de serem adotadas por operadores de mercado, ou associações dos mesmos, que tenham por objeto ou como efeito impedir, falsear ou restringir a concorrência no mercado nacional⁴, são proibidas e passíveis de sancionamento. A afetação do – de um – mercado nacional pode, simplesmente, limitar-se a esse âmbito, mas pode o mercado nacional ser afetado, numa situação de conjunto, com mercados de Estados-Membros da União. Em princípio, a primeira das identificadas situações só suscita a aplicação da lei nacional da concorrência (arts. 9.º, 11 e 12 do RJC⁵); a segunda, porque se verifica afetação do comércio entre Estados-Membros, suscita também a aplicação das regras materiais de concorrência da União Europeia: para o que aqui interessa considerar, os arts. 101 (práticas de colusão) e 102 (práticas unilaterais) do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (doravante, TFUE)⁶.

2 Santos, Gonçalves & Marques, 2014: 21.

3 Trata-se do quarto regime jurídico nacional de proteção da concorrência; o primeiro foi aprovado pelo DL n.º 422/83, de 3 de dezembro, no âmbito de Programa do IX Governo Constitucional, que incluía a “[...] a elaboração de uma lei de defesa da concorrência em moldes semelhantes aos existentes nos países europeus” (do preâmbulo), antecipando a adesão de Portugal à, então, Comunidade Económica Europeia. O segundo regime jurídico nacional de proteção da concorrência foi aprovado pelo DL n.º 371/93, de 29 de outubro e, o terceiro, pela Lei n.º 18/2003, de 11 de junho.

4 A terminologia é diretamente *importada* do art. 9.º, n.º 1, do RJC. Os *operadores de mercado* referidos no texto são, na terminologia legal, *empresas*, cuja noção, para efeitos jus-concorrenciais, é estabelecida no art. 3.º, n.º 1, do RJC: “[...] qualquer entidade que exerça uma atividade económica que consiste na oferta de bens ou serviços num determinado mercado, independente do seu estatuto jurídico e do seu modo de funcionamento”.

5 A proibição contida no art. 12 (abuso de dependência económica é de inspiração francesa e não tem correspondência no direito da União Europeia).

6 A Comissão Europeia emitiu *Linhas de Orientação* sobre o conceito de *afetação do comércio* contido nos – então – arts. 81 e 82 (2004/C 101/07). Este documento esclarece que o critério da afetação do comércio entre os Estados-Membros é independente da definição do mercado geográfico relevante, pelo que o comércio entre Estados-Membros pode ver-se afetado mesmo em casos em que o mercado relevante é nacional ou infranacional.

II – O direito nacional da concorrência é *moldado*, desde a adesão de Portugal à, então, Comunidade Económica Europeia (1985) sobre o da União Europeia, que, no que respeita a práticas restritivas da concorrência tem sede no TFUE, em particular nos arts. 101 e 102 [Secção 1 (*As regras aplicáveis às empresas*) do Capítulo I (*As regras de concorrência*) do Título VII (*As regras comuns relativas à concorrência, à fiscalidade e à aproximação das legislações*)].

O antecedente histórico-comparativo do art. 101 do TFUE reside, nas comunidades europeias, no art. 65 do Tratado que institui a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (de 1951; doravante, Tratado CECA), relativo a acordos entre empresas, decisões de associações de empresas e práticas concertadas entre empresas no âmbito do mercado comum por ele instituído; o referido artigo 65 está sistematicamente incluído no Capítulo VI (*acordos e concentrações*) do Título III (*disposições económicas e sociais*)⁷.

No tratado CEE, a matéria dos acordos entre empresas, decisões de associações de empresas e práticas concertadas entre empresas – aí, no enquadramento da *incompatibilidade com o mercado comum instituído por esse tratado* – surge no art. 85, sendo também de destacar o surgimento de uma nova proibição, no art. 86 (agora, art. 102 do TFUE), da exploração abusiva de uma posição dominante no mercado comum ou numa parte substancial dele.

III – No ordenamento jurídico da União são, assim, proibidos, porque tidos por *incompatíveis com o mercado interno*: (i) *os acordos entre empresas*, (ii) *as decisões de associações de empresas* e (iii) *as práticas concertadas que sejam suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno* (art. 101, n.º 1, do TFUE), proibição que, todavia, é excecionada, em moldes

7 Tratado CECA, art. 65: “1. São proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que, no mercado comum, tendam direta ou indiretamente a impedir, restringir ou falsear o funcionamento normal da concorrência e que, em especial, tendam a: a) Fixar ou determinar preços; b) Restringir ou controlar a produção, o desenvolvimento técnico ou os investimentos; c) Repartir os mercados, os produtos, os clientes ou as fontes de abastecimento./2. A Alta Autoridade autorizará, contudo, para determinados produtos, acordos de especialização ou acordos de compra e venda comum, se considerarem: a) Que esta especialização ou estas compras ou vendas em comum contribuem para uma melhoria considerável da produção ou distribuição dos referidos produtos; b) Que o acordo em causa é essencial para obter esses efeitos sem que a sua natureza seja mais restritiva do que o necessário para atingir aquele fim; e/c) Que o acordo não é suscetível de dar às empresas interessadas o poder de determinar os preços, controlar ou limitar a produção ou a distribuição de uma parte substancial dos produtos em causa no mercado comum, nem de os subtrair a uma concorrência efetiva de outras empresas no mercado comum. [...]4. Os acordos ou decisões proibidos pelo n.º 1 do presente artigo são nulos, não podendo ser invocados perante qualquer órgão jurisdicional dos Estados-Membros [...]”.

particulares (*declaração de inaplicabilidade* da regra do n.º 1) no n.º 3 do art. 101 do TFUE.

Também proibidas pelo Direito da União são as práticas de exploração abusiva de uma posição dominante no mercado interno ou numa parte substancial do mesmo, na medida em que sejam suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-Membros, tidas, igualmente, por incompatíveis com o mercado interno.

Estas proibições – suscetíveis de gerar a aplicação de sanções aos infratores [cfr. o atual art. 103, n.º 2, *a*), do TFUE] – foram sendo desenvolvidas por direito derivado da União, bem como por *soft law* da Comissão Europeia, naquilo que constitui hoje um complexo conjunto jurídico, e concretizadas pelo *case law* dos Tribunais da União, o Tribunal de Justiça e, depois de 1989, o Tribunal de Primeira Instância.

As referidas proibições centram-se na afetação do comércio entre Estados-Membros, sendo, portanto – e compreensivelmente – inaplicáveis a práticas de mercado que não tenham impacto transfronteiriço, na medida em que não estará aí em causa uma incompatibilidade com o almejado mercado interno, comum aos membros da União.

IV – As proibições de certas práticas de mercado, constantes dos arts. 9.º (acordos, práticas concertadas e decisões de associações de empresas) e 11 (abuso de posição dominante) do RJC espelham, portanto, em termos puramente nacionais, as proibições dos arts. 101 e 102 do TFUE. Na verdade, no âmbito de aplicação do RJC cabem todas as práticas restritivas da concorrência que ocorram em território nacional ou que neste tenham ou possam ter efeitos, mas com ressalva das obrigações internacionais do Estado Português (art. 2.º, n.º 2, do RJC), em particular as que resultam da integração na União Europeia; é que uma prática restritiva da concorrência que ocorra em território nacional ou que neste tenha ou possa ter efeitos pode revelar efeitos transfronteiriços no âmbito da União Europeia, afete, ou não, mercados de outros Estados-Membros (*supra*) e, sendo o caso, estará verificada a previsão do art. 101 ou 102 do TFUE, sendo que a Comissão Europeia pode avocar a instrução de processos por infração aqueles preceitos do Tratado, nos termos do regulamento de execução dos atuais arts. 101 e 102 (Regulamento do Conselho n.º 1/2003, art. 11, n.º 6; trata-se do segundo regulamento de execução destas normas, que sucede ao Regulamento do Conselho n.º 17, de 6 de fevereiro de 1962⁸).

8 Publicado no Jornal Oficial das Comunidades Europeias (doravante, JOCE) n.º 204/62, de 21 de fevereiro de 1962.

O respeito das regras nacionais de concorrência é assegurado pela Autoridade [nacional] da Concorrência (doravante, AdC), que, para o efeito detém, entre outros, poderes sancionatórios (art. 5.º, n.º 1, do RJC)⁹, sendo de salientar que a sindicância do respeito dessas regras é também realizada por órgãos judiciais, o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, em primeira instância, e um Tribunal da Relação, em segunda instância, em sede de recurso de decisões, designadamente sancionatórias, da AdC (art. 84, n.ºs 1 e 3, e 89, n.º 1, todos do RJC)¹⁰.

A aplicação dos arts. 101 e 102 do TFUE é também da competência das autoridades nacionais da concorrência e dos tribunais nacionais, nos termos do art. 3.º, n.º 1, do Regulamento n.º 1/2003, que impõe a aplicação das normas do Tratado sempre que forem aplicadas pelas autoridades nacionais normas internas paralelas, na medida em que as práticas em questão afetem as trocas entre Estados-Membros; essa competência é *dobrada* pelo RJC, no seu art. 68, n.º 1, b), que qualifica como contraordenação, punível com coima, a violação dos arts. 101 e 102 do TFUE.

Uma prática colusiva ou uma prática unilateral realizadas por um operador de mercado que violem o regime jurídico nacional da concorrência ou as regras de concorrência da União¹¹, constituem ilícitos, que, no particularismo do direito nacional, são contraordenacionais: a violação dos arts. 9.º, 11 e 12 do RJC, bem como dos arts. 101 e 102 do TFUE *constitui contraordenação punível com coima* [art. 68, n.º 1, a) e b), do RJC]; embora sem o *enquadramento contraordenacional*, a mesma solução resulta para a violação dos arts. 101 e 102 do TFUE em procedimento instruído pela Comissão Europeia (art. 23, n.º 2, do Regulamento n.º 1/2003).

9 Os Estatutos da AdC encontram-se, atualmente, aprovados pelo DL.º 125/2014, de 18 de agosto; os seus poderes sancionatórios encontram-se elencados no art. 6.º, incumbindo-lhe, nesse âmbito, *identificar e investigar os comportamentos suscetíveis de infringir a legislação de concorrência nacional e da União Europeia, nomeadamente em matéria de práticas restritivas da concorrência e de controlo de operações de concentração de empresas, proceder à instrução e decidir sobre os respetivos processos, aplicando, se for caso disso, as sanções e demais medidas previstas na lei*.

10 O Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão constitui, nos termos da Lei da Organização do Sistema Judiciário [Lei n.º 63/2013, de 26 de agosto (doravante, LOS)], um tribunal judicial de primeira instância de competência territorial alargada; trata-se de um tribunal de competência especializada, ao qual compete conhecer das questões relativas a recurso de decisões, despacho e demais medidas em processo de contraordenação legalmente suscetíveis de impugnação, da AdC, entre outras entidades (arts. 83 e 112 da LOS).

11 E note-se que nem todas as práticas colusivas serão, efetivamente, proibidas, em razão da exceção de *balanço económico positivo* (art. 10 do RJC e n.º 3 do art. 101 do TFUE).

O enquadramento sancionatório da violação das regras materiais da concorrência, encabeçado em entes públicos, é realizado na prossecução da defesa do interesse público de um processo concorrencial que siga os puros impulsos do mercado – também dentro de alguns limites de interesse público –, isto é, não induzido ou falseado, e tem, simultaneamente, a função de punir, relativamente aos agentes infratores, a prática em causa, e a função de dissuadir outras eventuais violações, em relação aos restantes, pela possível cominação de uma sanção.

Do enquadramento sancionatório dos comportamentos violadores das regras materiais da concorrência beneficiam, pois, os agentes de mercado – embora não apenas eles e, segundo uma visão atual e corrente (teoria da promoção da eficiência económica e do bem estar dos consumidores), nem sequer principalmente eles – numa perspetiva, não individualizada, mas de consecução do *bem comum*. Vale isto por dizer que aquele enquadramento sancionatório é alheio ao eventual dano individualizado que possa ter ocorrido na esfera jurídica de alguém, em resultado de um ilícito de concorrência, sendo tal problemática alheia à competência das autoridades públicas que têm por missão a defesa da concorrência e o sancionamento dos eventuais ilícitos que ocorram neste domínio.

No âmbito da União Europeia, a *desconexão* da defesa da concorrência com a temática do dano individualizado que possa ter sido sofrido em consequência do ilícito explica-se com a origem histórica do respetivo direito da concorrência, que, surgindo em primeiro lugar no Tratado CECA (art. 65¹²) e transitando depois para o Tratado CEE (arts. 84 e 85¹³), constituiu instrumento de integração dos mercados que estavam em causa em cada um deles, continuando hoje essa função na União Europeia, tendo como ponto de referência o mercado único dos Estados-Membros. Nessa perspetiva, o que estava em causa era procurar garantir que a pretendida integração dos mercados não fosse frustrada por práticas dos agentes neles intervenientes com intuítos de artificial fragmentação. E, por isso, no estabelecimento de um regime de concorrência para o espaço jurídico-geográfico das Comunidades Europeias – hoje, União Europeia – nada foi estabelecido relativamente ao ressarcimento do dano individualizado que possa resultar de ilícito concorrencial.

Quanto aos Estados-Membros, o princípio do primado do direito comunitário conduziu, naturalmente, à reprodução desse regime em termos puramente

12 *Supra*, II, neste número.

13 *Supra*, II, neste número.

internos, isto é, relativamente a práticas de afetação limitada aos respetivos mercados nacionais, devendo, para este efeito, assinalar-se que até ao início de vigência do Regulamento n.º 1/2003, só a Comissão Europeia detinha competência para a aplicação administrativa das regras de concorrência constantes dos tratados, nos termos do Regulamento do Conselho n.º 17, de 6 de fevereiro de 1962 (publicado no, então, JOCE, de 21 de fevereiro do mesmo ano). Como salienta Serafim Froufe, a notificação à Comissão das *ententes* projetadas pelas empresas não constituía uma obrigação das empresas, mas antes um ónus, cuja não realização impedia, por um lado, que pudessem beneficiar do regime de isenção individual do n.º 3 do art. 85 (art. 4.º, n.º 1, do Regulamento n.º 17/62), e, por outro lado, podia sujeitar as empresas em causa à instrução de um processo de infração ao n.º 1 do art. 84 (art. 3.º, n.º 1, do referido regulamento), bem como à aplicação de coima (art. 4.º, n.º 1, do mesmo regulamento)¹⁴.

3. DIREITO DA CONCORRÊNCIA E LITIGÂNCIA PRIVADA

I – No lastro do que ficou dito no número anterior, suscitava-se, em tese geral, a questão de saber se o ressarcimento de danos decorrentes de ilícitos concorrenciais, de contornos puramente internos – resultantes, portanto, de condutas apenas violadoras de regimes nacionais de concorrência – ou comunitários – ou seja, violadores, também ou apenas, do direito da União, poderia ser obtida pelos lesados.

Aos Estados-Membros ficava, naturalmente, aberta a definição de regimes relativos ao ressarcimento de danos decorrentes de ilícitos concorrenciais *puramente internos*, isto é, como tal definidos pelos direitos nacionais.

No que respeita ao ressarcimento de danos resultantes da violação das normas da União que protegem a concorrência, pode afirmar-se que o *turning point* da atenção da Comissão Europeia para a problemática conhecida como *private enforcement* do direito da concorrência (contraposta ao *public enforcement*) se deu com a prolação do Acórdão do Tribunal de Justiça no caso *Courage v. Crehan* (2001), que se tornou no *landmark* em matéria de *private enforcement* do direito da concorrência¹⁵.

14 Froufe, 2010: 13.

15 Relevantes para a apreciação das tendências jurisprudenciais da União nesta matéria são também os Acórdãos *Manfedi* (casos C-295/04 a C-298/04), *Pfeiderer* (caso C-360/09), *Otis* e outros (caso C-199/11), *Donau Chemie* (caso C-536/11) e *Kone* (C-557/12).

É doutrinariamente corrente a tradução da expressão inglesa *enforcement* por *aplicação impositiva*¹⁶. Segundo cremos, uma tal expressão é linguisticamente agnóstica e não serve um propósito científico. Preferimos, pois, um outro tipo de linguagem descritiva: relativamente ao Direito da Concorrência, entendemos que as expressões inglesas *public enforcement* e *private enforcement* devem traduzir-se, respetivamente, por *aplicação por iniciativa de entidades públicas* e *aplicação no âmbito de litigância privada*¹⁷.

II – O ciclo evolutivo do direito da União Europeia que agora culmina na Diretiva n.º 2014/104/UE tem cerca de quinze anos, podendo afirmar-se que o seu ponto de partida é constituído pelo Acórdão do Tribunal de Justiça no caso *Courage v. Crehan* (C-453/99), de 2001, que tem origem num pedido do *Court of Appeal* britânico de uma decisão a título prejudicial sobre a interpretação do – originário – art. 85 do Tratado CE, para efeitos de decisão de litígio pendente naquele tribunal do Reino Unido.

Os contornos particulares do litígio pendente perante o tribunal britânico não relevam para o objeto do presente escrito. Da decisão do Tribunal de Justiça cumpre salientar os seguintes aspetos: (i) em termos prévios, o Tribunal reafirmava a doutrina do efeito direto horizontal dos – originários – arts. 85, n.º 1, e 86 do Tratado CE, criando direitos na esfera jurídica dos particulares, cuja tutela é função das jurisdições nacionais; (ii) reafirmava ainda a doutrina dos Acórdãos *Simmmenthal* (1977) e *Factortame* (1989): aos tribunais nacionais encarregados de aplicar as disposições do direito comunitário cabe garantir a plena eficácia daquelas normas e proteger os direitos que as mesmas conferem aos particulares, eventualmente em ações que visam a reparação de dano provocado por um contrato ou comportamento suscetíveis de restringir ou falsear o jogo da concorrência; (iii) afirmou que não pode *a priori* excluir-se que tais ações judiciais sejam instauradas por alguém que seja parte num contrato contrário às regras da concorrência; e, por último, (iv) que, na ausência de legislação comunitária sobre a matéria, caberia aos Estados-Membros designar os órgãos judiciais internos competentes e regular as modalidades processuais das ações judiciais destinadas a garantir a salvaguarda dos direitos que para os cidadãos resultem do efeito direto do direito comunitário.

16 Assim, por exemplo, entre outros, Correia, 2008: 1754 e 1755.

17 No mesmo sentido, Ashton & Henry, 2013: 3.

No que importa aqui salientar, conjugado que foi o efeito direto do, então, art. 85, n.º 1, do Tratado CE (atual art. 101, n.º 1, do TFUE) com a doutrina dos Acórdãos *Simmmenthal* e *Factortame*, estavam lançadas as bases para que as proibições contidas no art. 101, n.º 1, fossem reconhecidas, em ações instauradas perante tribunais nacionais, como fonte de suportação de um dano sofrido por alguém, em consequência da sua violação por outrem, com a precisão de que, em condições de *inferioridade negocial*, se reconhecia – também – como *lesado* alguém que fosse parte num contrato do qual resultassem efeitos anti-concorrenciais.

Não tendo o direito da União um enquadramento processual para a matéria, nem o Tribunal de Justiça jurisdição para dirimir litígios entre sujeitos privados, este Tribunal deixou no referido Acórdão duas vias de solução: por um lado, afirmou a jurisdição dos tribunais nacionais dos Estados-Membros para dirimir litígios entre particulares fundados na violação das regras europeias de concorrência e, por outro lado, reafirmou a solução de que competia aos Estados-Membros a determinação do direito processual aplicável às ações fundadas em direitos subjetivos estabelecidos pelo Tratado, no enquadramento dos princípios da equivalência (tais regras não podem ser menos favoráveis do que as que se aplicam a ações similares fundadas em direito material interno) e da efetividade (tais regras não podem tornar impossível ou excessivamente difícil o exercício dos direitos conferidos pelo direito comunitário).

III – Nos Estados Unidos da América, a aplicação do direito da concorrência tem uma feição simultaneamente pública e privada.

No âmbito público, essa aplicação pertence, a nível federal, ao *Department of Justice* – funcionalmente equivalente ao Ministério da Justiça de um Estado unitário – e à *Federal Trade Commission*, uma autoridade administrativa de regulação, criada pelo Congresso.

O *Department of Justice* compreende uma divisão especializada em direito da concorrência (a *Antitrust Division*), que tem a seu cargo a imposição das proibições contidas nas *sections* 1 e 2 do *Sherman Act*.

Nessa jurisdição, a temática do *private enforcement* foi objeto de determinações legais, de nível federal, tão cedo quanto 1914, no *Clayton Act*, cujo § 4 permite a qualquer pessoa que tenha sofrido danos por prática proibida pelas *antitrust laws* o recurso aos tribunais, para obtenção de indemnização em montante do triplo dos danos sofridos (*threefold the damages*), bem

como do montante das custas judiciais e da quantia *razoável* de honorários devidos a advogados e, em certos casos, juros. O *private enforcement* americano constitui, aliás, o propulsor fundamental dos *antitrust cases* dessa jurisdição; em 2001 estimou-se que noventa por cento dos *antitrust cases* tinham origem em *private enforcement*¹⁸;

Na medida em que o *Sherman Act* criminaliza os comportamentos que proíbe, o *Department of Justice* tem competência para esta promoção criminal, que, em termos práticos, apenas exerce relativamente a “[...] claras e intencionais violações que envolvam atividades evidentemente ilegais, antes de mais ‘atividade de cartel *hardcore*, como por exemplo fixação de preços, conluio de licitação e divisão de mercados’¹⁹; relativamente a violações do direito *antitrust* que se mostrem menos graves, não nitidamente ilegais ou mais difíceis de provar, o *Department of Justice* faz a respetiva *perseguição* nos termos da competência, que também detém, de *civil enforcement*²⁰.

Ao nível dos estados federados americanos é preciso referir que quase todos dispõem de legislação própria de proteção da concorrência, que, *grosso modo*, dobra, em termos internos, a legislação federal sobre a matéria²¹.

Se é frequente a afirmação doutrinária de que muitos dos *landmarks* em matéria de decisões judiciais sobre direito *antitrust* foram obtidos pelas agências federais e estaduais que têm a cargo a deteção e o sancionamento de práticas proibidas, em sequência de elementos probatórios ou de decisões obtidos no âmbito de litigância privada, também não deixa de corresponder à verdade que muitas ações que visam o ressarcimento de danos verificados por práticas proibidas pelo direito da concorrência são *follow-on* ou *piggy-back actions*, isto é, ações judiciais movidas na esteira de decisões, criminais ou civis, por violação do direito *antitrust*, movidas pelas agências governamentais, no que assume especial relevo a determinação, da *section 5* do *Clayton Act* e das paralelas normas de direito estadual, de que uma decisão final em procedimento movido pelo Governo Federal nos termos da legislação *antitrust* que estabeleça uma violação da mesma constituirá, em relação ao demandado, e para efeitos de

18 Ashton & Henry, 2013: 2 e n. 7, citando DTI, “A World Class Competition Regime”, Jul. 2001, Cap. 8, para. 1.

19 BRODER, 2005: 167, citando o *Status Report: A summary overview of the Antitrust Divisions’s Criminal Enforcement Programme (February 1, 2004)* (trad. nossa).

20 *Idem*, 174.

21 Cfr. Wilson, Austin, Cooper, Farmer & Papageorge, 1988: 99.

ação que lhe seja movida para ressarcimento de danos originados nos mesmos factos, prova *prima facie*, o que dispensa o demandante de demonstrar os factos constitutivos do direito invocado e a ilicitude dos mesmos.

IV – A problemática do *private enforcement* do direito da concorrência da União Europeia captou a atenção das instituições europeias, em particular da Comissão, e da doutrina; no que respeita à primeira, pela conceção, muitas vezes por si afirmada, de que um sistema eficaz de ressarcimento de danos provocados por condutas proibidas pelo direito da concorrência constitui uma segunda forma de prosseguir os objetivos – comuns ao *public enforcement* – de impedir práticas anticoncorrenciais e proteger empresas e consumidores dessas mesmas práticas, bem como dos danos por elas causados.

O *lastró* do qual viria a resultar a Diretiva n.º 2014/104/UE compõe-se, na essência, de três elementos: (i) antes de mais, a decisão *Courage v. Crehan*, numa tripla vertente: (a.) o recordado efeito direto horizontal dos originários arts. 85, n.º 1, e 86 – correspondentes aos atuais arts. 101, n.º 1, e 102 do TFUE; (b.) a determinação, nessa decisão também recordada, de que aos tribunais dos Estados-Membros com competência para aplicar o direito comunitário no âmbito das respetivas jurisdições cabe assegurar o pleno efeito das regras comunitárias, protegendo os direitos que as mesmas confirmam aos indivíduos; (c.) a determinação, por último, de que, na ausência de regras comunitárias sobre a matéria, é incumbência dos Estados-Membros, estabelecer as necessárias regras processuais para o exercício dos direitos subjetivos diretamente decorrentes do ordenamento comunitário, no enquadramento dos princípios da equivalência e da efetividade; (ii) a assunção, pela própria Comissão – embora já na sequência do afirmado pelo Tribunal de Justiça na decisão *Courage v. Crehan* (26 e 27) –, de que um sistema eficaz de *private enforcement* do direito da concorrência da União constitui um poderoso instrumento ao serviço do cumprimento das proibições constantes dos – agora – arts. 101, n.º 1, e 102, ambos do TFUE, pela forte função dissuasora que tem dos comportamentos aí previstos e, nessa medida, contribui para uma concorrência efetiva e não falsada no mercado interno, espaço económico integrado da União; (iii) a tomada de consciência, através da análise comparada da situação do *private enforcement* do direito da concorrência da União no espaço jurídico interno dos Estados-Membros, da verificação de *raquitismos* e assimetrias: se em alguns Estados-Membros se verificou alguma expressão aplicativa do direito da concorrência da União (eventualmente em concurso com direito interno da concorrência), embora

sem relevo que pudesse merecer destaque, em outros Estados-Membros, essa expressão mostrava-se escassa ou nula.

No contexto da atenção prestada pela Comissão ao tema do *private enforcement*, podem citar-se como documentos particularmente relevantes para a formação da Diretiva n.º 2014/104/UE: (i.) o *comparative report* preparado por Denis Waelbroeck, Donald Slater e Gil Even-Shoshan (Ashurst), intitulado *Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules*, de 31 de agosto de 2004; (ii.) o *Livro Verde – Ações de indemnização devido à violação das regras comunitárias no domínio Antitrust* [SEC (2005)1732/COM/2005/0672], da Comissão, preparado com o objetivo de “[...] identificar os principais obstáculos a um sistema mais eficaz para as ações de indemnização e apresentar diferentes pistas de reflexão e de possível intervenção para melhorar o funcionamento das ações de indemnização [...]”, convidando os interessados à apresentação de observações sobre as questões colocadas, “[...] por forma a determinar se é necessário e adequado adotar medidas a nível comunitário para melhorar as condições de introdução [*sic*, na versão em língua portuguesa] de ações independentes e de seguimento”; e, (iii.) o Relatório Final CEPS/EUR/LUISS, intitulado *Making antitrust damages actions more effective in the EU: welfare impact and potential scenarios*, de 21 de dezembro de 2007.

Em 25 de abril de 2007, o Parlamento Europeu adotou uma resolução [2006/2207(INI)], na qual convidou a Comissão a preparar um *Livro Branco*, contendo propostas concretas para facilitar a instauração de ações para reparação de danos originados em infrações às regras europeias da concorrência, independentes de uma prévia decisão de *public enforcement* (*‘stand alone’ actions*), ou de sequência de prévia decisão de *public enforcement* (*‘follow on’ actions*).

A Comissão adotaria um *Livro Branco* (sobre ações de indemnização por incumprimento das regras comunitárias no domínio antitrust) em 2008; sobre a base do anterior Relatório Final CEPS/EUR/LUISS estabeleceu-se o documento complementar *Impact Assessment Report* [SEC (2008) 405].

No *Livro Branco*, a Comissão formulou propostas “[...] de política geral e medidas específicas com o objetivo de garantir “[...] que todas as vítimas de infrações ao direito comunitário da concorrência tenham acesso a mecanismos eficazes que lhes permitam ser plenamente indemnizados pelos danos que sofreram”; pouco depois da sua adoção, a Comissão procurou, no final do mandato da Comissária Kroes à frente da DG-COMP, aprovar uma proposta de Diretiva sobre a matéria – que ficou conhecida como *Draft Directive* – que, todavia, viria a ser retirada.

A implementação de um regime de *private enforcement* da União viria a ser alavancado pela própria modernização do *public enforcement* dos atuais artigos 101 e 102 do TFUE, pela substituição do Regulamento n.º 17, de 6 de fevereiro de 1962, pelo Regulamento n.º 1/2003, que modificou substancialmente o modo de aplicação das regras de concorrência da União. O intervalo de oito anos que medeia entre a *Draft Directive* e a aprovação da proposta de Diretiva apresentada pela Comissão ao Conselho, que viria a tornar-se a Diretiva n.º 2014/104/UE, prendeu-se fundamentalmente com as dificuldades enfrentadas pela questão das ações coletivas em matéria de *enforcement* do direito da concorrência, que, surgindo na primeira (arts. 4.º e 5.º: respetivamente, *group actions* e *representative actions*), viriam a ser eliminadas na segunda²²⁻²³. Quanto às ações coletivas, a Comissão adotaria uma recomendação e uma comunicação em junho de 2013 [*on common principles for injunctive and compensatory collective redress mechanisms in the Member States concerning violations of rights granted under Union Law* (2013/396/EU)].

4. O ESTADO DA QUESTÃO DO *PRIVATE ENFORCEMENT* DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA NA CONSIDERAÇÃO DOUTRINÁRIA SOBRE OS MEIOS FORNECIDOS PELO ORDENAMENTO NACIONAL E A ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

4.1. O âmbito material

No contexto do ordenamento português, a suscetibilidade de ressarcimento de danos sofridos por alguém em consequência de atos violadores das normas – vigentes em território nacional – que, em termos jus-concorrenciais, proíbem certos comportamentos das *empresas*, no sentido em que a expressão releva para o Direito da Concorrência²⁴, foi equacionado pela doutrina²⁵, destacando-

22 No mesmo sentido, Ashton & Henry, 2013: 145: “[i]n terms of the interrelationship between the Commission’s legislative proposal and the issue of collective action, the Commission has, as expected, removed the late from the former, it being widespread knowledge that the presence of provisions on collective action was the principal reason for the strong political resistance in certain quarters to the draft Directive in 2009.”

23 Por isso mesmo, não consideramos no presente escrito a temática da interação das *ações coletivas* (*lato sensu*) com o *private enforcement* do direito da concorrência (sobre a questão, cfr., entre nós, com enquadramento legal reportado a 2008, Correia, 2008: 1778 e ss.).

24 Cfr., por exemplo, o art. 3.º do RJC.

25 Cfr., entre outros, Correia, 2008: 1747-1789; Leitão, 2007; num plano abstrato, não diretamente relacionado com o ordenamento português, mas com interesse, cfr. Morais, 2014: 109-140.

-se, numa perspetivação enquadrada pelo instituto da responsabilidade civil, a monografia de Adelaide Menezes Leitão, *Normas de Proteção e danos puramente patrimoniais* (Almedina, Coimbra, 2009), que suscita a consideração das normas, de direito público, que proibem certos comportamentos, por atentarem contra a preservação da concorrência – livre e não falseada, identificada, *qua tale*, como bem público – como *disposições [legais] destinadas a proteger interesses alheios*, modalidade da ilicitude prevista no art. 483, n.º 1, do Código Civil (doravante, CC), resolvendo-a positivamente²⁶. No mesmo escrito, a autora reflete sobre as dificuldades suscitadas à ressarcibilidade de danos patrimoniais puros, originados numa modalidade particular de normas de proteção, no contexto de um sistema delitual centrado na violação de direitos absolutos e que supõe o preenchimento da cadeia de pressupostos do surgimento da obrigação de indemnizar, que vão do polo da demonstração da ilicitude ao da prova do dano, passando pela culpa e pelo nexo de causalidade entre o ato ilícito e o dano sofrido²⁷, bem como pela análise do ónus da prova da culpa e do dano²⁸.

Não se justificaria aqui – pelo limitado âmbito do presente escrito – a realização de análise própria relativa ao detalhe de adaptação a que deveria ser sujeito o sistema de imputação do dano a uma esfera jurídica alheia àquela que o sofreu, nos termos de um instituto de responsabilidade civil essencialmente centrado na violação de direitos absolutos, que quisesse garantir o êxito do ressarcimento de danos originados na violação das normas – de proteção – originárias do direito da concorrência, que proibem certos comportamentos, por atentatórios da concorrência livre e não falseada. Ademais, a harmonização do direito interno dos Estados-Membros, visada com a aprovação da Diretiva n.º 2014/104/UE, repousa sobre a verificação da insuficiência, em geral, dos ordenamentos internos, no estado atual, para garantir um resultado de plena ressarcibilidade de danos causados por infrações ao direito da concorrência da União e, de caminho, infrações aos direitos nacionais da concorrência²⁹.

26 Leitão, 2007: 737.

27 Leitão, 2007: 738-239: “[o] direito privado, assente predominantemente na técnica da jussubjetivização, atribui, por regra, um espaço de liberdade aos indivíduos. Salienta-se, por isso, uma rutura com o seu paradigma liberal quando deixam de se corporizar verdadeiros direitos subjetivos, através de normas permissivas, e se constroem, em disciplinas de Direito público, normas impositivas e proibitivas que protegem determinados interesses que passam a ser recebidas pelo sistema delitual.”

28 Leitão, 2007: 575 e ss.

29 A Comissão justifica esta extensão do âmbito da Diretiva relativamente ao que estritamente resultaria da jurisprudência do Tribunal de Justiça em matéria de *private enforcement* do direito da concorrência (da União) no considerando 14: atenta a aplicação paralela dos dois *níveis normativos* pelas autoridades

Um debate sobre se as normas que protegem a concorrência livre e não falseada constituem, ou não, normas de proteção, para efeitos do art. 483, n.º 1, do CC, só tem agora sentido até à transposição Diretiva n.º 2014/104/UE: a diretiva determina a imputação dos danos consequentes a práticas jus-concorrencialmente proibidas à esfera jurídica do lesante [*rectius*, de *um lesante*, em função das possibilidades abertas pela responsabilidade solidária³⁰].

4.2. Jurisprudência e meios processuais

No contexto de uma análise jurisprudencial, é de assinalar o estudo de Leonor Rossi e Miguel Sousa Ferro, *Private enforcement of competition law in Portugal (I): an overview of case-law*, publicado no n.º 10 desta revista³¹, que, nessa parte, produziu um levantamento jurisprudencial sistematizado nos seguintes termos: (i) casos nos quais “foi discutido” (= *was discussed*) o direito da concorrência; (ii) casos nos quais a relevância do direito da concorrência foi excluído; e, (iii) casos nos quais a aplicação do direito da concorrência foi suscitada, mas não discutida (= *was raised but not discussed*).

Assinale-se também, no plano da determinação dos meios processuais idóneos à formulação de um pedido de condenação de alguém na indemnização de danos causados a outrem em consequência de um comportamento violador do direito da concorrência, que SÉRVULO CORREIA, já em 2008, firmara o claro pressuposto de que os mesmos apontavam para a ação declarativa comum³², daí decorrendo que a ordem de tribunais competente para conhecer tal pedido seria a dos tribunais comuns³³.

nacionais de concorrência, nos termos do art. 3.º, n.º 1, do Regulamento (CE) n.º 1/2003, “[n]o interesse do bom funcionamento do mercado interno e com vista a uma maior segurança jurídica e a condições mais equitativas para as empresas e os consumidores, convém que o âmbito de aplicação da presente diretiva seja alargado às ações de indemnização com base na infração ao direito nacional da concorrência, quando este for aplicado nos termos do art. 3.º, n.º 1, do Regulamento (CE) n.º 1/2003”, admitindo que a aplicação de diferentes regras de responsabilidade civil aos dois níveis normativos afetasse “[n]egativamente a posição dos demandantes no mesmo processo e o âmbito dos seus pedidos e constituiria um obstáculo ao funcionamento adequado do mercado interno”.

30 *Infra*, 5.2.3.

31 Rossi & Ferro, 2012: 91-141.

32 Correia, 2008: 1774.

33 O art. 40, n.º 1, da LOS), determina que os tribunais judiciais têm competência para as causas que não sejam atribuídas a outra ordem jurisdicional, sendo, portanto, a sua competência jurisdicional genérica e residual relativamente à de outras ordens jurisdicionais.

Os tribunais judiciais ou comuns produzem as suas decisões no enquadramento de uma subestrutura ordenadora-normativa própria: o direito processual civil³⁴⁻³⁵. Nas vésperas do início da vigência da Diretiva n.º 2014/104/UE seria esse o direito processual aplicável à dedução de uma pretensão indemnizatória fundada num dano ocorrido por violação do direito da concorrência, da União e/ou nacional, sendo que a diretiva nenhum desvio trouxe a tal paradigma.

5. A DIRETIVA *PRIVATE ENFORCEMENT* E A RESPONSABILIDADE CIVIL

A Diretiva 2014/104/UE comporta quatro áreas temáticas essenciais: (i) a divulgação de elementos de prova (Capítulo II); (ii) os efeitos das decisões nacionais, prazos de prescrição e responsabilidade solidária (Capítulo III); (iii) a repercussão dos custos adicionais (Capítulo IV); e, (iv) a quantificação dos danos (Capítulo V), no enquadramento geral de um reconhecido direito subjetivo, assegurado a pessoas singulares e coletivas, à reparação integral dos danos que lhes sejam causados por infrações ao direito da concorrência (art. 3.º, n.º 1)³⁶. Neste escrito e por razões de contenção do objeto de análise, limitamo-nos às temáticas (i) da divulgação de elementos de prova e (ii) dos efeitos das decisões nacionais, prazos de prescrição e responsabilidade solidária, sendo certo, também, que o tema da repercussão dos custos adicionais justifica, do nosso ponto de vista, dogmatização autónoma, que procuraremos realizar em futuro próximo.

As infrações que estão em causa correspondem a comportamentos violadores dos arts. 101 e 102 do TFUE, mas também das normas do direito interno da concorrência que visam predominantemente o mesmo objetivo que os referidos preceitos da União e que são aplicados em paralelo com o direito desta,

34 Este padrão é, todavia, suscetível de comportar desvios; a título de exemplo, veja-se a determinação do art. 92, n.º 1, do RJC: das decisões da AdC proferidas em procedimento administrativos a que se refere o próprio regime [*maxime* no âmbito do controlo de operações de concentração de empresas (arts. 36 a 59)] cabe recurso para o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, que, embora integrado na ordem dos tribunais judiciais (art. 112 da Lei n.º 62/2013), aplicará, neste caso, direito processual administrativo (Código de Processo nos Tribunais Administrativos).

35 Para uma noção de *direito processual civil*, cfr., entre vários outros, Almeida, 2010: 20.

36 Muito embora a noção de *dano* seja intuitiva para o senso comum, não é demais lembrar que a expressão tem, em direito, um significado técnico: cfr., entre outros, Cordeiro, 2012, 979: “[e]m Direito, o dano ou prejuízo traduz-se na supressão ou diminuição de uma situação favorável que estava protegida pelo ordenamento”.

nos termos do art. 3.º, n.º 1, do Regulamento n.º 1/2003 [art. 2.º, 1) e 3) e art. 3.º, n.º 1]; no caso do direito português, aponta-se aqui aos arts. 9.º (*acordos, práticas concertadas e decisões de associações de empresas*) e 11.º (*abuso de posição dominante*), ambos do RJC.

Sobre a reparação dos danos sofridos por alguém em consequência de uma infração ao direito da concorrência, com o âmbito já determinado, cumpre notar que a Diretiva *private enforcement* se, por um lado, se funda numa função reconstitutiva plena da situação em que estaria colocado o lesado se a infração se não tivesse verificado, abrangendo, portando danos emergentes, lucros cessantes e juros (art. 3.º, n.º 1)³⁷, recusa, por outro lado, uma função indemnizatória punitiva *lato sensu*, o que implica que o limite quantitativo da indeminibilidade se situe no dano efetivamente sofrido pelo lesado.

O que está, portanto, em causa na suportação dos danos pela esfera jurídica do infrator, é, pois, o instituto geral da responsabilidade civil, que pode ser definida como *a ocorrência jurídica na qual um dano registado numa esfera é imputado a outra; a imputação faz-se através de uma obrigação: a obrigação de indeminização*³⁸.

Em sede de responsabilidade civil, a imputação do dano pode ocorrer a vários títulos, sendo o mais antigo, e compreensível no plano da adesão ao sentimento comum de justiça, o da ilicitude: quem praticar ato ilícito e, com isso, cause dano em esfera jurídica alheia, deve indemnizar o lesado. A evolução histórica do instituto viria a mostrar uma tendência expansiva, alargando-se o mesmo à imputação de danos decorrentes, não da prática de facto ilícito, mas de atividades perigosas para terceiros, de que certas pessoas recolham os benefícios (*responsabilidade pelo risco*, cuja essencial explicação histórica remonta à massificação produtiva ocorrida com a revolução industrial) e à imputação de danos decorrentes de factos lícitos (*responsabilidade por facto lícito* ou *pelo sacrifício*), na medida em que, apesar de juridicamente permitido o ato danoso, se afigurou justo que não fosse a esfera do lesado a suportar o dano.

37 Sobre a distinção entre dano emergente e lucro cessante, cfr., entre outros, Cordeiro, 2012: 979: “[...] danos emergentes e lucros cessantes [...] [existem] conforme [...] derivem da supressão de utilidades ou, pelo contrário, correspondam à não obtenção de vantagens que, de outra forma, seriam aguardadas”.

38 A noção é recolhida de Cordeiro, 2012 981.

5.1. Divulgação de elementos de prova

No que que respeita à área temática da divulgação de elementos de prova (Capítulo II; arts. 5.º a 8.º), saliente-se, antes de mais, a verificação de uma regulação segmentada entre elementos de prova considerados apenas no contexto de uma ação de indemnização, sem qualquer conexão com processos de uma autoridade nacional da concorrência (art. 5.º) e elementos de prova considerados em conexão com processos de uma autoridade nacional da concorrência (art. 6.º).

Quanto ao primeiro segmento normativo, o essencial a reter do conjunto normativo do art. 5.º é a regra que constitui o respetivo *vértice piramidal*: (n.º 1) os Estados-Membros asseguram que, nos processos relativos a ações de indemnização na União, e a pedido do demandante que apresentou uma justificação fundamentada com factos e elementos de prova razoavelmente disponíveis, suficientes para corroborar a plausibilidade do seu pedido de indemnização, os tribunais nacionais possam ordenar ao demandado ou a um terceiro a divulgação dos elementos de prova que estejam sob o seu controlo, sob reserva das condições estabelecidas no presente capítulo.

Salienta-se aqui: (i) a proteção essencial do interesse do demandante, procurando, com esta determinação, ultrapassar as dificuldades na demonstração dos elementos que, à luz do direito nacional, sejam os relevantes para firmar um direito do mesmo a ser indemnizado, destacando-se, em relação ao direito interno português, a demonstração do facto ilícito e da culpa do agente; (ii) que essa possibilidade, que deve ser conferida aos tribunais nacionais, no exercício de poder jurisdicional relativo a ações de indemnização por infrações ao direito da concorrência, comporta *reservas*, ou, o que é o mesmo, deverá ser balizada dentro de certos parâmetros, que, no essencial, têm em conta interesses legítimos do demandado, diversos do próprio interesse patrimonial em evitar a responsabilização (art. 5.º, n.ºs 3, 4 e 5).

A divulgação de elementos de prova pelo demandado, ordenada por um tribunal, obedece a um regime especial caso se trate de elementos probatórios incluídos no processo de uma autoridade de concorrência, regime esse consubstanciado no conjunto normativo do art. 6.º; esse regime especial traduz-se, em particular: (i) na ponderação de elementos adicionais, relativamente ao regime de base (art. 5.º, n.º 3; limitação dos elementos de prova ao que for proporcional), e que constam do n.º 4 do art. 6.º; (ii) na sustação do poder jurisdicional de ordenar a divulgação de certas categorias de elementos probatórios, que só podem ser divulgados depois de a autoridade de concorrência ter concluído o seu processo, por decisão ou outro meio (art. 6.º, n.º 5); (iii) na proteção,

em absoluto, de divulgação das declarações de *clemência*³⁹ e das propostas de transação⁴⁰, exceto se revogadas [art. 6.º, n.ºs 5, c), e 9].

Os aspetos assinalados em primeiro e segundo lugares prendem-se com a necessidade de garantir que a obtenção de meios probatórios pelos interessados para efeitos de *private enforcement* não prejudica a eficácia do *public enforcement* do direito da concorrência.

Uma das principais preocupações desde sempre evidenciada pela Comissão, no desenvolvimento que viria a desembocar na Diretiva *private enforcement* foi a que uma iniciativa legislativa nesta matéria não viesse a saldar-se pelo prejuízo do instituto correntemente designado por *clemência* ou *programa de clemência* (entre nós, o instituto, que tinha regulação formalmente autónoma até à aprovação do vigente RJC, viria a ser nele integrado, constituindo objeto do seu capítulo VIII e tem a designação técnica de *dispensa ou redução da coima em processos de contraordenação por infração às regras da concorrência*⁴¹), considerando o seu particular significado para a deteção de cartéis, por um lado, e que o maior fluxo de ações de indemnização por infrações às regras da concorrência decorre da infração de cartel⁴². A preocupação é compreensível: sujeitando-se o infrator a responsabilidade civil pelos factos ilícitos que voluntariamente deu a conhecer a uma autoridade de concorrência ou cuja veracidade aceita em sede de transação, os institutos da clemência e da transação, se poderiam continuar a apresentar vantagens do ponto de vista do *public enforcement*, mostrariam, no âmbito do *private enforcement*, uma séria desvantagem, que pode, em termos de volumetria económica, superar em muito a vantagem assinalada. O risco de que a *clemência* e a transação deixassem, assim, de se mostrar *compensadores* para os infratores – com prejuízo do *public enforcement* do direito da concorrência – foi, portanto, afastado com a solução de ser vedado que um tribunal nacional possa, para efeitos de ações indemnização, em momento algum, ordenar a divulgação de declarações de *clemência* e de propostas de transação (art. 6.º, n.º 6).

Saliente-se ainda que, relativamente a elementos de prova incluídos no processo da autoridade de concorrência que não correspondam às catego-

39 Cfr. o Capítulo VII do RJC, dispondo o regime jurídico da dispensa ou redução de coima em processos de contraordenação por infração às regras de concorrência (vulgata: *clemência*).

40 Cfr. os arts. 22 e 27, ambos do RJC.

41 Entre nós, continua a constituir referência, sobre este regime, o escrito de Silveiro, 2012: 252-281.

42 Cfr. o considerando 26 da Diretiva n.º 2014/104/UE.

rias anteriormente referenciadas, a divulgação pode ser ordenada a qualquer momento, em ações de indenização, o que significa, portanto, que esse poder jurisdicional não é sustado, ao contrário do que sucede com as categorias de documentos referidos no n.º 5 do art. 6.º (cfr. o n.º 9 do mesmo artigo), bem como que uma ordem de divulgação de documentos dirigida à própria autoridade da concorrência, incluídos no seu processo, é subsidiária da ordem que, para o mesmo efeito, possa ser dirigida a uma parte ou a um terceiro, que os possa fornecer de modo razoável (art. 6.º, n.º 10).

Resta assinalar, neste domínio, que a diretiva impõe aos Estados-Membros que assegurem que os tribunais possam impor de forma efetiva sanções às partes, a terceiros e aos seus representantes legais nos casos – entre outros – de incumprimento de uma ordem de divulgação de elementos de prova promovida de um tribunal nacional ou de recusa de a cumprir e que as sanções a aplicar sejam dissuasoras; entre essas sanções incluem-se, quanto ao comportamento de uma parte numa ação de indenização, a possibilidade de extrair conclusões processuais que lhes sejam desfavoráveis, como a de “presumir que os factos controvertidos ficaram provados” ou julgar, total ou parcialmente, improcedentes os meios de defesa (art. 8.º).

5.1.1. *Articulação com o direito interno*

A articulação dos aspetos focados no número anterior com o direito interno, se, por um lado, mostra um desvio às regras gerais de distribuição do ónus da prova (art. 342 do CC), manifestamente consagrado para ultrapassar as muitas dificuldades na recolha de prova que pode enfrentar a pessoa lesada por um comportamento de uma empresa violador do direito da concorrência, nacional e da União, para efeitos de demonstração dos pressupostos da responsabilidade civil, mostra também, e por outro lado, uma convergência parcial e tendencial quanto às consequências processuais que podem ser extraídas se, ordenando-se a uma das partes a exibição de documentos, esta se recusar a fazê-lo [arts. 429, 430 e 417, n.ºs 1 e 2, todos do Código de Processo Civil (doravante, CPC)].

Assinale-se, também, a existência no direito interno de um regime que pode ser visto, em termos gerais, como funcionalmente próximo daquele que, para o especial âmbito da responsabilidade civil decorrente de infrações às regras da concorrência, deverá ser criado através da transposição da diretiva; trata-se das regras constantes do art. 545 e, *ex vi* do mesmo, do art. 544, ambos do CC, que têm uma manifestação processual própria nos arts. 1045 a 1047 do CPC.

No que respeita, particularmente, à articulação da diretiva com o RJC, não parece que o regime do art. 81 deste último necessite de ser alterado, muito embora seja necessário *acobertar* as propostas de transação para efeitos do art. 6.º, n.º 6, da diretiva, que poderá partir de um *ajuste* no art. 32 (publicidade do processo e segredo de justiça), em particular o n.º 5, e no art. 33 (*acesso ao processo*).

5.2. Efeitos das decisões nacionais, prazos de prescrição e responsabilidade solidária

5.2.1. Efeitos das decisões nacionais

Nos termos do art. 9.º, n.º 1 da Diretiva n.º 2014/104/UE, *os Estados-Membros asseguram que uma infração ao direito da concorrência declarada por decisão definitiva de uma autoridade nacional da concorrência ou por um tribunal de recurso seja considerada irrefutavelmente estabelecida para efeitos de ação de indemnização intentada nos seus tribunais nacionais, ao abrigo do artigo 101 ou 102 do TFUE ou do direito nacional da concorrência*⁴³.

O n.º 2 do art. 9.º reporta-se ao valor probatório a atribuir, perante um tribunal nacional, às decisões definitivas que, nos termos do n.º 1 do mesmo artigo, sejam proferidas [pelas autoridades competentes de outro] Estado-Membro, pelo que fica, assim, clarificado, que a norma desse n.º 1 se reporta a decisões definitivas de autoridades nacionais da concorrência, ou de tribunais de recurso de decisões daquela, do próprio Estado-Membro em cujo tribunal corra a ação de responsabilidade civil visando a indemnização por violação das regras da concorrência, da União ou nacionais.

5.2.1.1. Aproximações ao direito nacional

O aspeto considerado no antecedente n.º 5.2.1. aproxima-se do regime do valor da sentença transitada em julgado, salientando-se aqui o teor do art. 619,

43 Assinale-se, quanto às decisões da Comissão em matéria de *public enforcement*, que nos termos do art. 16, n.º 1, do Regulamento n.º 1/2003: “[q]uando se pronunciarem sobre acordos, decisões ou práticas ao abrigo dos artigos [101 ou 102] do Tratado que já tenham sido objeto de decisão da Comissão, os tribunais nacionais não podem tomar decisões que sejam contrárias à decisão aprovada pela Comissão. Devem evitar tomar decisões que entrem em conflito com uma decisão prevista pela Comissão em processos que esta tenha iniciado. Para o efeito, o tribunal nacional pode avaliar se é ou não necessário sustentar a instância. [...]”. A regra foi, obviamente, concebida na perspetiva de uma apreciação jurisdicional de *public enforcement*, mas parece-nos que deve ser, igualmente, aproveitada para as ações de indemnização por violação do direito da concorrência.

n.º 1, do CPC, nos termos do qual, *transitada em julgado a sentença ou o despacho saneador que decida do mérito da causa, a decisão sobre a relação material controvertida fica a ter força obrigatória dentro do processo e fora dele nos limites fixados pelos artigos 580 e 581, sem prejuízo do disposto nos artigos 696 a 702.*

Resulta desse preceito legal que a decisão judicial que, incidindo sobre o mérito da causa, considere demonstrada a existência de um comportamento violador do direito da concorrência, da União ou nacional, é obrigatória *fora do processo* no qual foi proferida.

Num estrito plano processualista-civil poderia, em tese geral, debater-se se essa *obrigatoriedade* abrange mais do que a parte dispositiva da decisão (eventualmente aplicando uma sanção que seja de confirmação, total ou parcial, de uma prévia decisão da AdC), alargando-se, igualmente aos seus fundamentos, *área* na qual repousa a consideração de se haver verificado um comportamento violador do direito da concorrência⁴⁴. Essa discussão, efetivamente realizada pela doutrina processualista (âmbito do caso julgado material), não pode ser aqui tida, nem tal teria cabimento no âmbito limitado deste escrito.

Na verdade, e perante o que agora se determina no n.º 1 do art. 9.º da Diretiva n.º 2014/104/UE, a referida discussão seria, neste âmbito, totalmente inútil: a correta transposição da norma da União implicará o estabelecimento de uma solução normativa interna que, no pressuposto da verificação de uma decisão da AdC que haja declarado uma infração ao direito da concorrência, nacional apenas ou também da União, e que seja definitiva – isto é, que seja já insuscetível de recurso⁴⁵ – ou de decisão judicial que, em via de recurso da decisão administrativa venha a ser proferida pelo tribunal competente⁴⁶, que seja, igualmente, definitiva, imponha o valor probatório da mesma, quanto a dar por demonstrada(s) a(s) infração(ões) em causa, para efeitos da decisão de um pedido de indemnização por danos ocasionados pela(s) mesma(s) instaurada perante os tribunais nacionais.

A solução jurídica com origem no direito da União desonera, assim, o demandante de uma autónoma demonstração de que a(s) infração(ões) ao direito da concorrência da União e/ou nacional se verificou(aram) – e, portanto,

44 Com preocupação próxima, Correia, 2008: 1784.

45 O que pode ocorrer por mais do que um motivo: (i) a caducidade do direito de impugnar a decisão da AdC (art. 87, n.º 1, do RJC); (ii) a confirmação judicial da declaração administrativa de verificação da infração por decisão judicial transitada em julgado, que pode provir do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (art. 88, n.º 1, do RJC) ou, em via de recurso da decisão deste, do Tribunal da Relação.

46 *Idem.*

de que o(s) facto(s) em causa é(são) ilícito(s) e de que tem(êm) uma conformação dolosa ou negligente, conforme o caso – se antes se tiver verificado uma decisão administrativa (no caso português, da AdC) ou de um tribunal de recurso que, sendo já definitiva, haja declarado uma infração ao direito da concorrência, nacional apenas ou também da União.

A solução da Diretiva n.º 2014/104/UE suscita, assim, três notas. Antes de mais, não configura verdadeiramente uma exceção às regras nacionais comuns de distribuição do ónus da prova relativamente ao demandante (art. 342, n.º 1, do CC), porque não inverte a normal oneração através do estabelecimento de uma presunção técnico-legal, nem a libertação ou dispensa desse ónus (art. 344, n.º 1, do CC); na perspetiva da proteção da posição do demandante, está muito para além dela; na verdade, ao estabelecer que “[...] uma infração ao direito da concorrência declarada por decisão definitiva de uma autoridade nacional da concorrência ou por um tribunal de recurso seja considerada irrefutavelmente estabelecida para efeitos de ação de indemnização intentada nos seus tribunais nacionais ao abrigo do artigo 101 ou do artigo 102 do TFUE ou do direito nacional da concorrência”, a diretiva (art. 9.º, n.º 1) desonera o demandante da demonstração de que o comportamento que imputa ao demandado – e que foi antes imputado numa decisão administrativa ou judicial definitivas – é ilícito e é culposo: esses pressupostos da responsabilidade civil por facto ilícito estão estalecidos à partida; nessa medida, recai apenas sobre o demandante um ónus de alegação do ilícito como causa de pedir da indemnização, que demonstra através de prova pré-constituída, recaindo sobre ele, apenas, o ónus da prova do dano e do nexo de causalidade entre o comportamento ilícito e o dano (art. 342, n.º 1, do CC).

Como segunda nota assinala-se que não existe prejudicialidade da decisão administrativa/judicial que declare, definitivamente, a existência de infração às regras da concorrência, da União e/ou nacionais, relativamente à pendência de ações nas quais se requer a condenação em indemnização fundada na infração: a diretiva garante um direito à reparação dos danos “[...] a qualquer pessoa[,] singular ou coletiva [,] [...] independentemente de ser previamente declarada a infração por uma autoridade de concorrência” (considerando 13); isto significa, assim, que numa ação *stand alone* não constitui exceção dilatória a inexistência de uma prévia decisão administrativa/judicial que declare, definitivamente, a existência de infração às regras da concorrência, da União e/ou nacionais⁴⁷,

47 Próximo, Correia, 2008: 1776.

não obstante se entender que, se na pendência dessa ação se vier a verificar ter sido instaurado inquérito pela AdC, nos termos do art. 17, n.º 1, da LdC [não tendo sido o mesmo arquivado nos termos do art. 24, n.º 3, b), do RJC⁴⁸], tem o juiz titular do processo a que corresponda a ação cível de indemnização a faculdade de suspender a instância, até que seja proferida a decisão do processo iniciado pela AdC, nos termos do art. 272, n.º 1, do CPC⁴⁹⁻⁵⁰.

48 Saliente-se, a tal propósito, que o regime jurídico de transposição da diretiva deverá, a nosso ver, articular as ações *stand alone* com o disposto nos arts. 24, n.º 3, c) e d), da LdC.

49 Também o possível resultado *absolutório* naquilo que seja a decisão final de um processo contraordenacional iniciado pela AdC por infração às regras dos arts. 101 e 102 do TFUE e/ou dos arts. 9.º e 11 do RJC [cfr. antes de mais, o art. 24, n.º 3, b)] deverá ser articulado com o regime jurídico de transposição da diretiva no caso das ações *stand alone*; uma decisão da AdC, em sede de inquérito ou de instrução [art. 29, n.º 3, d), do RJC] que dê como não demonstrada a verificação de uma infração, nos termos já enunciados, por parte de uma empresa *visada*, ou uma decisão, no mesmo sentido, de um tribunal de recurso, em impugnação de decisão administrativa da AdC, que tivesse dado a infração por verificada, será, seguramente, fator de forte persuasão no sentido de ser vencido o demandante, mas não podem, em diverso sentido, desconsiderar-se dois aspetos: (i) que o demandante apresente a juízo meios de prova diversos dos considerados pela AdC ou pelo tribunal de recurso; (ii) que, ainda, que o demandante apresente os mesmos meios de prova que foram considerados pela AdC ou pelo tribunal de recurso, faça deles o tribunal comum diversa ponderação, o que, atento o princípio da independência dos tribunais judiciais, têm que admitir-se como entrando na esfera do permitido (próximo, Correia, 2008: 1776, n. 49, sustentado que “O ato de arquivamento significa apenas uma recusa de proceder. Não tem por efeito típico criar certa jurídica sobre o carácter legal da prática”). A propósito do(a) *visado(a)* seja-nos permitido aqui exercer contraditório a Silva, 2014: 12 e ss., quanto a uma invocada derrota de uma tese com “[...] zelo implacável [...]” pelo RJC, de criação de um estatuto processual: a preocupação que manifestei, em escrito de 2010, foi a de que fosse legalmente criado um estatuto para os *investigados* (para utilizar um expressão *agnóstica*), que clarificasse direitos e deveres processuais, tornando-os seguros e, assim, insuscetíveis de constituírem objeto de litigância e incerta decisão judicial; a promoção dessa situação de incerteza – ou, pelo menos, de indefinição legal – só serve os interesses de quem, em sede de *public enforcement*, entenda que os (bons) fins justificam todos os meios, ainda que desleais, ou, em sede de defesa, de quem usa de qualquer argumento, razoável ou absurdo, para criar dilações processuais; a tudo isto é indiferente a *evolução semântica* de *arguido* para *visado*, porque as palavras não são suscetíveis de operar *magia jurídica*: as meras palavras não têm a virtualidade de modificar a substância dos problemas. Compreende-se, por motivos que são conhecidos, que Silva apresente a defesa dos “[...] anos de prática decisória da AdC” (p. 31); para a sustentar invoca, aliás, “[...] o entendimento pacífico das instâncias judiciais de controlo das decisões daquela Autoridade”, para o que cita o significativo número de duas decisões (!); esta pronúncia suscita-nos as seguintes considerações: o RJC é parte de um sistema jurídico de matriz romano-germânica, no qual vigora o princípio da independência da magistratura judicial; demasiado contacto com o *case law* europeu não deve fazer-nos olvidar de que, exceto em via de recurso, um tribunal ou um juiz nacionais não estão sujeitos aos critérios de decisão de outros e podem, eles próprios, alterar os seus critérios de decisão; à incerteza da *opinio iuris* é preferível a certeza da existência de um critério legal expreso. Eis as razões pelas quais, *de iure condendo*, continuamos a manter a opinião formulada em 2010: em caso algum se aceita que as ambiguidades legais sejam objeto de promoção em sede de *opinio iuris*, o que só favorece interesses processuais ilegítimos.

50 A questão da prejudicialidade das decisões da AdC relativamente a ações de *private enforcement* havia sido analisada, em 2008, por Sérvulo Correia [2008: 1776], sustentando, então, o A. que “[...] no caso de improcedência [da] [...] ação própria do controlo jurisdicional da administração (*judicial review*) ou da sua não propositura dentro do prazo legal, a decisão da Autoridade da Concorrência terá de ser respeitada pelos outros tribunais”; não obstante concordarmos com a conclusão do A. – e no contexto do direito

A terceira nota prende-se com os efeitos que, no contexto geral do *private enforcement* do direito da concorrência perante os tribunais comuns nacionais possa ter uma decisão da AdC tomada nos termos do art. 10, n.º 3, do RJC, *inversa* de decisão que declare a existência de uma infração às regras da concorrência e que seja definitiva.

A questão suscitada não tem cobertura no âmbito da Diretiva n.º 2014/104/UE, conhecendo-se já uma manifestação doutrinial (SÉRVULO CORREIA), no sentido aparente da vinculatividade para os tribunais comuns da decisão da AdC, em matéria de *private enforcement* do direito da concorrência, com o argumento de que tal decisão tem o efeito típico de “[...] criar certeza jurídica sobre o carácter legal da prática”⁵¹; permitimo-nos discordar: o efeito vinculativo sustentado pelo referido autor assenta num juízo da AdC, que pode, eventualmente, ser contraditado por meios de prova que esta não considerou na sua decisão, e que podem estar ao alcance do demandante, sendo que o tribunal é livre na sua apreciação probatória – que na falta de preceito legal expresso, que não é imposto pela diretiva, não se subordina à efetuada pela AdC –, o que, aliás, é a solução conforme aos princípios gerais da independência da magistratura judicial e da livre apreciação da prova produzida em juízo.

5.2.1.2. Conclusão setorial

Apesar de as soluções jurídicas suscitadas ao ordenamento interno pela necessidade de transposição do disposto no art. 9.º, n.º 1, da Diretiva n.º 2014/104/UE não nos parecerem globalmente antagónicas aos princípios gerais que, internamente, ordenam a matéria da distribuição do ónus da prova e de não ter sido aqui realizada uma abordagem material do possível – e provável – antagonismo da diretiva aos princípios do âmbito do caso julgado material⁵², a verdade é que o particularismo dessas soluções, *vindouras*, de direito interno compagina-se mal com a introdução de *redes de especialidades* dentro de diplomas de âmbito tão geral como o CC ou o CPC para o *microscópico*

interno anterior à Diretiva n.º 2014/104/UE – não é deslocado admitir alguma resistência judicial à mesma, sobretudo em situações em que a definitividade da decisão da AdC ocorra sem impugnação judicial, escorada nas considerações do princípio da independência da magistratura judicial e da determinação constitucional dos tribunais como órgãos de soberania; é, portanto, solução juridicamente muito mais segura aquela que, agora, deverá ser o resultado da transposição para o direito interno da norma do art. 9.º, n.º 1, da diretiva.

51 Correia, 2008: 1776, n. 49.

52 Que é sugerido por Correia, 2008: 1784.

âmbito das ações visando indenização por infração ao direito da concorrência. Este entendimento é de *matriz puramente negativa* (*como não deve ser feito*); a formulação de uma matriz positiva (*como deve ser feito*) será ensaiada no âmbito de conclusões gerais, a final.

5.2.2. Prazos de prescrição

Estabelece-se no art. 10 da Diretiva n.º 2014/104/UE um regime relativo às regras a que o direito interno dos Estados-Membros deve subordinar a prescrição “[...] para intentar ações de indenização” (n.º 1) por danos provocados por infrações às regras da concorrência, da União e/ou nacionais; a norma está referida a uma atuação processual, mas, verdadeiramente, o que está em causa é a substância do direito à reparação dos danos. Trata-se, portanto, de um regime de prescrição alheio ao que, no art. 74 do RJC, pode encontrar-se para o *public enforcement* do direito da concorrência.

Em termos civis, a prescrição constitui “[...] um efeito jurídico da inércia prolongada do titular do direito no seu exercício, e traduz-se em o direito prescrito sofrer na sua eficácia um enfraquecimento consistente em a pessoa vinculada poder recusar o cumprimento ou a conduta a que esteja adstrita. Se o credor, ou o titular do direito, deixar de o exercer durante certo tempo, fixado na lei, o devedor, ou a pessoa vinculada, pode recusar o cumprimento, invocando a prescrição”⁵³. O seu regime jurídico geral consta dos arts. 300 a 327 do CC, compreendendo o estabelecimento de um prazo ordinário (20 anos; art. 309), prazos reduzidos relativamente a certos direitos de caráter periódico (cinco anos; art. 310), um regime particular de prescrição presuntiva e regimes de suspensão e de interrupção do prazo prescricional. A responsabilidade civil conta com um regime de prescrição especial, constante do art. 495 do CC.

O n.º 1 do art. 10 da Diretiva n.º 2014/104/UE, por um lado, determina, que os Estados-Membros deverão assegurar um conjunto de regras relativas à prescrição do direito à indenização e, por outro lado, faz o enunciado das questões que as mesmas disciplinam (e que constituem a *tessitura* dos n.ºs 2 a 4 do mesmo artigo): (i) início do curso do prazo; (ii) duração do prazo; e, (iii) interrupção e suspensão do prazo.

Desse regime a fixar para a prescrição do direito à indenização do dano sofrido por infração às normas da concorrência, salienta-se, por um lado, um conjunto de circunstâncias, de verificação cumulativa, sem cujo conhecimento,

⁵³ Vasconcelos, 2014: 380.

ou razoável presunção de conhecimento, por parte do lesado, o curso do prazo não se inicia (n.º 2) e, por outro lado, a solução apontada caso uma autoridade nacional de concorrência “[...] tom[e] medidas no âmbito de uma investigação ou de um processo relativo a uma infração [...] com a qual a ação de indemnização esteja relacionada”: os direitos nacionais devem assegurar que o prazo de prescrição sofre – consoante os sistemas nacionais – a ação de uma causa de suspensão ou de interrupção, que só cessa o seu efeito, no mínimo, um ano após ter sido proferida decisão em matéria de infração e de se ter tornado definitiva ou depois de o processo ter sido de outro modo concluído (n.º 4); a construção gramatical da regra é complexa, mas o seu sentido é meridianamente claro: iniciando a autoridade nacional um procedimento relativo a um indício de infração, o prazo prescricional que eventualmente se encontra já a correr (por se terem já verificado todas as circunstâncias a que alude o n.º 2) deixará de correr e só será retomada a contagem após decisão definitiva (da autoridade que instaurou o procedimento ou de instância de revisão da sua decisão), seja a mesma no sentido de declarar uma infração ou não; o recomeço da contagem do prazo terá que garantir, no mínimo, o intervalo de um ano, contado desde o momento em que a referida decisão se tornou definitiva.

Os Estados-Membros devem ainda assegurar um prazo mínimo de prescrição de cinco anos do direito à indemnização pelo dano sofrido.

Num contexto comparativo do que acaba de referir-se com o regime comum da prescrição, bem como com o regime especial da mesma em sede de responsabilidade civil, podem analisar-se aspetos de compatibilidade, parcial ou total, como é caso do disposto no art. 306, n.º 1 (início do curso da prescrição), e no art. 309 (prazo ordinário de prescrição, que é de 20 anos), mas também de desconformidade, como é o caso da regra do art. 495 (prazo de prescrição do direito de indemnização: três anos contados do conhecimento do direito pelo lesado), todos do CC. Não é, todavia, concebível, que um regime tão complexo quanto o do art. 10 da diretiva possa acomodar-se dentro do CC sem indesejáveis distorções sistemáticas deste e com prejuízo da desejável ampla generalidade dos regimes que a ele se acolham.

5.2.3. Responsabilidade solidária

Determina-se no art. 11, n.º 1, da Diretiva n.º 2014/104/UE que os Estados-Membros asseguram que as empresas que infringem o direito da concorrência por meio de um comportamento conjunto sejam solidariamente responsáveis pelos danos causados pela infração [...]; cada uma dessas empresas fica obri-

gada a reparar integralmente os danos, e o lesado tem o direito de exigir reparação integral de qualquer uma delas até ser indemnizado na íntegra.

A esta norma central, o referido art. 10 permite o estabelecimento de exceções em relação a pequenas e médias empresas (n.º 2), que podem ver o âmbito da sua responsabilidade civil limitado ao universo dos seus próprios adquirentes, diretos e indiretos (o que lhes evita responsabilidade perante o universo de todos os lesados), se se verificarem condições de muito reduzidas quotas de mercado e a responsabilidade solidária perante todos os lesados conduziisse a um risco de inviabilidade económica e desvalorização total de ativos. Atente-se, todavia, no facto de a exceção conferida pelo n.º 2 do art. 11 comportar *contraexcepções*, constantes do n.º 3 do mesmo artigo.

Uma limitação da responsabilidade aos danos provocados a certos lesados está também prevista para as empresas que, em sede de *public enforcement*, hajam beneficiado de dispensa de coima (art. 11, n.º 1), que se amplia ao universo da totalidade dos lesados quando “[...] não puder ser obtida reparação integral [através da reparação imposta] às outras empresas implicadas na mesma infração ao direito da concorrência” [al. b)]. Com esta solução, a União procura firmar um equilíbrio entre a efetividade do *public enforcement* (cfr. o art. 6.º, n.º 6, da Diretiva) e o direito à reparação integral dos danos aos lesados, em sede de *private enforcement*, na qual se denota, todavia, alguma prevalência do último⁵⁴, uma vez que a proteção máxima da eficiência do primeiro passaria, ou por excluir a reparação dos danos aos lesados pelo infrator que beneficia de clemência ou por separar em absoluto a sua responsabilidade civil da dos restantes participantes na infração (responsabilidade conjunta); ao contrário, a Diretiva n.º 2014/104/UE estabeleceu a responsabilidade solidária da empresa que beneficia de *clemência*, cujo limite mínimo se situa na lesão gerada nos seus adquirentes ou fornecedores, diretos ou indiretos, e, o máximo, nas lesões sofridas pelo universo dos lesados.

A transposição deste conjunto de regras para o direito interno nacional não deverá gerar dificuldades de maior, atento o disposto nos arts. 513 e 497, ambos do CC, todavia, e em consonância com o que já se referiu, a outro propósito, é indesejável que o mesmo não venha a integrar o regime civil da responsabilidade por facto ilícito, em razão do prejuízo que trará à ampla generalidade dos regimes que a ele se acolham.

54 Cfr. o considerando 38 da Diretiva n.º 2014/104/UE.

5. CONCLUSÃO

Concluindo se dirá que a análise aqui efetuada quanto aos regimes estabelecidos pela Diretiva n.º 2014/104/UE, de 26 de novembro de 2014, sobre (i) a divulgação de elementos de prova, (ii) os efeitos das decisões nacionais; e, (iii) os prazos de prescrição e a solidariedade da responsabilidade, em matéria de *private enforcement* do direito da concorrência aconselha, em sede de transposição das mesmas para o direito interno – e atentos os seus particularismos, fragmentários em relação a diversas regulações gerais, civis e processuais civis –, que a mesma seja efetuada em diploma autónomo, fundado numa unidade normativa orgânico-funcional, que o ligue à particularidade da responsabilidade civil decorrente do ato ilícito que corresponde a uma infração ao direito da concorrência, nacional e/ou da União, o que será, igualmente, conseguido optando-se pela inclusão da matéria em capítulo próprio, aditado ao vigente RJC.

BIBLIOGRAFIA

- ALMEIDA, Francisco Manuel Lucas Ferreira de
2010 *Direito Processual Civil*, Vol. I, Coimbra: Almedina.
- ASHTON, David & HENRY, David
2013 *Competition Damages actions in the EU: law and practice*, Cheltenham/UK; Northampton, MA, USA: Edward Elgar.
- BRODER, Douglas F.
2005 *A guide to US Antitrust Law*, London: Thompson/Sweet & Maxwell.
- CORDEIRO, António Menezes
2012 *Tratado de Direito Civil*, I, 4.^a ed., Coimbra: Almedina.
- CORREIA, J. M. SÉRVULO
2008 “Efetividade e limitações do sistema português de aplicação impositiva do direito da concorrência através de meios processuais civis”, in *Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, Vol. II, Coimbra: Almedina.
- CUNHA, Celso & CINTRA, Luís F. Lindley
2010 *Nova gramática do português contemporâneo*, 19.^a ed., Edições João Sá da Costa.
- FROUFE, Serafim Pedro Madeira
2009 *A reforma do direito comunitário da concorrência: o sentido descentralizador e/ou recentralizador do Regulamento CE nº 1/2003*, Universidade do Minho, Braga.
- LEITÃO, Adelaide Menezes
2009 *Normas de Proteção e danos puramente patrimoniais*, 2007, disponível em http://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/166/2/16651_2_-_tese.pdf (publicação: Coimbra: Almedina).
- MORAIS, Luís Silva
2014 “Integrating Public and Private Enforcement of Competition Law in Europe: Legal Issues”, in Lowe, Marquis, Editors, *European Competition Law Annual 2011 – Integrating Public and Private Enforcement of Competition Law – Implications for Courts and Agencies*, Hart Publishing.
- SILVA, Miguel Moura e
2014 “As práticas restritivas da concorrência na Lei n.º 19/2012 – novos desenvolvimentos”, in *Revista do Ministério Público*, Ano 35, jan.-mar, pp. 9-45.
- ROSSI, Leonor & FERRO, Miguel Sousa
2012 *Private enforcement of competition law in Portugal (I): an overview of case-law, Concorrência & Regulação*, n.º 10, Ano 3, abr.-jun., pp. 91-141.
- SANTOS, António Carlos dos, GONÇALVES, Maria Eduarda & MARQUES, Maria Manuel Leitão

2014 *Direito Económico*, Coimbra: Almedina, 7.^a ed.

SILVEIRO, Fernando Xarepe

2012 *O regime jurídico da clemência na nova lei da concorrência: novas valências, novos desafios*, *Concorrência & Regulação*, n.º 1, Ano 3, abr.-jun., pp. 252-281.

WILSON III, Thomas M., AUSTIN, Page I., COOPER, Ellen S., FARMER, Susan Beth & PAPAGEORG, Thomas A.

1988 *Antitrust federalism: the role of state law*, ABA [s.1].