SITUAÇÃO DO "PRIVATE ENFORCEMENT" DA CONCORRÊNCIA EM PORTUGAL

Maria Elisabete Ramos[*]

Abstract: *This paper aims to describe the Portuguese experience on the private enforcement of competition law, before the transposition of Directive 2014/104/EU of the European Parliament and of the Council of 26 November 2014 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. In the Portuguese system, grounded on the public enforcement model, private enforcement plays a useful complementary role. The main issues addressed by this paper are: a) distinction between private enforcement and public enforcement; b) voidness of the agreements that breach the competition rules and the damage compensation; c) breach of competition rules, the unlawfulness of the conducts and the enterprises' and directors' liability; d) available remedies to be used by the private enforcer; e) litigation funding.*

Sumário: 1. Introdução. 2. A experiência portuguesa de *public enforcement* e de *private enforcement*. 2.1. Do arquétipo internacional à receção portuguesa. 2.2. Âmbito material e estrutura institucional do *private enforcement*. 3. A nulidade "comunitária" e o regime jurídico-civil português. 4. Responsabilidade civil pela violação de normas de direito da concorrência. 4.1. Responsabilidade civil extracontratual. 4.2. As fronteiras entre o lícito e o ilícito. 5. Administradores de sociedades e *law compliance* da concorrência. 5.1. Dever de cada gestor atuar em conformidade com a lei da concorrência. 5.2. Decisão empresarial de violação da concorrência e responsabilização civil dos gestores. 5.3. As ações de indemnização. 6. Infrações da concorrência e ação popular. 7. Financiamento do litígio. 8. Conclusão.

* Professora Auxiliar da Faculdade de Economia de Coimbra. Email: mgramos@fe.uc.pt.

1. INTRODUÇÃO

No caso *Brunswick* o tribunal afirmou lapidarmente "the antitrust laws protect 'competition, not competitors'"[1]. A concorrência é "o mecanismo básico de funcionamento da economia de mercado. É o mecanismo em que cada empresa decide autonomamente das suas concorrentes as variáveis sob o seu controlo, tais como preços, quantidades, investimentos, mercados geográficos e de clientes, actividades de marketing, de forma a maximizar o lucro dessa mesma empresa. Através deste mecanismo dá-se a descentralização das decisões de produção, investimento e consumo dos diversos produtos e serviços que satisfazem as necessidades humanas, segundo a alternativa mais eficiente, tendo em conta a restrição da escassez de recursos"[2]. Tudo isto implica que em um mercado concorrencial sejam praticados preços mais baixos, seja melhorada a qualidade nos produtos e serviços e, não menos importante, sejam potenciadas as condições para a inovação tecnológica e maximizado o bem-estar dos consumidores.

É da natureza da concorrência e da rivalidade entre empresas que lhe é própria que sejam eliminadas as empresas menos eficientes, menos inovadoras, em suma, menos preparadas para enfrentar a pressão das restantes. Não restam dúvidas que as empresas que sucumbem neste processo concorrencial sofrem prejuízos porque vendem menos ou deixam de vender os produtos e serviços, pondo em crise a sua própria existência. Mas estas são as consequências desejadas pela economia de mercado que, através da concorrência, promove a eliminação de empresas ineficientes e, através da proibição de infrações a concorrência, quer impedir que tais empresas se financiem através do "imposto" obtido pelas infrações à concorrência.

Pese embora os proclamados benefícios da concorrência para consumidores, empresas e economia geral, a verdade é que as empresas têm, ao longo do tempo, desenvolvido práticas destinadas a falsear, reduzir ou eliminar a concorrência. Através de tais práticas ilícitas, as empresas procuram furtar-se ou mitigar os efeitos fisiológicos da concorrência.

---

1 *Apud* Ginsburg, 2010:43.

2 Mateus, 2006. O acórdão *Suiker Unie* decidiu que "cada operador económico deve determinar de forma independente a política que pretende adotar (...) incluindo a escolha das pessoas e empresas às quais faz ofertas ou vende" – Acórdão *Suiker Unie* c. Comissão, Processo 4/73, Rec., p. 1663, n.º 173. Sousa Ferro (2016a: 72) refere que da análise de jurisprudência portuguesa resulta que os "tribunais demonstram, frequentemente, que o seu raciocínio assenta numa noção de concorrência diversa daquela que subjaz ao direito da concorrência".

Há, pois, que regular o poder de mercado porque ele "pode dar azo a perdas de bem-estar, requerendo, por conseguinte, um controlo por parte de uma entidade exterior ao mercado".[3] Não é recente a *hostilidade* quer da jurisprudência quer do legislador "à utilização opressiva do poder económico"[4], garantindo aos lesados a proteção contra os danos sofridos por tais práticas. Remonta aos finais do século XIX a hostilidade dos tribunais dos Estados Unidos da América aos *trusts*[5], tendo como fundamento jurídico não só os princípios de *common law* como os de direito estadual societário.[6] Mas cedo se percebeu que "essas soluções de caráter estadual eram manifestamente insuficientes"[7] e que a resposta estava numa intervenção de âmbito federal. O que aconteceu com o *Sherman Act* de 1890, que recebeu o nome do seu proponente (o senador republicano do Ohio, John Sherman).

Rompendo com a situação anterior ("na sua esmagadora maioria, as velhas regras sobre as "restrições ao comércio" pertenciam, na verdade, ao domínio da *private law*"[8]), o *Sherman Act* assumiu *public character*[9]. O que teve efeitos nos instrumentos de *enforcement*. Ao lado de uma ação penal e de uma ação civil com caráter público, foi prevista uma ação privada a favor de "any person who shall be injured in his business or property by any other person or corporation by reason of anything forbidden or declared to be unlawful (...) shall recover threefold the damages by him sustained, and the costs of suit, including a reasonable attorney's fees". A *triple damages clause*[10] concede aos particulares um

3 Marques, 2015: 218 s.

4 Leitão Marques, 2002: 20.

5 O *Sherman Act* de 1890 é conhecido como lei *antitrust* porque, justamente, o "trust representava uma forma juridicamente vinculativa de unificar o controlo através da combinação dos direitos de voto" – cfr. Menezes Leitão, 2009: 444. O *trust* começou por ser aplicado na indústria petrolífera, constituindo um acordo envolvendo sócios de 40 sociedades petrolíferas e por força do qual os intervenientes transmitiam as respetivas participações sociais para um *board of trustees*, recebendo em contrapartida *trust certificates*. Este *trust certificates* garantiam a repartição do direito aos lucros, mas não o direito de voto que pertencia exclusivamente aos *trustees*. Estas sociedades abrangidas pelo *trust*, embora juridicamente independentes, tornavam-se economicamente dependentes. Sobre esta experiência, v. Nogueira Serens, 2007: 325 ss.

6 Nogueira Serens, 2007: 327 ss.

7 Nogueira Serens, 2007: 339.

8 Nogueira Serens, 2007: 339.

9 Nogueira Serens, 2007: 340.

10 Nogueira Serens, 2007: 340, salienta que entre 1890 e 1904 os "treble damages" não estimularam o interesse dos privados pelo *private enforcement* e que se viveu, neste período, um ambiente de desprezo pelo Sherman Act.

poderoso incentivo económico à litigância contra as empresas que infringem as regras da concorrência. Mas é essencial que "the antitrust enforcement system promotes competition, not merely litigation"[11].

Nos Estados Unidos da América, em matéria de efetivação das normas de concorrência, cada particular é visto como "private attorney general"[12], o que sintetiza o lugar central dos *private enforcers* na perseguição das práticas anticoncorrenciais de empresas. Apesar do interesse com que a experiência dos EUA em matéria da aplicação das normas da concorrência tem sido olhada e estudada na Europa, a verdade é que vários fatores convergem para uma situação muito diversa deste lado do Atlântico.

É comum a afirmação que sublinha a escassez de pretensões de *private enforcement* na Europa, por referência à intensidade destas iniciativas nos EUA. São apontados vários fatores que contribuem para aquele diagnóstico da situação europeia: *a*) os custos elevados que o particular tem de suportar quando se envolve em litígios comerciais complexos contra empresas em posição dominante dotadas de amplos recursos (*deep pocket*) e de quem o autor da ação (que pretende reagir, através de mecanismos jurídico-privados) pode depender para assegurar a sua viabilidade; *b*) os atrasos judiciais e a incerteza quanto ao desfecho da ação; *c*) as perturbações sofridas no seu negócio causadas pela necessidade de funcionários especialmente capazes terem de acompanhar o processo durante meses, se não anos; *d*) a inadequação dos instrumentos processuais; *e*) as dificuldades e os custos inerentes à obtenção das provas.

Na Europa é privilegiado o modelo de *public enforcement* do direito da concorrência, confiando, por isso, a perseguição das infrações da concorrência a entidades públicas, remetendo-se o *private enforcement* para um lugar de segunda linha[13]. Ainda assim, são reconhecidas as vantagens do *private enforcement*, porquanto pode: *a*) induzir o efeito de dissuasão ("deterrence") e aumentar o nível de cumprimento das regras da concorrência; *b*) contribuir para desenvolver a cultura da concorrência; *c*) sindicar casos em que o *public enforcement* não atua[14]; *d*) contribuir para aumentar a concorrência e a competitividade da

11 Ginsburg, 2010: 58.

12 Ginsburg, 2010: 40.

13 Segundo Cisotta (2014), as diferenças entre a Europa e os EUA radicam no facto de que "the European competition law framework largely builds upon the ordo liberal doctrine, according to which the functioning of the market has to be supervised and governed by a strong public authority".

14 Recorde-se que, nos termos do art. 5.º, *c*), dos Estatutos da AdC, e do art. 7.º, 1, do Regime Jurídico da Concorrência (RJC), a Autoridade da Concorrência (AdC) deve atribuir graus de prioridade diferenciados no tratamento das questões que é chamada a analisar.

economia europeia; *e)* permitir a compensação de vítimas de infrações anticoncorrenciais; *f)* valer-se de mecanismos de tutela cautelar.

Mantendo a fidelidade ao *public enforcement*[15], a União Europeia procura dar um *novo impulso* ao *private enforcement,* criando condições para que esta via de efetivação do direito da concorrência alcance uma maior intensidade. Os Estados-Membros da União Europeia (e, em particular, Portugal) não estão no grau zero da aplicação privada do direito da concorrência. No que diz respeito a Portugal, a jurisprudência regista casos decididos[16], a doutrina debruça-se sobre esta matéria e, não menos importante, a ordem jurídica globalmente considerada prevê mecanismos jurídicos que podem ser postos ao serviço das pretensões dos *private enforcers*.

Pretende-se com o presente trabalho traçar a situação portuguesa do *private enforcement*, antes da transposição da Diretiva 2014/104/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa a certas regras que regem as ações de indemnização no âmbito do direito nacional por infração às disposições do direito da concorrência dos Estados-Membros e da União Europeia. Para tanto, há que recordar a *fidelidade* do sistema português ao modelo da aplicação pública do direito da concorrência, mas não esquecendo a complementaridade que entre este e o do *private enforcement* deve existir.

O Regulamento 1/2003 afirmou esta *relação de complementaridade* quando, a propósito da concessão de indemnizações às vítimas das infrações, reconhece que o papel dos tribunais nacionais é o "complementar o das autoridades dos Estados-Membros responsáveis em matéria de concorrência"[17]. Mais recentemente, a Diretiva 2014/104/UE vinca o mesmo objetivo de complementaridade entre aplicação pública e aplicação privada, quando sublinha que "importa regular com coerência a articulação entre as duas formas de aplicação" (considerando (6) da Diretiva).

---

15 Velasco San Pedro (2011: 37) refere que o modelo de aplicação pública acolhido pelo Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) tem dado bons resultados, mas razões de *justiça distributiva* impõem que seja reconhecido direito à reparação dos danos sofridos pelas vítimas de práticas restritivas da concorrência, em particular consumidores.

16 V. Sousa Ferro, 2016a, *passim*.

17 Sérvulo Correia (2008: 1750) refere que um dos objetivos da reforma de 2003/2004 foi o de libertar a Comissão Europeia de uma parte significativa de tarefas em matéria de litigância sobre concorrência para que esta instituição da União Europeia (UE) se possa concentrar na definição de política de concorrência e na definição de regras (os chamados regulamentos de isenção). Sobre os antecedentes da reforma operada pelo Regulamento 1/2003, v. Cruz Vilaça, 2003: 717 ss.

Neste contexto, o estudo aborda as seguintes questões principais: *a*) distinção entre *private enforcement* e *public enforcement*; *b*) nulidade de convenções negociais e responsabilidade civil como as principais reações privadas aos ilícitos concorrenciais; *c*) a delimitação da ilicitude relevante para efeitos de responsabilização civil de empresas e de administradores pela infração da concorrência; *d*) os instrumentos processuais ao dispor dos *private enforcers*; *e*) alternativas para o financiamento do litígio.

2. A EXPERIÊNCIA PORTUGUESA DE *PUBLIC ENFORCEMENT* E DE *PRIVATE ENFORCEMENT*

2.1. Do arquétipo internacional à receção portuguesa

Denotando a influência dos EUA (e, talvez, o poder e a preeminência dessa experiência no contexto do direito da concorrência), vulgarizou-se na Europa a dicotomia *private enforcement versus public enforcement*. A vulgarização do uso de tais conceitos não corresponde a uma consolidada, rigorosa e nítida distinção jurídica. Corresponde, sim, a um arquétipo internacional, a um *standard* forjado na experiência dos EUA que, a partir daí, irradia e é recebido em experiências jurídicas. Sendo assim, não podemos ignorar que esse arquétipo é confrontado, em cada ordem jurídica onde é recebido, com as resistências próprias de cada sistema recetor. Certamente que a fluidez da distinção permite a adaptação às concretas ordens jurídicas onde é recebida, mas não dispensa o trabalho de determinar o sentido jurídico daqueles conceitos[18].

Parece-me que o âmbito específico de *private enforcement* e de *public enforcement* deve ser construído juridicamente à *luz de cada ordem jurídica*, sendo de afastar uma conceção universal, idealizada a partir de um arquétipo[19]. Esta posição metodológica continua a ser juridicamente adequada, ainda que não se ignore que os arts. 101.º, ss. do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia são aplicáveis em toda a União Europeia e vinculam cada um dos Estados- Membros.[20] E que o Regulamento 1/2003 unifica as regras relativas

18 Para este exercício de distinção, v. Basedow, Francq & Idot, 2012.

19 Também Sérvulo Correia (2008: 1753) rejeita conceitos únicos de *private enforcement* e de *public enforcement*.

20 Em Portugal, v. art. 8.º da Constitutição da República Portuguesa (CRP).

à aplicação dos arts. 101º e 102º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

Estas normas não impedem que cada Estado Membro preveja outras infrações à concorrência (não previstas no Direito da União Europeia). É o que acontece na ordem jurídica portuguesa que tipifica o "abuso de dependência económica" (art. 12.º do Regime Jurídico da Concorrência – RJC[21]) como contraordenação[22]. Trata-se de uma infração que, não sendo incompatível com as regras da União Europeia da concorrência, está contemplada em direitos nacionais[23].

A distinção entre *public* e *private enforcement* não é objeto de harmonização no contexto da União Europeia. Esta distinção não é objeto da Diretiva 2014/104/UE. Como o próprio título da Diretiva denuncia, ela visa harmonizar *certas regras* (não todas) relativas às ações de indemnização. A Diretiva não cuida da distinção entre *private enforcement* e *public enforcement*. Portanto, caberá a cada ordem jurídica, à luz dos seus quadros jurídicos, identificar as notas carateterizadoras e o âmbito específico de *private enforcement* e de *public enforcement*.

Dito isto, mantém-se a questão: como distinguir *private enforcement* de *public enforcement*, à luz da ordem jurídica portuguesa? À luz da ordem jurídica portuguesa não basta que a reação a indícios de práticas anticoncorrenciais tenha sido da iniciativa de um particular[24] para que se possa afirmar estar-se perante uma manifestação de *private enforcement*. Veja-se, por exemplo, o caso em que um particular apresenta, junto da AdC, uma denúncia de violação das normas da concorrência que a Autoridade vai investigar, mediante a abertura de inquérito (arts. 8.º e 17.º do RJC)[25]. Este caso configura, certamente, um *impulso privado*, uma *iniciativa privada*, mas não consubstancia um exemplo de *private enforcement*. Configure-se, agora, o caso em que o Estado, de modo a ressarcir-se de danos sofridos por práticas de conluio na contratação pública, intenta uma ação de responsabilidade civil em tribunal cível contra os

21 Aprovado pela Lei n.º 19/2012, de 8 de maio.

22 O abuso de dependência económica, introduzido no ordenamento jurídico português pelo art. 4º do Decreto-Lei n.º 371/93, está atualmente previsto no art. 12.º do RJC. Sobre esta infração, v. Mariano Pego, 2001: 85 ss.; Mariano Pego, 2013; Botelho Moniz, 2016: 135 ss..

23 Botelho Moniz, 2016: 135 ss..

24 Sérvulo Correia (2008: 1756) fala em "iniciativa privada de aplicação do direito da concorrência, tanto através do procedimento administrativo no âmbito da AdC, como dos meios processuais administrativos perante o Tribunal de Comércio de Lisboa".

25 V. também o art. 8.º do RJC, relativo ao processamento de denúncias.

concorrentes conluiados. Este caso, embora resulte de uma iniciativa processual imputada ao Estado, não configura um caso de *public enforcement*.

A distinção pode mostrar-se ainda mais complexa se considerarmos que o novo regime jurídico da concorrência enxerta no processo sancionatório relativo a práticas restritivas (arts. 13.º e s. do RJC) figuras jurídicas que são próprias do processo de civil, como sejam o procedimento de *transação* no inquérito (art. 22.º do RJC) ou o procedimento de *transação* na instrução (art. 27.º do RJC)[26]. Ou, ainda, a possibilidade de a AdC "aceitar compromissos propostos pelo visado que sejam suscetíveis de eliminar os efeitos sobre a concorrência decorrentes das práticas em causa, arquivando o processo mediante a imposição de condições destinadas a garantir o cumprimento dos compromissos propostos" (art. 23.º, n.º 1, do RJC). Medida que também pode ser aplicada na fase de instrução (art. 28.º do RJC).

Sérvulo Correia considera que a tradução correta de *enforcement* é "aplicação impositiva"[27] e não aplicação privada[28] nem execução. Na verdade, o que carateriza em geral o *enforcement* é o seu caráter impositivo[29] – ou seja, o "exercício de um poder de autoridade de definição imperativa do teor de situações jurídicas individuais e concretas"[30]. Cabe tal poder à AdC enquanto regulador transversal à economia encarregado de velar pela aplicação das regras de promoção e defesa da concorrência (art. 1.º, n.º 2, dos Estatutos da AdC[31]). Mas também está investido deste poder de aplicação impositiva do direito da concorrência o Tribunal de Concorrência, Regulação e Supervisão (TCRS), como outros tribunais chamados a resolver questões jurídicas que convoquem normas da concorrência.

É certo, no entanto, que a AdC está comprometida com o interesse público de defesa da concorrência – *não é, por conseguinte, em matéria de prossecução deste interesse público de promoção da concorrência, neutral*[32]. É o que resulta claramente da definição da sua missão, plasmada no art. 1.º, n.º 3, dos Estatutos da AdC.

---

26 Recorde-se que a transação prevista no art. 1248.º do Código Civil é o "contrato pelo qual as partes previnem ou terminam um litígio mediante recíprocas concessões".

27 Sérvulo Correia, 2008: 1754.

28 Na ordem jurídica portuguesa, servem-se desta tradução Moura e Silva, 2008: 189 ss.; Coutinho de Abreu, 2011; Gorjão-Henriques & Anastácio, 2013: 101.

29 Sérvulo Correia, 2008: 1755.

30 Sérvulo Correia, 2008: 1754.

31 Aprovados pelo Decreto-Lei n.º 125/2014, de 18 de agosto.

32 Gomes Canotilho & Moreira, 2010: 802.

Em ordem a poder cumprir a sua missão, a AdC está munida dos poderes que lhe permitem sancionar (sem prévio recurso a entidades judiciais) as violações das normas da concorrência. Assim resulta do art. 6.º, n.º 2 dos Estatutos da AdC, relativo aos poderes sancionatórios da AdC.

Já os *private enforcers* têm de acomodar a sua conduta à proibição de justiça privada constante do art. 1.º do Código de Processo Civil (CPC): "a ninguém é lícito o recurso à força com o fim de realizar ou assegurar o próprio direito" e, por isso, necessitam de recorrer a terceiro (entidades administrativas, tribunais estaduais ou meios de resolução alternativa de litígios) para alcançarem a tutela das suas pretensões.

Sérvulo Correia, refletindo sobre esta dicotomia *public enforcement/private enforcement* à luz da (revogada) Lei n.º 18/2003, defende que, para a distinção, é necessário atender ao "ambiente institucional em que decorre a preparação e a tomada de decisões"[33] e aos "meios utilizados: procedimento administrativo, processo administrativo ou processo civil"[34].

Na ordem jurídica interna, o *public enforcement* do direito da concorrência[35] constitui missão, em primeira linha, da AdC que identifica e investiga os comportamentos suscetíveis de infringir a legislação de concorrência nacional e da União Europeia[36], que decide sobre os respetivos processos e, se for o caso, aplica sanções, cobra coimas[37], adota medidas cautelares (art. 6.º, n.º 2, dos Estatutos da AdC). A AdC tem "por missão assegurar a aplicação das regras de promoção e defesa da concorrência nos setores privado, público, cooperativo e social, no respeito pelo princípio da economia de mercado e de livre concorrência, tendo em vista o funcionamento eficiente dos mercados, a afetação ótima dos recursos e os interesses dos consumidores" (art. 1.º, n.º 2, dos Estatutos da AdC). Por conseguinte, as decisões preparadas e tomadas no

33 Sérvulo Correia, 2008: 1755.

34 Sérvulo Correia, 2008: 1755.

35 Sobre as caraterísticas do modelo público de aplicação da concorrência, v. Martínez Mulero, 2005; Gorjão-Henriques & Anastácio, 2013.

36 Sobre o sistema de competências paralelas, v. Goucha Soares, 2006.

37 Brodi (2008) refere que as coimas aplicadas às empresas no quinquénio 2002-2007 por violação do art. 81.º do TCE são inferiores ao montante dos chamados "deadweight loss", caracterizados, estes últimos, pela Commission of the European Communities, *Comission Staff Working Document accompanying document to the White Paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules. Impact Assessment*, Bruxelles, 2008, p. 14, como "the economic benefits forgone by consumers and other victims who do not purchase, or purchase a smaller quantity, due to the unlawfully inflated price".

âmbito da missão e das atribuições da AdC, destinadas a zelar pelo cumprimento do direito da concorrência[38], integram o *public enforcement*, ainda que o inquérito tenha sido aberto na sequência de denúncia de privados ou que aquele ou a instrução seja concluído com a transação entre a AdC e a empresa visada ou com a aceitação pela Autoridade de compromissos propostos pela visada[39].

O TCRS, criado pela Lei n.º 46/2011, de 24 de junho, instituído pelo Decreto-Lei n.º 67/2012, de 20 de março, tem competência territorial de âmbito nacional (v. art. 83.º da Lei de Organização do Sistema Judiciário, aprovada pela Lei n.º 62/2003, de 26 de agosto, alterada pela Lei n.º 40-A/2016, de 22 de dezembro, daqui em diante LOSJ). Compete-lhe, nos termos do art. 112.º, n.º 1, *a*), da LOSJ, e em matéria de concorrência, "conhecer das questões relativas a recurso, revisão e execução das decisões, despachos e demais medidas em processo de contraordenação legalmente suscetíveis de impugnação" proferidas pela AdC. Por outro lado, o TCRS é materialmente competente para as questões previstas no art. 112.º, n.º 2, da LOSJ.[40]

Também a impugnação judicial de decisões da AdC que aplicam normas de direito da concorrência (seja junto do TCRS, seja junto do Tribunal da Relação de Lisboa[41]) constituem exemplos de *public enforcement*. Na verdade, neste caso de recurso interposto para os tribunais está a ser solicitado o controlo judicial da administração, *in casu*, de uma decisão da AdC[42].

---

38 E não só o direito português da concorrência. Nos termos do art. 5.º, *a)*, dos Estatutos da AdC, incumbe à AdC velar pelo direto da concorrência da União Europeia.

39 Como é fácil de ver, nem todas as decisões administrativas tomadas no âmbito da AdC integram o *public enforcement*; só as que têm por objeto a aplicação impositiva de normas da concorrência (de direito nacional e de Direito da União Europeia) na decisão de um litígio entre a AdC e empresa(s) visada(s). Deste modo, parece-me que todas as atribuições constantes das alíneas *b), c), d) e), f) g), h), i)* e *j*) do art. 5º dos Estatutos não se integram no *public enforcement*, designadamente a fixação de graus de prioridade no tratamento de questões que a AdC é chamada a analisar.

40 Para a distinção entre o regime de reação jurisdicional a atos administrativos praticados no âmbito dos procedimentos administrativos relativos ao exercício dos poderes de supervisão da AdC e o regime dos atos administrativos praticados no âmbito de procedimentos contraordenacionais, no quadro dos poderes sancionatórios da AdC, v. Vieira de Andrade & Moniz, 2013: 873 ss.

41 Sobre as razões que justificam que o recurso de decisões do TCRS, tomadas em matéria de concorrência, seja interposto para o Tribunal da Relação de Lisboa e não para o Tribunal da Relação de Évora, v. Simas Santos, 2013: 855.

42 Poder-se-á discutir se a possibilidade de recurso para o membro do Governo responsável pela área da economia das decisões de proibição em sede de controlo de concentrações (art. 41º dos Estatutos da AdC), integra o *public enforcement* das normas de direito da concorrência. E isto não tanto por não ser a AdC a tomar a decisão, nem por não ser um tribunal o destinatário do recurso, mas sim porque o fundamento para a decisão tomada pelo Governo *já não é o respeito pelas as normas de direito da concorrência*, mas sim "os benefícios resultantes [da concentração] para a prossecução de interesses estratégicos fundamentais da

As decisões de dispensa ou de redução de coima em processos de contraordenação por infração às regras de concorrência, previstas nos arts. 75.º e seguintes do RJC, integram-se no *public enforcement*, porquanto são da competência da AdC. São decisões preparadas e tomadas por este regulador e, quando é concedida a dispensa ou redução da coima, cada uma delas representa, justamente, *incentivos económicos* (traduzidos na dispensa ou redução de coima) para a exposição e fornecimento de provas reveladoras de acordos ou práticas concertadas entre empresas (arts. 70.º, 75.º e 77.º e ss. do RJC)[43].

O que ressalta no *public enforcement* é a existência de um *litígio* entre a Administração Pública, *in casu*, a AdC, e empresa(s) visada(s). Tal litígio é, num primeiro momento, resolvido pela AdC que, comprometida institucionalmente com a prossecução do interesse público da defesa e promoção da concorrência, o resolve ela própria pela aplicação impositiva das normas da concorrência. Tal *compromisso institucional* (e, por consequência, não neutralidade da AdC) com a prossecução do interesse público de defesa da concorrência não equivale, é importante que se saliente, a ausência de controlo jurisdicional da atividade administrativa da AdC. Bem pelo contrário. Porque se trata de atos administrativos da AdC e, em cumprimento do direito de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias, consagrado no art. 268.º, n.º 4, da CRP, é reconhecido à empresa visada por tais decisões o direito de impugnação judicial de atos administrativos lesivos[44].

É comum que na dicotomia *public enforcement/private enforcement* seja convocada uma *delimitação negativa* para caraterizar esta última[45]. A vulgarmente designada *aplicação privada do direito da concorrência* já foi caraterizada entre

---

economia nacional superem, em concreto, as desvantagens para a concorrência inerentes à sua realização" (art. 41.º, n.º 1, dos Estatutos da AdC). A decisão deste recurso extraordinário pelo Conselho de Ministros é ponderada fora dos quadros das regras nacionais e da União Europeia da concorrência e, por essa razão, em rigor, a decisão do Conselho de Ministros não procede à aplicação das normas da concorrência. Parece-me que a circunstância de o Governo fixar medidas de mitigação de riscos para a concorrência, previstas no art. 41.º, n.º 4, do Estatuto da AdC não prejudicam a conclusão formulada no texto.

43 Vieira de Andrade & Moniz, 2013: 877, questionam o regime jurídico aplicável à impugnação da decisão de dispensa ou redução de coima (ou do ato de recusa de dispensa ou redução de coima). Concluem estes autores que o regime aplicável decorre de uma "aproximação ao regime processual do ilícito de mera ordenação social".

44 Sobre este direito de impugnação judicial das decisões da AdC, v. Vieira de Andrade & Moniz, 2013: 875 ss.

45 Sobre este modelo, a sua origem norte-americana e os possíveis abusos a que se proporciona, v. Martínez Mulero, 2005: 114 ss.. Hodges (2012) salienta as diferentes culturas jurídicas vividas nos EUA e na Europa, concluindo que "European legal system rely on a diferente balance between public and private enforcement, and on different theories of enforcement other than just deterrence".

nós como "a aplicação do direito da concorrência independente das autoridades administrativas competentes para a sua garantia específica"[46]. Ou como "a forma privada de tutela da concorrência e está em causa sempre que uma parte privada apresenta um pedido civil independente ou uma reconvenção baseados na violação de regras de defesa da concorrência, sendo o seu elemento característico o facto de conduzir a qualquer forma de sanção civil contra o infrator"[47].

Repare-se, todavia, que a pretensão de *private enforcement* pode surgir na sequência e apoiada em prévia decisão da AdC *(follow on actions* ou ações de seguimento*)*. E, em tais casos, não será adequado, por um lado, dizer que a aplicação do direito da concorrência é independente da entidade administrativa nem, por outro lado, será ajustado afastar tal iniciativa do *private enforcement*. O que se acaba de afirmar é corroborado pelo art. 9.º, n.º 1, da Diretiva 2014/104/UE, quando impõe que os Estados-Membros, no processo de transposição, "devem assegurar 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 dos artigos 101.º e 102.º do TFUE ou do direito nacional da concorrência".

Por outro lado, poderá acontecer que o resultado do *private enforcement* não seja a aplicação de uma sanção civil ao infrator. Considere-se, por exemplo, o caso em que o réu demandado em ação cível de cumprimento defende-se por exceção perentória invocando a nulidade (art. 9.º, 2, do RJC e art. 101.º, n.º 2, do TFUE) das estipulações negociais cujo cumprimento lhe é exigido[48]. E funda tal nulidade na violação de normas legais imperativas constantes do RJC.

Para Miguel Ferro, o *private enforcement* "abrange todas as circunstâncias em que uma pessoa, seja qual for a sua natureza (incluindo pessoas de direito público e de direito privado), promove uma ação perante uma autoridade judicial, ou entidade análoga com poderes vinculativos sobre as partes (e.g., arbitragem ou mediação), na qual invoca normas europeias e/ou nacionais de concorrência em prol dos seus direitos ou interesses, ou de direitos ou interesses coletivos ou difusos, sem que esteja diretamente em causa a aplicação de contraordenações ou de medidas ao abrigo da Lei da Concorrência ou do

46 Gorjão-Henriques & Anastácio, 2013: 101.

47 Gorjão-Henriques & Anastácio, 2013: 101.

48 *V. infra*.

direito europeu da concorrência, ou em que se promove através das mesmas entidades, passos para preparar ou dar sequência a tais ações"[49].

Na génese das reações e dos "remédios" do *private enforcement* estão, as mais das vezes, *litígios entre privados (ou entre sujeito privado e sujeito público não investido do seu poder de ius imperii)*[50], movidos pelo seu *interesse privado* em reagir a acordos e práticas concertadas que impeçam, falseiem ou restrinjam a concorrência, de abuso de posição dominante ou de abuso de dependência económica. O *private enforcer* procura a proteção de um interesse privado: seja a reparação do dano causado pela violação das normas da concorrência, seja desvincular-se de um contrato ou de cláusulas que são violadoras das normas legais imperativas da concorrência, seja desvincular-se de obrigação de não concorrência, de obrigações de compra exclusiva, da obrigação de pagamento de um montante que lhe exigido, *etc*. O propósito destas iniciativas processuais de *private enforcement* não é macroeconómico, mas sim microeconómico.

A AdC *não é competente* para dirimir litígios entre particulares que tenham, designadamente, por objeto quer a *invalidade* de contratos cujas estipulações negociais ofendem o direito da concorrência quer *pretensões de indemnização* destinadas a reparar danos causados por ilícitos concorrenciais[51]. Por outro lado, o TCRS não tem competência para "ações entre particulares que tenham como causa de pedir a lesão de direitos ou interesses legalmente protegidos decorrentes de acordos e práticas concertadas que impeçam, falseiem ou restrinjam a concorrência, de abuso de posição dominante ou de abuso de dependência económica"[52].

2.2. Âmbito material e estrutura institucional do *private enforcement*

A ordem jurídica portuguesa não resolve expressa e diretamente a questão do âmbito material do *private enforcement* – ou seja, a questão de saber que infrações são suscetíveis de serem perseguidas através dos mecanismos de aplicação impositiva de iniciativa privada do direito da concorrência (Sérvulo Correia).

A Diretiva *não cuida* da questão de saber qual é o âmbito material do *private enforcement* em cada um dos Estados-Membros. Expressão disso mesmo é o

49 Sousa Ferro, 2016a: 1. No entendimento deste Autor, todas as ações relativas aos auxílios de Estado são exemplos de *private enforcement*.

50 Sérvulo Correia, 2008: 1773.

51 Invocando razões constitucionais, v. Sérvulo Correia, 2008: 1772.

52 Sérvulo Correia, 2008: p. 1762. Sobre a competência do TCRS, v. Vieira Cura, 2014: 175 ss.

considerando (5) que afirma que "as ações de indemnização são apenas um elemento de um sistema efetivo de aplicação privada em caso de infração ao direito da concorrência, sendo complementadas por vias de recurso alternativas, como a resolução amigável de litígios e decisões de aplicação pública que incentivem as partes a prestar indemnização". A Diretiva procura harmonizar "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". Para efeitos da Diretiva, "infração do direito da concorrência" é "uma violação dos artigos 101.º e 102.º do TFUE ou do direito nacional da concorrência" (art. 2.º, n.º 1, da Diretiva 2014/104/UE). Sendo também de assinalar que o "direito nacional da concorrência" é nesta Diretiva definido como "as disposições do direito nacional que visam predominantemente o mesmo objetivo que os artigos 101.º e 102.º do TFUE e que são aplicadas no mesmo processo e em paralelo com o direito da concorrência da União, nos termos do artigo 3.º, n.º 1, do Regulamento (CE) n.º 1/2003, excluindo as disposições do direito nacional que impõem sanções penais a pessoas singulares, exceto na medida em que tais sanções penais constituam os meios para aplicar as regras da concorrência às empresas" (art. 2.º, n.º 2, da Diretiva 2014/104/UE).

É verdade que o art. 101.º, n.º 2, do TFUE prevê a *nulidade*[53] de acordos e de decisões de associação de empresa restritivos da concorrência. A circunstância de a nulidade ser o único mecanismo de *private enforcement* previsto no TFUE não pode ser lida como a exclusão de outros remédios e, por conseguinte, não responde à questão de saber qual é o âmbito material do *private enforcement* na ordem jurídica portuguesa.

É tradicional a resposta de que o *private enforcement* exercido através das *ações de indemnização* diz respeito à violação dos arts. 101.º e 102º do TFUE e das normas nacionais correspondentes. Quem olha para estes temas de um ponto de vista económico ou de análise económica do direito, sublinha que, de tais pontos de vista, diferentes infrações apresentam diferentes incentivos ao *private enforcement*[54]. Se os acordos restritivos da concorrência e o abuso de posição dominante apresentam significativos incentivos económicos que podem estimular o *private enforcement* (traduzidos na indemnização em que a

53 Sobre o conceito "comunitário" de nulidade, v. Nogueira Serens, 1993: 78 ss., que conclui, a p. 81, que a "noção comunitária" de nulidade não se afasta da caraterização plasmada no Código Civil português.

54 Cfr. Ginsburg, 2010: 48.

empresa infratora pode ser condenada), já a reação privada à violação das regras sobre o controlo de concentrações ou à concessão de auxílios de estado ilegais a empresas concorrentes pode contar com menores incentivos económicos[55].

Do *ponto de vista jurídico*, os danos causados pela infração dos arts. 101.º e 102.º do TFUE ou provocados por práticas restritivas da concorrência (arts. 9.º e seguintes do RJC) podem ser ressarcidos, através de *indemnização* (que, constitui, justamente, o incentivo económico para o *private enforcer*). Será mais difícil sustentar que a violação da obrigação de notificação de concentração causou danos a particulares ressarcíveis através de responsabilidade civil. E daí as violações das normas sobre o controlo de concentrações apresentarem menos incentivos económicos. Já em matéria de auxílios de Estado[56], a reação não se traduzirá, em regra, na fixação de uma indemnização, mas sim na condenação da empresa a restituir benefícios ilegais[57]. Em regra, o particular desejará "não ter de suportar custos desiguais em áreas que deveria ser de concorrência aberta"[58], causados pela ilegalidade dos auxílios de Estado.

É preciso atender, no entanto, que a nulidade e as ações de indemnização não são os únicos "remédios" de que se pode valer o *private enforcer*. São pensáveis outros mecanismos de reação.[59] Na doutrina portuguesa, Miguel Sousa Ferro defende que "no que respeita às normas substantivas de concorrência, o *private enforcement* não diz apenas respeito aos artigos 101.º e 102.º TFUE e disposições nacionais correspondentes, mas também ao abuso de dependência

55 Cfr. Ginsburg, 2010: 48.

56 Repare-se que em matéria de auxílios de Estado, a AdC tem uma "mera competência de aconselhamento", traduzida na formulação de recomendações que, como o nome indica, não têm caráter vinculativo. Para a lista de recomendações formuladas pela AdC, v. Botelho Moniz, 2016: 631 ss..

57 Sobre o papel dos tribunais nacionais em matéria de auxílios de Estado, v. Botelho Moniz, 2016: 632. Este Autor refere que "decorre da doutrina da plenitude de competência do juiz nacional (...) a obrigação dos tribunais nacionais assegurarem os direitos subjetivos atribuídos aos particulares pela norma comunitária. A realização desta obrigação, no campo dos auxílios de Estado, pode exigir dos tribunais nacionais: (*i*) a verificação da incompatibilidade do ato de direito interno com o direito da União e a sua consequente inaplicabilidade (*ii*) a obrigação de recuperação do auxílio de Estado prestado ou (*iii*) a outorga de medidas provisórias, se necessário". Sobre o regime nacional dos auxílios de Estado, v. Lopes Porto, Nogueira de Almeida & Andrade, 2013.

58 Cfr. Ac. do STA de 3.5.2007, Proc. 1050/03, que considerou que o "recurso contencioso de anulação" é o instrumento adequado para um particular reagir contra indemnizações compensatórias ilegais.

59 Vieira de Andrade & Moniz, 2013: 880, referem que, em caso de ato administrativo fictício (arts. 50.º, n.º 4, e 53.º, n.º 5, do RJC) de não oposição à concentração de empresas, a eventual reação jurisdicional de terceiros contra tal decisão "segue a forma de ação administrativa especial de impugnação de atos administrativos".

económica (artigo 12.º da LdC), às normas de auxílios de Estado e, potencialmente, ao controlo de concentrações"[60].

Escapa à missão e às atribuições da AdC dirimir os litígios privados com fundamento em violações do direito da concorrência. Nem sequer lhe compete declarar a nulidade de acordos restritivos da concorrência, prevista no art. 9.º do RJC e no art. 102º do TFUE.

Em matéria jurisdicional, o TCRS (arts. 83.º, n.º 3, *b)* e 112º da LOSJ) não tem, até ao momento[61], competência em matéria de ações cíveis de *private enforcement*. Neste momento, o pedido de reparação de danos por violação das normas da concorrência (maxime, os arts. 101.º e 102.º do TFUE, seus correspondentes nacionais e abuso de dependência económica) deverá dar entrada nos juízos centrais cíveis (art. 117.º da LOSJ), nos juízos locais civeis ou nos juízos de competência genérica.

Também serão estes os tribunais competentes para a ação de responsabilidade civil proposta por terceiros contra administradores, ao abrigo do art. 79.º do CSC, com fundamento na violação das normas da concorrência, em ordem a reclamarem a indemnização de danos[62].

Em matéria de concorrência, os pedidos próprios das ações de indemnização são arbitráveis. É o que resulta hoje, de forma clara, das normas da Lei de Arbitragem Voluntária que elege o critério da patrimonialidade como critério da *arbitrabilidade objetiva*. Em 3 de abril de 2014, o Tribunal da Relação de Lisboa confirmou, justamente, uma *decisão arbitral* que condenou uma empresa por abuso de posição dominante no setor de saúde. Trata-se do caso que ANF vs. IMS Health. Neste caso, o Tribunal considerou que as disposições do contrato são nulas (aplicando o art. 280.º do Código Civil (CC)) e fixou o montante a ser prestado em 887 000 euros.

---

60 Sousa Ferro, 2016a: 4. Menezes Leitão, 2009: 400, defende que a violação de regras de direito europeu que proíbem os acordos verticais e horizontais, o abuso de posição dominante, o controlo das concentrações e as disposições que se aplicam a setores específicos como agricultura, os transportes e a energia podem "fundamentar pretensões indemnizatórias de terceiros".

61 A proposta de transposição de Diretiva 2014/104/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de novembro de 2014, relativa a certas regras que regem as ações de indemnização no âmbito do direito nacional por infração às disposições do direito da concorrência dos Estados-Membros e da União Europeia, apresentada pela AdC ao Governo, inclui a solução de alargar a competência do TCRS de modo a concentrar neste Tribunal as ações de indemnização e outras ações cíveis "cujo pedido se fundamente exclusivamente em infrações ao direito da concorrência". Esta proposta de alteração do art. 112.º do LOSJ é controversa, já que não impede que outros tribunais, espalhados pelo país, sejam convocados a dirimir questões de concorrência. Pense-se, por exemplo, em pedidos complexos ou nos casos em que a invocação das normas de concorrência é feita em via de exceção.

62 V. Coutinho de Abreu & Ramos, 2017: 977; Ramos, 2016: 46 ss..

3. A NULIDADE "COMUNITÁRIA" E O REGIME JURÍDICO-CIVIL PORTUGUÊS

Em sede de "remédios" idóneos à *reação privada* a práticas restritivas da concorrência proibidas pelos arts. 101.º e 102.º do TFUE, seus correspondentes nacionais, e pelo art. 12.º do RJC, pontuam a *nulidade* (total ou parcial) dos negócios jurídicos que infringem as normas da concorrência, a *indemnização* de danos causados pelas referidas práticas restritivas da concorrência, a condenação à cessação de tais práticas e eliminação dos seus efeitos[63]. Podemos, ainda, acrescentar, as injunções de *facere* ou *non facere*.

Concentremos, de momento, a nossa atenção na *nulidade*. O Acórdão *Courage/Crehan*[64] respondendo, em sede de reenvio prejudicial, à questão "Deve o artigo 81.° CE (ex-artigo 85.°) ser interpretado no sentido de que uma parte num contrato ilícito de locação de um estabelecimento de venda de bebidas, com uma cláusula de exclusividade, pode invocar esse artigo para obter protecção jurisdicional ('relief') contra a outra parte contratante?", decidiu que "uma parte num contrato susceptível de restringir ou falsear o jogo da concorrência, na acepção do artigo 85.° do Tratado, pode invocar a violação desta disposição para obter protecção jurisdicional ("relief") contra a outra parte contratante" e que "o artigo 85.° do Tratado opõe-se a uma norma de direito nacional que proíba a uma parte num contrato susceptível de restringir ou falsear o jogo da concorrência, na acepção da referida disposição, reclamar uma indemnização em reparação de um prejuízo decorrente da execução do referido contrato pelo simples motivo de o autor do pedido ser parte no mesmo contrato".[65]

Este mesmo Acórdão *Courage/Crehan* recordou que o (então) art. 85.º constitui "uma disposição fundamental indispensável ao cumprimento das missões confiadas à Comunidade e, em particular, ao funcionamento do mercado interno" e, dada a sua importância, foi prevista a *nulidade* de acordos e decisões de associações de empresas restritivos da concorrência. Neste contexto, o Tribunal de Justiça considerou que a *nulidade* prevista no art. 85.º, n.º 2, do Tratado (hoje art. 101.º, n.º 2, do TFUE), "pode ser invocada por todos, impõe-se ao juiz desde que as condições de aplicação do art. 85.º, n.º 1, estejam reunidas e que

63 Sérvulo Correia, 2008: 1773 ss.

64 Acórdão *Courage/Crehan*, Acórdão do Tribunal de Justiça de 20.9.2001, no Processo C-453/99. Sobre os problemas tratados por este Acórdão, v. Cisotta, 2014: 86.

65 Ponto 36 do Acórdão *Courage/Crehan*.

o acordo em causa não possa justificar a concessão de uma isenção ao abrigo do art. 85.º, n.º 3, do Tratado (…). Uma vez que a nulidade visada no art. 85.º, n.º 2, tem carácter absoluto, um acordo nulo nos termos desta disposição não produz efeitos nas relações entre os contratantes e não é oponível a terceiros. (…) Além disso, tal nulidade é suscetível de afetar todos os efeitos, passados ou futuros, do acordo ou da decisão em causa"[66].

O art. 102.º do TFUE e o art. 11.º do RJC não preveem expressamente a nulidade. "Estando em causa um ilícito de natureza unilateral, não resulta típica a sua materialização em negócios jurídicos"[67]. Não pode deixar de se considerar que a nulidade é a sanção civil aplicável a relações jurídicas passíveis de invalidade decorrentes de abuso de posição dominante. Esta tem sido a posição da doutrina e também a orientação seguida pelo Tribunal de Justiça da União Europeia que, chamado a pronunciar-se em reenvio prejudicial sobre as consequências jurídicas da prática de abuso de posição dominante, no Acórdão *Ahmed Saeed Flugreisen v. Zentrale zur Bekämpfung Wettbewerbs*[68], claramente decidiu de que "If it is found that an undertaking has abused its dominant position on the market and that trade between Member States may be affected, the conduct of the undertaking concerned falls under the prohibition laid down in Article 86. In the absence of action by the Commission, pursuant to its powers under the Treaty and the rules implementing the Treaty, to put an end to the infringement or impose sanctions, the competent national administrative or judicial authorities must draw the inferences from the applicability of the prohibition and, where appropriate, rule that the agreement in question is void on the basis, in the absence of relevant Community rules, of their national legislation"[69].

Também a jurisprudência portuguesa sufragou a orientação da nulidade das cláusulas contratuais indissociáveis desse abuso (nalguns casos aplicando-se o 101.º(2) ou disposição nacional correspondente, noutros – que nos parecem

66 Acórdão *Courage/Crehan*, Acórdão do Tribunal de Justiça de 20.9.2001, no Processo C-453/99. Também o Acórdão *Manfredi* declarou, no ponto 57, que a "nulidade visada no artigo 81.º, n.º 2, CE tem caráter absoluto, um acordo nulo nos termos desta disposição não produz efeitos nas relações entre os contratantes e não é oponível a terceiros".

67 Anastácio, 2013: 161. Sérvulo Correia (2008: 1772) admite que nos litígios entre particulares seja invocada a nulidade de relações contratuais nascidas em clima de abuso de posição dominante ou de dependência económica.

68 Processo 66/86, de 11 de abril de 1989, *Ahmed Saeed Flugreisen and others v Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs*.

69 *Ahmed Saeed Flugreisen and others v Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs*, n.º 45.

mais adequados –, aplicando-se a regra geral do direito civil)[70]. Entre as cláusulas nulas podem ser consideradas as cláusulas de exclusividade e compras mínimas, casos relativos a preços excessivos ou esmagamento de margens, cláusula de não-concorrência e encerramento do mercado.

A nulidade de tais cláusulas pode encontrar fundamento no art. 294.º do Código Civil ou, segundo outras opiniões, no art. 280.º do Código Civil. Parece-me que a norma adequada no caso é a do art. 294º do Código Civil, pois "sendo as normas de concorrência imperativas, e parte essencial de ordem pública, a sua violação implica como consequência a nulidade de tais negócios jurídicos"[71]/[72]. Sendo as normas de defesa da concorrência normas imperativas, a nulidade enquadra-se na *contrariedade à lei* que se encontra consagrada no art. 294.º do Código Civil[73]. O que significa que se, por hipótese de raciocínio, nem o art. 101.º do TFUE nem o art. 9.º do RJC previssem a nulidade, na ordem jurídica portuguesa ela continuaria a ser aplicável aos contratos violadores das normas imperativas de defesa da concorrência.

A nulidade prevista nos arts. 101.º, n.º 2, do TFUE e 9.º, n.º 2, do RJC seguirá o regime jurídico-civil previsto no art. 286.º do Código Civil. Ainda que esteja em causa a violação das normas da concorrência, "tecnicamente a AdC não pode declarar a nulidade de um acordo"[74]. Caberá a "qualquer interessado" invocá-la, podendo ser declarada oficiosamente pelo tribunal (art. 286.º do Código Civil).

A nulidade é invocável a todo o tempo, por qualquer interessado (o que inclui as partes participantes na prática restritiva), sendo de conhecimento oficioso pelo tribunal. Também resulta do regime jurídico-civil que a nulidade opera *ipso ure*, ou seja, não depende de invocação ou declaração judicial ou administrativa para este efeito. Atendendo, no entanto, às particularidades do direito da defesa da concorrência e à circunstância de os arts. 101.º, n.º 3,

---

70 Para as decisões jurisprudenciais em que cláusulas desta índole foram consideradas nulas, v. Sousa Ferro, 2016a: 115.

71 Anastácio, 2013: 163. No mesmo sentido, v. Gorjão-Henriques & Anastácio, 2013: 104.

72 V. Mateus, 2006: 1082. Trabuco & França Gouveia, 2011a; Trabuco & França Gouveia, 2011b.

73 Em sentido divergente, v. Robin de Andrade, 2012: 200, que invoca a cláusula geral do art. 280.º do Código Civil.

74 Gorjão-Henriques & Anastácio, 2013: 105, nt. 47. Estes Autores referem a possibilidade de a AdC considerar, com fundamento no art. 9.º do RJC, determinado acordo anticoncorrencial e ordenar o fim da sua aplicação com base na nulidade. Por outro lado, admitem que a nulidade possa ser declarada, em sede de recurso, pelo tribunal de recurso.

do TFUE e do art. 10.º preverem a *possibilidade de não aplicação da proibição* constante, respetivamente, do n.º 1 do art. 101.º do TFUE e do n.º 1 do art. 9.º do RJC, é de todo aconselhável que o interessado que se queira fazer valer da nulidade a invoque.

A declaração de nulidade (que opera tão-só um efeito declarativo) gera a obrigação de restituição de tudo que tiver sido prestado em razão do negócio jurídico declarado nulo ou, no caso de nulidade parcial, da estipulação negocial nula (art. 289.º do Código Civil).

A nulidade das cláusulas restritivas da concorrência e a consequente aplicação do regime jurídico-civil consagrado nos arts. 286.º e 289.º do Código Civil (não produção de qualquer efeito jurídico, restituição de tudo o que tenha sido prestado em cumprimento do acordo nulo) podem não ser suficientes para dissuadir futuras práticas ilícitas[75] nem *satisfatórias* para a proteção dos interesses dos lesados. A jurisprudência mostra que a nulidade de um contrato ou de cláusulas contratuais violadoras da concorrência é preferencialmente invocada como instrumento de defesa do demandado (a tradicionalmente designada "Eurodefesa") em ação de incumprimento do contrato[76]. Neste caso, a parte a quem é exigido o cumprimento de um contrato ou o pagamento de indemnização por danos causados pela violação do contrato, defende-se na contestação, através de reconvenção ou através de exceção, rejeitando a imputação de incumprimento com fundamento na nulidade de estipulação ou estipulações contratuais cujo cumprimento é exigido[77]. A alegação de nulidade pode também constituir fundamento de pedido em ação declarativa comum, com vista à declaração de nulidade por um tribunal – tanto em sede de ações de seguimento como no contexto de *stand alone action*[78].

Pode acontecer que nada haja a restituir. Por um lado, configure-se o caso em que as convenções contratuais declaradas nulas se tenham traduzido em obrigações de *non facere* (não concorrer, não vender em determinado mercado, não apresentar propostas em determinado concurso), nada havendo sido prestado em razão da convenção e nada havendo a restituir. Por outro lado,

---

75 Gorjão-Henriques & Anastácio, 2013: 103, atribuem à nulidade dos contratos concorrenciais "um importante papel dissuasor". É discutível que esta sanção tenha este efeito.

76 Sérvulo Correia, 2008: 1776. Em via defensiva a nulidade constitui um facto impeditivo. V. tb. Morais, 2006: 581. Sobre a "euro-defesa", v. Cruz Vilaça, 2004.

77 Sobre a jurisprudência portuguesa em matéria de nulidade de estipulações contratuais violadoras do direito da concorrência, v. Sousa Ferro, 2016a: 113.

78 Gorjão-Henriques & Anastácio, 2013: 104.

pode acontecer que as atribuições patrimoniais tenham existido no contrato celebrado entre um dos sujeitos participantes no acordo anticoncorrencial e os consumidores. Ora, é válido o negócio jurídico celebrado em execução de negócio jurídico nulo por violação das normas de defesa da concorrência[79] e, por essa razão, é-lhe inaplicável o efeito retroativo próprio da declaração da nulidade (art. 289.º do Código Civil).

Além do duvidoso efeito dissuasor (parece-me que não é a nulidade de negócios jurídicos a reação que as empresas mais temem) e da eventualidade de nada haver a restituir (porque nada foi prestado)[80], a nulidade pode não ser apta, por exemplo, a retirar da esfera dos operadores económicos o benefício ilegalmente obtido com as práticas restritivas da concorrência. Se bem reparar-mos, vemos que a deslocação patrimonial operada pela nulidade – recorde-se que, nos termos do art. 289.º do Código Civil, deve ser devolvido tudo o que tiver sido prestado em cumprimento do acordo anticoncorrencial – mantém os benefícios (eventualmente, ilegítimos) na esfera dos agentes envolvidos nessas práticas. O que não é um resultado satisfatório quer do ponto de vista do regular funcionamento do mercado quer da perspetiva do bem-estar dos consumidores[81].

4. RESPONSABILIDADE CIVIL PELA VIOLAÇÃO DE NORMAS DE DIREITO DA CONCORRÊNCIA

4.1. Responsabilidade civil extracontratual

A jurisprudência comunitária proclama que os arts. 101º e 102º do TFUE constituem disposições de *ordem pública*[82], essenciais para o funcionamento do *mercado interno*. Estas disposições criam direitos e obrigações para os particulares sejam eles empresas ou consumidores[83]. Entre os direitos garantidos pelo direito da UE, figura o *direito a indemnização por danos sofridos em consequência de uma infração aos artigos 101.º* ou 102.º do TFUE.[84]

79 Coutinho de Abreu, 2011: 102.

80 Gorjão-Henriques & Anastácio, 2013: 105-106.

81 Veja-se o que escrevi em Ramos, 2014a: 119 ss..

82 Processos apensos C-295-298/04, *Manfredi*, Coletânea 2006, p. I-6619, n.º 31.

83 Cfr. 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 (2013/C 167/07), ponto 4.

84 Acompanho o que escrevi em Ramos, 2014a: 119 ss..

No acórdão *Courage/Crehan*, o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE) declarou que a proteção efectiva dos direitos consagrados no Tratado exige que qualquer pessoa que tenha sofrido danos causados por uma infracção aos artigos 81.º ou 82.º [atualmente, arts. 101.º e 102.º do TFUE], tenha, em determinadas circunstâncias, o direito de reclamar uma reparação[85]. Em 2006, o Tribunal de Justiça, no caso Manfredi, reiterou que qualquer pessoa tem o direito de pedir a reparação do dano sofrido quando existe um nexo de causalidade entre o referido dano e um acordo ou uma prática proibida pelo artigo 81.º CE[86].

Na ausência de regras comunitárias uniformizadoras do regime da responsabilidade civil e do direito à indemnização, o Tribunal de Justiça sentenciou que cabe aos sistemas jurídicos dos Estados-Membros definir regras de tramitação dos pedidos de indemnização[87]. Tais regras nacionais não devem, contudo, tornar excessivamente difícil ou praticamente impossível o exercício dos direitos conferidos aos cidadãos pela ordem jurídica da UE *(princípio da efetividade)* e não devem ser menos favoráveis do que aquelas que regem as ações de indemnização intentadas por infração a direitos análogos conferidos pelo direito nacional (*princípio da equivalência*)[88]. Invoca-se, assim, o princípio da autonomia processual dos Estados-Membros (e a inerente diversidade de regimes quanto à ressarcibilidade, às ações coletivas e ao dano indemnizável), mas com as limitações resultantes do *princípio da efetividade* e do *princípio da equivalência*. O que significa que, na nossa ordem jurídica, caberá ao *direito português* regular a responsabilidade civil pela violação das normas de concorrência[89] e as pertinentes ações de indemnização.

---

85 *Courage/Crehan*, Processo C-453/99, acórdão do Tribunal de Justiça de 20 de setembro de 2001, pontos 26 e 27, Coletânea 2001, p. I-6297, Processos apensos C-295-298/04, *Manfredi*, Coletânea 2006, p. I-6619; Processo C-360/09, *Pfleiderer*, Coletânea 2011, p. I-5161 e Processo C-199/11, *Comunidade Europeia/Otis NV e outros*, Coletânea 2012, ainda não publicado.

86 V. Acórdão do Tribunal de Justiça (Terceira Secção), 13 de julho de 2006, nos Processos apensos C-295/04 a C-298/04, conhecido como Acórdão Manfredi.

87 Ver Acórdão *Manfredi,* ponto 62.

88 Processo C-453/99, *Courage,* Col. 2001, p. I-6297, n.º 29; Processos apensos C-295/04 a C-298/04, *Manfredi*, Col. 2006, p. I-6619, n.º 62. Sobre o princípio do efeito útil e a natureza da responsabilidade civil pela violação das normas da concorrência, v. Sousa Ferro, 2016b: 140 ss.

89 Repare-se que a Diretiva 2014/104/EU do Parlamento e do Conselho de 26 de novembro de 2014, relativa a certas regras que regem as ações de indemnização no âmbito do direito nacional por infração às disposições do direito da concorrência dos Estados-Membros e da União Europeia não visa harmonizar os pressupostos de que depende a responsabilidade civil pela violação das normas de concorrência.

Começando pelo primeiro aspeto, parece que a responsabilidade civil pela violação das normas da concorrência configurara-se como *responsabilidade civil extracontratual*[90]. Na verdade, a violação das normas da concorrência consubstancia *responsabilidade civil extracontratual* e não responsabilidade contratual resultante da violação de um direito de crédito ou incumprimento de obrigação em sentido técnico (art. 798.º do Código Civil) [91]. É assim inclusive nos casos em que o ilícito radica em contrato restritivo da concorrência[92]. Tal contrato é nulo, por força das normas da concorrência. A "nulidade desse contrato não alastra para contratos celebrados a jusante. Mas às contrapartes destes últimos fica aberta a possibilidade de indemnização por danos causados pelo ilícito anticoncorrencial a montante"[93].

Deste modo, a responsabilização civil pela violação das normas da concorrência terá de cumprir os pressupostos gerais da responsabilidade civil por factos ilícitos: ilicitude, culpa, dano, nexo de causalidade entre o facto ilícito e culposo e o dano, contemplados no art. 483.º do Código Civil. Deste elenco elegeremos o requisito da *ilicitude* por, no contexto da concorrência, se mostrar especialmente complexa a fronteira entre lícito e ilícito.

4.2. As fronteiras entre o lícito e o ilícito

Recorda Frank H. Easterbrook que "every successful competitive practice has victims. The more successful a new method of making and distributing a product, the more victims, the deeper the victims' injury"[94]. É próprio da liberdade de iniciativa económica e da liberdade de concorrência que sejam eliminadas as empresas menos eficientes e seja criado espaço para a entrada de empresas mais inovadoras e eficientes. Quando se diz que a liberdade de concorrência promove maior produtividade, maior eficiência e inovação técnica e, por esta via, gera bem-estar para os consumidores, aceita-se e tolera-se que o processo concorrencial afaste os perdedores. O que pode significar encerramento da empresa, insolvência do empresário, despedimentos de trabalhadores,

90 Também neste sentido, v. Menezes Leitão, 2009: 400.

91 Também neste sentido, Coutinho de Abreu, 2011: 102.

92 No levantamento de jurisprudência efetuado por Sousa Ferro (2016a: 176 s.) foram identificados arestos jurisprudenciais que qualificaram como contratual a responsabilidade civil resultante da violação de normas da concorrência.

93 Coutinho de Abreu, 2011: 102.

94 Easterbrook, 1984: 5.

débitos não saldados, *etc*. Tais consequências patrimoniais são o resultado do funcionamento fisiológico do sistema concorrencial.

As "vítimas" do *lícito exercício da liberdade de concorrência* não são merecedoras de tutela do direito[95], porquanto as decisões inovadoras e eficientes em clima de sã concorrência não são objeto de censura jurídica nem constituem fonte de direitos de indemnização de empresas que não conseguiram vingar em tal ambiente de rivalidade competitiva.

A concorrência é um "bem público não apropriável"[96]. Por conseguinte, os particulares *não são titulares de um subjetivo (absoluto) à concorrência*[97]. A consagração do "princípio de uma economia de mercado aberto e de livre concorrência", previsto no art. 119.º do TFUE, não equivale a atribuir um direito subjetivo que, uma vez violado, possa constituir a conduta ilícita relevante para efeitos de responsabilidade civil extracontratual[98]. Em suma, o dano que o cliente ou o fornecedor sofre no seu património, em razão das práticas restritivas da concorrência ou do abuso de posição dominante, *não corresponde à violação de um direito subjetivo de que o lesado seja titular*.

Em sede de *ilicitude* relevante para efeitos de responsabilidade civil extracontratual, o art. 483.º, n.º 1, do Código Civil prevê duas "variantes": *a*) a violação de direitos subjetivos absolutos; e *b*) a violação de disposições legais destinadas a proteger interesses alheiros. Ora, a concorrência é um *bem público* que se projeta em indivíduos concretos, atinge interesses relevantes de consumidores e empresas. O direito da defesa da concorrência protege também os *interesses individuais de empresas e consumidores*. Os particulares, não sendo titulares de um direito subjetivo à concorrência, "são titulares do interesse legalmente protegido em que as empresas não restrinjam indevidamente a concorrência mediante concertações ou abusem de posição dominante. As regras legais da concorrência, quando proíbam às empresas certos comportamentos, tutelam simultaneamente, e de modo não meramente reflexo, interesses legítimos de

95 Menezes Leitão, 2009: 267, sublinha a licitude dos comportamentos incluídos na liberdade de concorrência e, por isso, os eventuais prejuízos causados não são objeto de ressarcimento. Albuquerque & Pereira (2004: 89 ss.) abrangem no elenco dos danos patrimoniais puros os causados às empresas concorrentes por um novo operador, em consequência dos seus melhores serviços. Não parece que estes possam ser considerados danos patrimoniais puros, porque são o resultado de comportamentos lícitos.

96 Mateus, 2007. Coutinho de Abreu, 2011: 101.

97 V. neste sentido, Menezes Leitão, 2009: 452; Coutinho de Abreu, 2011: 101.

98 Menezes Leitão, 2009: 374.

terceiros (liberdade de escolha, aproveitamento de bens em condições não determinadas por práticas anticoncorrenciais)"[99].

Se várias empresas constituem entre si um cartel e, por essa via, fixam preços de venda de produtos mais elevados do que os que resultariam do preço concorrencial, há violação (não justificada) do art. 9.º, n.º 1, do RJC que também é tuteladora dos interesses legítimo dos adquirentes (reais e potenciais) desses produtos. O cliente/fornecedor do infrator sofre uma *perda no seu património*, pois o primeiro adquire os bens ou serviços a um preço que tende a ser superior ao que resultaria de práticas empresariais respeitadoras da concorrência e o fornecedor do infrator recebe uma *remuneração tendencialmente inferior* à que obteria em circunstâncias de funcionamento concorrencial do mercado.

O Código Civil, inspirando-se no BGB[100], admitiu que a violação de interesses legalmente protegidos possa constituir ilícito relevante para efeitos da responsabilidade civil (art. 483.º, n.º 1, do Código Civil, 2.ª parte – a chamada "segunda modalidade de ilicitude"). Como explica Sinde Monteiro, "esta segunda modalidade de ilicitude assume um relevo autónomo nas hipóteses em que não se verifica a violação de direitos absolutos nem, por outro lado, estão preenchidos os requisitos do abuso de direito"[101]. E sublinha que o relevo e a autonomia da hipótese normativa do art. 483.º, n.º 1 do Código Civil, 2.ª parte, se mantém nos casos em que está em causa a violação de danos meramente patrimoniais[102].

4.2.1. A controversa ressarcibilidade dos danos patrimoniais puros

A questão central que se suscita é se, à luz do direito português, são ressarcíveis os danos patrimoniais causados pela violação das normas de defesa da concorrência e, em particular, os arts. 101.º e 102.º do TFUE, e os arts. 9.º, 11.º e 12.º do RJC. Ora, este é um aspeto de particular relevo para o assunto que nos ocupa, pois a violação das normas da concorrência, ao causarem um dano no património da vítima sem, no entanto, ter sido ofendido um direito subjetivo absoluto, suscita o específico problema de *ilicitude*, internacionalmente

99 Coutinho de Abreu, 2011: 101.

100 Sinde Monteiro, 2003: 181 ss..

101 Sinde Monteiro, 1989: 237.

102 Sinde Monteiro, 1989: 237.

conhecido como *pure economic loss e* designado em Portugal por danos patrimoniais puros ou danos meramente patrimoniais[103].

A lei portuguesa não define *danos económicos puros*. Segundo a lei de responsabilidade civil da Suécia (1972), "By pure economic loss in the Act it to be understood economic loss arising without connection to anyone's bodily injury or property damage", assumindo uma posição restritiva porquanto, em princípio, apenas as vítimas de crimes podem reclamar a reparação de danos patrimoniais puros[104].

Em Portugal, Sinde Monteiro carateriza o dano mera ou puramente patrimonial de *forma negativa* como "aquele que uma pessoa sofre sem que tenha existido prévia violação de um direito ou bem absolutamente protegido"[105]. Tradicionalmente, nos casos em que um prejuízo se repercute na situação patrimonial de uma pessoa sem que tenha sido atingido um bem absolutamente protegido, verifica-se um *damnum sine injuria* (Deutsch) ou um dano sem *tort* (Esser), aplicando-se o princípio *casum sensit dominus*. Ou seja, esse dano não é ressarcido, onerando o património do lesado.

Considerando os danos patrimoniais puros como uma temática relativa à *ilicitude*[106], dir-se-á que, *em regra*, a causação de tais danos *não é ilícita*[107] e, por conseguinte, *não determina a constituição de uma obrigação de indemnizar por parte do causador da diminuição patrimonial*. Conclusão que está em consonância com a *posição generalizadamente restritiva* em matéria de ressarcibilidade de danos patrimoniais puros adotada seja pela doutrina portuguesa seja por estudos internacionais[108]. Esta posição restritiva tem sido sustentada

---

103 Trata-se de um tema cuja origem e desenvolvimento se situaram no espaço anglo-saxónico. Mais tarde, trabalhos de cariz comparatístico de diferentes sistemas de responsabilidade civil propiciaram que a categoria dos *pure economic loss* também passasse a fazer parte da investigação da doutrina dos sistemas de *civil law* – cfr. Menezes Leitão, 2009: 324.

104 Bussani & Palmer, 2003: 157.

105 Cfr. Sinde Monteiro, 1989: 187, ss. Do mesmo Autor v. Sinde Monteiro, 2005; e Sinde Monteiro, 2007, onde os danos puramente patrimoniais surgem caracterizados como "aqueles que uma pessoa sofre no seu património sem uma prévia violação de um direito subjectivo". Carneiro da Frada (2004: 650 ss.) considera que os danos puramente patrimoniais "entrecruzam-se com as várias formas de responsabilidade".

106 No sentido de que os danos patrimoniais puros configuram uma questão de ilicitude pois convocam a questão da proteção de novos bens jurídico-delituais que se projeta no dano – cfr. Menezes Leitão, 2009: 32.

107 Sinde Monteiro, 1989: 191, escreve que "a causação de danos patrimoniais primários ou puros (fora dos quadros de uma relação especial) não é em princípio reprovada pelo nosso direito positivo, ressalvada a existência de uma disposição legal de proteção ou uma actuação com abuso de direito".

108 Sobre a evolução da doutrina portuguesa quanto ao problema dos danos patrimoniais puros, v. Menezes Leitão, 2009: 259, ss., que indica Sinde Monteiro como o primeiro Autor nacional que expressamente menciona os danos patrimoniais puros. V. também Ramos, 2010: 130.

em vários argumentos: *a*) o livre desenvolvimento da personalidade e o sistema baseado na concorrência; *b*) a equivalência entre interesses do lesante e do lesado; *c*) a necessidade de não alargar intoleravelmente os limites da responsabilidade[109].

Na literatura internacional têm sido esgrimidos vários argumentos para sustentar igualmente uma posição de desfavor relativamente à ressarcibilidade dos danos patrimoniais puros[110]. Um deles é o argumento dos "floogates" que, em termos simples, por um lado, alerta para as desmesuradas consequências económicas de práticas ilícitas e, por outro, apela a razões de *fairness* para evitar tais consequências[111]. Pretende-se evitar o surgimento de "espirais de responsabilidade", intoleráveis numa sociedade assente na liberdade individual e de iniciativa económica[112]. De forma ilustrativa diz-se que, em matéria de *pure financial loss cases*, "the laws of Newton do not apply on the road to financial ruin. Physical damage has at least a find resting point, but patrimonial harm is not slowed down by gravity and friction"[113]. Acrescenta-se, ainda, que os danos puramente patrimoniais não devem merecer tutela igual à integridade pessoal ou à propriedade, porque violam bens jurídicos menos valiosos. Ou seja, historicamente a responsabilidade civil extracontratual tem estado dedicada à tutela da vida, da integridade física e da propriedade e é justificada pela necessidade de tutela da liberdade das pessoas[114]. A que se juntam, por fim, razões históricas que mostram que os *pure economic losses* não merecem, em regra, tutela jurídica e, por isso, não são ressarcíveis.

No entanto, esta "exclusionary rule" vai sendo objeto de crítica e vai, paulatinamente, fazendo caminho a ideia de que *a posição restritiva em matéria de ressarcibilidade de danos patrimoniais puros pode mostrar-se menos adequada* quando estão em causa *agressões coletivas* (como sejam, por exemplo, as provocadas

109 Sobre estes argumentos, v. Menezes Leitão, 2009: 273.

110 De modo a perceber os diferentes contextos jurídicos em que este conceito em sido convocado, Palmer & Bussani, 2009: 40.

111 Para uma apreciação crítica deste argumento e os vários sentidos de "floodgates", v. van Boom, 2004. Justamente, um dos sentidos desta metáfora dos "floodgates" é que o sujeito responsável ficaria inundado com reclamações que lhe causariam a ruina.

112 Neste sentido, Carneiro da Frada, 2004: 250; Moura Vicente, 2001: 124, nt. 362.

113 Bussani & Palmer, 2003: 17.

114 Salienta este aspeto Moura Vicente, 2001: 121.

por poluição ou outros danos ambientais)[115]. E vai-se sustentando que na vida moderna "there are a growing number of exceptions to the exclusionary rule"[116], designadamente com o fundamento de que no moderno *tort law* não há razão para um tratamento diferenciado dos *pure economic loss* em relação ao que é dispensado tradicionalmente à vida, saúde ou propriedade. Acrescenta-se que a "exclusionary rule" não incorpora incentivos para a prevenção de danos, não promove a compensação dos vítimas nem induz comportamentos diligentes[117].

O que acaba de ser dito não equivale – é importante sublinhá-lo – à irrestrita ressarcibilidade de toda e qualquer pretensão de reparação de *pure economic loss*. O que interessa é identificar e consolidar os *grupos de casos*[118] em que se mostra justo e adequado garantir que os danos patrimoniais puros possam ser reparados[119]. Não se estranha que se reclame a modernização das regras da responsabilidade civil e que a consolidação da ressarcibilidade dos danos patrimoniais puros implique a modernização de uma área de responsabilidade aquiliana que, porventura, se mantém refém de um certo individualismo, ancorado no direito subjetivo, que não se mostra adequado à evolução económica entretanto verificada[120]. E uma dessas áreas é, justamente, a do *direito da concorrência*.

---

115 No sentido de que a posição restritiva do direito positivo português mostra-se menos ajustada face "a agressões *hoc sensu* colectivas, como são as provocadas por poluição e outros actos ambientalmente danosos", v. Sinde Monteiro, 2005: 152.

116 V. van Boom, 2004: 37.

117 V. van Boom, 2004. 37.

118 Sobre a experiência da jurisprudência italiana na identificação de grupos de casos, v. Omodei-Salè & Zaccaria, 2004. Assim, na doutrina italiana os *pure economic loss* são considerados como aqueles em que, na ausência de um dano na propriedade da vítima, a situação patrimonial desta piora. A jurisprudência tem permitido a ressarcibilidade de danos patrimoniais puros nos casos de ofensa à integridade do património, violação de direitos de crédito em que os danos ocorrem pela morte do devedor (no famoso caso da equipa de futebol de Turim que faleceu num acidente de avião ocorrido por falha do piloto, os tribunais negaram a tutela do património do credor (o clube de futebol), mas no caso Meroni em que um dos mais famosos jogadores do Turim morreu em um acidente de viação, reconheceu a tutela da integridade do património do credor na ação pelo clube contra o sujeito responsável pelo acidente), violação de um contrato por terceiro, responsabilidade pelo prospeto e "cables cases". Neste caso, o Supremo Tribunal reconheceu a ressarcibilidade dos danos sofridos por uma fábrica de *pasta* cujo fornecimento de eletricidade foi interrompido por umas horas devido a obras na rua que cortaram os cabos de abastecimento.

119 V. van Boom, 2004: 37.

120 Menezes Leitão, 2009: 300.

4.2.2. As respostas da ordem jurídica portuguesa

Na Alemanha, fora do Código Civil, o § 33, 3, do *Act Against Restraints of Competition*, relativo a "Claims for Injunctions, Liability for Damages", determina que (3) "Whoever intentionally or negligently commits an infringement pursuant to paragraph 1 shall be liable for the damages arising therefrom. If a good or service is purchased at an excessive price, a damage shall not be excluded on account of the resale of the good or service. The assessment of the size of the damage pursuant to § 287 of the Code of Civil Procedure [Zivilprozessordnung] may take into account, in particular, the proportion of the profit which the undertaking has derived from the infringement. From the occurrence of the damage, the undertaking shall pay interest on its obligations to pay money pursuant to sentence 1.".

A ordem jurídica portuguesa não apresenta norma de teor semelhante. No entanto, à luz do sistema português de responsabilidade civil, os *danos puramente patrimoniais* poderão ser ressarcidos, designadamente, ao abrigo de uma *norma de proteção* (art. 483.º, n.º 1, 2.ª parte, do Código Civil) (*Schutzgesetz)*[121] ou se a conduta do agente for considerada abusiva[122]. O que nos conduz à questão de saber se as normas de defesa da concorrência podem ser qualificadas como *disposições legais de proteção*, no sentido posto pelo art. 483.º, n.º 1, 2.ª parte, do Código Civil. A doutrina portuguesa que enfrentou esta questão tem-se debruçado, essencialmente, sobre a qualificação dos arts. 101.º e 102.º do TFUE e dos arts. 9.º, 11.º e 12.º do RJC.

A doutrina portuguesa que se debruça sobre a caraterização, em geral, de normas de proteção, considera que estas, embora protejam interesses particulares, "não conferem aos respetivos titulares um direito subjetivo a essa tutela" [123] e que se trata de "leis que, tendo também ou até principalmente em vista a proteção de interesses coletivos, não deixam de atender aos interesses particulares subjacentes (de indivíduos ou de classes ou grupos de pessoas)"[124]. Admitindo-se que no elenco das situações abrangidas estejam os casos em que o dano resulta de "transgressão de caráter administrativo, sempre que a

121 Sobre os requisitos próprios de que depende a qualificação de uma determinada norma como norma de proteção, v. Almeida Costa, 2009: 563.

122 Sinde Monteiro, 2007: 465. Para uma perspetiva geral das situações em que se admite a ressarcibilidade dos danos puramente patrimoniais em sede extracontratual, v. Azevedo de Almeida, 2003: 59 ss..

123 Antunes Varela, 1986: 488-489.

124 Antunes Varela, 1986: 488-489.

norma violada vise proteger interesses dos particulares sem lhes conferir um verdadeiro direito subjetivo"[125].

Coutinho de Abreu sublinha que os indivíduos são titulares de um *interesse legalmente protegido* de que as empresas não restrinjam a concorrência nem abusem de posição dominante. As regras da concorrência, quando proíbem certos comportamentos das empresas, simultaneamente protegem (e não só de maneira reflexa) direitos legítimos de terceiros (como sejam os da liberdade de escolha ou do acesso a bens ou serviços em condições que não sejam determinadas por práticas anticoncorrenciais[126]. Adelaide Menezes Leitão sustenta que "há normas no direito comunitário originário que podem ser normas de proteção para efeito de acionar a responsabilidade delitual, dependendo dos critérios que forem encontrados para qualificar como normas de proteção as normas de direito interno, atenta a sua aplicabilidade direta"[127].

É certo que na ordem jurídica portuguesa aos danos patrimoniais puros causados por infrações à concorrência falta o "reforço penal" que alguma doutrina alemã (em particular, Canaris) exige e que Sinde Monteiro[128] também propõe. Na verdade, na ordem jurídica portuguesa tais infrações são consideradas *contraordenações* (art. 67.º do RJC) e não são dotadas de relevância jurídico-penal[129].

Contrapor-se-á, todavia, a autonomização da responsabilidade delitual em relação à responsabilidade criminal, o caráter preciso das condutas proibidas pelas infrações das normas da concorrência e, ainda, a circunstância de a doutrina que advoga o critério do reforço penal, dele ressalvar as normas da concorrência[130]. Parece, pois, que entre os "grupos de casos" em que se admite a ressarcibilidade dos danos patrimoniais puros está a violação das normas dos arts. 101.º e 102.º do TFUE e dos arts. 9.º, 11.º e 12.º do RJC. Na verdade, parece

125 Antunes Varela, 1986: 488-489.

126 Coutinho de Abreu, 2011: 102.

127 Menezes Leitão, 2009: 400.

128 Sinde Monteiro, 1989: 256.

129 O art. 67.º do RJC começa por ressalvar a "responsabilidade criminal" a que possa haver lugar. Esta ressalva não significa que haja práticas restritivas da concorrência tipificadas como crime. Com esta ressalva, o legislador terá tido em mente a hipótese de concurso de infrações (o mesmo facto constitui simultaneamente crime e contraordenação). Para este entendimento, v. Figueiredo Dias & Loureiro, 2013: 683. Sobre as dúvidas quanto à eficácia do modelo não-penal no combate de práticas restritivas da concorrência (em particular dos cartéis), v. Tavares de Pina, 2010: 375; Figueiredo Dias & Loureiro, 2013: 682. No sentido de que, de um ponto de vista criminológico, o cartel como integrante da categoria de "crime de colarinho branco", v. Noversa Loureiro, 2016: 467 ss.

130 Menezes Leitão, 2009.

existir fundadas razões jurídicas justificadoras de que estas normas possam ser qualificadas como normas de proteção para efeitos da delimitação da ilicitude relevante em sede de responsabilidade civil extracontratual. Podemos, pois, sustentar que no atual estado da doutrina portuguesa se vai, paulatinamente, consolidando o entendimento no sentido da tutela extracontratual de bens da concorrência.

É interessante observar que a Diretiva 2014/104/UE impõe como resultado que cada Estado-Membro destinatário assegure "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". No caso português, o regime jurídico-civil da responsabilidade civil extracontratual manifesta-se suficientemente preparado para, sem alterações, poder tutelar delitualmente bens da concorrência. É este, também, o entendimento da AdC que, na proposta de transposição da Diretiva apresentada ao Governo, não incluiu qualquer iniciativa de alteração em matéria de delimitação da ilicitude relevante para efeitos de responsabilização pela "infração ao direito da concorrência", no sentido com que estas expressões são usadas pela Diretiva.

5. ADMINISTRADORES DE SOCIEDADES E *LAW COMPLIANCE* DA CONCORRÊNCIA

5.1. Dever de cada gestor atuar em conformidade com a lei da concorrência

O direito da concorrência tem como destinatários as *empresas* e os Estados[131]. No que às *empresas* diz respeito, há que considerar a noção de *empresa* relevante para efeitos de direito da concorrência. O art. 3.º do RJC acolhe a *noção comunitária de empresa* forjada pela jurisprudência do Tribunal de Justiça, prevalecendo para este efeito o "sentido subjetivo"[132] – "empresas como sujeitos jurídicos que exercem uma atividade económica"[133]. Sendo irrelevante o estatuto jurídico, o RJC é aplicável a pessoas singulares, pessoas coletivas ou

131 Acompanho o que escrevi em Ramos, 2014a: 105 ss.; Ramos, 2014b: 243 ss.. Sobre os destinatários do direito da concorrência, v. arts. 101º e seguintes do TFUE e, no direito nacional, os arts. 3 e 65.º do RJC.

132 Coutinho de Abreu, 1996: 287; Coutinho de Abreu, 2013a: 214. Coutinho de Abreu, 1998: 711.

133 Coutinho de Abreu, 2013: 214. Sobre as razões que levaram o (agora designado) Tribunal de Justiça da União Europeia a não falar em empresário, v. Coutinho de Abreu, 1996: 287, nt. 746.

entidades desprovidas de personalidade jurídica[134]. Sendo certo que há empresas não-societárias, resulta da experiência comum que as sociedades são o mais importante agente económico.

O RJC é destinado às *empresas e* não, de forma direta e imediata, aos seus gestores. No universo das sociedades comerciais as *decisões empresariais* tomadas pelos administradores são juridicamente imputadas à sociedade[135]. E, por isso, decisões empresariais tomadas pelos gestores de empresas sobre cooperação (horizontal ou vertical) entre empresas[136] ou práticas de exploração abusiva da posição dominante podem determinar que à sociedade seja imputada a infração às normas da concorrência, punida com *coima*, eventualmente com sanções acessórias (art. 71.º do RJC) e sanções pecuniárias compulsórias (art. 72.º do RJC).

Não se duvida que existe a cargo dos administradores de sociedades o *dever de legalidade* que os obriga a respeitar e fazer cumprir as normas legais cuja destinatária é a sociedade[137]. O que significa que compete aos administradores da sociedade velar pelo cumprimento, no contexto da organização, das normas de direito da concorrência. Hoje, atendendo ao estado da doutrina portuguesa, parece adequado dizer-se que, embora com diferentes graus de profundidade de análise e seguindo diferentes caminhos argumentativos, é consensual que os administradores *têm o dever de atuar em conformidade com a lei,* incluindo a lei da concorrência. Como também parece prevalecer a *relevância interna* do dever de os administradores cumprirem as normas impositivas e proibitivas destinadas à sociedade[138]. Ou seja, "o dever dos administradores de promoverem ou assegurarem uma conduta da sociedade conforme com a lei é, numa palavra, um dever perante a sociedade"[139].

A violação das normas nacionais e comunitárias proibitivas de práticas restritivas da concorrência (arts. 101.º e 102.º do TFUE e arts. 9.º e 11.º do

134 Coutinho de Abreu, 2013a: 220; Coutinho de Abreu, 2013b: 36.

135 O Código das Sociedades Comerciais pressupõe a *decisão empresarial* no art. 72º, 2, do CSC. Sobre esta questão v. Ramos, 2010: 155 ss.

136 Sobre a cooperação entre empresas, as redes de empresas e a concorrência, v. Leitão Marques, 2006. A doutrina alemã que analisa o § 93 AktG debate muito profundamente o conceito de decisão empresarial. V. por todos, Hirte, Mülbert & Roth, 2014: §93, Rdn. 80.

137 Sobre este tema, v. Ramos, 2014a: 129, ss., e bibliografia aí indicada. O dever de legalidade e a violação das normas da concorrência têm merecido a atenção da doutrina alemã. Veja-se, por todos, Bayer, 2009.

138 Assim, Caetano Nunes, 2012: 494; Carneiro da Frada, 2012.

139 Carneiro da Frada, 2012. V., na doutrina alemã, no sentido da relevância interna, Bayer, 2009: 102.

RJC) configura, em regra, a *violação de deveres de cuidado*[140] dos administradores consagrados no art. 64.º, n.º 1, *a*), do CSC[141]. Estes deveres "integram a relação fiduciária de gestão entre a sociedade e o gestor"[142/143]. No contexto do "dever de controlo ou vigilância organizativo funcional"[144] relevam a "disponibilidade" (art. 64.º, n.º 1, *a*), do CSC) e o "conhecimento da atividade da sociedade" (art. 64.º, n.º 1, *a*), do CSC). A violação das normas da concorrência pode ser devida à circunstância de o administrador não realizar uma "eficaz vigilância sobre a organização e a atividade da sociedade"[145]. Além disso, a participação da sociedade em práticas anticoncorrenciais pode ser devida a uma violação do dever de cuidado na medida em que configure falhas no cumprimento do "dever de controlo ou vigilância organizativo-funcional"[146], designadamente falhas na atenção devida ao desempenho de quem gere a sociedade.

Muito importantes a este propósito são os procedimentos vulgarmente designados por "compliance" e, em particular, a *law compliance*[147]. A organização societária implica a divisão de trabalho, tanto no contexto do órgão de administração como em níveis inferiores da organização, com a inerente distribuição de tarefas e as necessárias vigilância e controlo[148]. Não estou a referir, neste contexto, as competências de vigilância e de controlo a cargo do órgão de fiscalização da sociedade (arts. 420.º, n.º 1, *i)*, 423.º-F, *i)*, e 441.º, *i)*, do CSC), mas sim tarefas que competem ao órgão de administração seja ao

140 Coutinho de Abreu, 2007.

141 É extensa a bibliografia que tem refletido sobre este dever. Sobre ele ver, Costa & Figueiredo Dias, 2017: 757 ss., e bibliografia aí indicada.

142 Pais de Vasconcelos, 2009: 63.

143 Pais de Vasconcelos, 2009: 69, estabelece a distinção entre gestão e administração. Nesta distinção, "gestão é uma ação discricionária, orientada apenas para o êxito da sociedade e imbuída da álea própria do comércio; diversamente, a administração corresponde ao cumprimento das inúmeras vinculações legais ou contratuais a que os gestores devem respeito no exercício da sua função". Nesta distinção, a matéria da regulação da concorrência integra o domínio da administração e não da gestão.

144 Coutinho de Abreu, 2007: 20.

145 Coutinho de Abreu, 2007: 20.

146 Coutinho de Abreu, 2007: 21.

147 Cfr. Carneiro da Frada, 2012: 73 ss.

148 Veja-se o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 24.3.2003, publicado em CJ, 2003, II, p. 180, em que é responsabilizado um gerente por uma falha de vigilância, ao permitir a emissão de duas faturas que não correspondiam a serviços prestado, com o propósito de reduzir as existências contabilísticas. Situação que motivou um processo de infração fiscal.

nível do conselho de administração seja "uma vigilância junto de patamares inferiores da empresa"[149].

O dever de diligência compreende o "dever (procedimental) (…) de preparar adequadamente as decisões. Mormente recolher e tratar a informação razoavelmente disponível em que assentará a decisão"[150]. Em matéria de decisões empresariais sobre as armas a usar na concorrência, os gestores sabem ou devem saber que há armas que estão proscritas pela lei, ainda que – como salienta Mertens[151] – os concorrentes delas se sirvam. O que acontece é que as práticas restritivas da concorrência (por exemplo, os cartéis) podem ser particularmente rendosas para empresas nelas participantes[152]. Esta circunstância não as torna lícitas. É de rejeitar, como é geralmente defendido pela doutrina alemã, a perspetiva da "eficient breach of public law"[153]. A discricionariedade empresarial dos administradores não é tão ampla ao ponto de lhes permitir escolher o incumprimento eficiente da lei.

5.2. Decisão empresarial de violação da concorrência e responsabilização civil dos gestores

Nos termos do art. 79.º, n.º 1, do CSC, os administradores podem ser civilmente responsáveis para com "terceiros" pelos danos causados por infrações da concorrência, maxime as previstas nos arts. 9.º e 11.º do RJC, arts. 101.º e 102.º do TFUE e art. 12.º do RJC[154]. Para este efeito, "terceiros" são os "sujeitos que não são a sociedade, nem os administradores ou os sócios (enquanto tais) dela: *v.g.*, trabalhadores da sociedade, fornecedores, clientes, credores sociais (que não beneficiem do art. 78.º), sócios enquanto terceiros, Estado"[155]. O que, em matéria de concorrência, abrange os clientes da sociedade, os fornecedores, os co-contratantes da sociedade ou os consumidores. Configure-se, por exemplo,

149 Caetano Nunes, 2012: 507.

150 Coutinho de Abreu, 2007: 21.

151 Mertens, 1992: Rdn. 34.

152 A título de exemplo, no designado cartel do sal, uma estimativa da AdC fixou em 5,6 milhões de euros o impacto negativo para consumidores e empresas concorrentes. No entanto, a coima total aplicada foi de 910 mil 728 euros. Para mais informações, consultar http://www.concorrencia.pt/vPT/Noticias_Eventos/Comunicados/Paginas/Comunicado_AdC_200720.aspx?lst=1&Cat=2007

153 Fleischer, 2005.

154 Reproduzo o que escrevemos em Coutinho de Abreu & Ramos, 2017: 968 ss.

155 Coutinho de Abreu & Ramos, 2017: 970.

a situação em que por ordem ou participação direta dos administradores, a sociedade acorda com outra restringirem a concorrência (*v.g.*, recusa de venda de bens a terceiro – cfr. o art. 9.º, n.º 1, do RJC).

O art. 79.º, n.º 1, do CSC determina que os administradores respondem perante terceiros "nos termos gerais". Significa esta remissão, quando referida à proteção delitual da concorrência, que a *ilicitude* relevante para a responsabilização dos administradores perante terceiros consiste na *violação de normas de proteção de terceiros* (art. 483.º, n.º 1, do Código Civil). Já vimos atrás que há fundadas razões jurídicas para defender que as normas dos arts. 101.º e 102.º do TFUE, arts. 9.º, 11.º e 12.º do RJC configuram *normas de proteção de terceiros,* no sentido relevante para os efeitos do art. 483.º, n.º 1, 2.ª parte do Código Civil).

O art. 79.º, n.º 2, CSC remete para os arts. 72.º, n.ºs 2 a 6, 73.º e 74.º, n.º 1, todos do CSC. O art. 79.º, n.º 2, CSC remete para o art. 72.º, n.º 2, do CSC que introduz na ordem jurídica portuguesa uma norma inspirada na *business judgment rule* estadunidense. A remissão para o n.º 2 do art. 72.º do CSC faz *pouco ou nenhum sentido*. Perante os sócios e terceiros, os administradores não terão espaços de atuação discricionária, estando antes vinculados a fazer ou a não fazer algo determinado[156]. Como vimos atrás, não faz parte da discricionariedade dos administradores respeitar ou não as normas da concorrência, ainda que agentes económicos concorrentes da sociedade por eles administrada enveredem por esse caminho. Nas suas decisões empresariais, os administradores estão legalmente obrigados a respeitar as normas imperativas de defesa da concorrência.

Quando os danos para sócios ou terceiros resultem de deliberação do órgão administrativo, *não respondem* os administradores que nela *não tenham participado* ou *hajam votado vencidos* (art. 72.º, n.º 3, do CSC). Porém, o administrador não participante na deliberação *responderá se não se opôs*, quando podia tê-lo feito, a essa deliberação – se não fez o que podia para impedir que ela fosse adotada e/ou executada (art. 72.º, n.º 4, CSC)[157].

Segundo o art. 72.º, n.º 5, CSC mandado aplicar pelo art. 79.º, n.º 2, CSC os administradores não responderiam para com sócios e terceiros "quando o

156 Em sentido aproximado, Pereira de Almeida, 2013: 315.

157 Acompanho Coutinho de Abreu & Ramos, 2017: 977.

ato ou omissão assente em deliberação dos sócios, ainda que anulável". Esta conclusão tem sido aceite[158], mas também contestada[159].

Deve o art. 79.º, n.º 2, do CSC ser interpretado *restritivamente*, de modo a desatender-se à remissão para o n.º 5 do art. 72.º do CSC[160]. Porquanto: o n.º 5 do art. 72.º do CSC refere-se à exclusão da responsabilidade para com a sociedade, e o art. 79.º do CSC trata da responsabilidade para com sócios e terceiros; as deliberações dos sócios que determinem ou permitam aos administradores a violação de direitos ou de interesses legalmente tutelados de terceiros ou de sócios ou a violação de deveres dos administradores impostos por lei ou princípios gerais de direito são *nulas* nos termos do art. 56.º, n.º 1, *d)*, do CSC – não devendo, portanto, ser executadas; o art. 24.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 49 381 – correspondente ao art. 79.º, n.º 2, do CSC – remetia somente para o n.º 3 do art. 17.º (idêntico ao n.º 5 do art. 72.º do CSC).

Sendo dois ou mais administradores responsáveis para com sócios ou terceiros, a obrigação de indemnização é *solidária* (art. 73.º do CSC). A que, nos termos do art. 6.º, n.º 5, do CSC, acresce a responsabilidade (também solidária) da sociedade.

É *nula* a cláusula, inserta ou não no estatuto social, que *exclua ou limite a responsabilidade* dos administradores para com sócios e terceiros (art. 74.º, n.º 1, 1.ª parte, do CSC).

Por conseguinte, os lesados por decisões de administradores que violem os arts. 9.º, 11.º e 12.º e os arts. 101.º e 102.º do TFUE, poderão demandar, solidariamente, os administradores responsáveis e a sociedade, nos termos dos arts. 79.º e 6.º, n.º 5, do CSC.

5.3. As ações de indemnização

Do ponto de vista *jurídico-processual*, as *ações de indemnização* de danos causados por violação das normas da concorrência são *ações declarativas comuns* (art. 10.º do CPC), em que é formulado um pedido de indemnização (sendo certo que este pedido pode ser formulado em reconvenção) destinada a reparar os danos causados pela violação de normas de concorrência. São admissíveis

158 Vaz, 2005; Cordeiro, 2005: 124-125; Fernandes de Oliveira, 2008: 33.

159 Rodrigues, 1990: 226-227, nt. 354; Nogueira Serens, 1997: 100; Pereira de Almeida, 2013: 280; Coutinho de Abreu & Ramos, 2004: 32-33.

160 Acompanho Coutinho de Abreu & Ramos, 2017: 977.

ações declarativas comuns tanto na vertente do *stand-alone* como de *follow on actions*[161].

A forma como está organizada legislativamente a ação declarativa comum não constitui entrave significativo à efetivação privada do direito da concorrência. Também a circunstância de o sistema jurídico português admitir as *stand-alone actions* e, por isso, autonomizar a pretensão dos particulares ofendidos pela violação das normas de concorrência da necessidade de uma decisão prévia da AdC, concorre para tornar mais célere a reação privada.

Em matéria de *legitimidade*, tendo em conta as regras constantes do art. 30.º do CPC, qualquer lesado direto ou indireto tem legitimidade para a ação de indemnização. A ordem jurídica-processual portuguesa reconhece legitimidade aos *adquirentes indiretos* para propor a ação de indemnização por infração das regras de concorrência[162]. A regra que impede os compradores indiretos de reclamarem a compensação de danos, ainda que a violação das normas da concorrência se tenha traduzido na fixação de preços, fragiliza a tutela dos consumidores, pois pode significar que os consumidores não obtêm a recuperação dos danos que sofreram. Na verdade, os compradores diretos, especialmente se são intermediários, podem sofrer danos consideráveis, mais avultados do que o consumidor final. No entanto, o comprador direto, especialmente se é um distribuidor, pode não estar disponível para litigar contra o vendedor que integra um cartel de fixação de preços, tendo em conta que pretende manter uma boa relação comercial[163]. Ironicamente,

161 Na ordem jurídica portuguesa, são admitidas tanto as ações de indemnização *follow on* como as *stand alone action*s; não existindo (por enquanto) normas jurídico-processuais nacionais específicas sobre as *follow on actions.* A proposta de transposição da Diretiva 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 prevê normas sobre as ações se seguimento. Veja-se, a este propósito, o art. 7.º sobre a "força probatória das decisões das autoridades de concorrência e dos tribunais de recurso". Para a consulta do projeto de transposição desta Diretiva apresentado pela AdC ao Governo, v. http://www.concorrencia.pt/vPT/Noticias_Eventos/ConsultasPublicas/Documents/Private%20Enforcement/Proposta%20de%20Anteprojeto.pdf

162 A questão da legitimidade dos compradores indiretos é controversa. A *Antitrust Modernization Commission*, que o Congresso criou para recomendar alterações legislativas, propôs que tanto aos compradores diretos como aos compradores indiretos fosse permitida a recuperação de danos (em triplicado) e que os tribunais federais fossem autorizados a consolidar ações de compradores diretos e indiretos num único *forum* federal. Sobre este debate, v. Ginsburg, 2010: 57.

163 Na experiência dos EUA, o membro do cartel que o expõe (e em que participou), beneficia de clemência e continua a prestar colaboração ao *private enforcer*. O autor da ação (*private plaintiff*) está autorizado a recuperar do denunciante apenas os danos atuais, custos do processo e honorários do advogado. Dos restantes membros do cartel (que não beneficiam de clemência), o autor da ação continua a poder obter os *treble damages*, custos do processo e honorários de advogados – cfr. Ginsburg, 2010: 56.

afirma-se que "After all, the only really bad cartel is the one you were not invited to join"[164].

A ordem jurídica portuguesa permite que a parte em contrato violador das normas de concorrência reaja judicialmente contra o co-contratante. E, portanto, neste sentido, o direito português está em sintonia com a jurisprudência do Acórdão *Courage/Crehan*[165].

Se forem *vários* os lesados pelo facto ilícito (pense-se, por exemplo, no conjunto de lesados pelo mesmo cartel de preços), podem coligar-se (art. 36.º do CPC). Subsistindo a possibilidade de, em caso de estarem verificados os pressupostos de coligação e tendo sido propostas separadamente as várias ações de indemnização, as várias ações poderem ser juntas ou apensadas por ordem do juiz, a requerimento de uma das partes ou, em certas circunstâncias, oficiosamente (v. arts. 267.º e 268.º do CPC).

Os lesados podem, ainda, valer-se de *procedimentos cautelares* (arts. 362.º e ss. do CPC) e, eventualmente, de *ações executivas* destinadas a efetivar a decisão do tribunal – ação executiva para pagamento de quantia certa ou para prestação de facto devolução de tudo o que tenha sido prestado em razão de convenções nulas[166] (arts. 724.º e ss do CPC).

As questões do *acesso à prova* são particularmente importantes nesta matéria[167]. Recorde-se que quem, no âmbito de ação judicial de responsabilidade pede indemnização, terá o ónus de provar os factos constitutivos do pedido – vale por dizer os factos ilícitos causadores do dano, conforme o art. 342.º do Código Civil.

As provas podem não estar ao alcance do autor da ação; podem ser escassas (em particular, em caso de cartel) e as existentes podem estar na posse do demandado. Aqui merece particular relevo a prova documental. O art. 417.º do CPC contempla o dever de cooperação para a descoberta da verdade, sendo, porém, a recusa legítima nos casos previstos no art. 417.º, n.º 3, do CPC.

---

164 Cooke, 2010.

165 Lê-se no ponto 24 deste Acórdão que: "Resulta das considerações precedentes que qualquer particular tem o direito de, em juízo, invocar a violação do artigo 85. °, n.° 1, do Tratado, mesmo quando é parte num contrato suscetível de restringir ou falsear o jogo da concorrência na aceção daquela disposição".

166 Sobre os vários problemas suscitados pela restituição do prestado em razão de convenção nula, v. Calvão da Silva, 2016.

167 Essa será, certamente, uma variável que pesará na decisão de litigar ou de não litigar. Sobre a decisão de litigar, v. Vogler Guiné, 2014. Sobre o acesso à prova no contexto do *private enforcement*, v. Rossi & Sousa Ferro, 2015.

O art. 432.º do CPC, relativo a *documentos em poder de terceiro*, permite que a parte requeira que o possuidor do documento seja notificado para o entregar na secretaria. Se o terceiro não colaborar, o tribunal pode ordenar a apreensão dos documentos e condenar o notificado em multa, nos termos do art. 433.º do CPC. Repare-se que, nos termos do art. 436.º do CPC, o tribunal pode requisitar documentos aos organismos oficiais, por exemplo, à AdC, quando os considere necessários ao esclarecimento da verdade. Esta faculdade jurídico-processual pode ser particularmente relevante em matéria de ações *follow-on*.

Neste caso, confrontam-se os interesses do lesado (e autor da ação de indemnização) em ter acesso a essas provas e os interesses da investigação e de preservação da eficácia da clemência e transação que aconselham reserva e o não acesso (ou, pelo menos, um acesso restrito e sujeito a condições). Porque o acesso irrestrito a estas informações prestadas pelas empresas infratoras ao regulador pode desincentivar os infratores em avançar para o pedido de clemência.

A questão do acesso a meios de prova em *poder de terceiro* (*máxime* em poder do demandado) é também uma questão muito sensível. Como conjugar o interesse do lesado em ter acesso a meios de prova que estão na posse do réu e, simultaneamente, garantir a confidencialidade de informações privilegiadas pertencentes à empresa demandada?

O direito português não contempla norma semelhante à do art. 16.º, n.º 1, do Regulamento 1/2003, segundo a qual as decisões da Comissão Europeia relativas a infrações aos arts. 101.º e 102.º do TFUE são vinculativas para os tribunais nacionais. Deste modo, até ao momento, as decisões da AdC juridicamente *não são vinculativas* para os tribunais nacionais, mas não se desconhecerá que os elementos do processo podem constituir prova importante para o autor do pedido de indemnização[168].

6. INFRAÇÕES DA CONCORRÊNCIA E AÇÃO POPULAR

"A concorrência assume algumas características de um bem público: em especial, o facto de todos ganharem com ela. E, do facto desses benefícios se disseminarem pela comunidade faz com que a sua "produção" seja insuficiente: um

168 Na jurisprudência portuguesa, veja-se com interesse a sentença do Tribunal de Instância Central, 1.ª secção Cível, Lisboa, Proc.º 1774/11.9TVLSB. no caso que opõe a NOS à PT (PT, Telecomunicações, SGPS; S.A., PT, Telecomunicações, S.A.) em que o tribunal não deu provimento à pretensão da Autora, apesar de a Autoridade da Concorrência, por decisão de agosto de 2009 (em 4.10.2011, o Tribunal de Comércio de Lisboa, 1.º Juízo, declarou extinto o procedimento contraordenacional por efeito de prescrição), ter reconhecido que o comportamento das empresas demandadas foi ilícito e culposo e causou graves prejuízos, tendo imposto sanções.

consumidor lesado por um cartel que aumenta o preço do pão em 1 cêntimo dificilmente irá incorrer nos custos associados à perseguição de um hipotético cartel de padeiros. Mas quando consideramos os custos dessa restrição para a sociedade no seu conjunto, facilmente identificamos prejuízos na ordem dos muitos milhões de euros"[169].

A este problema da "apatia racional" de cada lesado individualmente considerado e, simultaneamente, os montantes elevados dos danos globalmente considerados, responde, na ordem jurídica portuguesa, o regime da *ação popular*. Em sede constitucional, o direito de ação popular surge integrado no capítulo relativo aos direitos, liberdades e garantias de participação política e consagrado no art. 52.º, n.º 3, da CRP[170]. No direito ordinário, a ação popular é regulada pela Lei n.º 83/95, de 31 de agosto (LAP) [171]. De acordo com o art. 1.º, n.º 2, da LAP, "são designadamente interesses protegidos pela presente lei a saúde pública, o ambiente, a qualidade de vida, a protecção do consumo de bens e serviços, o património cultural e o domínio público"[172]. Em face da delimitação constitucional e ordinária, Miguel Teixeira de Sousa defende que a ação popular "abrange os interesses difusos *stricto sensu* e os interesses colectivos, bem como os correspondentes interesses individuais homogéneos, mas não os direitos subjectivos e os interesses meramente individuais"[173].

---

169 Mateus, 2006.

170 Sobre os direitos difusos na sua vertente constitucional, v. Gomes Canotilho, 1992; Gomes Canotilho, 1996. Gomes Canotilho & Moreira (2007: 698) identificam o interesse difuso com "a refracção em cada indivíduo de interesses unitários da comunidade, global e complexivamente considerada".

171 Nos EUA, a *class action* também facilita a aplicação privada do direito da concorrência, na medida em que agrega várias pretensões individuais numa ação coletiva, podendo-se obter a dimensão suficiente para se mostrar economicamente interessante tanto para a indústria da advocacia como para os particulares. Não se desconhece o lado escuro da "class action" – ela tanto pode ser usada de modo fisiológico (pretensões com fundamento) como de modo patológico (pretensões sem fundamento) e, neste último caso, servir interesses espúrios como sejam os que se envolvem as *strike suits*. A doutrina norte-americana é clara quanto a este aspeto "The 'American rule' that each party pays its own costs and attorney's fees, in combination with the aggregating power of the class action, may exert extortionate pressure upon an innocent defendant to settle the claim against it." – cfr. Ginsburg, 2010: 54.

172 Sobre as circunstâncias em que foi elaborada a LAP, v. Machete, 1996. Lebre de Freitas (1996: 237) assinala que o art. 52.º da CRP prevê que a acção popular sirva para obter a condenação do réu no pagamento da indemnização devida, enquanto o art. 1.º da LAP é omisso quanto a tal aspeto. Em parte, a referida lacuna é compensada pelo teor do art. 22.º da LAP que prevê a obrigação de indemnizar.

173 Cfr. M. Teixeira de Sousa, 2003: 293. Para a distinção entre interesses difusos e interesses individuais homogéneos, v. tb. Remédio Marques, 1999: 277 ss. O art. 81.º do Código de Defesa do Consumidor brasileiro incorpora a distinção entre interesses *difusos*, interesses *colectivos* e interesses *individuais homogéneos*. Os primeiros são indivisíveis quanto ao objeto, com titulares indeterminados e indetermináveis; os segundos são igualmente indivisíveis quanto ao objeto, mas são seus titulares grupo, categoria ou classe de pessoas,

Têm, nos termos da LAP, *legitimidade ativa* "quaisquer cidadãos no gozo dos seus direitos civis e políticos e as associações e fundações defensoras dos interesses previstos no artigo anterior, independentemente de terem ou não interesse direto na demanda". (art. 2.º, n.º 1, da LAP), autarquias locais em relação aos interesses de que sejam titulares residentes na área da respetiva circunscrição (art. 2.º, n.º 2, da LAP) e o Ministério Público (art. 16.º da LAP)[174].

Nos termos do art. 12.º, n.º 2, da LAP, "a ação popular civil pode revestir qualquer das formas previstas no Código de Processo Civil". Por conseguinte, através da ação popular podem ser requeridas providências cautelares, ser instauradas ações judiciais, quer ações declarativas condenatórias, quer ações executivas.

Determina o art. 14.º da LAP, "o autor representa por iniciativa própria, com dispensa de mandato ou autorização expressa, todos os demais titulares dos direitos ou interesses em causa que não tenham exercido o direito de auto-exclusão previsto no artigo seguinte, com as consequências constantes da presente lei."[175]. Sendo o autor-popular um lesado por infrações concorrenciais, a lei não exige qualquer requisito relativo à consistência da representatividade dos restantes membros da classe, nem prevê mecanismos destinados a controlar tal aspeto[176]. Acresce que o autor-popular não necessita de qualquer autorização ou mandato de outros membros da classe para promover a ação popular. Os lesados abrangidos pela ação popular, que não se considerem devidamente representados, podem exercer o *direito de autoexclusão*, previsto no art. 15.º da LAP. O legislador português elegeu o sistema do *opting out*[177]. O que significa

---

ligadas entre si ou com a parte contrária, por uma relação jurídica de base; os terceiros têm uma origem comum, são direitos divisíveis, com titulares determinados, mas que podem ser levados aos tribunais coletivamente. Para esta distinção, v. Pellegrini Grinover, 1996: 248 s.; Machete (1996: 269) manifesta algum ceticismo quanto à utilidade prática das distinções jurídico-positivas brasileiras.

174 V. também o art 31.º do CPC. Como se vê, pequenas e médias empresas não se podem valer da ação popular para obterem o ressarcimento de danos patrimoniais causados pela violação de normas de concorrência por outras empresas.

175 Sobre esta disposição, v. Teixeira de Sousa, 2003: 304. Considerando que a legitimidade *ad causam*, na ação popular, não é de natureza representativa, nem uma hipótese de substituição processual, mas sim um caso de "legitimidade difusa", v. Payam Martins, 1999: 113, ss., na sequência do que é defendido por M. Teixeira de Sousa.

176 Considerando, no contexto da ação popular em geral, que esta omissão desprotege os restantes membros da classe, v. Payam Martins, 1999: 112.

177 Para a apreciação crítica desta solução do *opting out*, v. Lebre de Freitas, 1996, que considera a p. 241 que a "constituição de caso julgado desfavorável [aos interessados que não tiveram conhecimento da acção] privando-os do exercício do direito de acção, viola em termos inadmissíveis o direito de acesso

que são abrangidos pela ação popular os lesados pela violação das normas da concorrência que não exercerem, nos termos do art. 15.º da LAP, o direito de autoexclusão. O caso julgado tem eficácia geral (abrangendo todos os que não exerceram o direito de autoexclusão) (art. 19.º da LAP).

Tendo em vista o exercício do direito de autoexclusão, os titulares dos interesses em causa são citados (por anúncios publicados nos meios de comunicação social ou por éditos) para, no prazo fixado pelo juiz, ou até ao termo da produção de prova ou fase equivalente, intervirem na ação ou excluírem-se da mesma, sob pena de aceitação tácita (art. 15.º, n.os 1, 2 e 4 da LAP).

O regime da ação popular tem regras próprias em matéria de *custas judiciais*. O autor está isento do pagamento de taxas de justiça iniciais e de custas processuais a final, mesmo em caso de procedência parcial do pedido (art. 20.º, n.os 1 e 2 da LAP). Em caso de improcedência do pedido, o autor deve pagar entre um décimo e metade das custas que normalmente seriam devidas, tendo em conta a sua situação económica e a razão formal ou substantiva da improcedência (art. 20.º, n.º 3, da LAP).

Em 12 de maio de 2015, o Observatório da Concorrência intentou uma ação popular contra a Sport TV, seguindo em parte uma condenação desta empresa pela AdC, confirmada judicialmente. Esta ação popular procura compensar mais de 600 000 clientes por danos alegadamente causados por práticas anticoncorrenciais, mas também compensar os que foram excluídos do acesso aos canais *premium* por causa da inflação de preços e todos os subscritores de televisão paga entre 2005 e 2013 (mais de 3 milhões no fim deste período), que sofreram a redução da concorrência[178]/[179].

A ação popular apresenta aspetos que ainda *são controversos*. Um deles são as regras sobre legitimidade, porquanto a lei da ação popular não fixa um número mínimo de autores. A questão tem muito relevo em matéria de compensação de danos causados pela violação das normas da concorrência pois podem, em certos casos, estar criadas as condições para ações de indemnização "anti-competitive" – ou seja, destinadas a outros propósitos que não a reparação dos danos.

à justiça, pelo que só será constitucional facultar-lhes o aproveitamento do caso julgado favorável, nunca os afectando o caso julgado desfavorável" (interpolação nossa). Machete (1996: 269 ss.) salienta, por sua vez, as dificuldades suscitadas pelo caso julgado *secundum eventum litis*.

178 Sousa Ferro, 2015; Sousa Ferro, 2016a; Sofia Pais, 2016.

179 Para alguns exemplos de ações populares intentadas em outros Estados-Membros, v. Sofia Pais, 2016: 198.

Outras das questões, como muito relevo em sede de *private enforcement*, são as questões relacionadas com a fixação da indemnização e com a liquidação e pagamento desta aos diversos lesados (que poderão não estar integralmente identificados). O art. 22.º, n.º 2, da LAP determina que na ação popular "a indemnização pela violação de interesses de titulares não individualmente identificados é fixada globalmente", sendo que os titulares de interesses identificados terão direito a uma indemnização fixada nos termos gerais da responsabilidade civil. Nem a LAP nem o CVM fixam qualquer critério para a fixação do *quantum* indemnizatório[180]. No entanto, o CVM foi um pouco mais longe do que a LAP. O art. 31.º, n.º 2, do CVM identifica as entidades encarregadas da receção e gestão da indemnização devida a titulares não individualmente identificados, e o art. 31.º, n.º 3, do CVM determina o destino das indemnizações que, em consequência de prescrição ou de impossibilidade de identificação dos respetivos titulares, não cheguem a ser pagas.

Nos termos do art. 22.º, n.os 4 e 5, "O direito à indemnização prescreve no prazo de três anos a contar do trânsito em julgado da sentença que o tiver reconhecido. 5 – Os montantes correspondentes a direitos prescritos serão entregues ao Ministério da Justiça, que os escriturará em conta especial e os afetará ao pagamento da procuradoria, nos termos do artigo 21.º, e ao apoio no acesso ao direito e aos tribunais de titulares de direito de ação popular que justificadamente o requeiram".

O regime da ação popular não prevê outra entidade que não o tribunal com competência para distribuir a indemnização pelos lesados. Miguel Sousa Ferro

---

180 Esta solução levanta vários problemas de que destacamos: *a*) a individualização dos critérios para o cálculo de uma indemnização global; *b*) as questões da liquidação e execução da sentença da ação popular; *c*) o rateio do montante global. Machete, 1996: 270, diz que "foi muito de caso pensado que o legislador deixou uma regulamentação aberta e imperfeita". Lebre de Freitas (1996) entende que a indemnização é fixada por "iniciativa oficiosa". Payam Martins (1999) sublinha a discricionariedade deixada ao juiz e defende que a indemnização deve ser calculada tendo em conta o dano globalmente produzido, subtraindo o valor das indemnizações devidas aos que exerceram o *opting out*. Acrescenta, ainda, que a fixação global da indemnização significa a superação de uma conceção meramente privatística da responsabilidade civil por uma nova compreensão do instituto. Teixeira de Sousa, 2003: 168, considera que a indemnização global é determinada "em função, não dos prejuízos causados pelo lesante, mas dos lucros por ele obtidos, o que a aproxima da "indemnização punitiva" (...) característica do direito norte-americano". E acrescenta: "o regime da acção popular, quando define uma indemnização global que se destina a ser repartida pelos lesados, [preocupa-se] mais em evitar que o lesante possa extrair alguma vantagem do facto danoso do que em assegurar que cada um desses lesados seja realmente indemnizado pela exata medida do prejuízo sofrido" (interpolação nossa), cfr. últ. ob. cit., p. 169. Payam Martins (1999: 122) defende de *iure condendo* que a liquidação deveria fazer-se recorrendo à arbitragem e sublinha que o legislador português não previu um mecanismo de liquidação coletiva. Havendo a fixação de um *quantum* indemnizatório global, pode-se atingir o resultado de que quem executa primeiro veja o seu dano reparado e quem executa em último lugar não tenha nada para executar.

e Leonor Rossi já sugeriram que as associações de consumidores poderiam ser encarregadas de tal tarefa, servindo-se para o efeito do art. 31.º do Código dos Valores Mobiliários[181].

7. FINANCIAMENTO DO LITÍGIO

Como vimos atrás, a responsabilidade civil fundada na violação das normas de concorrência e as pertinentes ações de responsabilidade comportam um *incentivo económico* que se traduz na possibilidade de o(s) lesado(s) obter(em) a condenação da empresa infratora no pagamento de uma indemnização. No entanto, a reação privada aos prejuízos patrimoniais causados pelas infrações às normas da concorrência também envolve custos para o *private enforcer*. O que suscita a questão do *financiamento do litígio*. Não sendo esta uma questão específica do *private enforcement*, apresenta, neste contexto, algumas particularidades. Considere-se, a título de exemplo, o caso em que que é de baixo valor a lesão sofrida por cada um dos lesados por um cartel de preços[182]. Do ponto de vista da racionalidade económica, o que é adequado – mais uma vez, do ponto de vista individual – é uma decisão de "apatia racional". Nada fazer é mais barato do que reagir ao prejuízo económico causado no património de cada um pela infração da concorrência. Se for esta a decisão de cada um, então, na maioria dos casos, perder-se-á a oportunidade de através do *private enforcement* contribuir para uma mais efetiva aplicação do direito da concorrência.

Em Portugal, a regra em matéria de distribuição de custas no processo civil é a da *sucumbência* – "a decisão que julgue a ação ou algum dos seus incidentes ou recursos condena em custas a parte que a elas houver dado causa, ou, não havendo vencimento da ação, quem do processo tiver tirado proveito" – art. 527.º, n.º 1, do CPC. Ou seja, as custas judiciais são, num primeiro momento, suportadas pelas partes, mas no fim do processo a parte vencedora pode ser reembolsada pela parte que perdeu.

Esta regra de distribuição de custas do processo determina que o potencial autor da ação pondere antes de avançar para o litígio[183]. Efetivamente, a regra da sucumbência pode conduzir a uma situação de infra-litigância porque

181 Rossi & Sousa Ferro, 2013: 78 ss. Sobre o art. 31.º do CVM, v. Nascimento Rodrigues, 2001, *passim*.

182 Esta é uma questão que atravessa várias ordens jurídicas. Veja-se Ginsburg, 2010: 54.

183 Sobre a decisão de litigar (quando a autora é uma sociedade), v. Vogler Guiné, 2014: 225 ss. A diretiva 2014/104/UE do Parlamento Europeu e do Conselho tomou posição quanto às indemnizações punitivas, múltiplas ou outras, proclamando no considerando (13) que "a presente diretiva não deverá obrigar os Estados-Membros a introduzirem mecanismos de tutela coletiva para efeitos da aplicação dos

tanto os particulares ofendidos/lesados como os advogados destes podem não encontrar suficientes incentivos económicos para litigar, mesmo no caso de ações com fundamento[184].

Em outras ordens jurídicas são permitidos meios alternativos de financiamento do litígio. Em particular, é admitido em vários ordenamentos jurídicos o financiamento de litígios por terceiros – pratica conhecida por "third party funding"[185]. Trata-se de uma "fórmula segundo a qual uma parte num litígio recorre a uma entidade estranha à relação processual para que esta última lhe financie os custos da ação, avançando esta com o pagamento de preparos, custos, despesas e honorários de advogados e técnicos, contra uma participação nos resultados do processo caso a parte financiada saia vencedora e assumindo o risco de perda desse "investimento" caso o autor ou demandante veja o seu pedido sucumbir"[186]. Atualmente, o "thrid party funder" é admitido expressamente em várias jurisdições como a Austrália, Estados Unidos[187], Inglaterra[188] e Gales[189].

Em Portugal, o *pagamento de honorários* de advogados é regido pelo art. 106.º do Estatuto da Ordem dos Advogados, aprovado pela Lei n.º 145/2015 de 9 de setembro, que proíbe expressamente convenções de *quota litis*, designadamente na modalidade em que faz depender o pagamento de honorários do êxito da ação[190]. O art. 106.º, n.º 3, exclui da proibição de *quota litis*, o "acordo que consista na fixação prévia do montante dos honorários, ainda que em percentagem, em função do valor do assunto confiado ao advogado ou pelo

---

artigos 101.º e 102.º do TFUE. Sem prejuízo da reparação por perda de oportunidade, a reparação integral (...) não deverá conduzir a reparação excessiva, por meio de indemnizações punitivas, múltiplas ou outras".

184 V. Gorjão-Henriques, 2015: 574.

185 Para, em geral, outras formas de financiamento do litígio (em particular, o chamado *litigation insurance*, contas *escrow* ou a contratação de uma garantia bancária), v. Vogler Guiné, 2014: 241 ss..

186 Gorjão-Henriques, 2015: 576.

187 V. Ginsburg, 2010: 55.

188 Vogler Guiné, 2014: 242, refere, no Reino Unido, a *Association of Litigation Funders*, reconhecida na sequência da *Jackson Reform*, e dotada de um Código de Conduta

189 Gorjão-Henriques, 2015: 582. Sobre as questões de saber se, à luz da ordem jurídica portuguesa, o financiamento de litígios por terceiros constitui uma atividade sujeita a licenciamento e, por outro lado, se se trata de uma modalidade de *quota litis* ou de partilha de honorários, v. últ. ob. cit., p. 613, ss.

190 Visto a partir dos EUA, o sistema vigente na Europa em matéria de custos é descrito como "the European "loser pays" rule" – v. Ginsburg, 2010: 55. Este sistema de pagamento de honorários do advogado tem a vantagem de evitar situações em que o autor intenta ações desprovidas de mérito com o único objetivo de extorquir vantagens económicas do demandado.

qual, além de honorários calculados em função de outros critérios, se acorde numa majoração em função do resultado obtido"[191].

Nos EUA vigora a *american rule* – cada uma das partes suporta os custos do litígio. Em matéria de pagamento de honorários de advogado, é permitida a convenção de *contigent fees*, nos termos da qual o advogado será pago por uma parte do que for obtido na ação, mas só se houver o pagamento de indemnização. Esta solução, conjugada com os "treble damages", constitui, certamente, um poderoso incentivo a que a indústria da advocacia procure estes casos e convença os *private enforcers* a litigar. A que acrescem a *class action* como mecanismo facilitador das iniciativas de *private enforcement*. Agrega pretensões individuais, muitas vezes de valores modestos, e, por essa via, torna os custos suportáveis, tendo em conta a perspetiva de obtenção dos "treble damages". Estão, também, diagnosticados os usos patológicos das *class actions* (não só em matéria de *antitrust suits*): promoção de ações sem fundamento e risco de extorsão de uma transação (*settlement*)[192].

Em Portugal, Sérvulo Correia propõe como "perspetiva da reforma" em matéria de "iniciativa particular de aplicação impositiva das normas de concorrência" que sejam previstas regras específicas em matéria de custas que se traduziriam em "o legislador aliviar o regime de custas judiciais em relação aos autores que não obtenham ganho de causa sempre que se não trate de litigância temerária"[193].

8. CONCLUSÃO

Em vésperas de transposição da Diretiva 2014/104/UE, o diagnóstico sobre o *private enforcement* mostra que este vai além das ações de indemnização ou da invocação da nulidade (seja por via da ação ou por exceção).

A dicotomia *private enforcement / public enforcement* forjada na experiência jurídica dos EUA atravessou as fronteiras desta ordem jurídica e irradiou internacionalmente, constituindo-se como um arquétipo ou padrão internacional. Para lá dele, há que, à luz de cada ordem jurídica, delimitar o âmbito de cada uma destas vias de reação às infrações da concorrência, atendendo ao

191 Poder-se-á questionar o recurso ao *crowdfunding* como forma de financiar uma ação de indemnização destinada a reparar os danos dos lesados pela violação das normas da concorrência. Sobre as diversas modalidades do *crowdfunding*, v. Roquette Geraldes & Seara Cardoso, 2016: 493 ss..

192 Ginsburg, 2010: 54.

193 Sérvulo Correia, 2008: 1786.

"ambiente institucional" onde é preparada, instruída e tomada a decisão. Na ordem jurídica portuguesa, o *private enforcement* é delimitado negativamente, por referência ao âmbito do *public enforcement*.

Ainda que se considere que o âmbito material do *private enforcement* ultrapassa a efetivação dos arts. 101.º e 102.º do TFUE e dos arts 9.º, 11º e 12.º do RJC, a verdade é que a reação privada a estas infrações tem motivado um interesse especial da doutrina. Entre os "remédios" à disposição dos *private enforcers* para reagirem a estas infrações contam-se a nulidade e a responsabilidade civil.

No que toca à primeira, o regime português da nulidade, previsto nos arts. 286.º e 289.º do Código Civil, não é divergente do regime desenvolvido pela jurisprudência da União Europeia quanto à chamada "nulidade comunitária". Em particular, a ordem jurídica portuguesa reconhece legitimidade a um co-contrante para reagir e promover judicialmente a declaração de nulidade e, por esta via, desvincular-se de negócios jurídicos ou convenções negociais violadoras das normas da concorrência. Sendo certo que esta nulidade tem sido prevalecentemente invocada em sede de defesa por exceção.

Não é da natureza da nulidade proceder ao ressarcimento de danos causados pela infração de normas de concorrência. A este efeito provê a responsabilidade civil por factos ilícitos, prevista nos arts. 483.º e ss. do Código Civil. Tratar-se-á de responsabilidade civil extracontratual, ainda que o ilícito tenha a sua origem em contrato restritivo da concorrência. Não prevendo a ordem jurídica da concorrência um direito subjetivo à concorrência, é pela via da violação de normas de proteção que o lesado poderá fundamentar a ilicitude imputada à empresa infratora. Efetivamente, no atual estado da doutrina deve reconhecer-se que os arts. 101.º e 102.º TFUE, e 9.º, 11.º e 12.º do RJC devem ser qualificadas como normas de proteção para efeitos do art. 483.º, n.º 1, do Código Civil[194]. E, assim, se assume que a concorrência é um dos bens (ao lado dos tradicionais, como a vida, a saúde ou a propriedade) protegidos pela responsabilidade civil.

A conceção tradicionalmente restritiva em matéria de ressarcibilidade de danos puramente patrimoniais não deve obstar a que o lesado seja indemnizado pelos danos/diminuições patrimoniais que as infrações da concorrência causaram no seu património. Porque, justamente, ao reconhecer-se que a concorrência é um dos bens a merecerem a tutela da responsabilidade delitual, tal tutela é

194 Pires de Lima & Antunes Varela (1987: 472) consideravam as "regras disciplinadoras da concorrência" como disposições legais destinadas a proteger interesses alheios.

dispensada, não através de atribuição de direito subjetivo à concorrência, mas sim pela previsão de normas de proteção dos terceiros.

É, ainda, pela infração das normas de proteção constituídas pelos 101.º e 102.º TFUE e 9.º, 11.º e 12.º do RJC que os lesados poderão, nos termos do art. 79.º, n.º 1, do CSC e 483.º, n.º 1, do Código Civil, demandar os administradores, quando, mediante decisão destes se tenha verificado a violação das normas da concorrência. Em tais situações, nos termos do art. 6.º, n.º 5, do CSC, a sociedade será solidariamente responsável com os administradores.

Não basta, é fácil de ver, para que se constitua a obrigação de indemnizar a ilicitude da conduta e o dano do lesado. É necessário que estejam presentes os restantes pressupostos da obrigação de indemnizar: culpa e nexo de causalidade entre o facto ilícito e o dano. O lesado não beneficia de presunção de culpa (art. 487.º, n.º 1, do Código Civil), sendo esta apreciada nos termos previstos no art. 487.º, n.º 2, do Código Civil.

A responsabilização civil da empresa infratora não deixa de enfrentar várias dificuldades, como sejam a quantificação dos danos, a indemnização de lesados indiretos e a *passing on defense* (ou repercussão de custos adicionais), acesso a meios de prova em poder de terceiro (máxime da empresa infratora e da entidade reguladora). A quantificação dos danos será feita nos quadros do art. 566.º, n.º 2, do Código Civil, eventualmente, com aplicação do art. 494.º do Código Civil – não se esquecendo as normas específicas do art. 22.º da LAP. Em matéria de *passing on defense*, há que considerar o instituto da compensação de vantagens. E, em sede de acesso a prova por documentos, o Código de Processo Civil dispõe também de normas que permitem, sob certos requisitos, requerer que terceiros sejam notificados para entregar documentos em seu poder.

Como forma de solucionar o problema do baixo valor de cada uma das pretensões individuais dos lesados pelas infrações da concorrência, a ação popular pode também ser usada para conseguir o ressarcimento destes lesados. Moldada num sistema de *opting-out*, a ação popular em Portugal permite a fixação de uma indemnização global e apresenta um regime muito favorável de custas.

O financiamento do litígio é uma das questões centrais em sede de efetivação das normas da concorrência por iniciativa privada, uma vez que os custos que lhe são inerentes podem ser inibidores da decisão de litigar. Em Portugal, em matéria de custas processuais vigora a regra da sucumbência – a parte que deu causa à ação paga as custas ou paga na proporção em que decair. As regras deontológicas do Estatuto da Ordem dos Advogados proíbem as convenções de *quota litis*. Questiona-se se a ordem jurídica portuguesa admite práticas de

financiamento de litígio por parte de terceiro ("third party funding"). Embora escassamente estudada em Portugal, esta alternativa é praticada em outras ordens jurídicas, designadamente em sede de arbitragem internacional.

A ordem jurídica portuguesa, em sintonia com outras ordens jurídicas da União Europeia, mantém a sua fidelidade ao modelo de *public enforcement*. Até à transposição da Diretiva, a ordem jurídica portuguesa não apresenta normas dedicadas especificamente à responsabilização civil por infrações da concorrência. O *private enforcer* ter-se-á de valer de institutos já reconhecidos na ordem jurídica portuguesa.

BIBLIOGRAFIA

Albuquerque, P. & Pereira, M. L.
2004 "A responsabilidade civil das autoridades reguladoras e de supervisão", 136(I) *O Direito,* 89 ss.
Almeida Costa, M. J.
2009 *Direito das obrigações*, 12.ª ed., Coimbra: Almedina.
Anastácio, G.
2013 "Artigo 11.º", *in Lei da Concorrência. Comentário cConimbricense*, Coimbra: Almedina, p. 161.
Antunes Varela, J. M.
1986 *Das obrigações em geral, vol. I*, 5.ª ed., Coimbra: Almedina.
Azevedo De Almeida, M.
2003 *A responsabilidade civil do banqueiro perante os credores da empresa financiada*, Coimbra: Coimbra Editora.
Basedow, J., Francq, S. & Idot, L.,
2012 "Introduction", *in* J. Basedow, S. Francq &l. Idot (eds.), *International Antitrust Litigation: Conflict of Laws and Coordination*, London: Hart Publishing, p. 2.
Bayer, W.
2009 "Legalitätspflicht der Unternenehmensleitung, nützliche Gesetzverstösse und Regress bei verhängten Sanktionen – dargestellt am Beispiel von Kartellverstossen", *in Festschrift für Karsten Schmidt zum 70. Geburtstag*, Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt, p. 85.
Botelho Moniz, C. (coord.)
2016 *Lei da Concorrência anotada*, Coimbra: Almedina, 2016.
Brodi, E.
2008 "Illecito antitrust e risarcimento del danno in alcuni recenti casi di abuso di posizione dominante", 53 *RS* 1450.
Bussani, M. & Palmer, V. V.
2003 *Pure economic loss in Europe*, Cambride: Cambridge University Press.
Caetano Nunes, P.
2012 *Dever de gestão dos administradores de sociedades anónimas*, Coimbra: Almedina.
Calvão Da Silva, J.
2016 "S.T.J., Acórdão de 22 de janeiro de 2015 (interpretação do art. 289.º do Código Civil", 145 (3999) *Revista de Legislação e de Jurisprudência,* 330.

Carneiro Da Frada, M.

2004 *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, Coimbra: Almedina.

2012 "O dever de legalidade: um novo (e não escrito?) dever fundamental dos administradores", 8 *DSR* 71.

Cisotta, R.

2014 "Some considerations on the last developments on antitrust damages actions and collective redress in the European Union", 10(1) *The Competition Law Review*, 81.

Cooke, J. D.

2010 "Administrative regulation versus private enforcement – the EU perspective", *in* A. M. Mateus & T. Moreira, *Competition law and economics. advances in competition policy enforcement in the EU and North America*, Cheltenham/Northampton: Edward Elgar, p. 61.

Cordeiro, C.

2005 "Algumas considerações críticas sobre a responsabilidade civil dos administradores perante os accionistas no ordenamento jurídico português", 2005(I) *OD*.

Costa, R. & Figueiredo Dias, G.

2017 "Artigo 64.º", *in* Coutinho de Abreu (org.), *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, vol. I, 2.ª ed., Coimbra: Almedina.

Coutinho De Abreu, J. M.

1996 Da empresarialidade (As empresas no direito), Coimbra: Almedina, p. 287.

1998 "Aspetos do direito económico da União Europeia", BFD 711.

2011 "Private enforcement of competition law in Portugal", *in* L. Velasco San Pedro (coord.), *Private enforcement of competition law*, Lex Nova, p. 103.

2007 "Deveres de cuidado e de lealdade", *in Reformas do Código das Sociedades*, Coimbra: IDET/Almedina.

2010 *Responsabilidade civil dos administradores de sociedades*, 2.ª ed., Coimbra: Almedina.

2013a Curso de direito comercial. vol. I, 9.ª ed., p. 214.

2013b "Artigo 3.º", in *Lei da Concorrência. Comentário Conimbricense*, Coimbra: Almedina, p. 36.

Coutinho De Abreu, J. M. & Ramos, M. E.

2004 "Responsabilidade civil de administradores e de sócios controladores (Notas sobre o art. 379.º do Código do Trabalho)", 3 Miscelâneas, 32-33.

2017 "Artigo 79.º", *in* Coutinho De Abreu, J. M. (coord.), *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, vol. I, 2.ª ed, Coimbra: Almedina, p. 968.

Cruz Vilaça, J. L.

2003 "A modernização da aplicação das regras comunitárias de concorrência segundo a Comissão Europeia. Uma reforma fundamental", *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Volume Comemorativo do 75.º* Tomo, p. 717.

2004 "O ordenamento comunitário da concorrência e o novo papel do juiz numa União alargada", (2004/II) *Revista do Centro de Estudos Judiciários* 43.

Easterbrook, F. H.

1984 "The Limits of Antitrust", 63(1) *Texas Law Review* 5.

Fernandes De Oliveira

2008 "Responsabilidade civil dos administradores", *in Código das Sociedades Comerciais e governo das sociedades*, Coimbra: Almedina.

Figueiredo Dias, J. & Loureiro, F.

2013 "Artigo 67º", *in Lei da Concorrência anotada. Comentário Conimbricense*, Coimbra: Almedina, p. 682.

Fleischer, H.

2005 «Aktienrechtliche Legalitätspflicht und "nützlich" Pflichtverletzung von Vorstandsmitgliedern», *ZIP* 149.

Ginsburg, D. H.

2010 "Costs and benefits of private and public antitrust enforcement: an American perspective", in MATEUS, A. M., MOREIRA, T. (eds.), Competition law and economics: advances in competition policy enforcement in the EU and North America, Cheltenham/Northampton: Edward Elgar, p. 43.

Gomes Canotilho, J. J.

1992 "Anotação ao Ac. do STA de 28 de Setembro de 1989", (1991-1992) 124 *RLJ* 361.

1996 "Privatismo, associativismo e publicismo na justiça administrativa do ambiente (as incertezas do contencioso ambiental)", (1995-1996) 128 *RLJ* 323.

Gomes Canotilho, J. J. & Moreira, V.

2007 *Constituição da República Portuguesa anotada, vol. I*, 4.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora.

2010 *Constituição da República Portuguesa anotada, artigos 108º a 296º*, 4ª ed., Coimbra: Coimbra Editora.

Gorjão-Henriques, D.

2015 "*Third party funding* ou o financiamento de litígios por terceiros em Portugal", 75 *Revista da Ordem dos Advogados*.

Gorjão-Henriques, M. & Anastácio, C.
2013 "Artigo 9.º", *in Lei da Concorrência anotada. Comentário Conimbricense*, Coimbra: Almedina, p. 101.

Goucha Soares, A.
2006 "A aplicação descentralizada das normas comunitárias da concorrência: o sistema de competências paralelas estabelecido pelo Regulamento 1/2003", *in* A. Goucha Soares, & M. M. Leitão Marques (coords.), *Concorrência. Estudos*, Coimbra: Almedina, p. 175.

Hirte, H., Mülbert, P. O. & Roth, M. (eds.)
2014 *Aktiengesetz. AktG. Großkommentar, Vierter Band, Teilband 2, §§ 92-94, 5. Aufl.*, De Gruyter.

Hodges, C.
2012 "New modes of redress for consumers and competition law", 11/12 *Revista de Concorrência e Regulação* pp. .

Lebre De Freitas, J.
1996 "A acção popular ao serviço do ambiente", *LUS*, n.º especial, *Actas do I Congresso Internacional de Direito do Ambiente da Universidade Lusíada*, Porto.

Leitão Marques, M. M.
2002 *Um curso de direito da concorrência*, Coimbra: Coimbra Editora.
2006 "As redes de empresas: um desafio ao direito da concorrência", *in Estudos Jurídicos e Económicos em Homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco, vol. III*, Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2006, p. 177.

Lopes Porto, M., Nogueira De Almeida, J. & Andrade, A. R.
2013 "Artigo 65.º", *Lei da Concorrência. Comentário Conimbricense*, Coimbra: Almedina, p. 635.

Machete, R.
1996 "Acção procedimental e acção popular – Alguns dos problemas suscitados pela Lei 83/85, de 31 de agosto", *LUS*, n.º especial, *Actas do I Congresso Internacional de Direito do Ambiente da Universidade Lusíada*, Porto, p. 263.

Mariano Pego, J. P. F.
2001 *A posição dominante relativa no direito da concorrência*, Coimbra: Almedina.
2013 "Artigo 12.º", *in Lei da Concorrência. Comentário Conimbricense*, Coimbra: Almedina, p. 164.

Marques, A.
2015 *Economia da União Europeia*, Coimbra: Almedina.

Martínez Mulero, V.
2005 "Defensa de la competencia y daños", 255 *RDM* 117.
Mateus, A. M.
2006 "Sobre os fundamentos do direito e economia da concorrência", (66/III) *Revista da Ordem dos Advogados* 1079.
2007 "Economia e Direito da Concorrência e Regulação", 40 *SubJudice* 11.
Menezes Leitão, A.
2009 *Normas de proteção e danos puramente patrimoniais*, Coimbra: Almedina.
Mertens, H.-J.
1992 "§93", *in Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, Band 2, 1. Lieferung §§ 76-94*, 2. Auflage, Köln/Berlin/Bonn/München.
Morais, L.
2006 *Empresas comuns. Joint ventures no direito comunitário da concorrência*, Coimbra: Almedina.
Moura E Silva, M.
2008 *Direito da concorrência – uma introdução jurisprudencial*, Coimbra: Almedina, p. 189 ss.
Moura Vicente, D.
2001 *Da responsabilidade pré-contratual em direito internacional privado*, Coimbra: Almedina.
Nascimento Rodrigues, S.
2001 *A protecção dos investidores em valores mobiliários*, Coimbra: Almedina.
Nogueira Serens, M.
1993 *Direito da concorrência e acordos de compra exclusiva (práticas nacionais e práticas comunitárias)*, Coimbra: Coimbra Editora.
1997 *Notas sobre a sociedade anónima*, 2.ª ed., Coimbra: Almedina.
2007 *A monopolização da concorrência e a (re)emergência da tutela da marca*, Coimbra: Almedina.
Noversa Loureiro, F.
2016 "A criminalidade económica e os seus agentes sob a perspetiva criminológica – análise a partir da prática de cartel", *Liber Amicorum Manuel Simas Santos*, Rei dos Livros, p. 467.
Omodei-Salè, R. & Zaccaria, A.
2004 "Compensation for pure economic loss in Italy", *in* W. H. Van Boom, H. Koziol, H. & C. A. Witting(eds.), *Pure Economic Loss*, Wien/New York: Springer, p. 47.

Pais De Vasconcelos, P.
2009 "Business judgment rule, deveres de cuidado e de lealdade, ilicitude e culpa e o artigo 64.º das Sociedades Comerciais", 2 *DSR* 63

Pais, S.
2016 "Practical private enforcement: Perspectives from Portugal", *in* Bergström, M., Iacovides, M. & Strand, M. (eds.), *Harmonising EU Competition Litigation – the new directive*, Oxford: Hart Publishing, p. 195.

Palmer, V. V. & Bussani, M.
2009 *Pure economic loss. New horizons in comparative law*, University of Texas at Austin Studies in foreign and transnational law.

Payam Martins, A.
1999 *Class actions em Portugal?*, Lisboa: Cosmos.

Pellegrini Grinover, A.
1996 "A acção popular portuguesa: uma análise comparativa", *LUS*, n.º especial, *Actas do I Congresso Internacional de Direito do Ambiente da Universidade Lusíada,* Porto.

Pereira De Almeida
2013 *Sociedades comerciais, valores mobiliários, instrumentos financeiros e mercados, vol. 1. As sociedades comerciais*, 7.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora.

Pires De Lima & Antunes Varela
1987 *Código Civil anotado, vol. I (arts. 1º a 761.º)*, 4.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora.

Ramos, M. E.
2010 *O seguro de responsabilidade civil dos administradores. Entre a exposição ao risco e a delimitação da cobertura*, Coimbra: Almedina.
2014a "Práticas restritivas da concorrência e deveres dos administradores de sociedades", 11 *Direito das sociedades em revista* 119.
2014b "Práticas restritivas da concorrência e deveres dos administradores de sociedades", *III Congresso Direito das Sociedades em Revista*, Coimbra: Almedina, p. 243.
2016 "Ações de responsabilidade de civil dos administradores e competência em razão da matéria", *in* Coutinho de Abreu, J. M. (coord.), *Congresso E depois do Código das Sociedades Comerciais em comentário?*, Coimbra: Almedina, 2016.

Remédio Marques, J. P.
1999 "A comercialização de organismos geneticamente modificados e os direitos dos consumidores: alguns aspectos substantivos, procedimentais e processuais", 1 *EDC*.

Robin De Andrade, J.

2012 "Apresentação sobre a nova lei de arbitragem voluntária e a aplicação do direito da concorrência pelos tribunais arbitrais", 11/12 *Revista de Concorrência e Regulação,* 200.

Rodrigues D.

1990 *A administração das sociedades por quotas e anónimas – Organização e estatuto dos administradores*, Lisboa: Petrony.

Roquette Geraldes, R. & Seara Cardoso, F.

2016 "Uma revolução chamada crowdfunding", *IV Congresso Direito das Sociedades em Revista*, Coimbra: Almedina.

Rossi, L. & Sousa Ferro, M.

2013 "The private enforcement of competition law in Portugal (II): Actio populari – facts, fictions and dreams", 4(13) *Revista de Concorrência e Regulação,* 35.

2015 "O «private enforcement» do direito da concorrência e o acesso a elementos de prova", 6(22) *Revista de Concorrência e Regulação* .

Sérvulo Correia, J. M.

2008 "Efetividade e limitações do sistema português de aplicação impositiva do direito da concorrência através de meios processuais administrativos e civis", *in* Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão, vol. II, Coimbra: Almedina, 2008, p. 1750.

Simas Santos, M.

2013 "Artigo 89.º", *in Lei da Concorrência. Comentário Conimbricense*, Coimbra: Almedina, p. 855.

Sinde Monteiro, V. J.

1989 *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, Coimbra: Almedina.

2003 "Manuel de Andrade e a influência do BGB sobre o Código Civil Português de 1966", *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Volume Comemorativo do 75.º* tomo, Coimbra, p. 181.

2005 "Proteção dos interesses económicos na responsabilidade civil por dano ambiental", *in A tutela jurídica do ambiente: presente e futuro*, Coimbra: Coimbra Editora, p. 133.

2007 "Responsabilidade delitual. Da ilicitude", *in Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977. Vol. II – Das Obrigações*, Coimbra: Coimbra Editora, p. 464.

Sousa Ferro, M.

2015 "Collective Redress: Will Portugal Show the way?", *Journal of European Competition Law & Practice* 1.

2016a *Jurisprudência Portuguesa de Direito da Concorrência*, Working Paper do CIDEFF.b2016b "Antitrust Private Enforcement in Portugal and the EU: The Tortuous Topic of Tort", *Global Competition Litigation Review*, Issue 4.

Tavares De Pina, M.

2010 "A criminalização dos cartéis pelo direito da União Europeia", 20 *RPCC* 375.

Teixeira De Sousa, M.

2003 *A legitimidade popular na tutela dos interesses difusos*, Lisboa: Lex.

Trabuco, C. & França Gouveia, M.

2011a "A arbitrabilidade das questões de concorrência no direito português: the meeting of two black arts", em Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida, vol. I, Coimbra: Almedina, p. 443.

2011b "The arbitrability of competition issues in Portuguese law: "The meeting of two black arts", *in Private enforcement of competition law*, Valladolid: Lex Nova, p. 51.

Van Boom, W. H.

2004 "Pure economic loss: a comparative perspective", in W. H. Van Boom, H. Koziol, & C. A. Witting (eds.), *Pure Economic Loss*, Wien/New York: Springer, p. 33.

Vaz, T.

1996 "A responsabilidade do accionista controlador", *OD* 368.

Velasco San Pedro, L. A.

2011 "International conference on private enforcement of competition law", *in Private enforcement of competition law*, Valladolid: Lex Nova, p. 37.

Vieira Cura, A. A.

2014 *Curso de organização judiciária*, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora.

Vieira De Andrade, J. C. & Moniz, A. R.

2013 "Artigo 91.º", *in Lei da Concorrência. Comentário conimbricense*, Coimbra: Almedina, p. 873.

Vogler Guiné, O.

2014 "A decisão de litigar", *III Congresso Direito das Sociedades em Revista*, Coimbra: Almedina, p. 225.