REVISTA
DE CONCORRÊNCIA
E REGULAÇÃO

ANO VI • NÚMERO 22
ABRIL – JUNHO 2015

REVISTA DE CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO

direção
PAULO DE SOUSA MENDES • MIGUEL SOUSA FERRO

presidência do conselho científico
ANTÓNIO FERREIRA GOMES • EDUARDO PAZ FERREIRA

presidência do conselho de redação
CATARINA ANASTÁCIO

conselho consultivo
JOÃO E. GATA • JORGE SIMÕES • NUNO CUNHA RODRIGUES

INSTITUTO DE DIREITO ECONÓMICO FINANCEIRO E FISCAL FDL

ALMEDINA

AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA

REVISTA DE CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO
Ano VI • Número 22
abril – junho 2015

DIRETORES
PAULO DE SOUSA MENDES • MIGUEL SOUSA FERRO

PROPRIETÁRIOS
AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA
Av. de Berna, 19
1050-037 Lisboa
NIF: 506557057

IDEFF
FACULDADE DE DIREITO
Alameda da Universidade
1649-014 LISBOA
NIF: 506764877

SEDE DA REDAÇÃO
Avenida de Berna, 19
1050-037 Lisboa

EDITOR
EDIÇÕES ALMEDINA, SA
Rua Fernandes Tomás, n.os 76-80
3000-167 Coimbra, Portugal
T: 239 851 904
F: 239 851 901
editora@almedina.net
www.almedina.net

EXECUÇÃO GRÁFICA
EDIÇÕES ALMEDINA, SA

Preço avulso desta Revista €25,00
Assinatura anual da Revista (4 números) €90 (desconto de 10%)

MAIO 2016

DEPÓSITO LEGAL
304538/10

N.º DE REGISTO NA ERC
126126

TIRAGEM
500 EXEMPLARES

ESTATUTO EDITORIAL
http://www.concorrencia.pt/vPT/Estudos_e_Publicacoes/Revista_CR/Paginas/Revista-CR.aspx

Os dados e as opiniões inseridos na presente publicação
são da exclusiva responsabilidade do(s) seus(s) autor(es).

Toda a reprodução desta obra, por fotocópia ou outro
qualquer processo, sem prévia autorização escrita do editor,
é ilícita e passível de procedimento judicial contra o infrator.

ÍNDICE

7 **Editorial**

13 **Doutrina**

15 **Doutrina geral**

17 Paulo Alves Pardal – *O acidentado percurso da Constituição Económica Portuguesa*

55 Francisco Portugal – *Impact of taxes on competition: the legal status quo in the European Union*

91 **Dossier temático**

Private Enforcement

93 Ricardo Alonso Soto – *La aplicación privada del Derecho de la competencia*

104 Antonio Robles Martín-Laborda – *La Directiva 2014/104/UE sobre daños antitrust y la configuración del Derecho español de daños*

131 Leonor Rossi/Miguel Sousa Ferro – *O "private enforcement" do direito da concorrência e o acesso a elementos de prova*

197 Antonio Davola – *Empowering consumers through competition: A study on the creation of a European antitrust claims market*

213 Vasil Savov – *Quel role du regroupement de creances indemnitaires par voie de cession pour la reparation du prejudice subi en raison d'infractions commises au droit de la concurrence ?*

225 **Legislação**

227 **Legislação nacional**

227 Legislação nacional de regulação – abril a junho de 2015

235 **Jurisprudência**

237 **Comentário de Jurisprudência**

237 *The Easyjet Case and the rejection of complaints when they have already been dealt with by another Member of the ECN* – Jeroen Capiau / Virgílio Mouta Pereira

247 **Jurisprudência Geral**

247 Jurisprudência nacional de concorrência – abril a junho de 2015

249 Jurisprudência de concorrência da União Europeia – abril a junho de 2015

253 Bibliografia

255 Recensão

259 Novidades Bibliográficas

261 Eventos

263 Notas Curriculares

269 Colaboração com a *Revista de Concorrência e Regulação*

271 Órgãos Sociais

EDITORIAL/*EDITORIAL NOTE*

Paulo de Sousa Mendes
Miguel Sousa Ferro

O n.º 22 da Revista de Concorrência e Regulação dá continuidade ao objetivo de divulgação da investigação e reflexão de académicos e profissionais, aliando abordagens teóricas a perspetivas nascidas da aplicação prática do direito.

Porque todos os ramos do direito económico se fundam nas opções económicas expressas na Constituição, Paulo Alves Pardal leva-nos de volta às bases, traçando a evolução da Constituição económica portuguesa, e apresentando-a a par e passo com a Constituição económica europeia, analisando a coexistência e interação entre ambas. Por fim, o autor discute o impacto da crise económico-financeira nestes quadros normativos.

No. 22 of the Competition & Regulation Review pursues the ongoing objective of divulging the research and thoughts of academics and practitioners, joining together theoretical approaches to perspectives arising from the practical application of the law.

Because all branches of economic law are based on the economic options set out in the Constitution, Paulo Alves Pardal takes us back to the basics, describing the evolution of the Portuguese economic Constitution, and presenting it side-by-side with the European economic Constitution, analyzing their coexistence and interaction. Finally, the author discusses the impact of the economic-financial crisis on the legal frameworks.

Francisco Portugal chama-nos a atenção para a necessidade de ter em conta que os impostos têm impactos negativos, mas que também podem ter impactos positivos na concorrência, e que as políticas fiscais devem ser pensadas tendo em conta esta realidade, de modo a otimizar o seu impacto.

Neste número, focamos a nossa atenção numa matéria à qual regressaremos, sem dúvida, frequentemente nos números seguintes: a aplicação privada do direito da concorrência (*private enforcement*). E fazemo-lo, primordialmente, com contributos de autores estrangeiros.

Ricardo Alonso e Antonio Robles partilham connosco um pouco do extenso debate que se tem desenvolvido sobre esta temática em Espanha. Ambos são distintos professores especialistas neste domínio, o primeiro tendo participado na comissão de peritos que produziu, recentemente, a proposta de transposição da Diretiva 2014/104/UE para o ordenamento jurídico espanhol. Ambos discutem o impacto desta Diretiva e as alterações ao direito nacional que serão necessárias, até final de 2016. Antonio Robles mostra-se crítico da Diretiva, realçando aspetos em que esta não foi tão longe como se poderia esperar. Ricardo Alonso fornece-nos importantes esclarecimentos sobre dúvidas

Francisco Portugal calls our attention to the need to take into account that taxes have negative, but they may also have positive impacts on competition, and that tax policy must be designed with this in mind, so as to optimize its impact.

In this number, we focus our attention on a subject to which will surely return frequently in the following issues: the private enforcement of competition law. And we do so, primarily, with contributions from foreign authors.

Ricardo Alonso and Antonio Robles share with us a small part of the extensive debate which has been growing around this subject in Spain. Both are distinguished professors, specialists in this field, the first having been a member of the committee of experts which recently produced the proposal to transpose Directive 2014/104/EU to the Spanish legal order. Both discuss the impact of this Directive and the changes that it requires to national law, by the end of 2016. Antonio Robles speaks out with some criticism of the Directive, highlighting issues in which it did not go as far possibly expected. Ricardo Alonso provides us with important clarifications concerning doubts and legal issues which will, inevitably, arise as the Directive and its national transposition rules start being invoked before national courts.

e questões jurídicas que, inevitavelmente, se suscitarão à medida que a Diretiva e as suas normas de transposição forem sendo invocadas perante os tribunais nacionais.

Antonio Davola e Vasil Savov trazem à C&R um debate de ponta do direito da concorrência na União Europeia: a possibilidade de compra de direitos de indemnização aos lesados e seu agrupamento para construção de uma ação de *private enforcement* economicamente viável e atrativa. O primeiro aborda o assunto na ótica académica e o segundo na perspetiva de quem está diretamente interessado na questão, enquanto agente da empresa que mais tem lutado pela promoção prática deste mecanismo – a *Cartel Damages Claims*.

Ambos chegam à mesma conclusão, de que seria benéfico regular e facilitar o recurso a esta figura, sobretudo na ótica da proteção dos consumidores, devendo debater-se e ultrapassar os obstáculos que já têm sido suscitados nalguns Estados-membros. Nesta ótica, não podemos deixar de realçar que a Diretiva 2014/104/ /UE inclui disposições que mostram que o legislador europeu parece ter pretendido salvaguardar a possibilidade de utilização deste instrumento jurídico. Será interessante observar-se como a questão virá a ser tratada nos vários Estados-membros, tanto

Antonio Davola and Vasil Savov bring to the C&R one of the state of the art issues being debated in competition law, in the European Union, today: the possibility of acquiring rights to compensation from injured parties and to bundle them together so as to build a viable and economically attractive private enforcement action. The first approaches the issue from an academic perspective, and the second approaches it from the perspective of someone who has a direct interest in it, as a lawyer for the company which has so far most fought for the practical promotion of this mechanism – Cartel Damages Claims.

Both arrive at the same conclusion, that it would be beneficial to regulate and facilitate the use of this mechanism, especially when it comes to protecting consumers, and that it is important to debate and surpass the obstacles that have already been raised in some Member States. In light of this, we should stress that Directive 2014/104/EU includes provisions which show that the European legislator seemed to want to guarantee the possibility of using this legal instrument. It will be interesting to observe how this issue will come to be handled in the various Member States, both by the transposition laws and by the courts.

nas leis de transposição como pelos tribunais.

Num momento em que o *private enforcement* está a despertar em Portugal, o artigo de Leonor Rossi e Miguel Sousa Ferro procura fornecer uma base de análise e discussão para uma das questões que, sem dúvida, se revelará crucial para o sucesso deste tipo de ações: o acesso a elementos de prova. Algumas das regras neste domínio serão revistas na transposição da Diretiva, mas, forçosamente, muito do que existe manter-se-á. Este extenso artigo descreve e discute o enquadramento jurídico aplicável nos diferentes contextos em que os interessados poderão vir a ter que procurar obter acesso a documentos e informações – junto de autoridades nacionais e europeias, administrativas e judiciais, e junto de entidades privadas, nacionais e estrangeiras –, salientando a jurisprudência europeia e nacional que tem vindo a ser adotada neste domínio.

Por último, num momento em que se discute abundantemente a possibilidade de revisão dos poderes das Autoridades Nacionais de Concorrência e a reorganização da Rede Europeia de Concorrência, Jeroen Capia e Virgílio Mouta Pereira discutem o impacto de um acórdão do TJUE que esclareceu a articulação entre autoridades de concorrência

At a time when private enforcement is starting to awake in Portugal, the paper by Leonor Rossi and Miguel Sousa Ferro aims at providing a basis for the analysis and discussion of one of the issues which will surely prove to be crucial for the success of many of these types of law suits: access to evidentiary elements. While some of the rules in this domain will be revised with the transposition of the Directive, much of what already exists will necessarily remain. This extensive paper describes and discusses the legal provisions applicable to the different contexts in which interested parties may come to have to seek access to documents and information – from national and European authorities, administrative and judicial, and from private parties, national and foreign –, stressing European and national case-law which has been adopted in relation to this issue.

Finally, at a time when there is abundant debate of the possibility of revising the powers of National Competition Authorities and reorganising the European Competition Network, Jeroen Capia and Virgílio Mouta Pereira discuss the impact of a judgment of the ECJ which has clarified the coordination between European competition authorities. At the end of the day, the

europeias. Em última linha, o acórdão *Easyjet* pode ter posto fim à possibilidade de *forum shopping* na apresentação de denúncias a autoridades de concorrência na UE.

Easyjet judgment may have put an end to the possibility of forum shopping in the presentation of complaints to competition authorities in the EU.

C&R

DOUTRINA

Doutrina Geral

DOUTRINA GERAL

O ACIDENTADO PERCURSO DA CONSTITUIÇÃO ECONÓMICA PORTUGUESA

Paulo Alves Pardal

Abstract: *Portugal has evolved through four stages of economic constitutions that are clearly demonstrated by the country's historical relationship between law and economics. The fourth phase, still ongoing, began during the second half of the eighties in the twentieth century, displaying remarkable developments, such as the growing interdependence between the national economic legal system and the European Union. Currently, the fundamental laws of the economy result from the combination of the European economic constitution with that of the Portuguese economic constitution. Finally, the economic and financial crises have contributed to legitimizing a change in the Portuguese legal system, with particular regard to economic, social and financial aspects. At times, a growing State presence may be observed within the economy, while at other times that presence is retracted. This situation may be regarded as a process in oscillation.*

Sumário: 1. Nota introdutória. 2. A análise do ordenamento jurídico da economia com base no conceito de constituição económica. 3. As diversas fases das constituições económicas portuguesas. 3.1. A fase da constituição económica liberal. 3.2. A fase da constituição económica corporativa. 3.3. A fase da constituição económica socializante. 3.4. A fase da "nova constituição económica". 4. A constituição económica europeia. 4.1. A emergência da constituição económica europeia. 4.2. A evolução da constituição económica europeia. 4.3. Os objetivos económicos da União. 5. A compatibilidade entre a constituição económica portuguesa e a constituição económica europeia. 6. As repercussões da crise económico-financeira. 7. Notas finais.

1. NOTA INTRODUTÓRIA

A forma como o Estado encara a economia na primeira década do século XXI é distinta da de há cem anos atrás. Mas, de lá para cá, o percurso não se revelou linear. Se nalguns momentos se assistiu a uma presença crescente do Estado na economia, noutros registou-se uma (maior ou menor) retração. Nesta perspetiva, assemelha-se a um processo ondeante. Além disso, o papel do Estado

na vida económica pode revestir diversas formas ou modalidades. Seguindo a tipologia tripartida enunciada por SOUSA FRANCO, pode haver três tipos de relações do Estado com a economia: *ordenação* (onde os poderes públicos estabelecem os quadros gerais de desenvolvimento da atividade económica), *intervenção* (procurando os poderes públicos modificar ou condicionar o comportamento dos operadores económicos) e *atuação* (assumindo os poderes públicos o papel de agente económico, nomeadamente em termos de produção de bens ou prestação de serviços)[1]. Na ordenação económica avulta a noção de constituição económica. Ao longo dos anos estas modalidades têm atravessado fases de maior ou menor intensidade.

Numa outra perspetiva, não se pode perder de vista as alterações decorrentes da comunitarização (*rectius*: europeização) e da internacionalização do ordenamento jurídico da economia. Até meados da década de oitenta do séc. XX existia (sobretudo) um mercado nacional, uma moeda própria e uma política monetária nacional. Hoje em dia, fruto do processo de integração europeia, o que releva é o mercado único europeu. A ideia de um mercado nacional isolado, protegido por barreiras aduaneiras, pertence ao passado. Quanto à moeda e à política monetária nacional, estas cederam o lugar à moeda única – o Euro – e à política monetária europeia, a cargo do Banco Central Europeu (BCE) e do Sistema Europeu de Bancos Centrais (SEBC).

Regressaram, por outro lado, alguns *fantasmas do passado*. É certo que respeitam mais ao plano financeiro que ao da organização da economia *stricto sensu*. Mas as causas e os efeitos ao nível das finanças públicas acabam por comportar inexoravelmente consequências no plano da organização económica[2]. Convém não esquecer que nas primeiras décadas do século XX as finanças públicas eram vistas com alguma apreensão até porque ainda se faziam sentir os efeitos dos empréstimos contraídos por Portugal no século XIX, nomeadamente face ao reescalonamento da dívida de 1890[3]. Um século depois, porém, as finanças públicas portuguesas voltam a ser vistas com (bastante) apreensão. Desde 2008, Portugal exibia problemas com os níveis de défice e da dívida pública, recorrendo, em 2011, a um auxílio financeiro internacional[4]. É certo que, do ponto de vista científico, o conceito de *constituição financeira*

1 Cfr. Sousa Franco, 1982-1983: 295 ss; Sousa Franco, 2007: 7 ss.

2 *Infra* n.º 6.

3 Cfr. Rogoff & Reinhart, 2014: 97 ss.

4 Cfr. Pereira, 2012: 31 ss.

goza de autonomia face ao de *constituição económica*[5]. Além do âmbito material de uma ser distinto da outra, a origem do direito financeiro é anterior à do direito da economia[6]. Contudo, autonomia não significa que uma não tenha em linha de conta a outra[7]. Aliás, a *constituição financeira* encontra-se (ou, pelo menos, deve estar) articulada com a *constituição económica* e até com a *constituição social*[8]. Quanto mais não seja, pelo simples facto de uma alteração na *constituição financeira* poder ter repercussões na aptidão do Estado para moldar a sua intervenção na atividade económica[9]. Acresce que, desde meados de 2011 – por força da aplicação em Portugal do *Programa de Assistência Económica e Financeira* (PAEF) – operaram-se profundas reformas que visaram alterar a ordem jurídica da economia. Tempos de mudança. Tempos de redefinição.

Creio que a compreensão das grandes linhas da constituição económica portuguesa atual não pode dispensar uma leitura assente em três eixos: o percurso da constituição económica portuguesa (*infra* n.º 3); a evolução da constituição económica europeia (*infra* n.º 4), passando depois pela análise sucinta da compatibilidade entre uma e outra (*infra* n.º 5) e, por fim, a reforma do ordenamento jurídico da economia desencadeada pelo Plano de Assistência Económica e Financeira (*infra* n.º 6). Antes, porém, convém relembrar o despontar do conceito de constituição económica (*infra* n.º 2).

2. A ANÁLISE DO ORDENAMENTO JURÍDICO DA ECONOMIA COM BASE NO CONCEITO DE CONSTITUIÇÃO ECONÓMICA

A expressão *constituição económica* já era conhecida no século XVIII pela mão dos fisiocratas, mas foi no século XX, mais precisamente na Alemanha do após I.ª guerra mundial, que o conceito se desenvolveu[10]. Com efeito, foi no rescaldo da grande guerra (1914-1918) e num contexto de enorme agitação e incerteza que foi forjada a constituição republicana de Weimar (1919), a qual refletia um forte cunho compromissório entre as organizações sindicais e as patronais por intermédio das respetivas forças partidárias com assento na assem-

5 Cfr. Paz Ferreira, 2001: 57 ss.

6 Cfr. Paz Ferreira, 2001: p. 9.

7 Paz Ferreira, 2001: p. 10.

8 Cfr. Sousa Franco, 2007: 243 ss.

9 Cfr. Irujo, 2012: 65 ss., espec. 79 ss.

10 Cfr. Moreira, 1979: 19 ss.

bleia nacional constituinte. Antes, ainda, tinham-se verificado entendimentos entre as forças sindicais e as organizações patronais, como os que levaram à criação, em novembro de 1918, da *Comunidade de Trabalho* (*Arbeitsgemeinschaft*). Inspirando-se nesses entendimentos e refletindo o espírito compromissório, os constituintes de Weimar acabaram por adicionar à organização do poder político a *organização da ordem económica*; e acrescentar aos direitos fundamentais de cariz político os *direitos económicos e sociais*. Revelou-se, pois, como a primeira *constituição económica em sentido formal* do espaço da Europa ocidental, elegendo, assim, a par da democracia política a *democracia económica* (*Wirtschaftsdemokratie*). Contou com uma parte dedicada à organização económica (parte segunda da constituição), consagrando-se aí matérias como as nacionalizações e socialização de empresas, a racionalização e planificação da produção, a função social da propriedade, bem como o reconhecimento quer dos sindicatos quer das organizações patronais. Aos preceitos da democracia política a constituição de Weimar acrescentou, pois, os da democracia económica, conferindo ao Estado tarefas de conformação social e consagrando direitos económicos e sociais. A constituição de Weimar haveria, por seu turno, de servir de modelo a outras constituições posteriores.

Pese embora a constituição alemã de Weimar (1919) contemplar uma parte dedicada à organização económica foi, no entanto, no plano doutrinário que se elaborou o conceito de constituição económica, superando em muito a ideia de um conjunto de princípios e normas constitucionais sobre a organização económica. O labor científico foi principalmente da responsabilidade da corrente doutrinária denominada *ordoliberalismus*, da Escola de Friburgo[11]. Em síntese, integravam-se nas preocupações desta Escola a análise das relações de interdependência entre as liberdades económicas e a livre concorrência, de uma banda, face à necessidade de intervenção do Estado para assegurar o bom funcionamento do mercado, de outra[12]. Para esta Escola interessava menos a identificação das disposições contidas num texto constitucional sobre a economia, porquanto as atenções eram dirigidas sobretudo para a elaboração de uma teoria normativa sobre os elementos essenciais destinados a assegurar um bom funcionamento da economia no contexto mais amplo da ordem política e constitucional[13]. *Brevitatis causa*, no conceito de constituição económica

11 Cfr. Cassesse, 2001: 907 ss.

12 Cfr. Georgopoulos, 2008: 3 ss.

13 Cfr. Drexl, 2011: 419 ss.

relevavam, pois, não só disposições constitucionais como as de legislação ordinária, mas que se mostrassem essenciais para a ordem jurídica da economia, ou seja, que regulassem as relações fundamentais entre a economia, o Estado e os seus cidadãos[14]. Não eram só as liberdades políticas que se revelavam importantes, eram, de igual modo, as liberdades económicas; e nesta perspetiva as regras da concorrência mostravam-se dignas de um "estatuto constitucional"[15]. Neste contexto, o Estado desempenhava (ou devia desempenhar) um papel essencial no funcionamento da economia, cabendo-lhe a definição do enquadramento em que se podia exercer a atividade económica, assim como controlar o respetivo exercício por parte dos agentes económicos (*Ordnungspolitik*)[16]. Esta corrente doutrinária desempenhou um papel importante na formulação do conceito de *economia social de mercado* (*soziale Marktwirtschaft*), influenciando, de forma decisiva, a política alemã do após II.ª guerra mundial[17]. Contudo, fruto de fenómenos como sejam a globalização, o folhetim da crise financeira do Estado e a crescente influência das correntes neoliberais que apostavam na diminuição do peso do Estado na economia, pode questionar-se da utilidade de um conceito forjado essencialmente do ponto de vista da intervenção do Estado na economia e numa época histórica determinada[18], principalmente se tiver em linha de conta os propósitos do *ordoliberalismus* na elaboração de uma teoria normativa sobre o bom funcionamento da economia[19]. Daí a conveniência em distinguir o *modelo económico (mais) humano* preconizado pela Escola de Friburgo do conceito jurídico de constituição económica que, ainda que não meramente descritivo, permite acolher outros valores. Quanto ao conceito de constituição económica, prefere-se o de constituição económica em sentido material.

Por conseguinte, com vista a analisar o percurso da constituição económica portuguesa nada melhor que convocar o conceito desta em sentido material, ou seja, não prestar tanta atenção à existência, ou não, de uma parte no texto constitucional dedicada à organização da economia (relevante para o conceito de

14 *Idem*.

15 *Idem*.

16 *Idem*.

17 *Idem*.

18 Cfr. Georgopoulos, 2008: 3 ss.

19 Cfr. Drexl, 2011: 449 ss.

constituição económica em sentido formal), mas atender, isso sim, à regulação dos aspetos fundamentais da ordem jurídica da economia, quer constem, ou não, do texto constitucional (relevante para o conceito de constituição económica em sentido material)[20]. Neste contexto, é possível distinguir quatro fases principais de constituições económicas (em sentido material): liberal; corporativa; socializante; e a caracterizada pela progressiva abertura ao mercado e crescente europeização e internacionalização, atualmente em curso. Desde o século XIX até aos dias de hoje o ordenamento jurídico da economia conheceu, pois, quatro fases, o que o mesmo é dizer, quatro constituições económicas[21]. A última está (ainda) em *construção*; desde logo, porque fortemente dependente da *constituição económica europeia*, a qual, por sua vez, se acha em constante evolução. Assim, sob o ângulo da organização económica, ou melhor dos aspetos fundamentais da ordem jurídica da economia, são, pois, percetíveis alterações substanciais ao longo dos anos[22].

3. AS DIVERSAS FASES DE CONSTITUIÇÕES ECONÓMICAS PORTUGUESAS

3.1. A fase da constituição económica liberal

Na sequência da implantação da República a 5 de outubro de 1910, surgia em 1911 a Constituição republicana. Com efeito, o regime político tinha mudado. Ao regime monárquico sucedia o regime republicano. Ocorreu, nessa altura, uma rutura no plano da organização do poder político. Todavia, essa rutura não era tão evidente no plano da ordenação económica. Nesta matéria, a constituição republicana mais parecia uma continuidade dos textos do liberalismo monárquico. Do ponto de vista económico, não se registavam diferenças assinaláveis entre o liberalismo monárquico e o liberalismo republicano. Quer num quer noutro, o postulado essencial residia na não intervenção do Estado na economia. Em boa verdade, inexistia nos textos constitucionais liberais (quer monárquicos quer republicano) uma parte da constituição dedicada à organização da economia. Daí que, esta fase seja comummente designada por *constitucionalismo económico implícito*; isto porque apesar de os textos constitucionais

20 Cfr., *inter alios*, Sousa Franco, 1982-1983: 91-93; Sousa Franco & Oliveira Martins, 1993: 17 ss.; e Paz Ferreira 2001: 57 ss.

21 *Infra* n.º 3.

22 *Infra* n.º 4.

desta fase não contemplarem uma parte dedicada à organização económica, o certo é que traduziam uma determinada conceção do Estado face à Economia: a do Estado mínimo ou até abstencionista[23]. Era o tempo em que a atividade económica surgia concebida essencialmente como fruto da liberdade individual. Por isso, o Estado devia interferir o menos possível. Cabia-lhe, isso sim, garantir a propriedade e a segurança dos cidadãos[24].

Em Portugal, esta fase congrega quatro constituições: três monárquicas (1822, 1826 e 1838) e uma republicana (1911)[25]. No plano constitucional, a fase liberal iniciou-se, pois, com a Constituição (monárquica) de 1822, terminando com a (republicana) de 1911. A Constituição de 1822 operou uma rutura com o período anterior, *i.e.*, com o *absolutismo*. Foi a primeira Constituição portuguesa. Na esfera económica assistiu-se à progressiva *desconstrução* dos institutos do Antigo Regime (*Ancien Régime*) e à *construção* dos institutos característicos do liberalismo: propriedade privada e liberdade económica (na altura, sob as designações de liberdade de comércio e liberdade de industria). A propriedade era contemplada como "*um direito sagrado e inviolável, que tem qualquer português, de dispor à sua vontade de todos os seus bens, segundo as leis*" (artigo 6.º). Admitia – a título excecional, *i.e.*, no caso de existirem razões de necessidade pública e urgente – a privação do direito de propriedade, mediante prévia indemnização (artigo 6.º). A liberdade económica, por seu turno, não surgia aí expressamente referida, mas extraía-se do regime da liberdade em geral, ao prever-se que "*a liberdade consiste em não serem obrigados a fazer o que a lei não manda, nem a deixar de fazer o que ela não proíbe*" (artigo 2.º)[26]. Por último, no que concerne às matérias monetárias, não se pode perder de vista que as Cortes – que exerciam o poder legislativo – tinham competências para *"determinar a inscrição, peso, valor, lei, tipo, e denominação das moedas*" (artigo 103.º, n.º XIV). Com a Carta Constitucional de 1826 preservaram-se os dois princípios fundamentais da ordem jurídica da economia liberal: a propriedade privada e a liberdade económica. Garantia-se o direito de propriedade em toda a sua plenitude ou o seu valor, mediante prévia indemnização (artigo 145.º § 21.º) e reconhecia-se a apropriação de bens culturais, determinando que os inventores tinham "*a propriedade das suas descobertas, ou das suas produções*" (artigo

23 Cfr. Vaz, 1998: 51-52 e 105; e Bassols Coma, 1985: 21-26.

24 Cfr. Zippelius, 1997: 376.

25 Cfr. Paz Ferreira, 2001: 67 ss.

26 Paz Ferreira, 2001: 70 ss.

145.º § 24.º). Consagrava-se expressamente a liberdade económica, bem como a liberdade de trabalho, na medida em que "*nenhum género de trabalho, cultura, indústria ou comércio pode ser proibido, uma vez que não se oponha aos costumes públicos, à segurança e saúde dos cidadãos*" (artigo 145.º § 23.º). Previa-se a liberdade de circulação de pessoas e bens, assim como a liberdade de emigração ao consignar que "*qualquer pode conservar-se, ou sair do Reino, como lhe convenha, levando consigo os seus bens; guardados os regulamentos policiais, e salvo o prejuízo de terceiro*" (artigo 145.º § 5.º). Em matéria monetária, constituía atribuição das Cortes – que exerciam o poder legislativo – "*determinar o peso, valor, inscrição, tipo e denominação das moedas; assim como o padrão dos pesos e medidas*" (artigo 15.º § 15.º). Com algumas cambiantes, reafirmaram-se na Constituição de 1838 as instituições características da ordem liberal: a propriedade privada e a liberdade económica. No que concerne à propriedade, se por um lado era "*garantido o direito de propriedade*" (artigo 23.º *ab initio*), admitia-se, por outro, que "*nos casos de extrema e urgente necessidade, poderá o proprietário ser indemnizado depois da expropriação ou danificação*" (artigo 23.º *in fine*). Já a propósito da liberdade, era "*permitido todo o género de trabalho, cultura, indústria e comércio, salvas as restrições da Lei por utilidade pública*" (artigo 23.º § 3.º). No que respeita às matérias monetárias e na senda dos textos constitucionais anteriormente referidos, competia às Cortes "*determinar o valor, peso, lei, inscrição, tipo e denominação das moedas, assim como o padrão dos pesos e medidas*" (artigo 37.º § XVII).

E é assim que, numa linha de continuidade face às Constituições monárquicas que a antecederam, a Constituição de 1911 reconhecia ser "*garantido o direito de propriedade, salvo as limitações estabelecidas*" (artigo 3.º § 25.º), assim como previa ser "*garantido o exercício de todo o género de trabalho, indústria e comércio, salvo as restrições da lei por utilidade pública*" (artigo 3.º § 26.º). É certo que contemplava (já) alguns direitos sociais, nomeadamente quando elegia o ensino primário elementar obrigatório e gratuito e reconhecia o direito à assistência pública (artigo 3.º § 11.º e § 29.º). Mas na essência era uma Constituição económica liberal. À moeda era dispensado um tratamento similar ao das Constituições monárquicas que a antecederam, ao prever que competia ao Congresso da República – que exercia o poder legislativo – "*determinar o peso, o valor, a inscrição, o tipo e a denominação das moedas*" (artigo 26.º § 9.º), bem como, de alguma forma inovadora, "*criar bancos de emissão, regular a emissão monetária e tributá-la*" (artigo 26.º § 11.º). Em suma: vingava em Portugal uma ordem económica liberal de um Estado com vastos territórios de além-mar. Mas a economia portuguesa padecia de inúmeras fragilidades. A dívida

pública, nomeadamente a contraída perante credores internacionais, pesava sobremaneira sobre o erário público, contribuindo, assim, para as crescentes dificuldades experimentadas pela I.ª República que viu os seus findarem com a revolta militar de 28 de maio de 1926.

3.2. **A fase da constituição económica corporativa**

A Constituição de 1933 concretizou uma autêntica rutura no plano político. Mas não só. Imprimiu uma rutura no plano económico, sendo, assim, a primeira Constituição portuguesa a consagrar, inclusive, um título VIII sobre a "*ordem económica e social*" (artigos 29.º e ss.). É, por isso, a primeira constituição económica portuguesa em sentido formal. Isto, tendo presente que a primeira constituição económica do espaço da Europa ocidental é a Constituição alemã de Weimar (1919) – que contém, de forma inédita, uma parte destinada à organização económica[27]. Contudo, não se pode perder de vista que, enquanto a constituição de Weimar se compreende na linha de evolução do Estado demoliberal para o Estado Social de Direito, já a constituição portuguesa de 1933 se encaixa (mais) nas constituições económicas de cunho autoritário.

Em termos de organização política, o Estado português era concebido como uma República unitária e corporativa (artigo 5.º), incumbindo-lhe "*promover a unidade moral e estabelecer a ordem jurídica da Nação*" (artigo 6.º, 1.º), "*coordenar, impulsionar e dirigir todas as atividades sociais, fazendo prevalecer uma justa harmonia de interesses, dentro da legítima subordinação dos particulares ao geral*" (artigo 6.º, 2.º) e "*zelar pela melhoria de condições das classes sociais mais desfavorecidas, obstando a que aquelas desçam abaixo do mínimo de existência humanamente suficiente*" (artigo 6.º, 3.º). Em matéria económica, não obstante contemplar instituições caras à ordem económica liberal – como sejam a propriedade privada e a liberdade económica – o certo é que estas deixavam de revestir o carácter absoluto que outrora lhes era reconhecido pelo ideário liberal. Assim, constituíam direitos e garantias individuais "*o direito de propriedade e a sua transmissão em vida ou por morte, nas condições determinadas pela lei civil*" (artigo 8.º § 15.º), assim como "*a liberdade de escolha de profissão ou género*

27 Fora do espaço da Europa ocidental e da linha de transição do Estado Liberal de Direito para o Estado Social de Direito, surgiram ainda antes da Constituição de Weimar textos constitucionais preocupados com a regulação das matérias económicas, nomeadamente a Constituição mexicana de 1917 (com forte cariz revolucionário no plano agrário) e o da República Federal Russa de 1918 (com uma marcada postura antiliberal e transformadora da sociedade, acentuando um pendor coletivista). Cfr. *inter alios*, Vaz, 1998: 55-56.

de trabalho, indústria ou comércio, salvas as restrições legais requeridas pelo bem comum e os exclusivos que só o Estado e os corpos administrativos poderão conceder nos termos da lei, por motivo de reconhecida utilidade pública" (artigo 8.º § 7.º). Através de restrições legais várias estas instituições sofriam uma compressão ou limitação. Caso paradigmático de limitação à liberdade económica consistiu no regime de condicionamento industrial mediante o qual se controlava administrativamente a criação de novas unidades industriais.

A promoção do bem comum na Constituição de 1933 era encarada sobretudo numa perspetiva transcendental, de harmonia, aliás, com os fins superiores do Estado. A organização económica da Nação devia realizar o máximo de produção e riqueza socialmente útil e estabelecer uma vida coletiva de que resultassem poderio para o Estado e justiça para os cidadãos (artigo 29.º). O Estado assumia-se, no plano interno, como intervencionista e dirigista (artigo 31.º) e, no plano externo, como protecionista e de economia autárcica, perfilhando um regime económico neo-mercantilista (artigo 30.º). Aos fatores de produção era-lhes declarada uma função social, ao prever que "*a propriedade, o capital e o trabalho desempenham uma função social, em regime de cooperação económica e solidariedade, podendo a lei determinar as condições do seu emprego ou exploração conformes com a finalidade coletiva*" (artigo 35.º). No que concerne às matérias monetárias, determinava que constituía matéria de lei "*o peso, valor e denominação das moedas*", bem como "*a criação de bancos ou instituições de emissão e as normas a que deve obedecer a circulação fiduciária*" (artigo 93.º). A ordem corporativa foi extinta com o 25 de abril de 1974 que inaugurou um novo período.

3.3. A fase da constituição económica socializante

3.3.1. A emergência da Constituição económica socializante

A Constituição de 1976, na sua versão original (CRP/76), teve por efeito consolidar uma autêntica rutura quer no plano político quer no económico. Quanto a este último plano, consagrou formalmente uma ordem constitucional da economia, mas com objetivos declaradamente distintos da anterior. Assim, na Parte II, sob a epígrafe *Organização Económica*, encontravam-se seis títulos, nomeadamente: *princípios gerais*; *estruturas da propriedade dos meios de produção*; *plano*; *reforma agrária*; *sistema financeiro e fiscal*; e *circuitos comerciais*. Fora desta Parte II, definiam-se competências legislativas em matérias económicas (Parte III – *Organização do Poder Político*) e contemplavam-se

"*direitos e deveres económicos, sociais e culturais*" (Parte I – *Direitos e Deveres Fundamentais*). A Constituição de 1976 não se mostrava, pois, indiferente às matérias económico-sociais. Era na essência uma Constituição económica socializante, porquanto *ratificava*, por um lado, uma série de eventos revolucionários e transformadores da ordem económico-social ocorridos após 25 de abril de 1974 (particularmente após o 11 de março de 1975) e procurava fixar, por outro, um leque de objetivos transformadores da ordem económica e social portuguesa, visando, em suma, "*assegurar a transição para o socialismo mediante a criação de condições para o exercício democrático do poder pelas classes trabalhadoras*" (artigo 2.º CRP/76). A Constituição de 1976, na sua versão original, era largamente tributária do período revolucionário. Mas este texto não prestava apenas homenagem aos desígnios revolucionários e coletivistas. Fruto essencialmente do trabalho desenvolvido no seio da Assembleia Constituinte, o *princípio da democracia representativa pluralista* também mereceu acolhimento. Em boa verdade, a Constituição de 1976, na sua versão original, acabou por ser qualificada como um texto compromissório, desde logo, entre o *princípio da democracia representativa pluralista* e o *princípio de transição para o socialismo* (artigo 2.º CRP/76). Em matéria da regulação dos aspetos fundamentais da ordem jurídica da economia, no entanto, este último princípio só caiu, efetivamente, na década seguinte, pelo que, até lá, o texto constitucional apontava para a meta da transição para o socialismo.

Nessa medida, o texto constitucional original encontrava-se fortemente carregado de expressões de índole revolucionária e coletivista, tais como "*transformação numa sociedade sem classes*" (artigo 1.º CRP/76), "*assegurar a transição para o socialismo*" (artigo 2.º CRP/76), "*socializar os meios de produção e a riqueza*" [artigo 9.º, alínea c), CRP/76], "*apropriação coletiva dos principais meios de produção*" [artigos 10.º, n.º 2; 50.º; 80.º; 290.º, alínea f), todos, CRP/76], "*desenvolvimento do processo revolucionário*" (artigo 10.º CRP/76) e "*construção de uma sociedade socialista*" (artigo 91.º CRP/76). Era na parte dedicada à "*organização económica*" que transparecia com maior evidência o *princípio de transição para o socialismo*. Nela acabaram por ser acolhidas muitas das transformações operadas durante o período imediato após 25 de abril de 1974. Facto marcante na organização económica portuguesa constituiu o fenómeno das nacionalizações em que parcelas substanciais da atividade económica nacional foram subtraídas ao setor privado e passaram a integrar o património empresarial público. Num ápice, cresceu o "Estado empresário" (Estado produtor de bens e prestador de serviços).

Por isso, garantiam-se na CRP/76 algumas das grandes transformações verificadas durante o período pré-constitucional. Uma delas, porventura das mais marcantes, consistia na *irreversibilidade das nacionalizações* ao se prever que "*todas as nacionalizações efetuadas depois de 25 de abril de 1974 são conquistas irreversíveis das classes trabalhadoras*" (artigo 83.º, n.º 1, CRP/76). Esta cláusula de irreversibilidade assumia um carácter defensivo na manutenção da estatização de enormes parcelas do aparelho produtivo nacional. Por outro lado, preconizava-se a *imposição constitucional de vedação de sectores à iniciativa privada*, ficando o legislador com a obrigação de vedar o acesso da atividade empresarial privada em determinados setores considerados como básicos (artigo 85.º, n.º 2, CRP/76).

A Constituição económica original (CRP/76) não se limitava apenas a assegurar as transformações realizadas durante o período pré-constitucional. Procurava também consolidar e "*assegurar a transição para o socialismo*" (artigos 2.º; 9.º, alínea c); 10.º, n.º 2; 50.º; 80.º ss; 290.º, alíneas f) e g), todos, CRP/76), através de institutos como a "*intervenção, nacionalização e socialização dos meios de produção*" (artigo 82.º, n.º 1, CRP/76), a "*reforma agrária*" (artigos 96.º ss CRP/76) e o "*plano*" (artigos 91.º ss CRP/76). Previa, inclusive, a existência de um imposto sobre o rendimento pessoal tendente a limitar os rendimentos a um máximo anual, fixado pelo legislador (artigo 107.º CRP/76). Quanto a direitos, o texto constitucional contemplava as duas instituições caras ao liberalismo: o direito de propriedade e a livre iniciativa económica, mas comportando restrições e assumindo carácter funcional. O direito de propriedade surgia entre os "*direitos e deveres económicos*" (artigo 62.º e artigos 51.º ss. CRP/76) e não entre os "*direitos, liberdades e garantias*". No que concerne à "*iniciativa privada*", essa nem sequer figurava entre os "*direitos e deveres económicos*", antes sim, entre as matérias respeitantes à organização económica, ao se prever que, "*nos quadros definidos pela Constituição, pela lei e pelo Plano pode exerce-se livremente a iniciativa económica privada enquanto instrumento do progresso coletivo*" (artigo 85.º CRP/76).

Em matéria económico-social, além do *princípio da transição para o socialismo*, o texto constitucional de 1976 consagrava também o *princípio do Estado de bem-estar social* ou *princípio da socialidade*, nomeadamente em matéria dos direitos e deveres económicos, sociais e culturais (artigos 51.º ss CRP/76). Não obstante este último constituir uma evolução do Estado Liberal de Direito, nomeadamente em termos conceituais, o certo é que, na versão original, a Constituição o condicionava à realização do *princípio da transição para o*

socialismo, prevendo inclusive que "*a apropriação coletiva dos principais meios de produção, a planificação do desenvolvimento económico e a democratização das instituições são garantias e condições para a efetivação dos direitos e deveres económicos, sociais e culturais*" (artigo 50.º CRP/76). No entanto, cremos que as raízes e finalidades de um e de outro são distintas. O *princípio de transição para o socialismo* almejava transformar a economia e a sociedade portuguesa. Viria a ser eliminado com as revisões constitucionais de 1982 e 1989. O *princípio da socialidade* visa implementar o Estado Social de Direito e inscreve-se na tradição das constituições económicas da Europa ocidental. Simplesmente, por força da crise do Estado providência, acabou por sofrer uma evolução, falando-se posteriormente (principalmente após a revisão constitucional de 1989) cada vez mais, em Estado pós-social.

3.3.2. A atenuação da Constituição económica socializante

A primeira revisão constitucional (1982) atenuou fortemente o *princípio da transição para o socialismo*, procedendo ao início do processo de neutralização ideológica do texto constitucional. Foram, assim, eliminados ou alterados preceitos de claro cariz ideológico. Extinguiu-se o Conselho da Revolução. Criou-se o Tribunal Constitucional. Procedeu-se à reconfiguração de determinados institutos como o dos três setores de propriedade dos meios de produção (artigo 89.º CRP/82). O fundamento da organização económico-social (Parte II da Constituição) deixou de assentar "*no desenvolvimento das relações de produção socialistas*" para passar a assentar em *princípios fundamentais*, nomeadamente: (a) subordinação do poder económico ao poder político democrático; (b) coexistência dos diversos setores de propriedade, público, privado e cooperativo; (c) apropriação coletiva dos principais meios de produção e solos, bem como dos recursos naturais; (d) planificação democrática da economia; (e) desenvolvimento da propriedade social; e (f) intervenção democrática dos trabalhadores (artigo 80.º CRP/82). Quanto aos direitos fundamentais (Parte I da Constituição), conferiu-se maior dignidade formal às duas instituições caras ao liberalismo, designadamente ao direito de propriedade e à livre iniciativa económica. Reforçou-se, assim, a tutela legal do direito de propriedade em casos de requisição ou expropriação por utilidade pública (artigo 62.º CRP/82). A iniciativa económica privada, por outro lado, passou a ser contemplada entre os *direitos e deveres económicos* (artigo 61.º CRP/82), deixando, assim, de ser vista – até do ponto de vista formal – apenas como um princípio de organização económica. Em virtude da expectativa de adesão às (então) Comuni-

dades Europeias, procedeu-se à eliminação de eventuais incompatibilidades com a ordem jurídica comunitária, prevendo-se a possibilidade de determinadas normas emanadas das instituições comunitárias vigorarem diretamente no ordenamento jurídico português (artigo 8.º, n.º 3 CRP/82).

A segunda revisão constitucional (1989) prosseguiu o processo de neutralização ideológica do texto constitucional iniciado com a revisão de 1982. Eliminou uma série de princípios e conceitos característicos da constituição económica original. Fez cessar o objetivo de "*assegurar a transição para o socialismo*". Consolidou no ordenamento económico constitucional a ideia de economia mista, abrindo caminho para acentuar uma vertente (mais) liberal.

A alteração de redação dos dois primeiros artigos do texto constitucional traduzia logo o espírito geral desta revisão. Assim, enquanto na versão original da Constituição se referia que "*Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na sua transformação numa sociedade sem classes*"[28]; passou a referir-se com a revisão constitucional de 1989 que "*Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária*"[29]. Por outro lado, deixou de constar que a "*República portuguesa é um Estado (…) que tem por objetivo assegurar a transição para o socialismo*"[30].

Além disso, eliminou-se o *princípio da irreversibilidade das nacionalizações*, substituindo-o pelo *princípio da admissibilidade das reprivatizações* da "*titularidade ou do direito de exploração de meios de produção e outros bens nacionalizados depois de 25 de abril de 1974*"[31]. A Constituição deixou, pois, de assumir um carácter defensivo na manutenção da estatização de enormes parcelas do aparelho produtivo nacional, possibilitando o advento das reprivatizações, se bem que condicionadas estas ao cumprimento de determinados critérios constitucionalmente previstos. Ao invés de "*reforma agrária*" previu-se, ao lado da política agrícola, as políticas comercial e industrial[32]. Substitui-se o anterior *princípio de desenvolvimento da propriedade social* pelo *princípio da proteção do*

28 *Vid.* artigo 1.º CRP/76.

29 *Vid.* artigo 2.º da Lei constitucional n.º 1/89, de 8 de julho.

30 *Vid.* artigo 2.º CRP/82; assim como artigo 3.º da Lei constitucional n.º 1/89, de 8 de julho.

31 *Vid.* artigo 85.º CRP/89 e 296.º CRP/89 (este último, atualmente artigo 293.º da Constituição).

32 *Vid.* artigos 96.º ss CRP/89.

setor cooperativo e social de propriedade dos meios de produção. Reformularam-se os setores de propriedade dos meios de produção, no sentido de passarem a existir três setores, sendo um público, outro privado e um outro (ainda) cooperativo e social (englobando os subsetores cooperativo, comunitário e autogestionário)[33]. Desvalorizou-se o Plano, que deixou de ser contemplado como instrumento de orientação, coordenação e disciplina da organização económica e social[34].

Reconfiguraram-se as duas instituições caras ao liberalismo (propriedade privada e livre iniciativa económica). O direito de propriedade saiu reforçado, na medida em que foi eliminada a possibilidade de expropriação sem indemnização dos meios de produção abandonados[35]. Por outro lado, o livre exercício da iniciativa económica privada deixou de ser encarado (e limitado) "*enquanto instrumento do progresso coletivo*", passando a prever-se que "*a iniciativa económica privada exerce-se livremente nos quadros definidos pela Constituição e pela lei e tendo em conta o interesse geral*"[36]. Além disso, limitou-se a possibilidade de o Estado intervir na gestão de empresas privadas, pois só passava a poder fazê-lo a título transitório, nos casos expressamente previstos na lei e, em regra, mediante prévia decisão judicial[37].

Por último, tendo em conta as crescentes dificuldades financeiras do Estado e invocando-se a responsabilidade dos cidadãos na obtenção de cuidados de saúde, a revisão não deixou, neste domínio, de reequacionar o âmbito do princípio de bem-estar social (*Welfare State*). É que, antes da revisão de 1989[38], a Constituição previa, no então artigo 64.º, que todos tinham direito à proteção da saúde – direito esse, realizado mediante a criação de um serviço nacional de saúde universal, geral e gratuito. Com a revisão (de 1989) previu-se tão só que o direito à proteção da saúde passava a ser realizado "*através de um serviço nacional de saúde universal e geral e, tendo em conta as condições económicas e sociais dos cidadãos, tendencialmente gratuito*"[39].

---

33 *Vid.* artigo 82.º CRP/89.

34 *Vid.* artigo 63.º da Lei n.º 1/89, de 8 de julho.

35 *Vid.* artigo 89.º, n.º 2, CRP/89.

36 *Vid.* artigo 61.º CRP/89.

37 *Vid.* artigo 87.º, n.º 2, CRP/89.

38 Cfr. Paz Ferreira, 2001: 134 ss.

39 *Vid.* artigo 64.º CRP/89 e artigo 36.º da Lei Constitucional n.º 1/89, de 8 de julho (sublinhados nossos).

A atenuação progressiva da publicização da economia portuguesa processada ao longo dos anos oitenta do século XX não se ficou a dever apenas às revisões constitucionais (1982 e 1989). Com efeito, assistiu-se à produção de uma série de medidas legislativas nacionais tendentes a liberalizar a ordem jurídica da economia, as quais, de uma forma geral, passaram pelo crivo do Tribunal Constitucional[40]. Além disso, Portugal aderiu às (então) Comunidades Europeias em 1985, confrontando-se com uma ordem jurídica da economia onde a "*opção pelo sistema de mercado*" era manifesta[41]. Nos anos oitenta do século XX foi-se, pois, operando a transição para uma nova fase de constituição económica. Devido ao seu relevo, a revisão constitucional de 1989 constitui um marco incontestado, iniciando-se, assim, a quarta fase.

3.4. A nova Constituição Económica

A revisão constitucional de 1989 originou, por conseguinte, alterações substanciais na constituição económica que acabaram por ser reforçadas (em bem menor escala) nas revisões de 1992 e 1997. Deixaram de substituir dúvidas quanto à opção constitucional. Em virtude da adesão às então Comunidades, parcelas crescentes da ordem jurídica da economia passaram a ser sucessivamente objeto de disciplina comunitária. Conforme acentua Paz Ferreira[42], a quarta fase das constituições económicas portuguesas corresponde ao conceito de "*nova constituição económica*" avançado por Sabino Cassesse a propósito da evolução da constituição económica italiana[43].

A revisão constitucional de 1992 foi desencadeada na sequência do Tratado de Maastricht, assinado a 7 de fevereiro de 1992, e da necessidade de proceder às adaptações constitucionais necessárias para ratificar este Tratado[44]. O impulso constituinte foi, pois, europeu. Em matéria económica, merece referência a previsível inserção do Banco de Portugal no sistema europeu de bancos centrais (SEBC), no âmbito da união monetária e da criação da futura moeda euro-

---

40 Cfr., *inter alios*, Acórdãos do Tribunal Constitucional n.º 25/85, de 6 de fevereiro de 1985 (Proc. n.º 87/83); n.º 186/88, de 11 de agosto de 1988 (Proc. 344/88); e n.º 444/93, de 14 de julho de 1993 (Proc. n.º 403/88), *in* http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/.

41 Assim, Pitta e Cunha, 1993: 305 ss.

42 *Op. cit.*, 2001, pp. 64-65 e 128 ss.

43 Cfr. Cassesse, 2006. Note-se que a primeira edição desta obra é de meados da década de noventa do século transato.

44 *Cfr.* Gomes Canotilho, 2007: 34 ss e 949.

peia – que posteriormente se viria a verificar ser o Euro (€), pelo que, com a revisão de 1992, se previu que "*o Banco de Portugal, como banco central nacional, colabora na definição e execução das políticas monetária e financeira e emite moeda, nos termos da lei*" (artigo 105.º CRP/92)[45]. Disposição que viria a conhecer uma nova redação com a revisão de 1997[46].

A revisão de 1997 prosseguiu na senda do processo de neutralização ideológica da Constituição, permitindo atenuar ainda mais a o peso do Estado na economia, na medida em que este via a sua reserva de atuação pública diminuída[47]. Assim, se desde 1976 vingava uma imposição constitucional de vedação de setores básicos à atividade das empresas privadas, a partir de 1997 tal imposição constitucional viu-se substituída por uma faculdade no que concerne à vedação de setores. Com efeito, enquanto dantes se impunha uma vedação, de ora em diante "*a lei pode definir setores básicos nos quais seja vedada a atividade às empresas privadas e a outras entidades da mesma natureza*"[48]. Por outro lado, foi aditado um novo princípio fundamental à organização económico-social: o da "*liberdade de iniciativa e de organização empresarial no âmbito de uma economia mista*"[49], o qual clarificou a questão da admissibilidade da iniciativa económica pública a par da iniciativa económica privada e da iniciativa económica cooperativa[50]. Já quanto aos setores de propriedade dos meios de produção, foi acrescentado um novo subsetor. Com efeito, foi adicionado ao setor cooperativo e social um (novo) subsetor de solidariedade social, razão pela qual o "terceiro setor" passou a compreender quatro subsetores: cooperativo, comunitário, autogestionário e da solidariedade social. No que tange ao Banco de Portugal, a revisão de 1997 acentuou o caráter remissivo quer para a lei quer para as normas internacionais a que o Estado português se vinculasse, ou seja, para o quadro normativo da União Europeia, mais precisamente para o regime da União Económica e Monetária (UEM), contemplando-se, assim, que "*o Banco de Portugal é o banco central nacional e exerce as suas*

45 *Vid.* artigo 4.º da Lei Constitucional n.º 1/92.

46 *Vid.* artigo 66.º da Lei Constitucional 1/97.

47 *Vid.* Lei Constitucional n.º 1/97, de 20 de setembro.

48 *Vid.* artigo 56.º da Lei Constitucional n.º 1/97 e (atual) artigo 86.º, n.º 3, CRP.

49 *Vid.* artigo 80.º, alínea c), CRP e artigo 50.º, n.º 5, da Lei Constitucional n.º 1/97, de 20 de setembro.

50 *Vid.* artigo 61.º CRP.

funções nos termos da lei e das normas internacionais a que o Estado Português se vincule"[51].

Numa disposição introduzida na Parte III dedicada à organização do poder político, mas com repercussões óbvias no figurino da constituição económica, a revisão de 1997 acolheu a possibilidade da lei criar "*entidades administrativas independentes*"[52]. O que permite contemplar constitucionalmente a figura do *Estado Regulador*. Acolheu-se, assim, a figura das "*autoridades reguladoras*", facto que se compreende no contexto da passagem de um Estado (cada vez menos) empreendedor para um Estado (cada vez mais) regulador[53]. Diminuia, portanto, a figura do "Estado Empresário" (produtor de bens e prestador de serviços, nomeadamente por via da detenção de empresas públicas), emergindo a figura do *Estado Regulador*[54].

4. A CONSTITUIÇÃO ECONÓMICA EUROPEIA

4.1. A emergência da Constituição Económica Europeia

O processo de construção europeia teve início nos anos cinquenta do século XX. Foi oficialmente despoletado com a *declaração Schuman* de 9 de maio de 1950, mediante a qual o então Ministro dos Negócios Estrageiros de França propôs a colocação em comum da produção do carvão e do aço, mais precisamente sob a alçada de uma Alta Autoridade (entidade de cariz supranacional). A proposta francesa mereceu acolhimento de cinco Estados europeus: República Federal da Alemanha, Itália, Bélgica, Holanda e Luxemburgo. Fruto das negociações entretanto ocorridas, foi assinado a 18 de abril de 1951 o Tratado de Paris que criou a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA), nos termos do qual "(…) *as Altas Partes Contratantes instituem entre si uma Comunidade Europeia do Carvão e do Aço, fundada num mercado comum e em objetivos e instituições comuns*"[55]. Visava-se, pois, uma integração vertical, designadamente dos setores do carvão e do aço. O TCECA entrou em vigor em 1952. Previsto para vigorar

51 *Vid.* artigo 102.º CRP.

52 *Vid.* artigo 267.º, n.º 3, CRP. *Vid.* artigo 181.º, n.º 2, da Lei Constitucional n.º 1/97, de 20 de setembro.

53 Cfr. Cassesse, 2006: 19 ss. e 201 ss.

54 Cf., *inter alios*, Moreira, 1997: 34 ss., espec., pp. 37 ss.; Moreira & Maçãs, 2003: 9 ss., espec. 41 ss.

55 *Vid.* artigo 1.º TCECA.

durante 50 anos[56], o TCECA caducou em 2002. Entretanto, a 25 de março de 1957 eram assinados em Roma dois novos Tratados, criando-se, assim, mais duas comunidades: a Comunidade Económica Europeia (CEE) e a Comunidade Europeia de Energia Atómica (EURATOM). A CEE revelava-se, desde logo, como a mais importante, visando uma integração horizontal.

Com o decorrer dos anos sucederam-se Tratados de Revisão, designadamente o Tratado Orçamental do Luxemburgo (1970), o Tratado Financeiro de Bruxelas (1975), o Ato Único Europeu (1986), o Tratado de Maastricht (1992), o Tratado de Amesterdão (1997), o Tratado de Nice (2001) e o Tratado de Lisboa (2007). O Tratado de Maastricht – além de proceder à revisão do Tratado da Comunidade Económica Europeia (CEE), passando este a designar-se apenas por Tratado da Comunidade Europeia (CE), porquanto esta Comunidade visava a partir daí alcançar fins e objetivos não estritamente económicos (*v.g.*, a cidadania europeia e as novas políticas comunitárias) – criou a União Europeia. Com o Tratado de Lisboa – que entrou em vigor em 2009 – deixou de existir a Comunidade Europeia (CE), porquanto a "*União substitui-se e sucede à Comunidade Europeia*"[57]. Doravante apenas existe a União Europeia (UE), a qual se funda no Tratado da União Europeia (TUE) e no Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE)[58].

De outra banda, a partir dos anos setenta do século XX, sucederam-se os Tratados de Adesão mediante os quais a inicial Europa dos seis (França, República Federal da Alemanha, Itália, Bélgica, Holanda e Luxemburgo) foi sendo alargada. Portugal integra o projeto europeu desde janeiro de 1986, na sequência do Tratado de Adesão às (então) Comunidades Europeias de junho de 1985. Sem prejuízo de algumas medidas adotadas na fase de pré-adesão[59], iniciou-se a partir de janeiro de 1986 o *processo de comunitarização*, parecendo mais correto falar-se em *processo de europeização* após a entrada em vigor do Tratado de Lisboa. O ordenamento jurídico da economia nacional é largamente tributário do ordenamento jurídico da União Europeia. Não é situação única face aos restantes Estados membros. Já no começo deste terceiro milénio se

56 *Vid.* artigo 97.º TCECA.

57 *Vid.* artigo 1.º do TUE (após Tratado de Lisboa).

58 *Vid.* artigo 1.º do TUE (após Tratado de Lisboa) e artigo 1.º, n.º 2, do TFUE.

59 Em 1983, por exemplo, era adotado um regime jurídico nacional em matéria de concorrência, tendo em vista a futura adesão de Portugal às (então) Comunidades (*Vid.* Decreto-Lei n.º 422/83, de 3 de Dezembro).

constatava que cerca de 70% da legislação económica dos Estados membros tinha origem direta ou indireta na União Europeia[60].

No espaço de cerca de meio século a constituição económica europeia (em sentido material) conheceu desenvolvimentos surpreendentes. Operou-se uma extensão das matérias abrangidas. A profusão da produção normativa por parte das instituições europeias intensificou-se. A integração económica impulsionou a integração política. Com efeito, enquanto no espaço nacional o fenómeno da constituição política antecedeu historicamente e condicionou a emergência da constituição económica; já no espaço da integração europeia foi o fenómeno da constituição económica a anteceder e a condicionar o (eventual) desenvolvimento de uma constituição política[61].

4.2. A evolução da Constituição Económica Europeia

A integração económica europeia comporta não apenas uma *vertente negativa* (*integração liberal*) como também uma *vertente positiva* (*integração dirigida*)[62]. Não basta, portanto, evidenciar apenas os aspetos liberais ou neoliberais da construção europeia. Aliás, Sousa Franco e Guilherme D'oliveira Martins sublinham a dificuldade em qualificar a constituição económica europeia de liberal (nomeadamente no sentido oitocentista do termo) até porque esta aponta claramente para "*a construção de um modelo voluntarista da ordem económica*"[63]. A constituição económica europeia abrange um conjunto vasto e diversificado de matérias. Algumas delas encontravam-se previstas, desde logo, na versão original do Tratado que criou a Comunidade Económica Europeia (TCEE). Outras, porém, foram sendo objeto de um processo de europeização ao longo dos anos. Para isso contribuíram não só as subsequentes revisões dos Tratados como também a profusão da produção normativa europeia ao nível do direito derivado (*v.g.*, regulamentos e diretivas). Significativa tem sido a ação da jurisprudência pretoriana do Tribunal do Luxemburgo, bem como o emprego que foi sendo feito dos mecanismos de alargamento das competências comunitárias. Daí, o relevo do processo de comunitarização (*rectius*: europeização). Sabino Cassesse aponta como uma das características da constituição económica europeia o facto desta ser cons-

60 Cfr. Cassesse, 2001: 907 ss.

61 Cfr., *inter alios*, Paz Ferreira, 2001: 165 ss.; e Paz Ferreira, 1999: 41-42.

62 Cfr. Pitta e Cunha, 1993.

63 Cfr. Sousa Franco & D'Oliveira Martins, 1993: 311 ss. e 317-318.

tituída por um corpo de princípios que se formaram com muita rapidez e se modificam com o tempo[64].

Na sua génese, o processo de construção europeia encontrava-se vocacionado para a integração económica, refletindo as teorias funcionalistas[65]. Com efeito, na sua versão original, o TCEE enunciava os fins a alcançar, dispondo que "*a comunidade tem como missão promover, pelo estabelecimento de um mercado comum e pela aproximação progressiva das políticas económicas dos Estados membros, um desenvolvimento harmonioso das atividades económicas no seio da Comunidade, uma expansão económica contínua e equilibrada, um maior grau de estabilidade, um aumento acelerado do nível de vida e relações mais estreitas entre os Estados que a integram*"[66]. Constituíam, pois, fins de natureza económica. Logo de seguida, enunciavam-se as políticas da CEE[67]. Desenvolveram-se nos primeiros vinte anos duas facetas da integração económica: uma (mais) liberal, outra (mais) intervencionista. A primeira resultou da finalidade em estabelecer um mercado comum e das liberdades de circulação de mercadorias e dos fatores de produção, bem como da implementação das regras da concorrência. Na segunda avultou a construção da política agrícola comum (PAC) que se tornou numa política económica fortemente intervencionista e na principal rubrica do (então) orçamento comunitário[68].

Nos anos sessenta ocorreram uma série de eventos que a prazo conduziram à integração monetária. De facto, aquando da assinatura do Tratado de Roma que criou a CEE (1957) vigorava o sistema monetário internacional (SMI) de *Bretton Woods*, assente no *gold dollar standard* e no sistema de câmbios estáveis, o que, na altura, proporcionava a necessária estabilidade cambial. Só que, nos anos sessenta evidenciou-se o *dilema de Triffin*. Os mercados começaram a colocar em causa a paridade ouro dólar em face da existência de um número crescente de dólares em circulação por comparação com o ouro detido pelas autoridades norte-americanas (*dollar glut)*. As crises cambiais sucederam-se até com crescente impacto no território europeu. Ocorreram revalorizações (*v.g.*, marco alemão) e desvalorizações (*v.g.*, franco francês) das moedas euro-

64 *Op. cit.*, 2001, pp. 909-910.

65 Cfr. Giacone & Olivi, 2007: 46 ss.

66 *Vid.* artigo 2.º TCEE.

67 *Vid.* artigo 3.º TCEE.

68 Cfr. Blumann, 1996: 249 ss.

peias, complicando as trocas intracomunitárias e as transferências financeiras decorrentes da PAC. Por força destas circunstâncias, a (então) Europa comunitária começou a caminhar no sentido da integração monetária. Pese embora os passos dados desde o (primeiro) plano Barre (1969) ao relatório Werner (1970) – que esboçava a construção de uma União Económica e Monetária (UEM) no prazo de dez anos –, bem como à *serpente monetária no túnel* (acordo de Basileia de 1972) e depois à *serpente monetária fora do túnel* (devido ao colapso do SMI de *Bretton Woods* em 1973), o certo é que a Europa comunitária não conseguiu alcançar a estabilidade monetária e cambial. Só com a criação do Sistema Monetário Europeu (SME) em 1979 – com três elementos principais, nomeadamente o *european currency unit* (ECU), o mecanismo das taxas de câmbio (MTC) e as facilidades de financiamento – é que o processo foi conhecendo alguma estabilidade, pelo menos durante os anos oitenta do século XX. Posteriormente, com vista a prosseguir a integração monetária foi elaborado o relatório Delors (1989), largamente inspirado no relatório Werner. Consequentemente foi convocada uma conferência intergovernamental sobre a união económica e monetária (CIG UEM) que funcionou ao mesmo tempo que a conferência intergovernamental sobre a União Política (CIG UP). A conclusão dos trabalhos da CIG UEM e da CIG UP conduziu ao Tratado de Maastricht (1992), o qual implicava o estabelecimento da UEM[69]. É assim que dentre os objetivos da União constam "*a promoção de um progresso económico e social equilibrado e sustentável, nomeadamente mediante a criação de um espaço sem fronteiras internas, o reforço da coesão económica e social e o estabelecimento de uma União Económica e Monetária, que incluirá, a prazo, a adoção de uma moeda única (…)*"[70]. Mais: no Tratado da Comunidade Europeia (após as modificações operadas pelo Tratado de Maastricht) refere-se que "*a Comunidade tem como missão, através da criação de um mercado comum e de uma União Económica e Monetária e da aplicação das políticas ou ações comuns a que se referem os artigos 3.º e 3.º – A, promover, em toda a Comunidade, o desenvolvimento harmonioso e equilibrado das atividades económicas, um crescimento sustentável e não inflacionista que respeite o ambiente, um alto grau de convergência dos comportamentos das economias, um elevado nível de emprego e de proteção social, o aumento do nível e da qualidade de vida, a coesão económica e social e a solidariedade entre os Estados–*

69 Cfr., *inter alios*, Renato Gonçalves, 2010: 39 ss. e 109 ss.

70 *Vid.* artigo B do TUE na sua versão originária.

-*membros*"[71]. Logo de seguida, enunciam-se as políticas e ações comuns[72]. Do cotejo dos objetivos da União (europeia) com as finalidades da Comunidade (europeia) e com o vasto leque das políticas e ações comuns, resulta claro que a força expansiva da constituição económica decorrente do Tratado de Maastricht não se cingia às matérias da UEM. Mas Maastricht facultava as bases jurídicas para a implementação de uma UEM[73]. Atingiram-se matérias sensíveis e tradicionalmente vistas como integrantes da soberania nacional: moeda e política monetária. Estabeleceram-se, pois, os célebres *critérios de Maastricht* que, a breve trecho, viriam a condicionar o espaço de atuação das finanças públicas e das economias nacionais dos Estados-membros, condicionamento confirmado com o Pacto de Estabilidade e Crescimento[74]. Por último, convém salientar que o Tratado de Maastricht apontava como fundamento da política económica e monetária o *princípio de uma economia de mercado e de livre concorrência*[75]. De facto, determinava que "*(…) os Estados-membros e a Comunidade atuarão de acordo com o princípio de uma economia de mercado aberto e de livre concorrência, favorecendo uma repartição eficaz dos recursos, em conformidade com os princípios estabelecidos no artigo 3.º-A*"[76]. Mas trata-se apenas de um princípio geral, não condicionando a atuação (concreta) das autoridades nacionais[77].

4.3. Os objetivos económicos da União

O Tratado de Lisboa (TL) procedeu a alterações quer no Tratado da União Europeia (TUE) quer no Tratado da Comunidade Europeia (TCE) ao ponto de transformar este último no Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE)[78]. O Tratado de Lisboa trouxe novidades quanto aos objetivos

71 *Vid.* artigo 2.º do TCE (após a revisão de Maastricht).

72 *Vid.* artigos 3.º e 3.º – A do TCE (após a revisão de Maastricht).

73 *Vid.* (ainda) quanto *à política económica e monetária* os artigos 102.º – A ss. do TCE (após a revisão de Maastricht), bem como o Protocolo relativo aos estatutos do SEBC e do BCE, o Protocolo relativo ao Instituto Monetário Europeu (IME), o Protocolo sobre o procedimento relativo aos défices excessivos e o Protocolo relativo aos critérios de convergência.

74 Cfr., *inter alios*, Paz Ferreira, 1999: 101 ss.

75 Cfr. Drexl, 2011: 419 ss.

76 *Vid.* artigo 102.º-A do TCE (após a revisão de Maastricht).

77 *Infra* n.º 4.3.2.

78 *Supra* n.º 4.1.

económicos da União. Convém, por isso, confrontar a redação constante do TCE, designadamente a decorrente da revisão do Tratado de Nice (TNice) com a que decorre, por sua vez, do Tratado de Lisboa (TL).

4.3.1. Os objetivos económicos no TCE (após TNice)

No TUE (após Nice e antes do TL) eram cometidos objetivos à União Europeia, donde se destacam os seguintes (dada a sua predominância económica): "*A promoção do progresso económico e social e de um elevado nível de emprego e a realização de um desenvolvimento equilibrado e sustentável, nomeadamente mediante a criação de um espaço sem fronteiras internas, o reforço da coesão económica e social e o estabelecimento de uma união económica e monetária, que incluirá, a prazo, a adoção de uma moeda única (…)*"[79]. A propósito das finalidades económicas, estabelecia o TCE que "*a Comunidade tem como missão, através da criação de um mercado comum e de uma união económica e monetária e da aplicação das políticas ou ações comuns a que se referem os artigos 3.º e 4.º, promover, em toda a Comunidade, o desenvolvimento harmonioso, equilibrado e sustentável das atividades económicas, um elevado nível de emprego e de proteção social, a igualdade entre homens e mulheres, um crescimento sustentável e não inflacionista, um alto grau de competitividade e de convergência dos comportamentos das economias, um elevado nível de proteção e de melhoria da qualidade do ambiente, o aumento do nível e da qualidade de vida, a coesão económica e social e a solidariedade entre os Estados-membros*"[80]. De seguida, enunciava as políticas e ações comuns, sendo umas (mais) intervencionistas como a PAC e a política de coesão; enquanto outras se apresentavam (mais) liberais como a prossecução de "*um mercado interno caracterizado pela abolição, entre os Estados-membros, dos obstáculos à livre circulação de mercadorias, de pessoas, de serviços e de capitais*"[81] ou de "*um regime que garanta que a concorrência não seja falseada no mercado interno*"[82]. Portanto – e destacando agora o regime da concorrência – sempre se podia dizer que os objetivos e as regras operacionais constavam no TCE numa sequência ordenada de três níveis: no nível superior, o conjunto das finalidades económicas (artigo 2.º TCE); no nível intermédio, a enunciação das políticas e ações comuns (artigo 3.º TCE); e, finalmente, no nível inferior, as regras operacionais [neste

79 *Vid.* artigo 2.º TUE (após Nice).

80 *Vid.* artigo 2.º TCE (após TNice).

81 *Vid.* artigo 3.º, n.º1, alínea c), TCE (após TNice).

82 *Vid.* artigo 3.º, n.º 1, alínea g), TCE (após TNice).

caso, as "*regras de concorrência*", *ex-vi* artigos 81.º ss do (então) do TCE[83]]. Relevante entre os fins assinalados se mostrava, de igual modo, a prossecução de uma união económica e monetária (UEM). Ora, a União Económica e a União Monetária seguiam metodologias diferentes. Na primeira relevava "*o princípio de uma economia de mercado aberto e de livre concorrência*" e assentava principalmente na "*estreita coordenação das políticas económicas*"[84]. Na segunda era decisiva a "*fixação irrevogável das taxas de câmbio conducente à criação de uma moeda única, o ECU, e a definição e condução de uma política monetária e uma política cambial únicas (…)*"[85].

4.3.2. Os objetivos económicos após Tratado de Lisboa

O Tratado de Lisboa operou uma reformulação geral no que concerne à sequência e à estrutura dos objetivos (económicos) da União Europeia. Com efeito, parte num primeiro momento de um universo de valores para num segundo momento atingir as competências da União. Os valores estão previstos no TUE[86]. As competências constam do TFUE[87]. Com efeito, entre os seus valores (de pendor mais económico) o TUE consagra o seguinte: "A *União estabelece um mercado interno. Empenha-se no desenvolvimento sustentável da Europa, assente num crescimento económico equilibrado e na estabilidade dos preços, numa economia social de mercado altamente competitiva que tenha como meta o pleno emprego e o progresso social, e num elevado nível de proteção e de melhoramento da qualidade do ambiente. A União fomenta o progresso científico e tecnológico*"[88]. De igual modo, "*a União promove a coesão económica, social e territorial, e a solidariedade entre os Estados-membros*"[89]. Por último, "*a União estabelece uma união económica e monetária cuja moeda é o euro*"[90]. No que concerne às competências nos diversos domínios (de pendor mais económico), estas encontram-se, pois, previstas no TFUE, nomeadamente exclusivas, partilhadas e complementares.

83 Cfr. Drexl, 2011: 419 ss.

84 *Vid.* artigo 4.º, n.º 1, TCE (após TNice).

85 *Vid.* artigo 4.º, n.º 2, TCE (após TNice).

86 *Vid.* (designadamente) artigo 3.º, n.º 3, TUE (após TL).

87 *Vid.* artigos 2.º a 6.º do TFUE.

88 *Vid.* artigo 3.º, n.º 3, TUE (após TL).

89 *Idem*.

90 *Vid.* artigo 3.º, n.º 4, TUE (após TL).

Assim, a União dispõe de competências exclusivas nos seguintes domínios: união aduaneira; estabelecimento das regras de concorrência necessárias ao funcionamento do mercado interno; política monetária para os Estados-membros cuja moeda seja o euro; conservação dos recursos biológicos do mar, no âmbito da política comum das pescas; e política comercial comum[91]. No tocante às competências partilhadas entre a União e os Estados-membros destacam-se os seguintes domínios: mercado interno; política social, no que se refere aos aspetos definidos no TFUE; coesão económica, social e territorial; agricultura e pescas, com exceção da conservação dos recursos biológicos do mar (porquanto esta matéria integra as competências exclusivas da União); ambiente; defesa dos consumidores; transportes; redes transeuropeias; e energia[92]. Os Estados-membros, por seu turno, coordenam as suas políticas económicas no âmbito da União[93]. E quanto às políticas de emprego dos Estados-membros, a União toma medidas para garantir a respetiva coordenação; podendo ainda a União tomar iniciativas para garantir a coordenação das políticas sociais dos Estados-membros[94]. Por último, à União são ainda atribuídas competências para desenvolver ações destinadas a apoiar, coordenar ou completar a ação dos Estados-membros em domínios como os da indústria ou do turismo[95].

Paradigmático é aqui o objetivo do estabelecimento de um mercado interno. No Tratado de Roma (1957) preconizava-se o estabelecimento de um mercado comum[96]; sendo o conceito de mercado interno introduzido pelo Ato Único Europeu (1986). Bem vistas as coisas, porém, o mercado interno aparece como uma continuidade do mercado comum. Daí que, com o Tratado de Lisboa, a designação "mercado interno" substitua a de "mercado comum", nos casos em que esta (ainda) subsistisse no corpo dos Tratados (ou seja, no TCE). A realização do mercado interno constitui um desafio constante, o que conduz a que se preveja que "*a União adota as medidas destinadas a estabelecer o mercado interno ou a assegurar o seu funcionamento, em conformidade com as disposições pertinentes*

91 *Vid.* artigo 3.º, n.º 1, TFUE.

92 *Vid.* artigo 4.º, n.º 2, TFUE.

93 *Vid.* artigo 2.º, n.º 3, e artigo 5.º, n.º 1, TFUE

94 *Vid.* artigo 2.º, n.º3, e artigo 5.º, n.º 2, TFUE.

95 *Vid.* artigo 6.º TFUE:

96 *Supra* 4.2.

dos Tratados"[97]. "*O mercado interno compreende um espaço sem fronteiras internas no qual a livre circulação das mercadorias, das pessoas, dos serviços e dos capitais é assegurada de acordo com as disposições dos Tratados*"[98]; razão pela qual o direito do mercado interno surge como um direito das liberdades[99].

A reformulação operada pelo Tratado de Lisboa atinge, de igual modo, a localização sistemática do "*princípio de uma economia de mercado aberto e de livre concorrência*"[100]. Esse princípio havia sido consagrado no Tratado de Maastricht[101] e podia ser visto como definidor do modelo económico da União[102]. Com o Tratado de Lisboa, porém, tal princípio deixa de integrar os objetivos gerais, sendo deslocado para a parte da política económica e monetária[103]. Com efeito, o TFUE prevê que "*para alcançar os fins enunciados no artigo 3.º do Tratado da União Europeia, a ação dos Estados-membros e da União implica, nos termos do disposto nos Tratados, a adoção de uma política económica baseada na estreita coordenação das políticas económicas dos Estados-membros, no mercado interno e na definição de objetivos comuns, e conduzida de acordo com o princípio de uma economia de mercado aberto e de livre concorrência*"[104]. É verdade que se operou uma deslocalização, mas é sobretudo em obediência a uma nova sistematização, mantendo-se a razão de ser da disposição. Quanto à possibilidade deste princípio poder caracterizar o modelo económico da União e dos Estados-membros, continuam a valer as considerações do TJUE, no sentido de que se trata (apenas) de um princípio geral que carece de ser aplicado em conjugação com as pertinentes disposições dos Tratados[105]; o mesmo é dizer que o princípio não se aplica de forma isolada e, portanto, não pode servir, por si só, para aferir da conformidade de uma lei nacional com o direito da

97 *Vid.* artigo 26.º, n.º1, TFUE.

98 *Vid.* artigo 26.º, n.º 2, TFUE.

99 Cfr. Molinier & De Grove-Valdeyron, 2011: 13 ss.

100 *Vid.* artigo 4.º, n.º 1, in fine do TCE (após TNice).

101 *Supra* n.º 4.2.

102 Cfr. Drexl, 2011: 424 ss.

103 *Vid.* artigos 119.º ss TFUE.

104 *Vid.* artigo 119.º, n.º 1, TFUE.

105 *Vid.* Acórdão do Tribunal de Justiça *Échirolles*, de 3 de outubro 2000, (Proc. C-9/99), consid. n.º 22.

União Europeia[106]. Não se pode perder de vista, por outro lado, o princípio da neutralidade do regime da propriedade nos Estados-membros[107].

O *princípio de uma economia de mercado aberto e de livre concorrência* está, pois, ligado à política económica e monetária, a qual assenta basicamente nos seguintes instrumentos: estreita coordenação das políticas económicas dos Estados-membros; mercado interno; definição de objetivos comuns; e uma moeda única (o Euro), envolvendo a definição e condução de uma política monetária e de uma política cambial únicas[108]. Os princípios orientadores da ação dos Estados-membros e da União quanto à implementação destes instrumentos são os seguintes: preços estáveis, finanças públicas e condições monetárias sólidas e balança de pagamentos sustentável[109].

O Tratado de Lisboa acolhe, de forma algo inovadora, o conceito de "*uma economia social de mercado altamente competitiva*"[110]. Não são estanhos à formulação deste conceito os contributos quer da corrente do *ordoliberalismus* quer da doutrina social da Igreja. Conceito relevante principalmente na Alemanha do após II.ª guerra mundial e ligado ao milagre económico alemão (*Wirtschaftswunder*). Economia social de mercado (*soziale Marktwirtschaft*) é um conceito que procura conjugar os aspetos económicos com os sociais e está ligado à ideia de uma economia assente no livre funcionamento de mercado, mas que também envolve garantias de ordem social[111]. Tradicionalmente é a conceção de mercado que guia a construção europeia. Se com o Tratado de Maastricht (já) se tinha acolhido o "*princípio de uma economia de mercado aberto e de livre concorrência*", com o Tratado de Lisboa consagrou-se também o conceito de "*uma economia social de mercado altamente competitiva*", em que os aspetos sociais são adicionados aos económicos, o que não significa, porém, que daí decorra (automaticamente) um modelo social europeu. Aliás, atendendo à sua inserção entre os objetivos gerais da União não se pode concluir, por si só, a opção da União por um determinado modelo económico. Na verdade, tudo depende da densificação deste conceito.

---

106 Cfr. Drexl, 2011: 424 ss.

107 *Vid.* artigo 345.º TFUE.

108 *Vid.* artigo 119.º, n.ºs 1 e 2, TFUE.

109 *Vid.* artigo 119.º, n.º 3, TFUE.

110 *Vid.* artigo 3.º, n.º 3, TUE (após TL).

111 *Idem.*

4.3.3. O epicentro da concorrência no mercado interno (MI)

Pese embora a constituição económica europeia abarcar um conjunto vasto e diversificado de matérias, a verdade é que, para as correntes doutrinárias (mais) próximas quer do *ordoliberalismus* quer do *neoliberalismo*, a pedra angular da constituição económica é constituída pelo regime da concorrência. As primeiras privilegiam a noção de *economia social de mercado*. As segundas colocam a enfâse na *economia de mercado*. Acrescem ainda as correntes doutrinárias (mais) próximas do intervencionismo público que visam relativizar o regime da concorrência em prol de outros fins, designadamente da competitividade a nível internacional[112]. A consagração de "*um regime que garanta que a concorrência não seja falseada no mercado interno*" no nível intermédio em conjugação com o conjunto das finalidades económicas acima descritas testemunha, no entender de Josef Drexl, o estatuto superior conferido à política de concorrência no corpo dos Tratados em virtude da influência do *ordoliberalismus* da Escola de Friburgo[113]. Não se pode perder de vista, aliás, que o *ordoliberalismus* colocava a disciplina da concorrência no centro do ordenamento jurídico da economia[114]. É que, enfatize-se, para a citada corrente doutrinária as liberdades económicas mostram-se tão importantes quanto as liberdades políticas, revestindo as regras de concorrência uma importância decisiva, daí a sua posição nuclear na constituição económica[115]. Mas o regime da concorrência também é visto como crucial por parte das correntes neoclássicas, só que estas privilegiam os critérios da eficiência económica (*economic efficiency*) e do bem-estar.

A polémica teve por base as alterações introduzidas pelo Tratado de Lisboa (TL) quer no Tratado da União Europeia (TUE) quer no TFUE[116]. É que, se num primeiro momento o TUE enuncia os valores da União Europeia para num segundo momento o TFUE desenhar as competências da União, a verdade é que, pelo caminho, deixa de consagrar a existência de "*um regime que garanta que a concorrência não seja falseada no mercado interno*" [ex-artigo 3.º, n.º 1, alínea g), TCE (após TNice)][117]. O TFUE estabelece que a União dispõe de

112 Cfr. Goucha Soares, 2010: 21 ss., espec. 30 ss.

113 Drexl, 2011: 419 ss.

114 Cfr. Cassesse, 2001: 907 ss.

115 *Supra* n.º 2.

116 *Supra* n.º 4.1.

117 Quanto à previsão do estabelecimento de "um regime que garanta que a concorrência não seja falseada no mercado interno", *vid.* Acórdão, de 21 de fevereiro de 1973 *Continental Can* (Proc. 6/72).

competências exclusivas no domínio "*do estabelecimento das regras de concorrência necessárias ao funcionamento do mercado interno*"[118], mas não determina que essas regras devem garantir que a concorrência não seja falseada no mercado interno[119]. Parecendo, deste modo, "abrir as portas" à política industrial com vista a proteger as grandes empresas nacionais[120]. Uma desqualificação quanto à garantia da concorrência que constituiria, desde logo, um rude golpe para as conceções que colocam a concorrência no centro do ordenamento jurídico da economia. A verdade, porém, é que o Tratado de Lisboa adicionou a fórmula protocolar nesta matéria ao estabelecer no Protocolo relativo ao mercado interno e à concorrência *"(…) que o mercado interno, tal como estabelecido no artigo 3.º do Tratado da União Europeia, inclui um sistema que assegura que a concorrência não seja falseada*"[121]. Consequentemente, prevê que "*para esse efeito, a União, se necessário toma medidas ao abrigo do disposto nos Tratados, incluindo do artigo 352.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia*"[122]. E não se pode perder de vista que "*os protocolos e anexos dos Tratados fazem deles parte integrante*"[123]. Aliás, após a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, o TJUE já teve oportunidade de sublinhar o carácter fundamental das disposições do Tratado em matéria de concorrência, incluindo as disposições do Protocolo (n.º 27) relativo ao mercado interno e à concorrência, salientando que o referido Protocolo, ao abrigo do artigo 51.º TUE, faz parte integrante dos Tratados, razão pela qual é indubitável que o mercado interno inclui um sistema que assegure que a concorrência não seja falseada[124].

5. A COMPATIBILIDADE ENTRE A CONSTITUIÇÃO ECONÓMICA PORTUGUESA E A CONSTITUIÇÃO ECONÓMICA EUROPEIA

O problema da compatibilização do ordenamento jurídico português com o (então) ordenamento jurídico comunitário começou a colocar-se ainda antes da assinatura do Tratado de adesão de Portugal às (então) Comunidades europeias,

118 *Vid.* artigo 3.º, n.º 1, alínea b), do TFUE.

119 Cfr. Drexl, 2011: 437 ss.

120 *Idem.*

121 *Vid.* Protocolo (n.º 27.º) relativo ao mercado interno e à concorrência, em anexo ao TUE e ao TFUE

122 *Idem*.

123 *Vid.* artigo 51.º TUE (após TL).

124 *Vid.* Acórdão do Tribunal de Justiça de 17 de novembro 2011, *Comissão vs. Itália* (Proc. C-496/09).

em junho de 1985[125]. Bem vistas as coisas, além do processo de neutralização ideológica (dos aspetos de pendor socializante da versão original) da Constituição, começou também a ser operada, logo nos anos oitenta do século XX, uma convergência do ordenamento jurídico nacional com o comunitário, quer ao nível do texto constitucional quer ao nível da legislação ordinária. Porém, ao invés de focar apenas o problema da compatibilização do ordenamento jurídico nacional face ao da União europeia, parece-nos que a análise metodológica pode (e deve) ser efetuada com base num outro ponto de partida. Com efeito, a análise pode assentar (mais) no modo como a constituição económica europeia se integra nas constituições económicas nacionais[126]. Isto quer ao nível do direito primário quer do direito derivado. Aqui avulta não só a problemática das competências da União Europeia (*v.g.*, princípio das competências de atribuição, princípio da subsidiariedade, princípio da proporcionalidade)[127] e de outros princípios da União Europeia (*v.g.*, princípio da cooperação leal[128]) como até dos princípios construídos pela jurisprudência pretoriana do Luxemburgo (*v.g.*, princípio do primado[129], teoria do efeito direto[130]). Assim, se a ordem jurídica da União Europeia goza de autonomia, a verdade é que é necessário proceder à sua articulação com os ordenamentos jurídicos dos respetivos Estados-membros. Mas não é só o ordenamento jurídico da União Europeia que dispõe de instrumentos para proceder à referida articulação (*v.g.*, princípio da cooperação leal, mecanismo das questões prejudiciais, princípio do primado, teoria do efeito direto, teoria da interpretação conforme). A Constituição portuguesa (CRP) também dispõe de mecanismos para permitir a mencionada articulação. Assim, partindo com Gomes Canotilho[131] da centralidade da Constituição (portuguesa) como *fonte de conhecimento*, bem como das suas três importantes funções enquanto *norma primária sobre a produção jurídica*, designadamente a de *identificar as fontes de direito do ordenamento jurídico português*, a de *estabelecer os critérios de validade e eficácia de cada uma das*

125 *Supra* n.º 3.3.2.

126 Cfr. Cassesse, 2001: 907 ss., espec. 919-921.

127 *Vid.* artigo 5.º TUE (após TL).

128 *Vid.* artigo 4.º TUE (após TL).

129 *V.g.* Acórdão do Tribunal de Justiça de 15 de julho de 1964, *Costa vs. Enel* (Proc. 6/64).

130 *V.g.*, Acórdão do Tribunal de Justiça de 5 de fevereiro de 1963, *Van Gend en Loos* (Proc. 26/62).

131 Cfr. Gomes Canotilho, 2007: 693 ss.

fontes e a de *determinação da competência das entidades que revelam normas de direito positivo*, mostra-se decisivo invocar no texto constitucional português a *cláusula de integração europeia*[132], a *cláusula de receção das normas de direito da União* (que oferece solução ao problema de vigência)[133], assim como o *regime sobre a transposição de atos jurídicos da União Europeia*[134]. Em última análise, procura-se assegurar a *unidade do sistema jurídico* que constitui uma matéria desafiante atenta a necessidade de conviver com uma *pluralidade de ordenamentos jurídicos superiores*, como sejam o constitucional, o da União Europeia e até o internacional[135].

Em virtude, pois, da articulação do ordenamento jurídico da União Europeia com o ordenamento nacional, a ordem jurídica fundamental da economia surge como um todo. Como salienta Sabino Cassesse, é necessário considerar ambas constituições económicas (europeia e nacional) entroncadas uma na outra[136]. Com efeito, relevante é apurar a ordem jurídica fundamental da economia, *i.e.*, a que regula os aspetos essenciais da atividade económica (nacional) que, bem vistas as coisas, resulta da conjugação da constituição económica europeia com a constituição económica nacional.

6. AS REPERCUSSÕES DA CRISE ECONÓMICO-FINANCEIRA

As finanças públicas têm constituído uma fonte de preocupações. A crise das dívidas soberanas colocou em evidência os desequilíbrios macroeconómicos e as vulnerabilidades da economia portuguesa. A nível internacional, as campainhas de alarme começaram a soar em 2007 com os graves problemas ocorridos no mercado de crédito imobiliário de alto risco nos Estados Unidos (*subprime*). Como um rastilho, a crise atingiu em força o setor financeiro e alastrou-se a outras partes do mundo, acabando por chegar à Europa. O sistema bancário e financeiro europeu tem passado por enormes dificuldades. Os Estados foram chamados a intervir. Mas os próprios Estados não ficaram incólumes e a crise atingiu as finanças públicas. Em muitos Estados europeus, o défice e a dívida pública alcançaram níveis preocupantes. Em 2009, disparou a crise das dívidas

132 *Vid.* artigo 7.º, n.º 6, CRP.

133 *Vid.* artigo 8.º CRP.

134 *Vid.* artigo 112.º, n.º 8, CRP.

135 Cfr. Gomes Canotilho, 2007: 693 ss.

136 *Op. cit.*, 2001, pp. 919 ss.

soberanas. Os países da periferia da zona euro exibiram as respetivas vulnerabilidades. Alguns Estados-membros da União Europeia viram-se obrigados a recorrer ao auxílio financeiro internacional. Em 2011, o infortúnio bateu à porta de Portugal. A sustentabilidade das finanças públicas portuguesas acabou por ser posta em causa. Quase no limite, perante a crescente dificuldade de acesso aos mercados (financeiros) para se (re)financiar, o Estado português acabou por solicitar, em abril 2011, um auxílio financeiro à União Europeia (UE), aos Estados-membros da zona Euro e ao Fundo Monetário Internacional (FMI). A concessão de assistência financeira encontrou-se sujeita a "condicionalidade". Em maio de 2011, foi celebrado um Memorando de Entendimento sobre as Condicionalidades de Política Económica (*Memorandum of Understanding*, abreviadamente MoU). Assim, a partir de 2011 Portugal encontrou-se sob assistência financeira internacional no contexto do *Programa de Assistência Económica e Financeira* (PAEF), monitorizado pela denominada *Troika* (Fundo Monetário Internacional – FMI, Comissão Europeia – CE e Banco Central Europeu – BCE). Enquanto durou o PAEF, a partir de maio de 2011, a *Troika* (FMI, CE e BCE) e as suas sucessivas revisões fizeram parte do panorama político, económico e financeiro português. Existia, portanto, um quadro geral de constrangimentos decorrentes do *Programa de Assistência Económica e Financeira* (PAEF). Não se pode, porém, perder de vista que a União Europeia também desencadeou um processo de reforma do respetivo ordenamento jurídico europeu com impacto direto nos Estados-membros[137].

Por conseguinte, fruto de uma situação bastante delicada, Portugal viu-se obrigado a recorrer à ajuda financeira externa e, consequentemente, ao cumprimento de um severo programa de reformas em diversos domínios, tais como: política orçamental; regulação e supervisão do sistema financeiro; medidas orçamentais estruturais (envolvendo o quadro da gestão financeira pública, o enquadramento orçamental, as parcerias público-privadas, o setor empresarial do Estado, as privatizações, a administração fiscal e segurança social, a administração pública, a saúde, o mercado de trabalho, a educação e formação); mercados de bens e serviços (tais como a energia, as telecomunicações e os serviços postais, os transportes e o mercado de habitação); e, por último, condições gerais de enquadramento (designadamente o sistema judicial, a concorrência, os contratos públicos e o ambiente empresarial). Pese embora, não ter ocorrido nenhuma revisão constitucional desde o estalar da crise das dívidas

137 Cfr. Irujo, 2012: 91 ss.

soberanas o certo é que o ordenamento jurídico da economia se viu, no contexto do PAEF, objeto de intensa reforma (*v.g.*, alteração do regime da vedação do acesso à iniciativa económica privada, alteração do regime das reprivatizações, incluindo o fim das *golden-shares*, reforma do regime jurídico do setor empresarial do Estado, alteração do regime jurídico da concorrência)[138]. Isto para não falar das evoluções registadas (mais) no campo das finanças públicas com impacto (direto ou indireto) na ordem económica nacional.

Durante o século XX, as crises desempenharam um papel importante na legitimação do direito da economia, nomeadamente na faceta de direito de intervenção pública na economia[139]. A crise das dívidas soberanas e a situação particular de Portugal, especialmente após o início do PAEF, contribuiu para legitimar uma alteração de parcelas (não negligenciáveis) do ordenamento jurídico, inclusive do ordenamento jurídico da economia. Só que, ao invés de outros períodos (históricos) em que se verificava um aumento do peso do Estado na economia, muitas das alterações ocorridas durante o PAEF apontaram para uma retração das funções económicas e sociais do Estado.

7. NOTAS FINAIS

Portugal conhece quatro fases de constituições económicas, o que é (bem) demonstrativo do percurso histórico das relações entre o direito e a economia ao longo do século XX[140]. A quarta fase, ainda em curso, iniciou-se na segunda metade dos anos oitenta do século passado e apresenta evoluções notáveis, nomeadamente quanto à crescente interdependência da ordem jurídica portuguesa com a da União Europeia[141]. Com efeito, por força do processo de integração europeia, o ordenamento jurídico português da economia assume-se como largamente tributário do ordenamento da União Europeia. Julgo importante sublinhar que em virtude do processo de articulação entre a ordem jurídica da União Europeia e a ordem jurídica nacional, a constituição económica – designadamente em sentido material – resulta da conjugação da constituição económica europeia com a constituição económica nacional[142].

138 *Vid.*, respetivamente, Lei 35/2013, de 11 de junho, Lei 50/2011, de 13 de setembro, DL 133/2013, de 3 de outubro e Lei 19/2012, de 8 de maio.

139 Cfr. Videlin, 2010: 659 ss., espec. 727 ss.

140 *Vid. supra* n.º 3.

141 *Vid. supra* n.º 4.

142 *Vid. supra* n.º 5.

Por último, a crise económica e financeira, além de se ter instalado no âmago do ordenamento jurídico, provocando, por isso, alterações de enorme amplitude, contribuiu para legitimar uma alteração do ordenamento jurídico português, nomeadamente no que respeita aos aspetos económicos, sociais e financeiros[143].

143 *Vid. supra* n.º 6.

BIBLIOGRAFIA

Bassols Coma, Martim
1985 *Constitucion y Sistema Económico*, Editorial Tecnos.
Blumann, Claude
1996 *Politique Agricole Commune*, Litec.
Cassesse, Sabino
2001 "La Costituzione Economica Europea", *in Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, n.º 6, Giuffrè editore.
2006 *La nuova costituzione económica*, Editori Laterza.
Drexl, Josef
2011 "La Constitution Économique Européenne – l'Actualité du Modèle Ordo-liberal", *Revue Internationale du Droit Économique*, 2011/4.
Giacone, Alessandro & Olivi, Bino
2007 *L'Europe difficile*, Folio Histoire, Gallimard.
Georgopoulos, Théodore
2008 «Sur le concept de «Constitution Économique de l'Union Européenne»», in *La Constitution économique de l'Union européenne*, Bruylant.
Gomes Canotilho, J. J.
2007 *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª edição, Almedina.
Gonçalves, José Renato
2010 *O Euro e o Futuro de Portugal e da União Europeia*, Wolters Kluwer – Coimbra Editora.
Goucha Soares, António
2010 "A Questão dos Chamados Campeões Nacionais no Direito Comunitário da Concorrência", *in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha*, Almedina, vol. I.
Irujo, Antonio Embid
2012 *La Constitucionalización de la Crises Económica*, Iustel.
Moreira, Vital
1979 *Economia e Constituição*, 2.ª edição, Coimbra Editora.
1997 *Auto-Regulação Profissional e Administração Pública*, Almedina.
Moreira, Vital & Maçãs, Fernanda
2003 *Autoridades Reguladoras Independentes – Estudo e Projeto de Lei-Quadro*, Coimbra Editora.
Molinier, Joël & De Grove-Valdeyron, Nathalie
2011 *Droit du marche intérieur européen*, 3.ª edição, LGDJ.

Paz Ferreira, Eduardo
1999 *União Económica e Monetária – um guia de estudo*, Quid Juris.
2001 *Em Torno das Constituições Financeira e Fiscal e dos Novos Desafios na Área das Finanças Públicas*, AAFDL.
Pitta e Cunha, Paulo de
1993 *Integração Europeia – Estudos de Economia, Política e Direito Comunitários*, Imprensa Nacional – Casa da Moeda.
Rogoff, Kenneth & Reinhart, Carmen
2014 *Desta vez é diferente*, Actual.
Sousa Franco, António
1982-1983 *Noções de Direito da Economia*, Vol. I, AAFDL.
2007 Finanças *Públicas e Direito Financeiro*, Vol. I, 4.ª edição, Almedina.
Sousa Franco, António Sousa & d'Oliveira Martins, Guilherme
1993 *A Constituição Económica Portuguesa – ensaio interpretativo*, Almedina.
Vaz, Manuel Afonso
1998 *Direito Económico*, 4.ª edição, Coimbra Editora.
Videlin, Jean-Christophe
2010 «Le droit public économique et les crises économiques: aproche historique, in Le droit public économique face à la crise économique», *Revue Française de Droit Administratif*, n.º 4, juillet-août.
Zippelius, Reinhold
1997 *Teoria Geral do Estado*, 3.ª edição, Fundação Calouste Gulbenkian.

TAXES: COMPETITION'S ALLY OR FOE?

Francisco Andrade de Portugal

Abstract: *This article shows that taxes are frequently a foe but also an ally of competition. Traditionally, both the legal doctrine and economic theory see taxes as an obstacle to competition. The imposition of a tax affects the supply and demand and therefore interferes with the normal balance of the market. Custom duties and tax aids are basic examples of how taxes can restrict competition. Despite of the obstacles that taxes often represent to competition, the author believes that taxes must also be regarded as an ally to the extent that they can foster competition as well as be used to correct serious market failures, some of the most important purposes of competition policy.*

Index: 1. Introduction. 2. Taxes as a Foe of Competition. 2.1. General Context. 2.2. Custom Duties. 2.3. Tax Aids. 2.4. The Lack of Tax Coordination. 2.5. Harmful Tax Competition. 2.6. Base Erosion and Profit Shifting Cases. 3. Taxes as an Ally of Competition. 3.1. General Context. 3.2. Custom Duties. 3.3. Transfer Pricing Rules. 3.4. Environmental Taxes. 3.5. VAT Coordination. 4. Conclusions and Recommendations. 4.1. General Context. 4.2. Common Consolidated Corporate Tax Base. 4.3. OECD Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting. 4.4. Recommendations. 4.5. Final Conclusions.

1. INTRODUCTION

The main purpose of this essay is to show that taxes are frequently a foe but also an ally of competition. Traditionally, not only legal doctrine but also economic theory sees taxes as an obstacle to competition. The imposition of a tax whether on production or on consumption interferes with the normal balance of the market, affecting supply and demand as it raises prices on the market.[1] Furthermore, transfers of financial resources from market actors to the State and vice versa always open doors for distortions of competition. Thus, taxes affect the natural allocation of financial resources in the market

1 Ribeiro Brazuna, 2009: 43.

and there is the possibility that they affect it in an inappropriate way from a public interest perspective.

However, the fact that distortions of competition may occur whenever there is a transfer of financial resources from market actors to the State and vice versa does not necessarily mean that undue distortions will occur. Not denying that taxes frequently constitute a significant obstacle to competition, one cannot restrict the effects of taxes to their negative side. In spite of the obstacles that taxes often represent to competition, it is the author's opinion that taxes must also be regarded as an ally, to the extent that they can foster competition as well as be used to protect the interest of all market participants and correct serious market failures. For instance, governments can make use of the tax system to foster competition in monopolistic markets, protecting all market participants from the harmful effects that such a market can originate and thus correcting a market failure.

Therefore, the author sustains that the negative and the positive effects that taxes have on competition are two sides of the same coin. Whereas in some cases taxes are a foe of competition, in other cases they function as a true ally.

As the OECD notes, "[t]he actual impact of [tax] state aids and subsidies is difficult to assess. On the one hand, they may cause distortions and inefficiencies. On the other hand they are frequently rationalised as an instrument to tackle market failures and to produce positive externalities".[2] The assessment of whether the impact of taxes on competition is positive or negative will ultimately depend on the delimitation of the main purposes of competition law. If we consider that the protection of the free market *per se* is the main goal of competition law, we will easily find situations where taxes have a negative impact on competition. Conversely, if we consider that the ultimate purpose of competition law is the protection of all market participants (producers, distributers, sellers, consumers and ultimately society) and that the protection of the free market is just a mean to achieve a superior end (societal welfare) taxes will more often be considered an ally of competition. The author tends towards the latter approach.

Even though this is a topic with relevance at WTO level, this study will be limited to the European context. The legal framework in the European Union regarding taxes and competition is very peculiar and provides an excellent theoretical basis to launch a pertinent debate. Irrespectively of what we

2 OECD, 2010: 1.

consider to be the ultimate goal of competition law, the lack of tax coordination prevailing in the EU must be considered a major factor responsible for distorting competition in the internal market. Companies exercising activities in the same single market are treated differently according to the location of their headquarters, which results in unfair competition. Furthermore, the lack of tax coordination involves high compliance costs for companies exercising activities throughout the internal market, which makes them less competitive, efficient and innovative. As a consequence, we will fundamentally focus on the problems that the legal *status quo* in the European Union regarding taxes entails for competition. Nevertheless, the fact that this work is limited to the European context does not preclude the possibility of making sporadic references to other regimes like the WTO, OECD and EFTA, when convenient.

2. TAXES AS A FOE OF COMPETITION

2.1. General Context

Competition can be a really valuable tool to improve the welfare of European citizens. Increased competition can lead to higher efficiency, innovation, and cheaper and better products. As a consequence, the competitive process should remain undistorted, unless there is a valid reason of public interest justifying the distortion.

Since taxes represent a significant financial burden and affect the supply and demand of resources in the market, they affect market participants' performance. Consequently, taxes are liable to create obstacles to the competitive process. When governments make use of the tax system to benefit certain firms, sectors or regions, without the public interest in their horizon, they may be creating serious obstacles from a competition policy perspective.

In the present Part of this article, the author analyses numerous situations where taxes affect competition. We will begin by explaining the negative impact that custom duties and tax aids can have, from a competition policy perspective. Both custom duties and tax aids are instruments that governments have at their disposal to protect certain national companies, restricting competition. These issues are, nonetheless, satisfactorily regulated in EU law in order to avoid serious distortions of competition.

Then, we will analyse some of the problems that the current legal tax framework implies for European companies, distorting competition and preventing them from being fully competitive and efficient, some of the most

important purposes of competition policy. That is the case, for instance, of the application of different tax rules in the internal market.

The author will then analyse the serious problems originated by tax competition, which emerge when countries compete with each other through the tax system on an individual basis in order to attract direct investment to their jurisdictions. These problems include waste of fiscal revenues and obscurity in national tax systems. But the most serious problem that tax competition originates from a competition policy perspective is that it affects the level playing field, making competition in the internal market very unfair.

Finally, the author will describe the serious distortions of competition that several companies, with the assistance of some governments (especially, the Irish, the Luxembourg, and the Dutch), have been creating in the internal market over the last years by resorting to aggressive tax planning, which includes the erosion of tax bases, the shifting of income and agreements between these companies and the national governments, which can consubstantiate into tax aids.

2.2. Custom Duties

Custom duties or tariffs are a simple example of how taxes can have a negative impact on competition and trade. Some authors even consider custom duties as the most evident tax impediment to the functioning of the internal market.[3]

Custom duties are taxes levied on goods imported into one country by the custom authorities. These taxes can be imposed on a specific basis (not based on the value of the imported product but rather on its weight, volume or quantity) or on an *ad valorem* basis (they are calculated based on the value of the imported product i.e., through the application of a tax rate) or as a combination of both.[4]

Custom duties have dual functionality. On one hand, they serve to raise revenues for the State. On the other hand and most importantly for the purpose of this article, custom duties often serve to protect specific domestic industries from foreign competitors.[5] These taxes increase the price of imported goods, thus discouraging their purchase and giving an advantage to locally--produced goods.

3 See for instance, Terra & Wattel, 2005: 7.

4 Guzman & Pauwelyn, 2012: 167.

5 IBFD, 2015: 109.

Custom duties are a tool that allows governments to protect their economy, controlling the flow of goods. Such control of importation may however constitute a serious restriction of competition. Custom duties interfere with the normal balance of the market, affecting the natural supply and demand as they increase the prices of foreign goods. If all the countries massively discourage the importation of goods and services, free trade and economies of scale would not be possible, resulting in less competition and harming the average citizen.

By discriminating domestic and foreign goods, governments ease the production of national products, reducing internal competition with all the problems that it entails, e.g., less innovation as well as more expensive and worst-quality products. Custom duties might therefore be a serious foe of competition.

The European Union plays an important role in the regulation of custom duties. In accordance with Article 28 of the TFEU, the European Union is a Customs Union. As a consequence, Member States are forbidden of imposing custom duties or any charge having an equivalent effect to a custom duty in order to facilitate the free trade of goods and services in the internal market and avoid distortions of competition (Article 30 of the TEU).[6]

Moreover, Article 110 of the TEU prohibits any discriminatory and protective internal taxes. Thus, while Article 30 deals with fiscal barriers to trade levied at the frontiers, Article 110 addresses fiscal rules that apply internally within a Member State, prohibiting aggravated taxes on similar foreign goods. According to Barnard, these provisions are supposed to guarantee the complete neutrality of internal taxation as regards competition between domestic and imported products in order to ensure normal conditions of competition.[7]

The Community Customs Code[8] entered into force in 1992, and was replaced in 2008 by the Modernised Customs Code.[9] Through these legal instruments the European Union gave application to the Treaty provisions and effectively prevented the imposition of custom duties in the internal market,

6 According to Terra and Wattel, "[a] 'charge having an equivalent effect' to a customs duty is any pecuniary charge, under whatever name or scheme, for whatever purpose, however small, levied by a Member State on the occasion of the border-crossing of products". See Terra & Wattel, 2005: 7.

7 Barnard, 2010: 51.

8 Council Regulation (EEC) No 2913/92 of 12 October 1992.

9 Regulation (EC) No 450/2008 of the European Parliament and of the Council of 23 April 2008.

eliminating any restriction of competition that the differentiated tax treatment between national and foreign goods implies.[10]

Contrarily to the WTO, that only establishes that Member States are obliged to keep the applied custom duties rates below an established tariff ceiling,[11] the EU prohibits the imposition of any custom duty on goods crossing the internal market, because those custom duties are regarded as a deterrent for competition and an impediment to the functioning of the internal market.

Therefore, custom duties represent an obvious situation where taxes have a serious impact on competition. And not only taxes that are levied at the frontier may affect competition and international trade. Taxes applied internally, conferring a differentiated treatment between similar national and foreign goods, may also severely affect competition. Nevertheless, the reality is that the imposition of these taxes is stringently regulated at WTO and especially at European level, with the purpose of avoiding the harmful effects that it involves for competition and, consequently, for society.

2.3. Tax Aids

Governments often intervene in the market by granting financial aids to certain sectors or specific companies with the purpose of solving market failures. The problem is that occasionally, either by lack of budgetary discipline, powerful lobbies or due to corruption, governments do not perform such task adequately from a public interest perspective.[12] Sometimes governments grant public money through the tax system (tax exemptions, tax allowances, tax deferrals…) to companies that do not pursue activities of public interest or, even if they do so, the funds are granted in a selective manner whereas they should have been attributed in a general way. The grant of selective tax advantages should be avoided whenever possible from a competition policy perspective, to avoid distortions of the level playing field.

---

10 In fact, one of the most important objectives of the Modernised Customs Code was to create a level playing field in the single market through the harmonisation of administrative penalties and the replacement of rules based on national law with Community rules. See Terra & Wattel, 2005: 329.

11 Under the WTO rules the imposition of custom duties is not totally prohibited. The WTO merely establishes their gradual reduction. The WTO established tariff ceilings, which each WTO Member must respect. This means that WTO Members are under an obligation to keep their applied custom duties rates at or below the level of the ceiling. See Guzman & Pauwelyn, 2012: 167.

12 Buelens, Garnier, Meiklejohn & Johnson, 2007: 8.

In the same manner that custom duties affect competition and international trade, the same can be said about tax aids granted to the production of certain products. For instance, if one government grants a selective tax advantage to one of its national companies with the aim of stimulating the export of national products, it is distorting competition and international trade. This measure allows the company to sell its products at lower prices and places it in a situation of comparative advantage over its competitors (either national or foreigner), distorting competition and ultimately affecting the normal supply and demand. Subsidies or state aids, in particular tax aids, constitute a typical barrier to trade and create severe distortions of competition.

A tax aid is characterised by always involving a transfer of state resources by public authorities, even if indirectly, in the form of foregone revenue for the State. Also, a tax aid implicates the selective grant of an economic advantage to an undertaking and it is a measure that distorts or at least has the potential to distort competition and trade between Member States.

Provided it is made in selective terms, the adoption of any of the following measures may constitute distortive tax aid: the grant of a reduction of the tax base (through tax allowances or extraordinary amortizations), the grant of a reduction of the amount of tax due (through tax exemptions or tax credits), the grant of tax deferrals or even exceptional rescheduling of the tax debt.[13]

Thus, tax aids may severely affect competition, with all the problems that less competition entails in the long run for the average citizen (less innovation as well as more expensive and worst-quality products). For that reason, tax aids are in principle forbidden by the GATT[14] as well as by EU state aid control.

One case that has attracted much attention and is a good example of how taxes can assume the form of distortive aids concerns the giant of informatics Apple Inc. Recently, Apple's Chief Financial Officer admitted before the US Senate that Apple negotiated with the Irish government a 2% corporate income tax applicable to Apple's subsidiary based in Ireland, whereas the normal corporate income tax in Ireland is 12.5%.[15]

Apple argues that the company did not violate the law since such favourable tax treatment granted by the Irish government cannot be regarded as illegal state aid. The issue in this case is whether this tax treatment granted by

13 Maito da Silveira, 2011: 219 et seq.

14 Article 1 of the Agreement on Subsidies and Countervailing Measures.

15 See Bradshaw, Barker & Houlder, 2014.

the Irish government was selective or not. Even if by law such favourable tax treatment could be granted in favour of any company, it can still be regarded as selective aid if in practice it only applies to that company (*de facto* selectivity). There are no doubts that in this case the remaining conditions for a measure to be considered tax aid are present, since it implies a loss of revenue for the Irish budget (transfer of State resource), confers an economic advantage to Apple and affects trade and competition between Member States.

Thus, the European Commission has to scrutinise if this aid was granted selectively and if it falls under any exception to the general prohibition of state aid foreseen on Articles 107(2) and 107(3). If the Commission considers this measure as prohibited tax aid, such a decision would imply the reestablishment of the situation that previously existed, i.e., the recovery of the illegally granted state aid (about 10.5% of Apple's turnover during the past ten years, since the agreement dates back to 1991, but the powers of the Commission to order the recovery of unlawful state aid are limited to a period of ten years) and the respective interest.

Thus, one must conclude that tax aids represent another situation where taxes can be a serious foe of competition, making the competitive process truly unfair. Tax aids granted to certain undertakings can distort the level playing field in the internal market inasmuch as they put their recipients in a comparative advantage over their competitors, causing damages to the average European citizen in the long run.

2.4. The Lack of Tax Coordination

The lack of tax coordination in the EU and the consequent existence of 28 different tax systems in the internal market also creates significant obstacles to competition, at various levels.

Firstly, European firms compete under different rules. These different rules do not only involve the application of different tax rates, but also different administrative procedures (different temporal requirements and different financial costs to satisfy the tax obligations) and different accounting rules. This opinion is supported by Terra and Wattel, who unreservedly say that "[d]ifferences between Member States' domestic laws and administrative practices may cause serious distortions to the conditions of competition within the internal market".[16]

16 Terra & Wattel, 2005: 21.

A company that is allowed to satisfy one specific tax obligation in one year is certainly in advantage facing a company that is obliged to satisfy the same tax obligation in one month. During that one-year period the first company has at its disposal financial resources that may result in a better performance in the market whereas its competitor had to deliver those financial resources to the State coffers by the end of the one-month period. So, not only the different tax rates applicable across the EU, but also the different administrative procedures and the different accounting rules, make the competition process unfair.

Another example that illustrates how different tax rules in the internal market distort competition can be found in the excise duties applied on gasoline across the EU territory. Even though excise duties were supposed to be harmonised at European level due to the imposition made by Article 113 of the TFEU,[17] the truth is that the Directive[18] giving application to such provision is not stringent enough to effectively coordinate the application of excise duties on gasoline. Due to the level of dependence on this good, the price of gasoline plays a key role in several industries, such as distribution companies, car rental and trucking. The application of different excise duties on gasoline across the internal market changes significantly the price of this good, distorting competition in those industries. For instance, since the beginning of the year 2015, taxes (which include excise duties, a new road contribution, a new carbon fee and VAT) are responsible for a relative increase of the price of gasoline in Portugal by 13.7% (€0.19 per litre) when compared to the neighbouring country Spain. This makes it very difficult for Portuguese companies whose economic activity highly depends on gasoline to be as efficient and competitive as their neighbouring competitors.

This variance of the tax rules within the internal market has the additional disadvantage of harming companies that exercise economic activities across the internal market. Companies exercising activities throughout the internal market must be aware of the tax rules applicable in all jurisdictions where they perform an economic activity and they also have to deal with the tax administration of each Member State. Thus, a company that performs an economic activity in all Member States must be aware of the specificities of each of the

17 Article 113 of the TEU provides that "[t]he Council shall (...) adopt provisions for the harmonisation of legislation concerning turnover taxes, excise duties and other forms of indirect taxation to the extent that such harmonisation is necessary to ensure the establishment and the functioning of the internal market and to avoid distortion of competition".

18 Council Directive 2008/118/EC of 16 December 2008.

28 tax systems of the European Union, in order to satisfy its tax obligations. Furthermore, it also has to deal with 28 tax administrations. This involves high compliance costs and heavy administrative burdens for that company.[19] As a consequence, the lack of tax coordination makes EU-based companies less efficient and less competitive. The adoption of common standards applicable throughout the internal market is fundamental from a competition policy perspective, in order to make European companies more competitive and efficient.

European firms have to face extra difficulties when compared to their American, Japanese or Chinese competitors, who only have to deal with one tax system and one tax administration, even though they exercise economic activities throughout their whole respective territory.[20] Facing European firms, the foreign counterparts can be more competitive and have a better performance in the worldwide market, because they have less compliance costs and less administrative burdens. In the long run, the European economy is not able to accompany the growth of its rival economies, which has negative consequences for European citizens.

Therefore, one concludes that the lack of tax coordination in the internal market represents a strong obstacle to competition. On the one hand, it results in unfair competition because it obliges European firms to compete with each other under different tax rules, affecting the level playing field. On the other hand, the lack of tax coordination makes companies exercising economic activities throughout the internal market less competitive due to the high compliance costs that they have to support to fulfil their tax obligations. The fact that European companies are less competitive is something that is against the main objectives of EU competition policy.

1.5. Harmful Tax Competition

Harmful tax competition is another problem that reflects the negative impact that taxes have on competition. First of all, it is important to note that harmful tax competition is a problem that affects not only EU Member States, but all countries in the world.[21]

It is a given that competition is an economic phenomenon that does not only exist between market actors. In fact, countries also compete between

19 See Spengel & Wendt, 2007: 8.

20 European Commission, 2011: 6.

21 See Schön, 2003: 38.

themselves with the purpose of attracting the maximum amount of businesses and capital possible to their jurisdictions by granting tax benefits to that effect. However, the exaggerated use of these incentives can lead to serious problems.

Globalisation and the consequent reduction of barriers to trade, especially in the EU due to the fundamental freedoms, have increased firms' options to establish their businesses in low tax jurisdictions. Being aware of this reality, during the last three decades, countries all over the globe have increasingly granted tax benefits and reduced the corporate income tax rates with the intention of attracting foreign capital to their jurisdictions.[22] This governmental behaviour has serious consequences from a competition policy perspective.

One could think that the substantial reduction of corporate income tax rates in an extensive number of jurisdictions of the globe is a positive outcome for competition, because when taxation is reduced companies have more financial resources at their disposal so they can be more efficient and competitive. The supporters of tax competition say that tax competition encourages operational efficiency and makes States responsive to citizen preferences. Further, they argue that tax competition leads to coordination through the reduction of taxation.[23]

Not denying that a certain degree of tax competition can have positive effects, one cannot neglect the negative effects that an intensive and reckless tax competition may originate, as shown by the following example.

If a country grants one tax benefit to attract foreign companies to its territory, the neighbour country may feel under pressure because it does not want to lose capital in favour of the first, and so grants an equivalent tax benefit. Ultimately, the tax benefits granted do not increase the relative benefit to invest and both countries lose their fiscal revenues. Both countries would be better off without the grant of the tax benefits.[24] This measure has a negative effect as it is a waste of public fiscal revenues as well as resulting in a reduction of social welfare. Further, this behaviour may originate a vicious circle where countries grant tax benefits just to accompany their neighbours in the hope of not losing capital in their favour, which may lead to "fiscal degradation" and a "race to the bottom", where the bottom is the critical point in which the costs

22 OECD, 1998: 13.

23 See Bratton & McCahery, 2001: 680.

24 See Bal, 2014: 64.

of granting the tax benefits become superior to the benefits that they were supposed to generate. In the end is the society that will suffer.[25]

From a competition policy perspective, it is fundamental to keep in mind that harmful tax competition does not only affect countries' budgets, but also all market participants' performance, as it promotes unfair conditions of competition. Tax competition prevents the realisation of one of the most important goals of EU law, the maintenance of a level playing field.[26] Whereas some companies are subject to high corporate income tax rates, their direct competitors are taxed in the low tax jurisdictions of the Member States that joined the harmful tax competition process.

In order to move forward with the single market integration process and ensure that a true level playing field is reached, it is fundamental to coordinate the rules regarding the grant of tax benefits and reduce tax competition. Such coordination should reduce the divergence of tax treatments conferred in the internal market and allow European firms to compete under equivalent and fair conditions.

Harmful tax competition can create significant distortions of competition even at national level considering that it encourages a differentiated tax treatment between national and foreign businesses. As tax competition aims to attract foreign investment, governments grant a more favourable tax treatment to foreign businesses when compared to nationals. This discriminatory treatment between national and foreign businesses distorts competition internally. Additionally, it represents a violation of one of the cornerstones of the EU, the non-discrimination principle between nationals and foreigners.

Harmful tax competition also creates obscurity in national tax systems. The intense attribution of tax benefits increases the complexity of national tax systems and reduces legal certainty and transparency.[27] The lack of legal certainty is prejudicial for businesses since companies do not know on which ground they will step in the future. Moreover, the complexity of national tax systems increases the companies' administrative costs, which makes them less efficient and less competitive.

In conclusion, harmful tax competition is a serious problem from a competition policy perspective, as it affects the level playing field, the States' budgets,

25 See Ribeiro, 2006: 87.

26 See OECD, 1998: 9.

27 See Bal, 2014: 65.

instigates lack of legal certainty and promotes obscurity. The reckless use of tax benefits constitutes a serious obstacle to fair competition. As a consequence, tax policy makers should be focused on reaching a solution to solve this problem, which will certainly require the creation of rules coordinating the grant of tax benefits in the internal market.

2.6. Base Erosion Profit Shifting and Tax Aid Cases

Currently, there are more than a few cases under European Commission scrutiny that can be a good example of how certain tax measures can breach competition policy purposes, involving the erosion of tax bases, shifting of income and tax aids.

For years, multinational companies like Apple, Amazon, Facebook, Google, Starbucks and hundreds of others have developed complex tax planning, involving the creation of holding companies and subsidiaries in the European Union,[28] in order to minimise their tax obligations and consequently obtain a comparative advantage over their competitors.

Only recently, however, have these cases received proper attention by the competent authorities, much as a result of the financial crisis lived in the EU, which increased the need for Member States to consolidate their budgets. Recent investigations made by the International Consortium of Investigative Journalism also drew attention by leaking a vast number of documents that prove that Member States of the European Union, like Luxembourg and Ireland, have celebrated illegal tax agreements with some of the world's largest multinational companies (the so-called Luxembourg Leaks).

Countries like the US, the UK and France supported for years the process of globalisation as it promotes economic growth, creates jobs and fosters innovation. However, such countries are now recognising that global operations have been used by a vast number of multinational companies as a way to substantially reduce their tax obligations, increase their profits and acquire an illegitimate advantage over their competitors, thus affecting competition.[29]

Multinational companies have established their international headquarters in Member States of the EU that confer a much more favourable corporate income tax when compared to their original country. The 12.5% corporate

28 See Örberg, 2013: 5 et seq.

29 BMR Advisors, 2013.

income tax applicable in Ireland, for instance, is much more attractive than the 35% corporate income tax rate applied in the US.[30]

Additionally, these multinational companies earn profits in several countries, for instance in the UK or France, and then transfer the revenues to their headquarters, which are based in low-tax jurisdictions like Ireland, Luxembourg and the Netherlands. Thus, the profits made by these multinational companies are only taxed (at low tax rates) in the Member States where such companies established their headquarters.

These multinational companies take advantage of the existing loopholes of bilateral tax treaties to shift their profits to low tax jurisdictions, which results in double non-taxation or less than single taxation.[31] By evading taxes, these companies reduce their normal costs and obtain an unfair advantage over their competitors that adequately satisfy their tax obligations.

The UK and France are the Member States that have express most concern about the aggressive tax planning adopted by those companies. Actually, the UK is considering the creation of the so-called "Google tax", a tax which aims at preventing the losses of UK tax revenues caused by the aggressive tax planning practiced by such multinational companies, by targeting intra--group payments.[32]

While such aggressive tax planning can be disapproved of from a moral point of view, it is important to note that it is not illegal under the current legal framework, supposing that the companies established in the EU actually perform genuine economic activities in the jurisdiction where they have their headquarters established.[33] These multinational companies usually perform small activities of their businesses like marketing, for example, in low-tax jurisdictions and argue that they perform a genuine economic activity and therefore should be taxed accordingly to the tax system of such jurisdiction.

The aggressive tax planning practiced by several multinational companies does not only involve the shifting of income and the erosion of tax bases, but also tax agreements with Member States where they established their headquarters to reduce the applicable taxes. It is here that the "tax optimisation" practiced by these multinational companies may have become illegal, as such

30 See Örberg, 2013: 5.

31 OECD, 2013: 10.

32 Winning, 2014.

33 See Örberg, 2013: 6. For further developments see also Russo, 2007: 55 et seq.

individual negotiation of the applicable taxes with the competent authorities may constitute prohibited tax aid in the meaning of Article 107(1) of the TFEU.

The cases that have attracted most attention are the tax rulings applied by Ireland to Apple, the tax rulings applied by Luxembourg to Fiat and Amazon and the tax rulings applied by the Netherlands to Starbucks. All these Member States are under Commission state aid investigations to analyse if they granted prohibited tax aid.

The European Commission is investigating the transfer pricing agreements, also known as advanced pricing agreements, established between the Member States and the referred multinational companies, which are liable to confer a selective economic advantage to the latter. Under the present method of transfer pricing using an arm's length principle, intra-group transfers of values have to be priced in the same manner as independent companies would do in the market. The transfer prices are normally calculated under a pre-determined set of criteria. The advanced pricing agreements allegedly celebrated between the multinational companies and the EU Member States establish the application of a more favourable set of criteria for the determination of the prices of intra-group commercial transactions.[34] These transfer pricing agreements involve the low or non-taxation of royalties, intellectual property rights, and loan interests. Such agreements confer a selective economic advantage to these companies as the prices established for these intra-group transactions will automatically be accepted by the tax authority of the country that adopts the transfer pricing agreement.[35] The taxes paid by such companies are thus much lower than they would be under normal conditions, which creates considerable distortions of competition.

Since June 2013, the Commission has been investigating under state aid rules the tax ruling practices of seven Member States (Belgium, Cyprus, Ireland, Luxembourg, Malta, the Netherlands and the UK). Further, by the end of 2014 the Commission enlarged the enquiry about tax ruling practices under EU state aid rules to cover all Member States. The Commission will ask Member States to provide detailed information about their tax ruling practices, in particular to confirm whether they provide tax rulings and a list of all companies that have received a tax ruling from 2010 to 2013.[36]

34 See Covington & Burling LLP, 2014: 1 et seq.

35 Ibid.

36 European Commission, 2014 Press release.

The fact the current President of the European Commission, Jean Claude Juncker, was responsible for the numerous tax rulings provided by Luxembourg during the last two decades, however, raised some suspicions about the European Commission's motivation to really solve this problem. Further developments to maintain the level playing field are expected.[37]

The analysis made in this section shows that certain multinational companies have been taking advantage of national tax systems resorting to aggressive tax planning in order to reduce their tax burdens and obtain an economic advantage over their competitors. This situation represents serious distortions of competition. For that reason, it is essential from a competition policy perspective to reduce the possibilities that these companies have to evade taxes, by reducing the number of loopholes in tax legislations and increasing transparency and tax cooperation. The G20 has already granted support to the OECD initiative on base erosion profit shifting (BEPS), which will be further explained in Part 4.

3. TAXES AS AN ALLY OF COMPETITION

3.1. General Context

This Part is not as extensive as the previous one, possibly because the positive impact that taxes have on competition is not as palpable as the negative impact. Whereas we can easily find situations where taxes represent an obstacle to competition, a more elaborate analysis is necessary to find situations where taxes act as an ally.

Even though taxation frequently constitutes an obstacle to competition, it is also true that the tax system is a valuable tool that governments have at

37 Since October 2013, the European Commission is also investigating whether the new Gibraltar corporate tax regime (introduced in 2011) selectively favours certain categories of companies as previously occurred with Azores and the Basque Country. The new Gibraltar income tax act foresees a tax rulings practice that allows companies to ask for advance confirmation of whether certain income generated by companies incorporated in Gibraltar or that carried out an activity which generates income, are subject to taxation in Gibraltar. Based on documentation obtained, the Commission has concerns that the assessed rulings may contain state aid as the Gibraltar tax authorities appear to have granted tax rulings without effectively evaluating whether the companies income has been accrued in or derived from outside Gibraltar. In fact, this is not the first time that the Gibraltar tax system is under the Commission scrutiny under the state aid rules, before the investigation of 2001 in respect of a specific tax regime exempting companies without any trade or business in Gibraltar and not owned by Gibraltar residents from corporate tax. Also in 2004 the Commission concluded that a proposed tax reform by the UK applicable to all companies in Gibraltar consisting of a payroll tax, a business property occupation tax and a registration fee was in breach of state aid rules. See the European Commission 2014c Press release.

their disposal to satisfy the main purposes of competition policy, particularly to foster competition, ensure the maintenance of the level playing field, correct market failures and protect all market participants. The value that taxes can have from a competition policy perspective must not be overlooked.

Taxes can indeed act as a true ally of competition. That is the case, for instance, of a well targeted imposition of custom duties, the transfer pricing rules and environmental taxes. Each of these taxes will be analysed in terms of the positive effects that they can bring from a competition policy perspective.

After that, the author will conclude that tax coordination is the key to reduce the obstacles that taxes often constitute for competition by observing the advantages that were achieved thanks to VAT coordination. This is an excellent example that shows how taxation in the internal market does not have to be a factor responsible for distorting competition. VAT coordination had a very positive impact from a competition policy perspective because, as this tax is imposed on the sale of every product, it has a high potential to influence the supply and demand and, consequently, competition.

3.2. Custom Duties

As previously discussed, custom duties are a tool that allows governments to control the flow of goods. While it is true that the massive imposition of custom duties on imported goods affects competition and international trade, it is also true that a precise imposition of custom duties may have a positive impact, from an EU competition policy perspective. Namely, charging custom duties on goods produced outside the internal market, in particular in countries that practice social dumping[38] (like China, India, Mexico, etc.) is a measure that can contribute to make competition fairer. Even though this measure affects international trade, actually it contributes to balancing competition in the internal market.

As the European Union is built on a social model, it has high standards in what concerns workers' protection, such as minimum wages and limits of weekly working hours.[39] For that reason, it is very difficult for European firms to compete with foreign players that do not obey such standards and aim to

38 Social dumping can be defined as "the practice, undertaken by self-interested market participants, of undermining or evading existing social regulations with the aim of gaining a competitive advantage". See Bernaciak, 2014.

39 As a result of the imposition made by Article 153 of the TFEU.

sell their products in the internal market. Those external companies do not guarantee adequate conditions to their workers, so they have lower production costs and can practice extremely low prices. Social dumping results, therefore, in unfair competition.

It is true that if custom duties are used in these cases, European firms are being protected from foreign competitors. However, it would be legitimate to do so because, whereas European firms have to support the normal costs of granting an adequate treatment to their workers, their external competitors play under different rules that allow them to reduce their production costs by treating their workers poorly. This competitive advantage is unfair from a European perspective and it is adequate to impose custom duties on goods produced in those foreign countries.

It would not be fair, nor reasonable, for European firms to be obliged to respect high standards of workers' protection (which must be maintained to ensure social welfare) and simultaneously make them compete with foreign companies that have very low production costs due to social dumping. Thus, custom duties can make competition fairer and ensure that European firms are not harmed by the foreign competitors that do not respect the minimum legal standards of the internal market.

Therefore, one must conclude that a precise imposition of custom duties on certain goods produced outside the internal market has positive effects from an EU competition policy perspective. What distinguishes a wise from a thoughtless imposition is the reason underlying such imposition. If the purpose is avoiding unfair competition, social dumping and ensuring the protection of the workers' rights, the imposition of custom duties must be considered wise and positive from a competition policy perspective. Conversely, the indiscriminate imposition of custom duties on any good that is imported into the internal market, irrespectively of whether the country of origin of such goods obeys the minimum standards of the internal market, constitutes a serious obstacle and a restriction of competition as we have observed in Part 2.

3.3. Transfer Pricing Rules

Transfer pricing rules that are currently in force represent another situation where the tax system acts as an ally of competition. Even though this system implies high administrative costs for EU-based companies (due to the documentary proof that it requires), the truth is that it promotes fair competition. Transfer pricing refers to the terms and conditions surrounding transactions

(of goods, services and capital) within a multinational company. It concerns the prices charged between associated enterprises established in different countries for their intra-group transactions.[40] Due to globalisation and expansion of international trade, multinational companies have been adopting business strategies that involve the creation of subsidiaries and branches throughout different countries. As a rule, each affiliated company is taxed separately by the country in which it operates.[41]

Today, the majority of cross border trade that occurs is between related companies, which constitutes a huge concern for tax authorities.[42] Companies frequently use transfer prices as an allocation method. Since transfer prices are set by non-independent associates within the multinational, multinational entities may set transfer prices on cross-border transactions to reduce taxable profits in their jurisdiction.[43]

As the main purpose of companies is to maximise their overall profits, they frequently try to allocate their profits through transfer prices to low tax jurisdictions so as to reduce their tax obligations, thus acquiring an advantage over their competitors. Hence, the transfer pricing mechanism is a tool that corporations use in order to avoid high taxation in certain jurisdictions.[44]

Transfer pricing rules that are currently in place are aimed at preventing companies from unlawfully reducing their tax obligations and obtaining a comparative advantage over their competitors that rightfully fulfil their tax obligations, distorting competition.

Under the present transfer pricing system, intra-group transfers of values have to be priced in the same manner as independent companies would do in the market, using an arm's length principle.[45] Rules and procedures applicable to transfer pricing are usually found in the domestic law of many coun-

40 http://ec.europa.eu/taxation_customs/taxation/company_tax/transfer_pricing/index_en.htm.

41 Maurício, 2013: 1.

42 Hamaekers, 2001: 39.

43 http://ec.europa.eu/taxation_customs/taxation/company_tax/transfer_pricing/index_en.htm.

44 Maurício, 2013: 2.

45 This arm's length principle is found in article 9 of the OECD Model Tax Convention: "[When] conditions are made or imposed between … two [associated] enterprises in their commercial or financial relations which differ from those which would be made between independent enterprises, then any profits which would, but for those conditions, have accrued to one of the enterprises, but, by reason of those conditions, have not so accrued, may be included in the profits of that enterprise and taxed accordingly."

tries.[46] By setting the prices to be applied between intra-group transfers and making affiliated enterprises treat themselves as independent, tax administrations avoid companies allocating their profits to low tax jurisdictions. In other words, transfer pricing rules ensure that all market actors pay their due taxes, preventing companies from shifting their profits to low tax jurisdictions, ensuring fair competition.

Therefore, we can conclude that the transfer pricing system is an ally of competition, even though it involves high compliance costs both for EU-based firms and tax administrations.

3.4. Environmental Taxes

Environmental taxes represent another situation where taxes can act as an ally of competition. Environmental taxes can promote fair competition in the internal market by eliminating the comparative advantage that certain external competitors have when compared with European firms for not having to respect the minimum standards of environmental protection established in EU law.

Environmental protection is currently one of the most important concerns of the European Union. The Treaty on the European Union establishes that Member States shall promote a sustainable use of the environment.[47] As a consequence, EU-based firms have to respect high standards of environmental protection, which naturally increases their production costs.

The fact that certain foreign companies that sell their products in the internal market do not have to fulfil the same environmental standards makes competition in the internal market unfair. As those companies do not have to obey the same standards, they have lower production costs, which gives them a comparative advantage. Therefore, environmental dumping results in unfair competition.

Just like custom duties, environmental taxes can be used to ensure that European firms are not harmed by foreign competitors that practice environmental dumping. Here, there is a valid reason to protect European firms.

It would not be reasonable to make European firms respect high environmental standards and simultaneously make them compete directly with companies that are able to produce extremely cheap products due to environmental

46 In many cases these reflect the OECD Transfer Pricing Guidelines. IBFD, 2015: 449.

47 Article 3.3 of the TEU.

dumping. Therefore, there is no doubt that in this case taxes are a true ally of competition, ensuring a level playing field.

3.5. VAT Coordination

As was previously mentioned, the legal *status quo* in the European Union is characterised by a problematic lack of tax coordination that involves serious problems from the perspective of competition policy. Still, indirect taxation is the exception to that rule.[48] Article 113 of the TEU provides that "[t]he Council shall (…) adopt provisions for the harmonisation of legislation concerning turnover taxes, excise duties and other forms of indirect taxation to the extent that such harmonisation is necessary to ensure the establishment and the functioning of the internal market and to avoid distortion of competition" (emphasis added). Thus, indirect taxation is one of the few areas of European tax law that can be characterised by a satisfactory degree of coordination[49] and is an excellent example that taxation does not have to be a factor responsible for distorting competition in the internal market.

Tax coordination is fundamental to maintain the level playing field in the internal market. Only by giving European firms the possibility to compete under the same conditions and by ensuring that all of them are subject to the same tax burdens can we say that taxes do not affect competition.

The current legal framework encompasses several Directives on VAT which regulate, among other things, the range of tax rates permitted, the procedure of VAT refund and the determination of the tax base.[50] In other words, the most important aspects of indirect taxation are properly coordinated in legally binding instruments.

VAT coordination represents a major step in the single market integration process and brought significant advantages for competition, in particular, the promotion of equal conditions of competition and the facilitation of the free movement of goods within the internal market, which is essential to make the internal market more competitive.

VAT performs a decisive role in the competition process because, as it is imposed on the sale of all products, it can seriously influence the supply and demand of certain goods as well as of its complementary goods. The impo-

48 Ribeiro, 2006: 82.

49 See Nicodème, 2006: 10.

50 Terra & Wattel, 2005: 9.

sition of different VATs across the internal market would represent a strong obstacle to fair competition as the price of all products across the internal market would be artificially modified by each Member State.[51] For that reason, VAT coordination is extremely positive from a competition policy perspective.

Corporate income taxation is equally important to make competition fairer, and lack of coordination in this area is one of the factors that contribute most for the existence of distortions of competition. Thus, in the author's opinion, the achievements on VAT coordination should be an inspiration for direct taxation.

Any type of tax coordination is fundamental and represents a major step to promote fair competition, considering that tax coordination allows European firms to compete under equivalent conditions in what is expected to be a market without internal borders. If the market does not have internal borders, companies acting in such market cannot receive a differentiated tax treatment accordingly to the jurisdiction where they have their headquarters established.

4. CONCLUSIONS AND RECOMMENDATIONS

4.1. General Context

The analysis made so far shows that even though taxes have the potential to be an ally of competition, they are much more often a foe. The negative impact of taxes on competition is much more palpable than the positive impact.

Therefore, it is fundamental, from a competition policy perspective, to correct the situations where taxes constitute an obstacle and to reinforce their positive impact. Accordingly, some recommendations will now be provided with that goal in mind.

The lack of tax coordination in the internal market is the main cause for tax based distortions, as it makes European firms compete under different tax rules, which significantly affects the level playing field. Companies competing in the same single market are treated differently and have to support different tax burdens, accordingly to the jurisdiction where they have their headquarters established, which makes the competitive process very unfair. Furthermore, the lack of tax coordination implies heavy financial costs for companies exercising economic activities throughout the internal market, which makes European

51 For instance, in the absence of VAT coordination, Member States would have the possibility of hiding export subsidies in arbitrary refunds upon exportation, with all the problems that export subsidies entail for competition (see Part I). This situation is avoided under the VAT system that is currently in force. For further developments see Ben Terra & Wattel, 2005: 9.

firms less efficient and less competitive. For those reasons, the legal *status quo* should be altered.

Tax coordination is the key solution. In order to ensure the maintenance of a level playing field in the internal market, it is crucial to coordinate certain aspects of national tax systems so that European firms can compete under more homogenous conditions. VAT coordination proves that taxation in the internal market does not have to imply distortions of competition. A high level of tax coordination is the solution.

There are some initiatives, both at European and international level, which are in line with the necessary shift, namely, the European proposal for a Common Consolidated Corporate Tax Base and the OECD action plan on BEPS. The advantages that each of these initiatives can bring from a competition policy perspective will be analysed in the following sections.

However, these initiatives are not sufficient to tackle all the obstacles that taxes create for competition, analysed in Part 2. For that reason, the author will recommend the adoption of additional measures that, in his opinion, might contribute to correcting those obstacles.

4.2. Common Consolidated Corporate Tax Base

As was previously noted, it is urgent to reach some tax coordination in the internal market to correct the obstacles that taxes frequently create for competition. It is well-known that the harmonisation of tax rates will not occur in the near future, due to Member States' continued lack of political willingness to give the Union total fiscal sovereignty. Nonetheless the harmonisation of tax rates is not the only means of fostering fair competition in the internal market. As Terra and Wattel note, "[d]ifferences between Member States' administrative practices may cause serious distortions to the conditions of competition within the internal market".[52]

A company that can meet its tax obligations in a year is in clear comparative advantage over its competitors who have to comply with their tax obligations in just one month. Thus, it is crucial to coordinate the administrative and accounting practices in the internal market to ensure the maintenance of the level playing field.

Currently, there is a proposal on the table that aims at coordinating the administrative and accounting rules in the internal market: the Common

52 Terra & Wattel, 2005: 21.

Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB).[53] In the author's perspective, this proposal can contribute to correcting some of the obstacles that taxes frequently imply for competition, and for that reason deserves some considerations.

One of the most important goals of the CCCTB proposal is the creation of one single set of tax rules applicable throughout the whole internal market. This single set of tax rules can even be materialised into a tax code that coexists with the tax laws of each of the Member States.[54] Thus, the aim of this proposal is independent from the harmonisation of tax rates. It relates only to administrative and accounting rules. Allowing European firms the possibility to compete under the same administrative and accounting rules is paramount, in order to make competition fairer. Even if tax rates were fully harmonised, it would still be necessary to coordinate administrative and accounting rules to achieve fair conditions of competition.

In addition, under the CCCTB proposal, groups of companies would be able to consolidate their individual tax bases. The consolidated tax base would then be apportioned between the different Member States through a formula.[55] Thus, the adoption of the CCCTB could bring significant advantages from a competition policy perspective.

It would also facilitate the exercise of economic activities in the internal market and, consequently, increase competition. Under the CCCTB, European firms exercising economic activities throughout the internal market would only have to deal with a single set of tax rules and a single tax administration. As a result, European firms, particularly SMEs,[56] would find it easier to expand their business to other Member States, increasing competition in the internal market.[57]

---

53 The proposal can be consulted at http://ec.europa.eu/taxation_customs/resources/documents/taxation/company_tax/common_tax_base/com_2011_121_en.pdf.

54 See Ribeiro, 2012: 732.

55 This formula is based in three factors, namely, assets, sales and labour. The purpose of the formula is to distribute the tax base between the Member States where the company concerned exercises its activities in an equitable manner. For further developments see Maurício, 2013: 64 et seq.

56 The European Commission expects that SMEs of a medium sized enterprise expanding within the EU could be reduced by 67% with the CCCTB proposal. See European Commission, 2011a: 5.

57 A third advantage that the CCCTB would bring is that it would make tax competition between Member States much more transparent. As the factors that constitute the tax base would be standardised it would be enough to look at the different rates. For further developments see Ribeiro, 2012: 733.

Therefore, we must conclude that the adoption of the CCCTB would certainly contribute to changing the legal *status quo* and remove some of the obstacles that taxes imply for competition. The CCCTB would allow achieving some level of tax coordination in the internal market, which is fundamental to make competition fairer.

Considering the high value of the CCCTB proposal and because it could be so useful to correct some of the obstacles that taxes constitute for competition, one may wonder why a Directive was not yet adopted. The main justification is the unanimity rule. The CCCTB proposal needs to be agreed to by all Member States in the Council. As this is a very sensitive matter, no agreement has been reached so far.[58] Still, as stated by Professor João Sérgio Ribeiro, given the significant advantages of adopting this system, there are good chances that the CCCTB may come to be successfully implemented.[59]

4.3. OECD Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting

Another initiative that seeks to reach a notorious degree of tax coordination and, therefore, might contribute to reducing the obstacles that taxes often constitute to competition, is the OECD action plan on base erosion and profit shifting.

Recently, the OECD published an action plan that aims to achieve some international tax coordination in order to combat the erosion of tax bases and the shifting of income.

According to the action plan, base erosion and profiting shifting occurs when companies resort to tax planning and take advantage of the different tax rules across jurisdictions in order to reach double non-taxation or less then single taxation. The concept of base erosion and profit shifting also includes arrangements that achieve no or low taxation by shifting of profits away from jurisdictions where the economic activities creating those profits take place.[60]

As explained in Part 2, the erosion of tax bases and the shifting of profit illegitimately allow multinational companies to reduce their tax burdens, increase their profits and obtain an unfair tax advantage over their competitors that adequately fulfil their tax obligations. Therefore, the erosion of tax bases and

58 Especially in what concerns the apportionment formula.

59 Ribeiro, 2012: 733.

60 OECD, 2013: 10.

the shifting of income is a huge problem from a competition policy perspective that should be tackled.

In 2012 the G20 leaders declared the necessity to reform international tax rules in order to combat the erosion of tax bases and the shifting of income and also declared support to the OECD efforts. Hence, international tax coordination is currently at the top of tax policymakers' agenda.

As the OECD notes, the process of globalisation does not allow for domestic policies, including tax policies, to be designed in isolation.[61] Otherwise, gaps and loopholes in tax legislations will continue to exist, creating room for double non-taxation and distortions of competition.

Reaching further tax coordination in the digital economy is one of the top priorities of the action plan. According to the OECD, the growing importance of digital products that can be delivered over the Internet has made it much easier for businesses to locate many productive activities in locations that are distant from the physical location of their customers.[62] Multinational companies active in the digital economy are presumed to be especially apt at optimising their corporate structures by crossing national tax systems, given their strong reliance on the sale of intangibles.[63] Accordingly, the OECD action plan sustains that it is vital to coordinate international tax rules to ensure that these companies do not evade their taxes and consequently do not distort competition.

The action plan also indicates that countries should adopt measures such as designing new international standards to be adopted in bilateral tax treaties, adopt strict anti-abuse provisions, strengthen the CFC rules,[64] and create a multilateral instrument designed to provide an innovative approach to international tax matters.[65] The purpose of these measures is to reduce the loopholes in national tax systems, increase international tax cooperation and attain a satisfactory amount of tax coordination.

---

61 OECD, 2013: 15.

62 OECD, 2013: 7.

63 See Lee-Makyiama & Verschelde, 2014: 2.

64 In order to prevent the creation of affiliated non-resident taxpayers and routing the income of a resident enterprise through the non-resident affiliate.

65 See OECD, 2013:13 et seq.

Thus, the action plan suggests significant modifications to the current principles of international corporate taxation. Drastic measures are required to change the legal *status quo*.

The tax coordination suggested by the action plan can prove to be truly efficient to tackle the new challenges of international tax law. Accordingly, European politicians should remain alert to the OECD's efforts, as they might prove useful to eliminate some of the distortions of competition that tax systems frequently originate.

4.4. Recommendations

A proposal must now be made about what should additionally be done to reduce the negative impact that taxes have on competition and foster their positive impact.

Despite the fact that the CCCTB proposal and the OECD action plan on BEPS can bring positive results from a competition policy perspective due to the tax coordination that they seek to achieve, unfortunately these initiatives would not suffice to correct all the situations where taxes act as a foe of competition.

The recommendations that follow are meant as a set of guidelines that could inspire European policymakers. Being an initial approach, this proposal is not exhaustive and is opened to additional developments when the political willingness for strong commitments is greater. The purpose of these recommendations is to contribute with some fundamental orientations that the author believes could contribute to change the legal *status quo*.

The first and indispensable measure would be the creation of a group of experts specifically responsible for finding solutions to reduce the obstacles that taxes create for competition and to foster their positive effects. Previous experiences show that the creation of a group of experts in charge of the discussion of specific matters can be a truly proficient mechanism to lead to important results. That was the case of the Primarolo Group[66], the group of experts formed in 1998 to ensure the administration of the Code of Conduct for Business Taxation. This group, composed by a tax expert from each Member State, was able to reach a notorious degree of convergence on a sensitive matter of direct taxation, the combat of harmful tax competition. This was the first time that tax policy makers of the EU Member States reached a proper agreement on

66 The Group was named after Mrs Dawn Primarolo, the UK Paymaster General, who chaired the group.

corporate taxation.[67] The results achieved by this group were remarkable from a tax policy perspective.

European politicians should revisit the Code of Conduct for Business Taxation. This Code was adopted in 1998 as a soft law instrument and established a set of features that allowed defining and eliminating several harmful tax measures.[68] Meanwhile in 2001, when Mario Monti became the EC Commissioner for Competition, the Code was converted into a hard law instrument. Many years have passed since the Code was created and it is not properly designed to tackle the new challenges of international tax law. As the OECD notes "today the 'race to the bottom' often takes less the form of traditional ring-fencing and more the form of across the board corporate tax base reductions on particular types of income".[69] Thus, the author suggests that the Code should be redesigned in order to make it a more efficient instrument to tackle the new challenges of international tax law in particular, the erosion of tax bases and the shifting of income. The OECD action plan should obviously be an influence.

The harmonisation of applicable tax rates in the internal market is a measure that would represent a major step to balancing competition in the internal market. However, there is still resistance from EU Member States to take that step. Still, in the impossibility of fully harmonising applicable tax rates in the internal market, EU Member States should be able to define the minimum and maximum corporate income tax rates applicable in the internal market, similarly to what it set out in the VAT directives. Nowadays, a massive gap between corporate income tax rates exists in the internal market, varying between 12.5% (applied in Ireland) and 33% (applied in Belgium and France). Member States should reach an agreement to reduce this gap, i.e. to reduce this discrepancy and make the competitive conditions in the internal market more equitable. Member States could define e.g., that the minimum CIT appli-

67 See Radaelli, 2013: 521 et seq.

68 The features are: a level of taxation which is suggestively lower than the general level of taxation in the country concerned; tax benefits attributed exclusively in favour of non-residents; tax incentives for activities which are isolated from the domestic market and so do not have impact on the national tax base; granting of tax advantages even in the absence of any real economic activity and substantial economic presence within the Member State offering such tax advantages; the basis of profit determination for companies in a multinational group departs from internationally accepted rules, notably the rules approved by the OECD; and lack of transparency. Further, the Code of Conduct also establishes that EU Member States should eliminate the harmful tax measures identified accordingly to that set of features (Paragraph C of the Code) as well as refrain themselves from introducing new tax measures that can be considered harmful (Paragraph D of the Code).

69 OECD, 2013: 17.

cable in the internal market is 17% and the maximum is 27%. This would not fully take fiscal sovereignty away from Member States, but would significantly reduce the massive gap and disparity of tax treatments granted throughout the internal market and consequently balance competition.

If such an agreement could be reached, and if further progress were sought, Member States could additionally agree that, over the years, or even decades, this gap should progressively be reduced, until corporate income tax rates become fully harmonised.

Even with full harmonisation of applicable tax, it would still be necessary to coordinate the administrative and accounting rules in the internal market. For that reason, it is vital to adopt a single set of tax rules applicable throughout the internal market, and that is where the CCCTB proposal can prove to be very useful.

A Directive or a Regulation coordinating the grant of tax benefits throughout the internal market must also be adopted to avoid the distortions of competition that tax competition between Member States originates. Certain tax benefits escape the tax aid control exercised by the European Commission, due to not meeting the four characteristics of state aid. Thus, tax aid control cannot prevent the harmful effects of tax competition. Consequently, it would be very important, from a competition policy perspective, to have a piece of legislation that defines a ceiling of tax benefits for each industry, reducing tax competition between Member States. By coordinating the grant of tax benefits in the internal market, it would be possible to avoid the harmful effects that tax competition between Member States can originate.

Even though the European Union already forbids the imposition of custom duties on imported products, it would be important to strengthen these rules in a way that Member States could not resort to artificial schemes, like the re-registration process of cars to impose disguised custom duties and affect competition in the internal market.[70] It is fundamental to ensure that the only custom duties or charges having an equivalent effect charged in the internal market are the ones imposed on goods coming from external countries that practice social and environmental dumping.

The New Horizontal Directive,[71] which is supposed to coordinate the application of excise duties in the internal market, should be made more stringent.

70 Monti, 2010: 40.

71 Council Directive 2008/118/EC of 16 December 2008.

This Directive replaced the already mentioned 1992 Horizontal Directive, though it does not establish the maximum tax rates applicable. By not doing so, the New Horizontal Directive allows distortions of competition to continue, as is the case previously noted, regarding excise duties on gasoline. Thus, the author proposes that the New Horizontal Directive should be revised, setting the maximum tax rates of excise duties applicable in the internal market.

The soft law instruments (guidelines, frameworks and notices) used by the European Commission to assess the legality of the tax aids granted by the EU Member States should be converted into hard law instruments, especially the 1998 Commission Notice on fiscal state aid. This is another measure that would contribute to reduce the negative impact of tax aids on competition. Such conversion would increase legal certainty, giving Member States the possibility to be sure that the tax aids they intend to grant are in line with competition policy aims, avoiding situations where they grant illegal tax aids.

European institutions should also increase the Member States' responsibility in the grant of tax aids. Heavily fining Member States that grant illegal tax aids would certainly reduce the number of situations where Member States unjustifiably grant tax aids that distort competition.

The creation of a sub-division inside the European Commission, or even of an autonomous body with the sole responsibility of controlling the grant of tax aids, is another measure that can make tax aid control more efficient and reduce the resulting distortions of competition. A body specifically focused on controlling the grant of tax aids would certainly be more efficient than a supranational authority that is responsible for controlling all types of state aid. As we have seen, the concept of state aid is so broad that it is very difficult for a single institution to effectively control the grant of all types of state aids.

Additionally, giving more power to national competition authorities to control the grant of tax aids could also help to avoid situations where Member States distort competition through the tax system. National competition authorities are more easily aware of any change in their national tax system than the European Commission. Thus, national competition authorities can give a very useful contribution to making tax aid control more efficient. Accordingly, they should receive more power to collaborate with the European Commission in tax aid control.

Last but not least, EU policymakers should agree on the substitution of the unanimity rule by qualified majority voting. It is due to the unanimity rule that the internal market is so underdeveloped in tax matters. Qualified majo-

rity voting would simplify the legislative procedure on tax matters and allow achieving the shift that the current legal framework so urgently requires. EU Member States should not be afraid of adopting this measure because, it is important to reinforce, qualified majority voting does not entail the harmonization of taxation in the European Union. It simply eliminates the "hidden veto" that each Member State has under the unanimity rule.[72]

To conclude, the adoption of these measures is crucial to correct the obstacles that taxes frequently constitute for competition. Some of these recommendations might have a broad scope and be too ambitious, but they are only aimed at providing some fundamental orientations that could guide EU policymakers. It is the author's belief that the adoption of the majority of these recommendations is in the future of European tax law.

4.5. Final Conclusions

The main conclusion of this essay is, evidently, that taxes can be a foe and an ally of competition.

We have shown that taxes are responsible for making competition unfair and for making European companies less competitive and less efficient. As examples of situations where taxes promote unfair conditions of competition, we have seen the harmful effects caused by custom duties, tax aids, the application of different tax rules in the internal market, tax competition and the erosion of tax bases and shifting of income. As situations where taxes make European companies less competitive and efficient, we have mentioned the high compliance costs inherent in the lack of tax coordination. In all these situations taxes act as a foe of competition.

Nonetheless, it is also evident that taxes can be an ally of competition. Taxes can perform a key role in the achievement of some of the most important goals of competition policy, namely, to foster competition, ensure the maintenance of the level playing field and protect all market participants. That is the case of a precise imposition of custom duties, environmental taxes and transfer pricing rules. In all these cases, taxes act as an ally of competition. Furthermore, if tax coordination were achieved, European companies would be able to compete under fair conditions, as we have seen through VAT coordination. Thus, one should conclude that taxes can also be an ally of competition. The

72 Lampreave, 2011.

negative and the positive impact taxes have on competition are thus two faces of the same coin.

Finally, although taxes may be an ally of competition, our analysis shows that they are more frequently a foe than an ally. The negative impact of taxes on competition is much more perceptible than their positive impact. Thus, it is vital from a competition policy perspective to change the legal *status quo*, by correcting the situations where taxes constitute an obstacle to competition and fostering their positive impact. The European proposal for a CCCTB as well as the OECD plan on BEPS can contribute to changing the legal *status quo,* as they seek to attain a significant degree of tax coordination. Still, that is not enough to correct all the situations where taxes act as a foe of competition. There are more measures that European policymakers can adopt to reduce the negative impact of taxes on competition. But their adoption requires a strong political commitment from all EU Member States, something that may only come to be reached with time. However, if Member States are willing to adopt those measures, the obstacles that taxes bring for competition will surely be eradicated, making competition fairer, European firms more competitive, the European economy more prosperous and, ultimately, improving European citizens' welfare, the ultimate purpose of EU competition law.

REFERENCES

Bal, Aleksandra

2014 *Tax Incentives: III-Advised Tax Policy or Growth Catalyst?*, IBFD, European Taxation.

Barnard, Catherine

2010 *The Substantive Law of the EU: The four freedoms*, 3.ª ed., Oxford University Press.

Berniack, Magdalena

2014 "Social Dumping and the EU integration process", Working Paper 2014.06, European Trade Union Institute.

BMR Advisors

2013 "Base Erosion and Profit Shifting ("BEPS") – Intangibles", Vol. 1, n.º 9.2.

Bratton, William W. & McCahery, Joseph A.

2001 "Tax Coordination and Tax Competition in the European Union: Evaluating the Code of Conduct on Business Taxation", *Common Market Law Review*, 38.

Brazuna, José Ribeiro

2009 "Defesa da Concorrência e Tributação – à luz do Artigo 146-A da Constituição", Instituto Brasileiro de Direito Tributário, Quartier Latin.

Buelens, Christian, Garnier, Gaëlle, Meiklejohn, Roderick, Johnson, Mattheu

2007 "The economic analysis of state aid: Some open questions", *Economic Papers*.

Covington & Burling LLP

2014 *European State Aid and Investigations into Tax Rulings*.

European Commission

2011a Memo/11/171, "Questions and Answers on the CCCTB", Brussels, available at http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-11-171_en.htm?locale=en.

2011b Proposal for a Council Directive on a Common Consolidated Corporate Tax, available at http://ec.europa.eu/taxation_customs/resources/documents/taxation/company_tax/common_tax_base/com_2011_121_en.pdf.

2014a Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Central Bank, the European and Social Committee, the Committee of the Regions and the European Investment Bank, An Investment Plan for Europe, COM/2014/0903 available at http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52014DC0903&from=EN.

2014b European Commission Press release, "State aid: Commission extends information enquiry on tax rulings practice to all Member States", available at http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-2742_en.htm [15/01/2015].

2014c European Commission Press release, "State aid: Commission extends in-depth investigation into Gibraltar corporate tax regime to include tax rulings practice", available at http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-1073_en.htm [15/01/2015].

2014d "Supporting R&D and innovation in Europe: new State aid rules", Occasional papers by the Competition Directorate–General of the European Commission, Issue 5.

Guzman, Andrew & Pauwelyn, Joost

2012 *International Trade Law*, 2.ª ed., Wolters Kluwer Law & Business.

IBFD

2015 *International Tax Glossary*, 6.ª ed., Julie Rogers-Glabush.

Lampreave, Patricia

2011 "Fiscal Competitiveness versus Harmful Tax Competition in the European Union", IBFD, *Bulletin for International Taxation*, Volume 65, No. 6.

Lee-Makyiama, Hosuk & Verschelde, Bert

2014 "OECD BEPS: Reconciling Global Trade, Taxation Principles and the Digital Economy", *Ecipe Occasional Paper* No. 4.

Maurício, Maria João

2013 *Transfer Pricing and the arm's length principle in the European Union law and domestic law,* Escola de Direito da Universidade do Minho.

Monti, Mario

2010 *A New Strategy for the Single Market*, Report to the President of the European Commission.

Nicodème, Gaëtan

2006 "Corporate tax competition and coordination in the European Union: What do we know? Where do we stand?", *Economic papers of the European Commission Directorate-Generale for Economic and Financial Affairs*, n.º 250.

OECD

1998 "Harmful tax competition: an emerging issue", available at http://www.oecd.org/tax/transparency/44430243.pdf.

2010 "Competition, State Aid, and Subsidies", *Competition Policy Roundtables*.

2011 "Environmental Taxation: A Guide for Policy Makers", available at http://www.oecd.org/env/tools-evaluation/48164926.pdf.

2013 "Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting", available at http://www.oecd.org/ctp/BEPSActionPlan.pdf.

Örberg, Sabina

2013 *Tax Planning with Holding Companies for US Investors in Europe – A Comparative Study of Holding Regimes in Sweden and Switzerland*, Lund University.

Radaelli, Claudio M.

2013 "The Code of Conduct Against Harmful Tax Competition: Open Method of Coordination in Disguise?", *Public Administration*, Vol. 81, No. 3.

Ribeiro, João Sérgio

2006 "Distributive Justice Through Taxation: European Perspective", *Jurisprudencija*, n.º 2 (80).

2012 "Tributação das Sociedades de Acordo com uma Base Comum Consolidada na União Europeia", in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Alberto Xavier.*

Schön, Wolfgang

2003 *Tax Competition in Europe – General Report*, Max Planck Institute.

Silveira, Rodrigo Maito da

2011 "Tributação e Concorrência", Instituto Brasileiro de Direito Tributário, Quartier Latin.

Spengel, Cristoph & Wendt, Carsten

2007 "A Common Consolidated Corporate Tax Base for Multinational Companies in the European Union: some issues and options", *Oxford University Centre for Business Taxation Working Paper* 17.

Terra, Ben & Wattel, Peter

2005 *European Tax Law,* 4.ª ed., Kluwer.

Winning, Nicholas

2014 "U.K. Details 'Google Tax' Plans", Wall Street Journal, available at http://www.wsj.com/articles/u-k-details-google-tax-plans-1418239699.

DOSSIER TEMÁTICO

Private enforcement

LA APLICACIÓN PRIVADA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

Ricardo Alonso Soto *

Abstract: *This paper first analyzes the development of private or judicial enforcement of competition law in the European Union and in Spain and secondly the main issues that are currently posed by this private application from a point of view of substance (proof of fault, harm and causal link), procedure (legal standing, discovery, passing-on test and prescription) and private international law (applicable law, legal jurisdiction and effect of the judgments of the national competition authorities).*

Índice: 1. Introducción. 2. La implementación de la aplicación privada en la Unión Europea. 3. La aplicación judicial en España. 4. Cuestiones que plantea la aplicación judicial. 4.1. Cuestiones de orden sustantivo. 4.2. Cuestiones de orden procesal. 4.3. Cuestiones de derecho internacional privado. 5. Conclusiones

1. INTRODUCCIÓN

Entendemos por aplicación privada del Derecho de la competencia la realizada por los jueces y tribunales pertenecientes a la jurisdicción civil ordinaria en contraposición con la aplicación pública, que es la que realizan las autoridades administrativas de defensa de la competencia, tanto europeas como nacionales o autonómicas.

La aplicación privada encuentra su fundamento o razón de ser en la necesidad de compensar a las víctimas de las prácticas anticompetitivas los perjuicios causados por ellas. También puede encontrarse una justificación política de las mismas en la conveniencia de aumentar los mecanismos de disuasión

* Uma versão anterior deste artigo foi publicada em: Font Ribas, A., Gómez Trinidad, S. (coord.), *Actas del Congreso Internacional sobre Daños Derivados de Ilícitos Concurrenciales*, 2013, págs. 123-134.

para que los operadores económicos no incurran en tales prácticas, de modo que, junto a las sanciones pecuniarias o estructurales, se articula el derecho de los perjudicados a obtener una reparación del daño sufrido. Pero, para que esta última medida cumpla realmente su cometido y se convierta en un instrumento efectivo, deben establecerse mecanismos que faciliten la reclamación, no tanto por parte de las empresas sino especialmente por parte de los consumidores afectados, que son los que están más desprotegidos. De ahí la preocupación de la Comisión Europea por establecer una normativa común que posibilite este tipo de reclamaciones judiciales para que los perjudicados puedan exigir indemnizaciones por los daños derivados de los ilícitos concurrenciales.

Una última aclaración preliminar resulta necesaria: La aplicación privada del derecho de la competencia se limita exclusivamente a las normas sobre conductas anticompetitivas, esto es, a las relativas a las prácticas colusorias (arts. 1 de la Ley de Defensa de la Competencia [LDC] y 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea [TFUE]) y al abuso de una posición de dominio en el mercado (arts. 2 LDC y 102 TFUE).

2. LA IMPLEMENTACIÓN DE LA APLICACIÓN PRIVADA EN LA UNIÓN EUROPEA

En la Comunidad Económica Europea se optó, en un primer momento, por la vía pública o administrativa por considerarla el sistema más efectivo de aplicación. En consecuencia, la aplicación de las normas sobre competencia se atribuye a la Comisión Europea, que se consagra como la autoridad europea de competencia, descartándose la creación de una autoridad administrativa especializada o agencia independiente (Reglamento CEE n.º 17/1962).

Ahora bien, tanto el Consejo como la Comisión Europea son conscientes de que un organismo administrativo no puede realizar declaraciones sobre la nulidad de los acuerdos anticompetitivos ni condenar a las empresas al pago de indemnizaciones por los daños y perjuicios causados a terceros por los ilícitos antitrust, cuestiones que están reservadas a las jurisdicciones nacionales de los Estados miembros, de modo que se arbitra un sistema en el que la Comisión Europea o las Autoridades Nacionales de Competencia declaran la existencia de prácticas anticompetitivas prohibidas e imponen multas y en el que los autores de dichas prácticas o los perjudicados por ellas pueden acudir con posterioridad a los jueces o tribunales del orden civil para reclamar la nulidad de los acuerdos anticompetitivos o una indemnización por los daños y perjuicios causados.

La aplicación privada no despliega sus plenos efectos hasta la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de septiembre del 2001, As. *Courage*, que claramente establece el derecho de las víctimas a la reparación de los daños derivados de las prácticas anticompetitivas mediante el ejercicio de acciones judiciales. Con anterioridad a la citada fecha, la Sentencia del citado Tribunal de 18 de septiembre de 1992, As. *Automec*, había proclamado la posibilidad de que los jueces civiles aplicaran a titulo incidental las normas de competencia a solicitud de los particulares afectados, doctrina que se plasmó en la "Comunicación de la CE de 13 de febrero de 1993 sobre cooperación entre la CE y los órganos jurisdiccionales nacionales para la aplicación de los artículos 81 y 82 TCEE" (actualmente artículos 101 y 102 TFUE). Será, finalmente, el Reglamento (CE) n.º 1/2003, el que consagra la aplicación a título sustancial y directo de las normas de competencia por los jueces y tribunales nacionales (artículo 6) y, además, la convierte en obligatoria (artículo 3).

La "Comunicación de la CE de 27 de abril del 2004", que sustituye a la anteriormente citada, establece los principios que han de regir la aplicación judicial y la cooperación entre las autoridades administrativas y judiciales. Estos principios son: 1) La aplicación se hará de conformidad con la ley nacional. 2) En caso de conflicto entre una norma nacional y una norma comunitaria, prevalecerá la comunitaria, debiendo prescindir el juez de la nacional. 3) El juez aplicará las normas de competencia siempre en función del interés privado de las partes. 4) El juez tiene el deber de pasividad y no puede actuar de oficio, dado que se trata de un sistema de justicia rogada. 5) La aplicación judicial debe ser coherente y no contradictoria con las decisiones de la CE y las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la materia. 6) En caso de aplicación concurrente con la Comisión Europea, en aras de la congruencia, el juez deberá consultar la solución con la Comisión o suspender el procedimiento hasta que se produzca la decisión de ésta. En cuanto a la cooperación, se establece, por una parte, que el juez pueda solicitar información o dictamen a la CE o a las Autoridades Nacionales de Competencia y, por otra, que éstas puedan intervenir en los procesos civiles en calidad de "*amicus curiae*". Esta cooperación resulta fundamental por la complejidad del análisis económico, necesario en muchos casos, y la carencia de medios técnicos de nuestros juzgados y tribunales.

3. LA APLICACIÓN JUDICIAL EN ESPAÑA

En España podemos distinguir dos etapas en relación con la aplicación judicial del Derecho de la competencia: una primera etapa, que se corresponde con los períodos de vigencia de las anteriores leyes de defensa de la libre competencia y una segunda, que se inicia con la promulgación en el año 2007 de la actual Ley de defensa de la competencia.

La *Ley 110/1963, de represión de las prácticas restrictivas de la competencia*, influenciada directamente por la legislación *antitrust* de los Estados Unidos de América y anticipándose en varias décadas al derecho comunitario europeo, contemplaba ya el derecho de los perjudicados a obtener una compensación por los daños causados por las prácticas anticompetitivas, en los siguientes términos:

> *Los perjudicados por las prácticas restrictivas declaradas prohibidas por el Tribunal de Defensa de la Competencia podrán ejercitar acción de resarcimiento de daños y perjuicios ante la jurisdicción civil ordinaria en plazo no superior a un año, a contar del día en que sea firme la declaración del Tribunal* (artículo 6).

Hay que señalar a este respecto que el Tribunal de Defensa de la Competencia, desde su creación en el año 1965 hasta el año 1978, en que se suprimen las jurisdicciones especiales, fue un tribunal especial del orden jurisdiccional, que funcionaba con un sistema de doble instancia (Secciones y Pleno) y cuyas sentencias del Pleno eran inapelables, de modo que se podía obtener una indemnización de daños y perjuicios por medio del ejercicio de una acción de responsabilidad civil en un tiempo razonable.

Tras la incorporación de España a la Comunidad Económica Europea, el Real Decreto 1882/1986, (sustituido posteriormente por el Real Decreto 259/1998) designó al Tribunal de Defensa de la Competencia como la autoridad competente para aplicar en España los artículos 85.1 y 86 TCEE (actualmente artículos 101 y 102 TFUE).

La *Ley 16/1989, de defensa de la competencia*, que deroga y sustituye a la anterior y moderniza nuestro derecho de la competencia para armonizarlo con el derecho comunitario europeo, aplicable directamente en España como consecuencia de la integración de nuestro país en la Comunidad Económica Europea, mantiene la pauta marcada por la legislación anterior y establece la siguiente norma:

La acción de resarcimiento de daños y perjuicios, fundada en la ilicitud de los actos prohibidos por esta Ley, podrá ejercitarse por los que se consideren perjudicados, una vez firme la declaración en vía administrativa y, en su caso, jurisdiccional. El régimen sustantivo y procesal de la acción de resarcimiento de daños y perjuicios es el previsto en las leyes civiles (Art 13).

La única diferencia existente entre ambos textos deriva del hecho, ya comentado, de que el Tribunal de Defensa de la Competencia, al perder su carácter jurisdiccional y pasar a convertirse en un organismo administrativo independiente que actúa conforme a la ley, se ve sometido a un control judicial, de modo que sus resoluciones son recurribles por la vía contenciosos-administrativa ante la Audiencia Nacional y las sentencias de ésta lo son también en casación ante el Tribunal Supremo, de modo que la firmeza de las mismas se demora largo tiempo.

A la vista de estos textos legales el Tribunal Supremo estableció, en un primer momento, como doctrina legal que los jueces y tribunales del orden civil no podían aplicar directamente la normativa de defensa de la competencia sino que debían esperar al pronunciamiento del Tribunal de Defensa de la Competencia (Vid. Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 1985, As. *Aiscondel*; 30 de diciembre de 1993, As. *CAMPSA*; 4 de noviembre de 1999, As *UIP* y 30 de noviembre de 1999, As. *Nissan*). La evolución de la doctrina y la jurisprudencia comunitaria motivó, sin embargo, un cambio de orientación de nuestro Tribunal Supremo que comenzó admitiendo la posibilidad de que los jueces y tribunales civiles pudieran aplicar a título incidental el derecho comunitario de la competencia, esto es, únicamente para declarar la nulidad de los acuerdos anticompetitivos y conceder a las víctimas de las prácticas restrictivas de la competencia una compensación por los perjuicios causados (Vid. Sentencias del Tribunal Supremo de 2 de junio del 2000, As. *DISA*; 2 de marzo del 2001, As *Mercedes* y 15 de marzo del 2001, As. *PETRONOR*) y concluyó reconociendo su aplicación a título sustancial tal y como establece la Ley Orgánica 8/2003 para la reforma concursal, que crea los juzgados de lo mercantil y les atribuye la competencia para la aplicación directa de los artículos 81 y 82 TCE (actualmente artículos 101 y 102 TFUE).

La *Ley 15/2007, de defensa de la competencia*, actualmente vigente, no se pronuncia expresamente sobre la aplicación del derecho comunitario de la competencia por los jueces y tribunales civiles, cuestión que considera resuelta por el Reglamento CE 1/2003 y la Ley Orgánica del Poder Judicial (artí-

culo 86. Ter. 2 f), pero establece que *"los juzgados de lo mercantil conocerán de cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil respecto de los procedimientos de aplicación de los artículos 1 y 2 de la presente Ley"* (Disposición adicional primera).

Así pues, la vigente Ley zanja definitivamente la cuestión de la aplicación privada del derecho de la competencia, dejando a los interesados la posibilidad de optar entre dos vías o procedimientos de aplicación: la pública o administrativa a cargo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (organismo que sustituye a las anteriores autoridades de defensa de la competencia) o, en su caso, de las Autoridades Autonómicas de Defensa de la Competencia y la privada o judicial a cargo de los juzgados de lo mercantil y los tribunales de la jurisdicción civil.

Por otra parte, la Ley de defensa de la competencia regula los términos de la cooperación con los órganos jurisdiccionales (artículo 16) y establece también determinadas modificaciones de la Ley 1/2000, de enjuiciamiento civil, para hacer operativa la citada aplicación en los términos impuestos por el derecho comunitario (Disposición adicional segunda). Asimismo, continuando la línea de la legislación anterior, atribuye a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, como competencia consultiva, el dictaminar sobre los criterios para la cuantificación de las indemnizaciones que los autores de las conductas previstas en los artículos 1, 2 y 3 de la presente Ley deban satisfacer a los denunciantes y a terceros que hubiesen resultado perjudicados como consecuencia de aquellas, cuando le sea requerido por el órgano judicial competente (Art 25. c.)

4. CUESTIONES QUE PLANTEA LA APLICACIÓN JUDICIAL

La aplicación judicial no está, sin embargo, por el momento exenta de problemas, de modo que resulta adecuado enumerar los que consideramos principales:

4.1. Cuestiones de orden sustantivo

El régimen sustantivo para el ejercicio de la acción de daños y perjuicios derivada de una conducta anticompetitiva es, por lo general, el previsto en la Ley de enjuiciamiento civil para la exigencia de la responsabilidad civil extracontractual al amparo del artículo 1902 del Código civil.

Como es sabido, la aplicación del citado artículo exige la concurrencia de los siguientes requisitos:

(i) La existencia de una conducta ilícita. Se precisa probar un comportamiento voluntario de un operador económico que, al ser contrario a las normas de conducta establecidas, genera un efecto lesivo para otras personas. Cuando se trata de la aplicación privada del derecho de la competencia, la ilicitud de la conducta vendrá determinada por el hecho de tener por objeto una restricción de la competencia o producir un efecto anticompetitivo en el mercado. La existencia de una Decisión de la Comisión Europea o de una Resolución de una Autoridad Nacional de Competencia facilita, sin lugar a dudas, la acreditación de este primer requisito.

(ii) La presencia de intencionalidad o negligencia del agente en la realización de la actuación ilícita. La prueba del requisito de la culpabilidad puede venir dada de antemano por la Decisión de la Comisión Europea o la Resolución de la Autoridad Nacional de Competencia, aunque hay que tener en cuenta que, en el caso del ejercicio de las llamadas acciones de seguimiento (*follow on*), que son aquellas que se emprenden una vez que se ha producido el pronunciamiento de la autoridad de competencia, puede surgir el problema de la falta de declaración expresa o tácita sobre la intencionalidad de la infracción, pues hay que recordar que en el derecho de la competencia la culpabilidad no es un elemento del tipo sino solamente un presupuesto necesario para la imposición de la multa (artículo 63.1 LDC). Así pues, la resolución de la Autoridad de Competencia que declara la existencia de una conducta prohibida no bastará por si sola para acreditar que ha habido intencionalidad o culpabilidad, sino que será necesario que directamente se establezca que ha habido dolo o culpa o que se hayan impuesto sanciones.

(iii) La producción de un daño real, que puede ser directo, si deriva de una relación contractual entre el autor de la infracción y la víctima de la misma, o indirecto, si proviene de una relación extracontractual entre ellos. Por otra parte, el afectado por la conducta anticompetitiva podrá reclamar una compensación por los daños realmente sufridos, tanto si son emergentes como provenientes de lucro cesante, incluyendo el pago de intereses.

(iv) La existencia de un nexo causal entre la conducta y el daño. El nexo causal es el elemento que enlaza directamente la conducta ilícita con el daño causado y determina el responsable de la misma. La prueba

> del nexo causal resulta compleja en la mayoría de los casos, porque los resultados o la evolución de un negocio empresarial pueden obedecer a múltiples variables no relacionadas directamente con la conducta puesta en cuestión.

En relación con el requisito de la causación del daño, una de las principales cuestiones que se plantean es la relativa a la determinación del importe de la compensación por el daño sufrido. Se trata, en definitiva, de reponer al perjudicado en la situación que tendría si no hubiera existido la práctica anticompetitiva. Pero ¿cómo se puede calcular el daño? Los expertos han propugnado diversos métodos para realizar el citado cálculo, entre los que destacan los siguientes: (i) La comparación de la situación del mercado y del perjudicado antes y después de la realización de la práctica anticompetitiva; (ii) El análisis comparativo de la evolución de un producto o una empresa semejante que no se ha visto afectada por la práctica; (iii) La utilización de técnicas cuantitativas o modelos econométricos que analizan distintas variables que pueden acontecer en un mercado, que es el método más perfecto pero también el de mayor complejidad. Recordemos a este respecto que la Comisión Nacional de la Competencia está facultada para determinar los criterios para la cuantificación de este tipo de indemnizaciones a requerimiento del órgano judicial competente (Artículo 25. c. LDC).

Finalmente, hay que aludir también en este punto a la cuestión de la repercusión de los daños originados por una práctica anticompetitiva por parte del empresario que los sufre directamente sobre otros operadores económicos clientes de los anteriores (*passing on*). Se trata en este caso de una situación en la que el perjudicado inicialmente por la conducta ilícita traslada los daños sufridos a otras personas situadas en diversos escalones del proceso productivo como pueden ser otros empresarios o los consumidores y usuarios, de modo que finalmente queda indemne. La figura del *passing on* produce un doble efecto en relación con la reparación o compensación de los daños derivados de un ilícito anticompetitivo: elimina, por una parte, el perjuicio de la primitiva víctima y, por tanto, le priva de la posibilidad de reclamar (*passing on defence*) y legitima, por otra, al sujeto al que se la han trasladado los daños para reclamar al causante originario de los mismos (legitimación del adquirente indirecto).

4.2. Cuestiones de orden procesal

También se plantean diversas cuestiones procesales como las siguientes:

a) *Legitimación para el ejercicio de las acciones de daños y perjuicios*. La legitimación activa claramente recae sobre la víctima del daño. Sin embargo, hay que señalar que, en caso de que el perjudicado repercuta el daño sobre un tercero, éste estará también legitimado para reclamar. La legitimación activa no resulta problemática en el caso de que las víctimas sean grandes empresas porque éstas disponen de suficientes medios materiales y jurídicos para formular la reclamación. No sucede lo mismo con los pequeños empresarios y los consumidores y usuarios a los que la reclamación les supone un coste difícil de afrontar (gastos de abogado, procurador, pruebas, tasas judiciales y costas si se desestima su pretensión) y la convierte en prácticamente inviable. La única solución efectiva para estos últimos pasa por el reconocimiento en nuestro derecho de las acciones colectivas (*class actions*) emprendidas conjuntamente por las víctimas agrupadas o por entidades que las representan como, por ejemplo, las asociaciones de empresarios o de consumidores y los entes púbicos de defensa de los consumidores. La legitimación pasiva se atribuye a los autores de la conducta anticompetitiva (legitimación directa) y es objeto de discusión la posibilidad de ejercitar la acción de daños contra los vendedores o proveedores de bienes o servicios que han repercutido los daños sufridos sobre los terceros (legitimación indirecta).

b) *Práctica de la prueba*. La prueba tanto del ilícito como de los daños y perjuicios causados por éste es difícil y costosa, salvo cuando las acciones indemnizatorias se ejercitan por medio de las denominadas acciones de seguimiento (*follow on*), en las que dichas cuestiones se fundamentan en lo establecido por la resolución de la Autoridad de Competencia.

En cuanto a la práctica de la prueba, hay que referirse a dos cuestiones de especial relevancia: de un lado, la posibilidad que tiene el demandante de instar al juez que ordene al futuro demandado revelar o entregar al demandante las pruebas que obran en su poder y que son necesarias para formular la demanda (institución del "*discovery*") y, de otro, la facultad del juez para dirigirse a las Autoridades de Competencia, tanto nacionales como europeas, a fin de que le faciliten información o dictamen sobre las cuestiones que se plantean en el pleito (hechos y prácticas, calificaciones jurídicas, delimitación de mercados, efectos anticompetitivos, eficiencias, etc.). Esta última facultad contradice el

principio de justicia rogada que rige el procedimiento civil y quiebra la neutralidad que se predica del juez en este tipo de procesos.

Por otra parte, las Autoridades de Competencia están obligadas a colaborar con los órganos jurisdiccionales y auxiliarles en su labor y también a facilitar la información requerida sobre los hechos y las prácticas en cuestión, incluso aquella que ha sido declarada confidencial siempre que existan garantías de que el juez la mantendrá secreta. Por excepción, la información facilitada a las Autoridades de Competencia por el que denuncia la existencia de un cártel mediante una solicitud de clemencia no podrá ser transmitida a los jueces y tribunales (artículo 15.bis. 1 LEC). El principio de igualdad de armas imperante en nuestro derecho procesal dificulta la transmisión de la información confidencial por parte de las Autoridades de Competencia, ya que exige la puesta en conocimiento de la misma a todas las partes que intervienen en el litigio. Asimismo hay que señalar que la información confidencial aportada por el que solicita clemencia tampoco será accesible para los terceros (artículo 51 RLDC y Resolución de la *European Competition Network* de 23 de mayo del 2012).

c) *Intervención en el proceso de las Autoridades Nacionales y Europeas de Competencia*. Como ya se ha indicado con anterioridad, las Autoridades de Competencia pueden intervenir en el proceso por propia iniciativa o a solicitud del juez facilitándole información, emitiendo dictamen o presentando observaciones orales o escritas (artículos 15 bis LEC, 15 del Reglamento CE 1/2003 y 16 LDC). Hay que recordar a estos efectos que la Ley de defensa de la competencia establece que los autos de admisión a trámite de las demandas, que se pronuncien en los procedimientos judiciales sobre la aplicación de las normas nacionales y de la Unión Europea en materia de competencia, deberán ser comunicados a la Comisión Nacional de la Competencia en los términos previstos en la Ley de enjuiciamiento civil (artículo 16.3 LDC). Las partes involucradas en el proceso podrán replicar las aportaciones de las Autoridades de Competencia en el trámite procedimental de conclusiones.

Dos cuestiones se plantean principalmente en torno a esta intervención de las Autoridades de Competencia en el proceso: La primera de ellas se refiere a la naturaleza o carácter con el que intervienen. La segunda cuestión plantea el valor que ha de asignarse a lo aportado al pleito por las Autoridades de Competencia. Con respecto a la primera hay que señalar, de un lado, que el artículo 15 bis de la Ley de enjuiciamiento civil deja claro que no tienen la condición de parte y, de otro, que la Comunicación de la CE sobre cooperación

entre la CE y los órganos jurisdiccionales nacionales les atribuye la naturaleza de *"amicus curiae"*, figura desconocida con anterioridad en el derecho procesal español. En relación con la segunda, diremos que, aunque legalmente no exista ninguna calificación al respecto, la práctica le viene atribuyendo la condición de prueba privilegiada.

d) *Prescripción de la acción*. El plazo de prescripción está fijado en una año a contar desde que se tiene conocimiento de la existencia del ilícito o, si se trata de una infracción continuada en el tiempo, desde el momento de su cese. Esta forma de computar los plazos dificulta, en gran medida, el ejercicio de las acciones de seguimiento (*follow on*) dado que la prescripción se produciría en la mayoría de los casos antes de que hubiera una resolución de la correspondiente Autoridad de Competencia. Tratando de resolver esta cuestión, se ha propuesto, por una parte, estimar que la confirmación de la existencia del ilícito no se produce hasta el pronunciamiento de la Autoridad de Competencia y, por otra, considerar que la incoación de un expediente sancionador por la Autoridad de Competencia produce un efecto suspensivo del plazo de prescripción hasta la conclusión del mismo. Desde este punto de vista, resulta más adecuada la normativa anterior que establecía como "*dies a quo*" el de la firmeza de la resolución de la Autoridad de Competencia en vía administrativa o en su caso jurisdiccional.

e) *Concurrencia de jurisdicciones*. La atribución a los juzgados de lo mercantil de la competencia para la aplicación de los artículos 101 y 102 TFUE y 1 y 2 LDC plantea la cuestión de la concurrencia de jurisdicción con los juzgados de primera instancia, que se ocupan también de cuestiones de derecho privado de naturaleza mercantil. Así por ejemplo, puede suceder y sucede con bastante frecuencia que, en un litigio por incumplimiento contractual, la parte demandada alegue, por vía de oposición o reconvención, la nulidad del contrato por ser anticompetitivo en si mismo o contener cláusulas anticompetitivas. En estos casos, ante la imposibilidad de proceder a la acumulación de acciones porque la competencia objetiva para conocer de cada una de ellas es diferente y los órganos judiciales especializados solamente pueden conocer de aquellas materias que explícitamente les atribuyen las leyes que regulan su competencia, habrá que concluir que no caben otras soluciones que el planteamiento de una cuestión prejudicial o la suspensión del plazo para dictar sentencia hasta que se pronuncie el otro juzgado.

f) *Efectos de las decisiones o resoluciones de las Autoridades de Competencia*. En relación con esta cuestión hay que señalar, en primer lugar, que la denominada jurisprudencia comunitaria europea, que comprende tanto las sentencias del Tribunal de Justicia de Luxemburgo como las decisiones de la Comisión Europea, vinculan a los jueces y tribunales nacionales. No sucede lo mismo, en cambio, con las resoluciones de la Comisión Nacional de la Competencia o de las Autoridades Autonómicas de la Competencia. Sin embargo, las sentencias de la Audiencia Nacional o del Tribunal Supremo confirmando o desestimando resoluciones dictadas por las Autoridades de Competencia en vía de recurso, serán vinculantes para los jueces de lo mercantil siempre que sean firmes, ya que producen el efecto de cosa juzgada. En la práctica, sin embargo, viene ocurriendo que los jueces y tribunales del orden civil ignoran las sentencias que se dictan en procedimientos contencioso-administrativos y a la viceversa, produciéndose incongruencias debidas, en buena medida a que el Tribunal Supremo no asume la función de unificar la doctrina en los distintos órdenes jurisdiccionales (Sirva de ejemplo, el caso de la utilización de los vales regalo denominados "*corticoles*", cuya validez fue reconocida por la Sala de lo Contencioso-Administrativo mientras la Sala de lo Civil declaraba su ilicitud).

4.3. Cuestiones de derecho internacional privado

Finalmente, conviene hacer referencia también a otras cuestiones que, por pertenecer al ámbito del derecho internacional privado, no suelen ser tenidas en cuenta generalmente al abordar el tema de la aplicación privada del derecho de la competencia.

a) *Ley aplicable*. La ley aplicable en estos casos no es la normativa de defensa de la competencia sino el Código civil o la legislación equivalente de cada país en materia de acciones para la reclamación de la responsabilidad contractual o extracontractual por daños y perjuicios ocasionados a la contraparte o a terceros.

Según la normativa de derecho internacional privado (Roma II), la ley civil aplicable a la reclamación será la del lugar donde se produce el daño. Si dicha legislación contemplara la existencia de daños punitivos, éstos serán exigibles.

b) *Foro judicial*. La normativa internacional permite a la víctima del daño optar por el juez o tribunal del domicilio del infractor o el del lugar donde se produce el hecho dañoso a la hora de plantear su reclamación (Reglamento CE 44/2001). Hay que tener en cuenta, sin embargo, de un lado, que si hay varios

mercados afectados se computarán tantos hechos dañosos como mercados y, de otro, que, si se trata de daños indirectos, el lugar a tomar en consideración será aquél en el que se produce el daño directo y no el correspondiente a la víctima del daño.

c) *Ejecución de sentencias en otros países*. Regirán las reglas generales del exequátur con la salvedad de que, si en el Estado donde se pretende ejecutar la sentencia existe la posibilidad de una condena de daños punitivos, solamente se procederá a una ejecución parcial de la misma.

5. CONCLUSIONES

La primera conclusión que podemos extraer del análisis de la aplicación privada de las normas de defensa de la competencia en España es su escasa efectividad. En efecto, en los últimos diez años, frente a un total aproximado de cuatrocientas resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia y su sucesora la Comisión Nacional de la Competencia, se han dictado ciento tres sentencias por parte de los órganos judiciales, de las cuales ochenta y ocho se refieren a los contratos de agencia o suministro exclusivo concertados por empresas petroleras y empresarios que explotan estaciones de servicio y solamente quince abordan otras materias. De estas últimas siete fueron acciones de seguimiento (*follow on*) y ocho acciones directas o independientes (*stand allone*).

En segundo lugar, debemos referirnos a que la Comisión Europea ha criticado ampliamente la escasa aplicación judicial de las normas de competencia en los Estados miembros y, para remediar esta situación ha proyectado medidas, actualmente en fase de discusión, que pretenden un acercamiento al sistema existente en el derecho *antitrust* de los Estados Unidos de América, pero sin la flexibilidad existente en éste aunque con la pretensión de generalizar las acciones colectivas.

Por último, hay que señalar que el sistema actualmente vigente puede ser válido para las grandes empresas, útil para las pequeñas y medianas empresas y escasamente viable para los consumidores por el coste, la dificultad de prueba y la complejidad procesal sobre todo en aquellos casos en que hay que demandar ante una jurisdicción extranjera y con arreglo a un derecho de otro país.

LA DIRECTIVA 2014/104/UE SOBRE DAÑOS *ANTITRUST* Y LA CONFIGURACIÓN DEL DERECHO ESPAÑOL DE DAÑOS

Antonio Robles Martín-Laborda *

Abstract: *The attribution of a preventive function to the rules set out in Directive 2014/104/EU, as was initially intended by the Commission, would have required the configuration of a special tort law for those damages arising from competition law infringements. Since the final text limited itself to facilitating the compensation of victims, especially in the context of cartels identified by competition authorities, the compensatory function which is a general characteristic of civil liability rules will be reinforced, and only indirectly will their preventive function be strenghtened. Thus, the changes required by the transposition of the Directive, fundamentally procedural in nature, shall not prevent the national general rules of civil liability from continuing to apply to claims for compensation of damages arising from anticompetitive practices.*

Contenido: 1. Introducción. 2. La función de las normas sobre daños por infracciones del Derecho de la competencia. 3. Aspectos sustantivos. 3.1. El daño. 3.2. La relación de causalidad. 3.3. La culpa. 4. Aspectos procesales: la prueba. 4.2. La prescripción. 5. Conclusión.

1. INTRODUCCIÓN

En las páginas siguientes se pretende determinar la función normativa de la responsabilidad por daños derivados de infracciones del Derecho de la competencia regulada en la reciente Directiva 2014/104/UE (Directiva de Daños),[1]

* The autor has received financial assistance from the Spanish Plan Nacional de I+D del Ministerio de Economía y Competitividad. DER2013-48401-P ("La nueva CNMC: análisis jurídico del cambio de modelo institucional y de su repercusión práctica en el ámbito nacional e internacional"). Email: antonio.robles@uc3m.es. (ORCID: 0000-0003-1179-0426).

1 Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014 relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por

y su coherencia con la atribuida al régimen general sobre responsabilidad civil previsto en el Derecho español (apartado 2). Teniendo en cuenta ambos aspectos, se analizan brevemente las exigencias derivadas de la transposición de la Directiva, diferenciando los aspectos sustantivos (apartado 3) de los procesales, con especial atención al problema de la prueba (apartado 4). Se concluyendo valorando si dichas exigencias han de conducir a la configuración de un Derecho de daños especial – y armonizado – para las acciones derivadas de infracciones del Derecho de la competencia (apartado 5).

2. LA FUNCIÓN DE LAS NORMAS SOBRE DAÑOS POR INFRACCIONES DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA.

El sistema de aplicación pública de las normas comunitarias de defensa de la competencia previsto inicialmente en el Reglamento 17/1962,[2] centralizado en la Comisión, resultó ser insuficiente e ineficaz para desarrollar adecuadamente su función preventivo-punitiva.[3] A pesar de algunos tímidos intentos anteriores,[4] la necesaria descentralización no se alcanzó hasta la promulgación del Reglamento 1/2003,[5] en el que se introdujeron dos normas esenciales para la consecución de ese fin: por una parte, la aplicabilidad directa de la exención contenida en el apartado 3 del artículo 81 del Tratado (actual artículo 101 TFUE), de tal forma que, desde entonces, los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas que reúnan las condiciones previstas en dicho apartado *"no están prohibidos, sin que sea necesaria decisión previa alguna a tal efecto"* (artículo 1.3);[6]

---

infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea (DOUE L 349, de 5 de diciembre de 2014, págs. 1-19).

2 Reglamento 17/1962, primer Reglamento de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado.

3 *Cfr.* considerandos 2 y 3 del Reglamento (CE) n.º 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado. Sobre el tema, con referencias bibliográficas adicionales, ya Robles Martín-Laborda, 1993: 16 y ss.

4 *Vid.* Comunicación de la Comisión relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales nacionales para la aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CEE (DO C 39 de 13.2.1993, págs. 6-12) y Comunicación de la Comisión relativa a la cooperación entre la Comisión y las autoridades de los Estados miembros en el ámbito de la competencia para la tramitación de los asuntos a los que sean de aplicación los artículos 85 y 86 del Tratado CE (DO C 313 de 15.10.1997, págs.3-11).

5 Reglamento 1/2003, del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado.

6 Según los artículos 4 y 9 del Reglamento 17/62, la Comisión tenía competencia exclusiva para declarar inaplicables las disposiciones del apartado 1 del artículo 85 a los acuerdo que cumplieran los requisitos establecidos en su apartado 3, siempre que hubieran sido previamente notificados por las partes interesadas. Las autoridades y los órganos jurisdiccionales nacionales, por lo tanto, sólo eran competentes para aplicar

por otra, la aplicación del Derecho comunitario de la competencia se convierte en una obligación para las autoridades (y los órganos jurisdiccionales) nacionales, los cuales, siempre que apliquen el Derecho nacional de la competencia a conductas prohibidas por los artículos 101 o 102 TFUE, deberán aplicar también estos últimos (art. 3.1).[7]

La aplicación pública de los artículos 101 y 102 TFUE corresponde desde entonces tanto a la Comisión Europea como, principalmente, a las autoridades nacionales de los Estados miembros. De esta forma, la infracción de cualquiera de aquéllos puede dar lugar a la incoación de un procedimiento administrativo sancionador por parte de la Comisión Europea o de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC) que, actuando en interés público con una función preventivo-punitiva, termine con la declaración de la existencia de una conducta prohibida y la imposición de una multa.

Por otra parte, el Tribunal de Justicia había ya establecido con anterioridad que las normas sobre competencia incluidas en el Tratado pueden producir efectos directos inmediatos en las relaciones entre particulares, por lo que generan de forma directa en favor de éstos derechos que los órganos jurisdiccionales nacionales deben proteger.[8] El propio Derecho comunitario originario, por lo tanto, exige ya que los Estados miembros garanticen la existencia de un sistema adecuado para la aplicación privada de las normas sobre competencia del Tratado.[9] Esta exigencia resultaba evidente respecto de la nulidad prevista expresamente en el apartado 2 del actual artículo 101 FTUE –alegada normalmente por vía de excepción ante una acción de incumplimiento-; y de la jurisprudencia existente podía deducirse que, entre los efectos directamente producidos por las normas sobre competencia del Tratado, se incluye la posibilidad de ejercitar contra un particular la correspondiente acción de daños y perjuicios,[10] ya antes de que fuera establecida expresamente por el Tribunal de Justicia en el asunto *Courage,* conforme al cual:

---

la prohibición contenida en el apartado 1, pero no podían conceder una exención individual aunque la conducta enjuiciada reuniera los requisitos del apartado 3.

7 La Directiva es aplicable a toda infracción de los artículos 101 o 102 TFUE, así como a las disposiciones del Derecho nacional que se apliquen al mismo asunto conforme a este artículo (art. 2 *Directiva de Daños).*

8 STJUE, 127/73.

9 STJUE, C-234 /89, ap. 44; STPI, T-24/90, aps. 73 y 85.

10 STJUE, C-6/90, respecto del Estado miembro infractor.

> *"La plena eficacia del artículo 85 del Tratado y, en particular, el efecto útil de la prohibición establecida en su apartado 1 se verían en entredicho si no existiera la posibilidad de que cualquier persona solicite la reparación del perjuicio que le haya irrogado un contrato o un comportamiento susceptible de restringir o de falsear el juego de la competencia"*. [11]

Ante la inexistencia de una normativa comunitaria en esta materia corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro designar los órganos jurisdiccionales competentes y configurar la regulación procesal de los recursos judiciales destinados a garantizar la salvaguardia del derecho a reclamar la mencionada indemnización,[12] así como, en general, la aplicación del concepto de relación de causalidad, el plazo de prescripción de la acción de indemnización, o la fijación de los criterios que permitan determinar la cuantía de la reparación.[13] Sin embargo, esa regulación nacional no puede ser menos favorable que la referente a recursos semejantes de naturaleza interna (principio de equivalencia) ni hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario (principio de efectividad).[14]

El respeto del principio de equivalencia resulta indiscutible en el caso del Derecho español: la competencia para conocer de las reclamaciones de daños derivados de infracciones de las normas de defensa de la competencia corresponde a los juzgados de lo mercantil y se tramita conforme a las reglas del juicio ordinario, con independencia de que las normas infringidas sean las del Derecho interno o las del Derecho comunitario. Y, en ambos casos, la reclamación se rige por las normas generales de responsabilidad por daños previstas en el art. 1902 CC[15] (o, en caso de ser finalmente aprobado, en el artículo 341-1 del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil, que, al extender el régimen actualmente previsto en la Ley de Competencia Desleal a las prácticas restrictivas de la competencia, incluye entre ellas la de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por el acto o práctica, si ha intervenido dolo o culpa del agente).

---

11 STJUE, C-453/99, ap. 26.

12 STJUE, C-295/04, ap. 62.

13 STJUE, C-295/04, aps. 64, 81 y 92.

14 STJUE, C-453/99, ap. 29; STJUE, C-295/04, ap. 62. Ambos principios son recogidos en el artículo 4 de la Directiva de Daños.

15 SSTS (Sala de lo Civil) de 8 de junio de 2012, F.D. 12, y de 4 de septiembre de 2013, F.D. 5.

Sin embargo, la Comisión Europea ha afirmado que la regulación nacional existente – no ya en España, sino en el conjunto de los Estados miembros de la Unión Europea – supone un obstáculo para que los órganos jurisdiccionales nacionales puedan desempeñar la función complementaria de la de las autoridades nacionales de competencia que les corresponde.[16] De ahí que en los últimos años la Comisión Europea haya abordado diversos trabajos para determinar las casusas de esa supuesta escasez de reclamaciones por daños y analizar posibles iniciativas para promoverlas.[17] Éstas han desembocado, mediante la reciente aprobación de la Directiva de Daños, en la armonización parcial de determinadas normas sustantivas y procesales del Derecho de la responsabilidad civil por daños causados por infracciones del Derecho de la competencia. El fundamento de esta armonización, por lo tanto, se encontraría en el principio de efectividad, entre cuyas – supuestas – exigencias se incluiría la descentralización de la aplicación del Derecho de la competencia mediante la atribución a la aplicación privada del Derecho de la competencia de la misma función (preventivo-punitiva) que corresponde a la aplicación pública.[18]

Sin embargo, como en la mayoría de los demás Estados miembros, la función normativa del régimen general de nuestro Derecho sobre responsabilidad civil –aplicable hasta ahora a los daños por infracciones tanto de nuestro Derecho de la competencia interno como del comunitario– es considerada mayoritariamente como puramente indemnizatoria, de tal forma que la prevención no sería más que un *"subproducto fáctico de la compensación"*.[19] Como regla general, la función preventiva o disuasoria de las conductas potencialmente dañosas corresponde exclusivamente, en nuestro ordenamiento, al Derecho Penal o al

16 *Libro Verde. Reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia.* Bruselas, 19.12.2005 COM(2005) 672 final, *passim,* en relación con el Considerando 7 del Reglamento 1/2003. En el caso español, los datos empíricos sugieren precisamente lo contrario. *Cfr.* Marcos, 2013a.

17 Entre ellos, el *Libro Verde, cit.,* y el Libro Blanco. Acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia. Bruselas, 2.4.2008 COM(2008) 165 final (en Yzquierdo Tolsada, 2001: 53 y ss.; *Libro Blanco).* Sobre este último, *vid.* Illescas, 2008.

18 *Libro Verde, cit.,* pág. 3. En la práctica, esta función preventivo-punitiva de las normas sobre daños derivados de infracciones del Derecho de la competencia prevista, complementaria de la que desempeñan las normas administrativas sancionadoras, sólo resultaría efectiva si aquéllas favorecieran las demandas por daños originarias (en ausencia de resolución administrativa previa, o *"stand alone claims");* las demandas derivadas (aquellas que se apoyan en una resolución administrativa previa, o *"follow-on claims")* ciertamente pueden agravar las consecuencias patrimoniales para el infractor, pero sólo alcanzan a conductas ya constitutivas de una infracción.

19 Pantaleón, 2000: 167. En el mismo sentido, Reglero, 2002: 55-56.

Derecho Administrativo Sancionador;[20] y, en el caso del Derecho de la competencia, dicha función se manifiesta en las facultades sancionadoras atribuidas a la CNMC.

La atribución de una función adicional punitivo-represiva a las normas sobre daños por infracciones del Derecho de la competencia impediría, por lo tanto, la aplicación del régimen general (artículo 1902 *CC,* o 341-1 del Código Mercantil si llegara convertirse en Ley) y exigiría el establecimiento de un régimen específico. Sin embargo, como veremos, la mayoría de las manifestaciones de la pretendida función preventiva han ido desapareciendo durante la tramitación de la Directiva, poniendo en duda, así, la propia conveniencia de su aprobación.[21]

3. ASPECTOS SUSTANTIVOS

3.1. El daño indemnizable

Aunque inicialmente la Comisión planteó la posibilidad de armonizar todos los elementos de la responsabilidad civil (daño, culpa y relación de causalidad),[22] en la Directiva sólo se regula parcialmente el daño indemnizable.[23]

Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, *"los perjudicados no sólo deben poder solicitar reparación del daño emergente, sino también del lucro cesante, así como el pago de intereses"*.[24] Tal definición, sin embargo, constituía en realidad el mínimo indemnizable, pues la posibilidad de conceder indemnizaciones de

20 Díez-Picazo, 1999: 44; Reglero, 2002: 62.

21 En este sentido, ya Marcos & Sánchez Graells, 2008; Alfaro, 2009.

22 La doctrina civilista no es unánime sobre si la antijuricidad constituye un presupuesto de la responsabilidad extracontractual, y, en caso afirmativo, si aquélla supone un juicio respecto de la conducta o del resultado (sobre el tema, Pantaleón, 1991: 1993 y ss.; Díez-Picazo, 1999: 290 y ss.; Reglero, 2002: 52 y ss.). La jurisprudencia resulta igualmente contradictoria: por una parte, afirma reiteradamente que la responsabilidad puede surgir de hechos considerados lícitos en sí mismos; por otra, establece también que *"según constante y pacífica doctrina jurisprudencial"* la responsabilidad extracontractual exige ineludiblemente entre sus requisitos *"una acción u omisión ilícita"* (así, por ejemplo, con cita de otras muchas, la STS, Sala de lo Civil, de 10 de diciembre de 2008, F.D. 2.º.). En cualquier caso, la aplicabilidad del régimen establecido en la Directiva para la responsabilidad por los daños causados por infracciones del Derecho de la competencia exige que la conducta causante del daño constituya una infracción de tales normas.

23 En el *Libro Verde,* sin embargo, se contemplaba también la posible supresión del requisito de la culpa o su presunción respecto de las infracciones del Derecho de la competencia (pág. 7), así como la conveniencia de aclarar el requisito de la relación de causalidad (pág. 11).

24 STJUE, C-295/04, ap. 95.

carácter disuasorio o punitivo por infracciones del Derecho comunitario de la competencia no sólo resultaba admisible, sino que, conforme al principio de equivalencia, resultaría obligada siempre que se pudieran conceder tales indemnizaciones especiales en el marco de las acciones nacionales similares[25]. En ese sentido, y dada la función (preventiva) complementaria de la aplicación pública que la Comisión pretendía atribuir a la aplicación privada del Derecho de la competencia, en el *Libro Verde* planteó la conveniencia de doblar los daños en los casos de cárteles, o, al menos, de definir los daños en función del beneficio ilegal obtenido por el infractor.[26]

En nuestro ordenamiento, la absorción de las ganancias ilícitamente obtenidas por el causante del daño ha sido ya reconocida en determinados regímenes especiales de responsabilidad por daños provocados por infracciones de derechos de exclusiva,[27] y ha sido señalada como una característica propia de su función preventivo-punitiva.[28] En tales casos esta función tendría mayor justificación que en aquellos en los que los daños han sido causados por infracciones del Derecho de la competencia, ya que, a diferencia de lo que sucede con éste, aquéllos se reconocen en normas que no cuentan con aplicación pública. Aun así, lo cierto es que los beneficios que haya obtenido el infractor no forman parte del daño, sino que constituyen un enriquecimiento injusto; de ahí que ambas acciones sean reguladas acertadamente de forma separada –y limitando la acción de enriquecimiento injusto a los casos en los que el acto o práctica lesione una posición jurídica amparada por un derecho de exclusiva u otra de análogo contenido económico– en el artículo 32.1 de la Ley 3/1991, de Competencia Desleal (esencialmente reproducido en el 341-1 del Anteproyecto de Ley de Código mercantil, que, en caso de aprobarse, sería aplicable también a las prácticas restrictivas de la competencia).[29]

---

25 STJUE, C-295/04, *cit.,* ap. 99.

26 *Libro Verde,* pág. 7.

27 *Vid.* artículo 42.3 de la *Ley de Marcas,* artículo 66.2 de la *Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes,* y artículo 140.2 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia.

28 Erróneamente, según pone de manifiesto, en un acertado resumen del estado de la cuestión, Del Olmo, 2009: 137 y ss. Sobre el tema, *vid.* Yzquierdo Tolsada, 2001: 53 y 178; Reglero, 2002: 69 y ss.

29 *Vid.* Pantaleón, 1991: 1973; Díez-Picazo, 1999: 54 y ss.; Martín-Casals, 2011: 25 y ss. Por el contrario, sí parece desempeñar una función preventivo-represiva la regla contenida en el art. 42.5 del artículo 43 de la Ley de Marcas, conforme a la cual *"(e)l titular de la marca cuya violación hubiera sido declarada judicialmente tendrá, en todo caso y sin necesidad de prueba alguna* (es decir, aunque no existiera ningún

En cualquier caso, el establecimiento de la absorción de las ganancias o de daños punitivos fue expresamente rechazado por el Parlamento Europeo, para el que *"la indemnización que se reconozca al demandante debería tener carácter compensatorio y no debería exceder los daños ("damnum emergens") y los perjuicios ("lucrum cessans") efectivamente sufridos, para evitar el enriquecimiento injusto"*.[30] De esta forma, la posibilidad de incluir indemnizaciones de carácter disuasorio desapareció ya en el *Libro Blanco.* Y, considerando que *"una indemnización plena (…) no debe conducir a un exceso de resarcimiento"*,[31] finalmente se estableció que el derecho al pleno resarcimiento reconocido al perjudicado (art. 2.1) incluye *"la indemnización del daño emergente, el lucro cesante y el pago de intereses"* (art. 2.1), resultando incluso prohibido que el resarcimiento conlleve *"un coste excesivo, bien mediante sanciones pecuniarias punitivas, múltiples o de otro tipo"* (art. 2.3).[32] Por lo tanto, la Directiva no exige ninguna modificación de la definición del daño conforme a nuestro ordenamiento interno, en el que – bien mediante la aplicación del art. 1106 CC, bien directamente del art. 1902 CC – comprende precisamente el daño emergente y el lucro cesante.

Ese carácter estrictamente indemnizatorio del daño resarcible es empleado como fundamento para aceptar la defensa de la repercusión del daño *(passing--on)*,[33] conforme a la cual el demandado por daños y perjuicios puede invocar *"el hecho de que el demandante hubiera repercutido la totalidad o una parte del sobrecoste resultante de la infracción del Derecho de la competencia"* (art. 13). Aunque la repercusión del sobreprecio no constituye una manifestación del deber de mitigar el daño[34] ni un supuesto de *"compensatio lucri cum*

---

daño), *derecho a percibir en concepto de indemnización de daños y perjuicios el 1 por ciento de la cifra de negocios realizada por el infractor con los productos o servicios ilícitamente marcados. El titular de la marca podrá exigir, además, una indemnización mayor si prueba que la violación de su marca le ocasionó daños o perjuicios superiores, de acuerdo con lo dispuesto en los apartados anteriores." Vid.* Naveira, 2003: 393 y ss.

30 Resolución del Parlamento Europeo, de 25 de abril de 2007, sobre el Libro Verde: Reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia (2006/2207(INI)).

31 Directiva de Daños, considerando 12.

32 Art. 12 Directiva de Daños.

33 Regulada en los arts. 12-16 de la Directiva.

34 Como manifestación del carácter compensatorio de la indemnización, dicho deber excluye del resarcimiento las pérdidas que efectivamente haya evitado el acreedor con la adopción de medidas mitigadoras, exigiendo además de éste la adopción todas de aquellas que, atendidas las circunstancias del caso, se estimen razonables para evitar o paliar la propagación de las consecuencias del daño causado *(Vid.* Soler Presas, 1995: 960-961). Sin embargo, la repercusión del sobreprecio no constituye una medida exigible al acreedor del resarcimiento –que, dado el carácter secreto del cártel, normalmente desconoce

damno",[35] ha sido ya aceptada por nuestra jurisprudencia, si bien –en mi opinión– de manera errónea. Por una parte, la sentencia va más allá de lo previsto en la Directiva, al exigir al demandado que demuestre no sólo que el comprador directo ha aumentado también el precio de sus productos, sino además que, mediante ese aumento del precio, ha logrado repercutir a sus clientes todo el daño sufrido por el sobreprecio ocasionado por el cártel;[36] es decir, ha de demostrar no sólo que se ha trasladado el daño emergente (el *"sobrecoste"* al que se refiere la Directiva), sino también el lucro cesante, concretado en la reducción de ventas derivada del aumento del precio.[37] Por otra parte, una subida de precios constituye un mero reflejo de la cambiante información disponible en cada momento en el mercado, y, ciertamente, puede ser provocado por una reducción de la oferta debida a un aumento de los costes de producción (como consecuencia del sobreprecio pagado), pero también por un incremento del poder de mercado del vendedor, un aumento de la demanda, o una conjunción de algunas de éstas u otras múltiples causas, frecuentemente desconocidas incluso para el vendedor.

La prueba de que se ha producido realmente una repercusión del sobrecoste, por lo tanto, debería incluir la prueba de que ese incremento del precio que el

---

incluso la existencia de dicho sobreprecio– la defensa del *"passing-on"* no puede fundamentarse en el deber de mitigar el daño (Alfaro, 2009: 10).

35 La cual, debido al carácter resarcitorio de la indemnización, exige computar los eventuales efectos ventajosos producidos por el hecho causante del daño (V*id.* Díez-Picazo, 1999: 320.). Sin embargo, en este caso los supuestos beneficios (el sobreprecio cobrado a sus clientes) no derivan en este caso del mismo hecho dañoso (el acuerdo de fijación de precios que provoca el posterior sobreprecio pagado a sus proveedores). En este sentido, Alfaro, 2009: 11.

36 Como apuntaba ya Marcos, 2014b. Ello obligará a la transposición de la norma de manera expresa, a pesar de que, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, *"la adaptación del Derecho interno a una Directiva no exige necesariamente que sus disposiciones se reproduzcan formal y textualmente en otra disposición legal o reglamentaria expresa y específica, y que, en función de su contenido, puede ser suficiente con un contexto jurídico general, siempre que éste asegure efectivamente la plena aplicación de la Directiva de un modo bastante claro y preciso"* (STJUE, C-214/98, ap. 49; STJUE, C-38/99, ap. 53; STJUE, C-49/00, ap. 21). Para ello, *"es especialmente importante que los particulares disfruten de una situación jurídica clara y precisa que les permita conocer la plenitud de sus derechos y obligaciones y ejercitarlos, en su caso, ante los órganos jurisdiccionales nacionales"* (STJUE, C-236/95, ap. 13; STJUE, C-49/00, ap. 22). Además será necesario establecer normas procesales que permitan a los órganos jurisdiccionales impedir una responsabilidad múltiple o la ausencia de responsabilidad (art. 15 Directiva de Daños).

37 STS de 7 de noviembre de 2013, F.D. 5.º. (En este sentido, ya: Herrero, 2011: 601 y ss.) Sin embargo, lo cierto es que, en este caso concreto, para calcular el daño –y conforme al informe pericial aportado por las demandantes– el TS sólo tuvo en cuenta el daño emergente, pero no el lucro cesante; por lo que, en este caso, exigió al demandado la prueba de que se había repercutido una parte del daño que el demandante no había sufrido (o, al menos, no había probado), y que, por lo tanto, no resultaba ya indemnizable. Sobre aquélla, *vid,* Marcos, 2014a: 185 ss.; Robles Martín-Laborda, 2014a.

comprador cobra a sus clientes fue provocado por el sobreprecio derivado del acto ilícito, de tal forma que el demandante no habría podido subir sus precios si no hubiera existido la infracción de la LDC: sólo en ese caso existiría la relación de causalidad que permitiría a los compradores indirectos reclamar la indemnización del daño a los autores de la infracción.[38] Sin embargo, respecto de los compradores indirectos, la Directiva obliga a establecer la presunción de que el daño ha sido repercutido cuando se demuestre la existencia de la infracción, de un coste excesivo para el comprador directo como consecuencia de ella, y de la posterior adquisición por parte del demandante de los bienes o servicios objeto de la infracción (art. 14.2).

3.2. La relación de causalidad

En contra de lo planteado inicialmente por la Comisión en el Libro Verde, la relación de causalidad entre la infracción de las normas de defensa de la competencia y el daño no es regulada en la Directiva.

En nuestro ordenamiento, la jurisprudencia exige que exista un nexo de causalidad desde un punto de vista físico (causalidad de hecho) conforme a la teoría de la equivalencia de las condiciones *(conditio sine qua non)*, según la cual es causa todo aquello que no pueda suprimirse imaginariamente sin que desaparezca también el efecto. Y, además, este criterio ha de ser completado por otro, de carácter jurídico (imputación objetiva o causalidad jurídica), para determinar si el resultado dañoso puede ser atribuido a un determinado comportamiento. El criterio general de imputación objetiva es el de la causalidad adecuada, conforme a la cual sólo pueden ser considerados como causa en sentido jurídico aquellos hechos respecto de los cuales resulte previsible, conforme a criterios razonables de seguridad o probabilidad, la producción del daño.[39]

Según parece desprenderse de las Conclusiones de la Abogado General Kokott en el asunto *Kone*, la causalidad en sentido jurídico exigida en los ordenamientos nacionales debería adoptar – con independencia de la denominación recibida en cada uno de ellos – el criterio de la causalidad *"suficientemente directa"* establecido en la jurisprudencia comunitaria relativa a la

38 Implícitamente, aunque probablemente sin contemplar esta consecuencia, Kokott, J., Conclusiones presentadas el 30 de enero de 2014 en el asunto C-557/12, *KONE AG y otros,* ap. 38.

39 Mientras la imputabilidad objetiva constituye una cuestión jurídica, la causalidad de hecho es una cuestión de hecho (no revisable, por lo tanto, en casación). Sobre el tema, Pantaleón, 1990: 1561 y ss. Para un aproximación, *vid.* Díez-Picazo, 1999: 331 y ss.; Salvador, 2002; Reglero, 2002: 292 y ss.

responsabilidad extracontractual de las instituciones de la Unión (aps. 34 y 35),[40] conforme al cual una persona debería responder por los daños cuya materialización pudiera prever al cometer la infracción y cuyo resarcimiento resulte conforme con los objetivos de la norma infringida (ap. 40).[41] Sin embargo, no se trata de criterios equivalentes: la *"causalidad adecuada o eficiente"* exige un juicio de necesidad o probabilidad, mientras que la *"causalidad suficientemente directa"*, tal y como se enuncia en las Conclusiones citadas, implica un juicio de previsibilidad; y éste, entendido como criterio que define una determinada representación mental del agente sobre las eventuales consecuencias de su conducta, no constituye en nuestro ordenamiento un elemento de la relación causal, sino de la imputación subjetiva (analizado en el aparato siguiente).

Y, en cualquier caso, a falta de regulación en la Directiva, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro regular la aplicación del concepto de "relación de causalidad",[42] sin que el obligado respeto de los principios de equivalencia y efectividad exija modificar la regulación vigente en nuestro ordenamiento.

3.3. La culpa

Tampoco la culpa, necesaria como presupuesto de la responsabilidad conforme al art. 1902 CC,[43] es regulada en la Directiva.

En el Libro Verde, la Comisión planteó la conveniencia de regular el requisito de la concurrencia de culpa en la conducta del infractor, sin descartar la

40 Asunto C-557/12. Presentadas el 30.01.2014.

41 Con ello trata de justificar que los miembros del cártel puedan ser demandados también por quienes, sin ser compradores directos o indirectos suyos, adquirieron los productos o servicios de una empresa ajena al cártel que elevó sus precios amparándose en la falta de competencia derivada de éste; se trata de los daños causados por los *"efectos paraguas sobre los precios"* (aps. 45 y ss.). En su sentencia de 5 de junio de 2014, el Tribunal acepta parcialmente la propuesta, el establecer que *"la víctima de un efecto paraguas sobre los precios («umbrella pricing») puede obtener de los miembros de un cártel la reparación del daño sufrido, aun cuando no haya tenido vínculos contractuales con ellos, en la medida en que se acredite que, según las circunstancias del caso y, en particular, conforme a las especificidades del mercado en cuestión, dicho cártel podía tener como consecuencia que terceras partes, actuando de manera autónoma, aplicaran precios aprovechando la concertación, y que tales circunstancias y especificidades no podían ser ignoradas por los miembros del cártel"* (ap. 34). Sobre el tema, *vid.* Hansberry, 2014; Olmedo Peralta, 2014.

42 Expresamente, STJUE, C-295/04, aps. 64 y Directiva de Daños, considerando 11.

43 En el mismo sentido, el art. 341-1.e) del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil supedita el resarcimiento de los daños y perjuicios causados por los actos de competencia desleal y las prácticas restrictivas de la competencia a la concurrencia de dolo o culpa del agente.

posibilidad de suprimirlo y configurar un sistema de responsabilidad objetiva.[44] Según la Comisión, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia –conforme a la cual *"cualquier persona está legitimada para solicitar la reparación del daño sufrido cuando exista una relación de causalidad entre dicho daño y el acuerdo o la práctica prohibidos por el artículo 81 CE"*[45]– no exige la concurrencia de culpa. De ahí que, ya en el Libro Blanco, manifestara su conformidad con la legislación de aquellos Estados miembros que se adoptan en este planteamiento, bien porque no se exige el requisito de la culpa, bien porque se establece una presunción absoluta de su concurrencia una vez demostrada la infracción. Además, la Comisión sugirió que, conforme al principio de efectividad, los demás Estados miembros en los que es necesaria la concurrencia de culpa deberían establecer una presunción relativa, rebatible únicamente en el caso de error excusable, entendiendo por tal el caso en el que una persona razonable que prestara un alto grado de atención no pudiera haberse dado cuenta de que la conducta en cuestión restringía la competencia.[46]

Finalmente, sin embargo, la Comisión descartó de forma expresa esta propuesta,[47] por lo que los Estados miembros pueden mantener el requisito de la culpa sin más límites que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, los principios de efectividad y equivalencia y lo establecido en la propia Directiva.[48]

4. ASPECTOS PROCESALES: LA PRUEBA

Entre las normas procesales, la transposición de la Directiva de Daños exigirá la inclusión de una norma especial en materia de prescripción que determine cuándo empieza a transcurrir el plazo, su duración y las circunstancias en las que se interrumpe o suspende (art. 10). De forma parcialmente coincidente con lo previsto en el artículo 1968.2.º CC y la jurisprudencia relativa al mismo,[49] el plazo no comenzará hasta que se haya producido el cese de la infracción y el

44 Libro Verde, pág. 7.

45 STJUE, C-295/04, ap. 61.

46 Libro Blanco, pág. 7; Commission Staff Working Paper accompanying the White Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules (COM(2008) 165 final), págs. 50-54.

47 Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinadas normas por las que se rigen las demandas por daños y perjuicios por infracciones de las disposiciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea, COM(2013) 404 final, pág. 14.

48 Directiva de Daños, Considerando 11.

49 *Vid.* STS (Sala de lo Civil) de 4 de septiembre de 2013 (*Céntrica*), F.D. 7.

demandante tenga conocimiento, o haya podido razonablemente tenerlo, de la conducta y su carácter ilícito, de la identidad de la empresa infractora y de la existencia del daño. Sin embargo, frente al año previsto en el art. 1968.2.º CC (y también en el 341-4 del Anteproyecto del Código Mercantil), la duración ha de ser, al menos, de cinco años. Además, si existiera un procedimiento administrativo, habrá de establecerse de manera expresa su suspensión hasta, al menos, un año después que la resolución de infracción sea firme o se dé por concluido el procedimiento de otra forma.

Sin embargo, la mayoría de las normas procesales incluidas en la Directiva de Daños son las relativas a la prueba. Conforme a la regla general, corresponde al demandante acreditar la concurrencia de los elementos determinantes de la responsabilidad (daño, relación de causalidad y culpa) y de la existencia de una infracción de las normas de defensa de la competencia.[50] Si bien esta última puede resultar siempre difícil, cuando se trata cárteles –debido a su carácter esencialmente secreto– las demandas originarias *("stand alone")* pueden encontrar obstáculos casi insuperables. De ahí que la Directiva establezca que – más allá de lo previsto en los artículos 328-331 de la Ley de Enjuiciamiento Civil – los ordenamientos procesales nacionales han de permitir que los órganos jurisdiccionales que conozcan de una acción por daños puedan ordenar, previa solicitud motivada y proporcionada de la parte demandante, que la parte de demandada o un tercero exhiba determinadas piezas específicas de prueba o categorías pertinentes de pruebas (art 5).

Por el contario, las demandas derivadas *("follow-on")* pueden resultar facilitadas por la existencia de un procedimiento administrativo previo. Efectivamente, por una parte, la tramitación del procedimiento administrativo puede facilitar la generación de pruebas, bien fruto del ejercicio de las amplias facultades de investigación atribuidas tanto a la CNMC como a la Comisión Europea, bien mediante las declaraciones y documentos aportados voluntariamente por las empresas en el marco de un programa de clemencia. La Directiva establece que, tras evaluar la proporcionalidad de la medida, los órganos jurisdiccionales nacionales han de poder ordenar la exhibición de esas pruebas contenidas en el expediente administrativo previo (art. 6). Sin embargo, esa facultad es limitada: mientras el procedimiento administrativo no haya concluido, no podrán ordenar la exhibición de determinadas pruebas

50 Artículo 217 LEC, en el caso de la infracción de normas de la Ley de Defensa de la Competencia, y artículos 2 y 3 del Reglamento 1/2003 para los supuestos de infracción de los artículos 101 o 102 TFUE.

cuyo origen se encuentre en el propio procedimiento (art. 6.5); y, dentro de éstas, en ningún momento podrán ordenar la exhibición de las declaraciones proporcionadas en el marco de un programa de clemencia ni de las solicitudes de transacción (art. 6.6).[51]

Aparentemente, se pretende así que la función indemnizatoria atribuida a las normas sobre responsabilidad civil no perjudique la preventivo-punitiva desempeñada por el Derecho administrativo sancionador; o, más brevemente: que la aplicación privada no vaya en detrimento de la aplicación pública[52]. Sin embargo, es muy probable que la norma no disminuya, sino aumente las posibilidades de las víctimas de obtener reparación: la prueba de la existencia de un cártel resulta casi imposible fuera del procedimiento administrativo;[53] y, para la detección y sanción del cártel, los programas de clemencia – que permiten al denunciante quedar exento de una eventual sanción – constituyen un elemento esencial. Sin embargo, ese incentivo resulta debilitado por el incremento del riesgo de ser objeto de una reclamación de los daños y perjuicios causados: las resoluciones administrativas que declaran la existencia del cártel vinculan al órgano jurisdiccional y suelen devenir firmes en primer lugar, precisamente, contra el denunciante, el cual es responsable civilmente conjunta y solidariamente con los demás participantes, pero, a diferencia de éstos, no recurre la resolución ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Sin la protección parcial que establece la Directiva, los potenciales demandantes no sólo no

51 Resolviendo así definitivamente una cuestión planteada en la STJUE, C-360/09. Sin embargo, el vigente apartado 1 del artículo 15 *bis* de la LEC, citado en el texto, introducido por el número uno de la Disposición Adicional Segunda de la LDC, establece ya que la *"la Comisión Europea, la Comisión Nacional de la Competencia y los órganos competentes de las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus competencias podrán intervenir, sin tener la condición de parte, por propia iniciativa o a instancia del órgano judicial, mediante la aportación de información o presentación de observaciones escritas sobre cuestiones relativas a la aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea o los artículos 1 y 2 de la Ley de Defensa de la Competencia. Con la venia del correspondiente órgano judicial, podrán presentar también observaciones verbales. A estos efectos, podrán solicitar al órgano jurisdiccional competente que les remita o haga remitir todos los documentos necesarios para realizar una valoración del asunto de que se trate. La aportación de información no alcanzará a los datos o documentos obtenidos en el ámbito de las circunstancias de aplicación de la exención o reducción del importe de las multas previstas en los artículos 65 y 66 de la Ley de Defensa de la Competencia."* Lo previsto en este último párrafo deberá extenderse, por lo tanto, a las solicitudes de transacción.

52 En ese sentido, por ejemplo, Milutinović, 2015: 11. Con esa misma finalidad se establecería, como excepción al carácter solidario de la responsabilidad – coincidente en esto con nuestra doctrina jurisprudencial-, que los beneficiarios de clemencia respondan solidariamente ante sus compradores o proveedores directos o indirectos, y ante otros perjudicados sólo cuando no sea posible obtener el pleno resarcimiento de las demás empresas infractoras (art. 11).

53 Sobre la práctica española, *vid.* Ruiz De Angulo, Bayo & Costas, 2011; Marcos, 2013a: 167 ss.

podrían obtener la exhibición de las declaraciones realizadas en el marco de un programa de clemencia, sino tampoco beneficiarse de la vinculación del órgano jurisdiccional a la resolución administrativa, ya que ni unas ni otra existirían.

Efectivamente, las resoluciones administrativas que pongan fin al procedimiento tienen una eficacia probatoria que varía según el órgano que las haya dictado. Así, las Decisiones de la Comisión relativas a los procedimientos en virtud de los artículos 101 o 102 del TFUE vinculan al órgano jurisdiccional nacional que con posterioridad conozca de una demanda por daños y perjuicios, ya que no puede adoptar resoluciones susceptibles de entrar en conflicto con ellas.[54] Lo mismo sucede con las sentencias de la jurisdicción contencioso--administrativa resolviendo los recursos contra las resoluciones de la CNMC.[55] Por el contrario, estas últimas no son vinculantes en los procedimientos posteriores; puesto que los jueces son independientes y están *"sometidos únicamente al imperio de la ley"* (art. 117.1 CE), la existencia de una resolución administrativa que declare una infracción del Derecho de la competencia no exime al demandante de tener que de demostrarla, ni impide al juez considerar que no ha resultado probada.[56] La transposición de la *Directiva de Daños,* exigirá una modificación de esta regla, ya que establece que la constatación de una infracción del Derecho de la competencia hecha en una resolución firme de una autoridad nacional de la competencia o de un órgano jurisdiccional competente ha de ser irrefutable a los efectos de una acción por daños ejercitada ante un órgano jurisdiccional nacional de conformidad con los artículos 101 o 102 del TFUE o el Derecho nacional de la competencia (artículo 9)[57].

La transposición de la norma deberá realizarse teniendo en cuenta el alcance limitado de la presunción. Por una parte, no alcanza a cualquier valoración sobre la licitud de la conducta, sino únicamente – a diferencia de lo previsto en el Reglamento 1/2003 respecto de las Decisiones de la Comisión – a *"la constatación de una infracción hecha en una resolución firme"*. Por lo tanto, una decisión

54 Artículo 16 del Reglamento 1/2003, conforme a lo establecido ya en la STJUE, C-344/98, ap. 52.

55 En este sentido, en un asunto relativo a un cártel, la STS (Sala de los Contencioso) de 7 de noviembre de 2013, F.D. 3.º, conforme al cambio de criterio provocado por la STC 192/2009, de 28 de septiembre, F.D. 2.º, y acogido ya previamente en la STS (Sala de lo Civil) de 19 de septiembre de 2013.

56 Broklemann, 2007; Marcos, 2013b: 39 y ss. Así, por ejemplo, la SAP Madrid 11 de abril de 2011, no reconoce a la resolución administrativa previa más fuerza vinculante que la de un *"alegato de autoridad capaz de conferir refuerzo a los propios argumentos ya esgrimidos en el proceso"* (F.D. 5.º).

57 Además, toda resolución firme contemplada dictada en otro Estado miembro podrá ser presentada al menos como principio de prueba de la existencia de una infracción del Derecho de la competencia, de tal forma que dicha resolución podrá ser valorada junto con otras pruebas presentadas por las partes.

de archivo del expediente o una declaración sobre la licitud de la conducta no impide que, con posterioridad, un órgano jurisdiccional declare la existencia de una infracción. Sólo así, por otra parte, podrán evitarse situaciones paradójicas; téngase en cuenta, por ejemplo, que las distintas sentencias recaídas en apelación contra una resolución sancionadora que declare la existencia de un acuerdo entre competidores prohibido pueden ser contradictorias;[58] o dicha resolución ser recurrida únicamente por algunos de sus destinatarios (por ejemplo, los que no formaron parte de un eventual procedimiento de clemencia);[59] o, en fin, sólo algunas de las sentencias recaídas en apelación –por ejemplo, por razón de la cuantía– ser posteriormente casadas por el Tribunal Supremo.[60] En todos estos casos, el juez competente en un procedimiento posterior de reclamación de daños, vinculado por la declaración previa de la existencia de una infracción sólo respecto de algunas de las partes del acuerdo, puede declarar –una vez valoradas todas las pruebas– la existencia de esa misma infracción respecto de las demás.

Por otra parte, el alcance de la vinculación a los hechos considerados probados por la CNMC o la jurisdicción contencioso-administrativa –igual que respecto de las Decisiones de la Comisión– resulta delimitado por la propia competencia de éstas: comprende únicamente los hechos que determinan una infracción de la LDC, pero en ningún caso los elementos de la responsabilidad civil, como erróneamente ha aceptado nuestra jurisprudencia:[61] el órgano

58 Por ejemplo, los recursos interpuestos contra la RCNC de 12 de noviembre de 2009 *(S/0037/08, Compañías de Seguro Decenal),* que sancionaba a varias aseguradoras y reaseguradoras, fueron estimados por la Audiencia Nacional, pero por distintos motivos. Así, en las SSAN 18 de diciembre de 2012 *(SCOR),* 4 de enero de 2013 *(ASEFA)* y 20 de marzo de 2013 *(MAPFRE),* se consideró que no existía prueba de ningún acuerdo prohibido, y sí una explicación alternativa a la concertación para el comportamiento paralelo de las sancionadas. La SAN de 14 de diciembre de 2012 *(CASER),* estableció la existencia acuerdo prohibido (cártel y boicot) que carecía de cobertura legal, pero entendió que no hubo culpa en la conducta del recurrente. En la SAN 18.12.2012 *(MÜNCHENER),* se consideró que había un acuerdo prohibido, pero que contaba con cobertura legal (era en realidad un intercambio de información sobre el riesgo permitido por el art. 25.3. de la LOSSP y el Reglamento (UE) n.º 267/2010 de la Comisión de 24 de marzo de 2010 relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas en el sector de los seguros).

59 Lo que, además, puede traducirse en que el *dies a quo* sea diferente en unos casos y en otros. En el Derecho comparado, el tema se ha suscitado ya en el asunto *Deutsche Bahn AG and others v Morgan Advanced Materials Plc* [2014] UKSC 24.

60 *Vid*. sin embargo la interesante STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 28 de mayo de 2014 (SOS Cuétara).

61 En este sentido, la STS de 8 de junio de 2012 señala que la AP Valladolid *"tras haber ganado firmeza la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, consideró probado tanto la realidad del perjuicio que el ilícito comportamiento de la ahora recurrente produjo a las demandadas, como la medida o extensión*

jurisdiccional que conozca de la posterior reclamación de daños debe aceptar la existencia de una infracción de las normas de defensa de la competencia, pero el daño, la relación de causalidad y la culpa han de ser probados por el demandante en el proceso.[62]

Ciertamente, la dificultad que supone la prueba de la existencia y la cuantía del daño constituye una de las principales dificultades para cualquier eventual demandante. De ahí que la Directiva prohíba que las normas nacionales sobre tales aspectos hagan prácticamente imposible el ejercicio del derecho al resarcimiento, debiendo facultar a los órganos jurisdiccionales para estimar el importe de los daños una vez acreditada su existencia; la cual, además, se presume – como jurisprudencialmente se ha establecido ya respecto de los actos de competencia desleal – [63] en el caso de los cárteles (art. 17).[64]

Respecto de la relación de causalidad y la culpa, sin embargo, la Directiva de Daños no establece presunción alguna. Ciertamente, el elemento subjetivo de la culpa es necesario en toda infracción administrativa,[65] incluyendo las contempladas en la LDC.[66] Por lo tanto, cabría pensar que, una vez acre-

---

del miso" (F.D. 7.º). Por su parte, la STS 2013 asume que la establecida en la Resolución sancionadora *"es la base fáctica sobre la que de partirse para la resolución de la reclamación. La demandada concertó con las demás integrantes del cártel determinadas modificaciones de los precios del azúcar para uso industrial que hizo que tal precio fuera superior al que hubiera debido resultar del juego de la libre competencia por lo que hubo un aumento indebido en los costes que debieron soportar los fabricantes de productos elaborados con azúcar, que es justamente lo que constituye el daño"* (F.D. 3.º).

62 En este sentido, el Tribunal de Justicia ha establecido acertadamente que *"una acción civil de indemnización, como la que es objeto del procedimiento principal, implica, según resulta de la resolución de remisión, no sólo la comprobación de que se ha producido un hecho dañoso, sino también la existencia de un daño y de una relación directa entre éste y el hecho dañoso. Si bien es cierto que la obligación que tiene el juez nacional de no adoptar resoluciones incompatibles con una decisión de la Comisión por la que se declare la existencia de una infracción del artículo 101 TFUE le impone admitir la existencia de un acuerdo o práctica prohibidos, cabe precisar que la existencia de un daño y la relación de causalidad directa entre ese daño y el acuerdo o práctica en cuestión siguen dependiendo, en cambio, de la apreciación del juez nacional."* (STJUE, C-199/11, ap. 65). En este sentido ya Robles Martín-Laborda, 2014a: 526-527. Contra: Cachafeiro, 2014.

63 Por ejemplo, STS (Sala de lo Civil) de 21 de junio y 22 de noviembre de 2006, F.D. 3.º.

64 Los cárteles, sin embargo, se definen con una amplitud que va más allá de su significado económico (art. 2.14 Directiva de Daños) y de la literalidad de la definición establecida en nuestra LDC, aunque de forma análoga a la interpretación que de la misma han realizado la CNC y la CNMC. *Vid.* Robles Martín-Laborda, 2012.

65 Por ejemplo, SSTC 246/1991, de 19 de diciembre; y 102/1994, de 11 de abril.

66 Entre otras, SSTS (Sala de Contencioso) de 9 de marzo de 2005 (Consejo General de los Colegios Oficiales de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria de España), 7 de julio de 2010 (Colegio Oficial de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria de Baleares), 22 de noviembre 2013 (ASETRAVI, comentada en Robles

ditada aquélla, resulta implícita la prueba de ésta.[67] Sin embargo, parece necesario hacer dos precisiones. Por una parte, existen importantes diferencias en este aspecto entre las infracciones de la LDC y las infracciones de las normas sobre competencia del TFUE. Mientras que, como hemos visto, el elemento subjetivo constituye un elemento de la infracción de la LDC, aquél no es más que un presupuesto para la imposición de una multa sancionadora por infracción de las normas sobre competencia del TFUE;[68] para la infracción de estas últimas, por lo tanto, no es necesaria la concurrencia de culpa o dolo,[69] por lo que una presunción absoluta resultaría inadecuada. Por otra, el argumento se basa en una supuesta identidad entre la culpa exigible para la imposición de una sanción administrativa y la culpa determinante de la responsabilidad civil. Ciertamente, ambas se traducen en la omisión de determinados deberes de previsión; pero mientras la culpa administrativa (a la que se refieren tanto el Libro Verde como el Libro Blanco*)* supone la previsibilidad de la antijuricidad de la conducta,[70] para que exista culpa civil es necesaria la previsibilidad, no de la antijuricidad, sino del daño, de tal forma que el sujeto que lo ocasionó no haya cumplido los deberes requeridos para su prevención y, en su caso, evitación.[71] También es necesaria, por lo tanto, la prueba de la culpa: aunque la previsibilidad de la ilicitud de la conducta (restrictiva de la competencia) supondrá, normalmente, la previsibilidad del daño –y, por lo tanto, el establecimiento de una presunción relativa resulta admisible-, son necesarios dos juicios diferentes.

Martín-Laborda, 2014b); y SSAN de 14 de diciembre de 2012 (CASER) y 18 de marzo de 2014 (CETM). Sobre el principio de confianza legítima, *vid.* Costas Comesaña, 2011: 105; Marcos, 2012.

67 En este sentido, ya Sancho Gargallo, 2009: 16; QUIJANO, para quien *"la presunción conjunta de ilicitud y culpa derivada de la infracción ya estimada es perfectamente razonable"* (Quijano, 2011: 484-485); Cachafeiro, 2014: 191.

68 Cfr. artículo 23 del Reglamento 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado.

69 Se trata de un *"concepto objetivo",* según la STJUE, 85/76, ap. 91.

70 *"Para poder sancionar administrativamente es necesario que el sujeto imputado haya actuado con intención de realizar una conducta, a pesar de conocer que es contraria a Derecho; o bien que no haya adoptado las medidas exigibles para evitar la realización de una conducta que se sabe contraria a Derecho, o adquirir el conocimiento de que la conducta es contraria a Derecho"* (STS, Sala de lo Contencioso, de 14 de diciembre de 2012, F.D. Quinto).

71 Díez-Picazo, 1999*:* 360 ss.; Reglero, 2002: 186 ss.

5. CONCLUSIONES

La atribución de una función preventivo-punitiva a las normas establecidas en la Directiva 2014/104/UE, tal y como pretendía originariamente la Comisión, exigiría el establecimiento de un régimen de responsabilidad civil específico para los daños por infracciones del Derecho de la competencia. Sin embargo, las manifestaciones de aquélla han ido desapareciendo durante su tramitación, y la función de las normas finalmente establecidas en la Directiva de Daños es puramente resarcitoria.

De esta forma, la transposición de la Directiva de Daños no impedirá que los derivados de infracciones de las normas de defensa de la competencia puedan seguir sometidos al régimen general sobre responsabilidad civil previsto en nuestro ordenamiento.[72] Por el contrario, las modificaciones exigidas por la Directiva son esencialmente procesales. Su incorporación a nuestro Derecho interno obligará a ampliar el plazo de prescripción de la acción, y clarificar tanto las causas de su interrupción como *el dies a quo.* Pero, sobre todo, facilitará la prueba de la existencia de una infracción del Derecho de la competencia y del correspondiente daño, y muy especialmente en el caso de los cárteles. Mientras la existencia de éstos resulta casi imposible de acreditar fuera del correspondiente procedimiento administrativo sancionador, la determinación del daño causado por los mismos presenta grandes dificultades incluso contando con complejos – y costosos – informes periciales; por lo tanto, la Directiva de Daños favorecerá principalmente las demandas contra los participantes en un cártel cuya existencia haya sido previamente declarada en una resolución administrativa *("follow-on claims")*.

Al facilitar el resarcimiento de las víctimas, especialmente de los cárteles ya sancionados administrativamente, resultará potenciada la función indemnizatoria atribuida a las normas sobre responsabilidad civil, pero sólo indirectamente –como "subproducto" de aquélla, al agravar las consecuencias patrimoniales para los infractores– su función preventiva. Aunque ello pone duda la propia justificación de su aprobación, resulta coherente con los principios de nuestro ordenamiento interno, en el que la función preventivo-punitiva de las conductas potencialmente dañosas es atribuida al Derecho Penal o al Derecho Administrativo Sancionador.

72 En contra, aparentemente, Diez Estella & Estrada Meray, 2014.

BIBLIOGRAFIA

Alfaro, J.

2009 "Contra la armonización positiva: la Propuesta de la Comisión para reforzar el *private enforcement* del Derecho de la Competencia", *InDret,* 3/2009.

Broklemann, H.

2007 "La indemnización de los daños y perjuicios" en S. Martínez Lage & a. Petitbò, , *El Derecho de la Competencia y los Jueces,* Madrid-Barcelona, 2007, p. 62 y ss.

Cachafeiro, F.

2014 "Damages Claims for Breach of Competition Law in Spain", en H. Rosenau & t. Van Nghia, T. *(eds.), Competition Regime: Raising Issues and Lessons from Germany,* Baden-Baden, p. 176.

Costas Comesaña, J.,

2011 "La confianza legítima en la actuación de las administraciones públicas como límite al derecho de defensa de la competencia", en J. Guillén Caramés, J., (dir.), *Derecho de la Competencia y Regulación en la actividad de las administraciones públicas*, Cizur Menor, p. 105.

Del Olmo, P.,

2009 "Punitive damages in spain", en H. Koziol & V. Wilcox (eds.), *Punitive damages: common law and civil law perspectives*, Viena-Nuva York.

Diez Estella, F. & Estrada Meray, C.

2014 "Las acciones de daños derivadas de ilícitos anticompetitivos en España: análisis de jurisprudencia reciente", *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 14, p. 189 ss.

Díez-Picazo, L.

1999 *Derecho de Daños,* Madrid.

Hansberry, D. et al.

2014 "Umbrella Effect: Damages Claimed by Customers of Non-cartelist Competitors", *Journal of European Competition Law and Practice*, vol. 5, núm. 4, págs. 196 ss.

Herrero, C.

2011 "La 'Passing-on Defense', ¿Un Falso Dilema?", en L. A. Velasco et al. (dirs.), *La Aplicación Privada del Derecho de la Competencia*, Valladolid.

Illescas, R.

2008 "A propósito del reciente Libro Blanco de la Comisión de la CE sobre 'acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias

de Defensa de la competencia', *Actas de Derecho Industrial,* vol. 28 (2007-2008), p. 589 ss.

Marcos, F.

2012 "Artículo 4. Conductas exentas por ley", en Massaguer, J., et al. (dirs.), *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia,* 3.ª ed., Madrid, p. 296 ss.

2013a "Competition Law Private Litigation in the Spanish Courts (1999-2012)", *Global Competition Law Review,* vol. 6, núm. 4, p. 167 ss.

2013b "Competition Law private litigation in Spanish courts", *Working Paper IE Law School AJ8-202*, disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2351770.

2014a "Compensación de daños provocados por el cártel de azúcar", en *Anuario de la Competencia.*

2014b "Las indemnizaciones de daños derivadas del cártel del azúcar", en *Osservatorio Permanente sull'Applicatione delle Regole di Concorrenza*, disponible en http://www.osservatorioantitrust.eu/es/las-indemnizaciones-de-danos-derivadas-del-cartel-del-azucar/

Marcos, F. & Sánchez Graells, A.

2008 "Towards a European Tort Law? Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules: Harmonizing Tort Law through the Back Door?", en *European Review of Private Law,* vol. 16, núm. 3, p. 469 ss.

Martín-Casals, M.

2011 "La modernización del Derecho de la responsabilidad extracontractual", en AAVV, *Cuestiones actuales en materia de responsabilidad civil*, Murcia.

Milutinović, V.

2015 "The Antitrust Damages Directive: The Ideal of Just Compensation and the Primacy of Public Enforcement", en *Competition Policy International Antitrust Chronicle*, vol. (1)2.

Naveira, M. M.

2003 "La Ley de Marcas de 2001: un punto de inflexión en el análisis funcional del Derecho de Daños", en *Revista de Derecho Privado*, vol. 87, núm. 3.

Olmedo Peralta, E.

2014 "Daños derivados de la subida de precios bajo el paraguas de un cártel ('umbrella pricing'): una lectura jurídica del nuevo paso en la aplicación privada del derecho de la competencia", *La Ley Mercantil*, núm. 7 (octubre), p. 80 ss.

Pantaleón, F.

1990 "Causalidad e imputación objetiva: Criterios de imputación", en Asociación de Profesores de Derecho civil, *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, t. II, Madrid

1991 "Artículo 1902", en Paz-Ares, C., et al. (dirs.), *Comentario del Código Civil*, tomo II, Madrid.

2000 "Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual", en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid,* 4.

Quijano, J.,

2011 "Derecho de la competencia y responsabilidad por daños: lo común y lo especial", en L. A. Velasco et al. (dirs.), *La Aplicación Privada del Derecho de la Competencia*, Valladolid.

Reglero, F.

2002 *Tratado de Responsabilidad Civil.*

Robles Martín-Laborda, A.,

1993 "El principio de subsidiariedad en la aplicación de los arts. 85 y 86 del Tratado CEE", en*Derecho de los Negocios,* núm. 37.

2012 "El concepto de cártel a efectos de la aplicación del programa de clemencia en la Ley de Defensa de la Competencia española", en *Actas de Derecho Industrial*, vol. 32 (2011-2012), p. 719 ss.

2014a "Las reclamaciones de daños y perjuicios causados por infracciones del Derecho de la competencia", en *Actas de Derecho Industrial*, vol. 34, p. 519 ss.

2014b "La aplicación del principio de confianza legítima a las infracciones de la Ley de Defensa de la Competencia", en *Actas de Derecho Industrial*, vol. 34 (2013-2014), págs. 553 ss.

Ruiz de Angulo, E., Bayo, R. & Costas, J.

2011 "Las experiencias nacionales en la aplicación privada del Derecho de la competencia: España", en L– A. Velasco,, *La Aplicación Privada del Derecho de la Competencia*, Valladolid, págs. 137 ss.

Salvador, P.

2002 "Causalidad y responsabilidad", 2.ª ed., en *InDret*, núm. 3.

Sancho Gargallo, I.

2009 "Ejercicio privado de las acciones basadas en el derecho comunitario y nacional de la competencia", en *InDret* 1/2009.

Soler Presas, A.

1995 "El deber de mitigar el daño (A propósito de la STS [1.ª] de 15 de Noviembre de 1994)", en *Anuario de Derecho Civil*, tomo XLVIII, fascículo II.

STJUE

127/73 STJUE de 21 de marzo de 1974, 127/73 – *BRT/SABAM.*

85/76 STJUE de 13 de febrero de 1979, 85/76 – *Hoffmann-La Roche.*

C-234 /89 STJUE de 28 de febrero de 1991, C-234 /89 – *Delimitis/Henninger Bráu.*

C-6/90 STJUE de 19 de noviembre de 1991, C-6/90 y C-9/90 – *Francovich*.
C-236/95 STJUE de 19 de septiembre de 1996, C-236/95 – *Comisión/Grecia*.
C-214/98 STJUE de 16 de noviembre de 2000, C-214/98 – *Comisión/Grecia*.
C-344/98 STJUE de 14 de diciembre 2000, C-344/98 – *Master Foods*.
C-38/99 STJUE de 7 de diciembre de 2000, C-38/99 – *Comisión/Francia*.
C-453/99 STJUE de 20 de septiembre de 2001, C-453/99 – *Courage Ltd y Bernard Crehan*.
C-49/00 STJUE de 15 de noviembre de 2001, C-49/00 – *Comisión/Italia*.
C-295/04 STJUE de 13 de julio de 2006, C-295/04 a C-298/04 – *Manfredi*.
C-360/09 STJUE de 14 de junio de 2011, C-360/09 – *Pfleiderer*.
C-199/11 STJUE de 6 de noviembre de 2012, C-199/11 – *Europese Gemeenschap y Otis NV*.

STPI

T-24/90 STPI de 17 de septiembre de 1992, T-24/90 – *Automec contra Comisión*.

Yzquierdo Tolsada, M.

2001 *Sistema de Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual*, Madrid.

O "PRIVATE ENFORCEMENT" DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA E O ACESSO A ELEMENTOS DE PROVA

Leonor Rossi * / *Miguel Sousa Ferro*

Abstract: *This paper provides an overview of the rules applicable to access to documents and other evidentiary elements, for the purposes and in the context of the private enforcement of EU and national competition rules, as well as the way these rules have been interpreted and applied in practice. Because the focus is placed on access as an instrument for the preparation and proof of allegations in private enforcement actions, not all issues of access are tackled, specifically the controversies surrounding access in the context of the rights of the defense are not covered here. The rules governing access are analyzed separately, according to the different circumstances and moments in question. Namely, we look at access to administrative and judicial documents held by EU institutions, to administrative and judicial documents held by Portuguese authorities, and to documents held by private persons, domestic and foreign. Finally, the impact of Directive 2014/104/EU on this access regime is discussed and a general critical assessment of the existing rules, or of their prevailing interpretation, and the need for reform is presented.*

Summary: 1. Introdução. 2. Acesso a documentos das autoridades europeias. 2.1. Introdução à jurisprudência europeia sobre acesso a documentos. 2.2. Comissão Europeia. 2.3. Tribunal de Justiça. 3. Acesso a documentos das autoridades portuguesas. 3.1. Acesso a documentos administrativos. 3.2. Acesso a documentos judiciais. 4. Acesso a documentos de entidades privadas portuguesas. 4.1. Antes do início da ação de *private enforcement*. 4.2. Após o início da ação de *private enforcement*. 5. Acesso a documentos de entidades estrangeiras. 6. Impacto da Diretiva 2014/104/UE. 6.1. Aplicabilidade. 6.2. Regime de acesso a elementos de prova. 7. Conclusão.

---

* A recolha de jurisprudência da União Europeia (UE) ligada ao Regulamento (CE) n.º 1049/2001 foi levada a cabo com a colaboração de Alexandra Pereira, Carolina Oliveira, Inês Romão Duarte e Márcia Fernandes.

1. INTRODUÇÃO

Há vários anos que se proclama em uníssono, na União Europeia, a necessidade de facilitar e estimular as ações judiciais de entidades privadas no âmbito do direito da concorrência, seja para garantir a sua aplicação, seja para obter o ressarcimento de danos causados por condutas anticoncorrenciais – o dito *"private enforcement"*. Ao contrário da realidade norte-americana, onde a via privada é responsável pela esmagadora maioria das ações judiciais *"antitrust"*, na Europa este ramo continua a ser aplicado quase exclusivamente através da atuação das autoridades administrativas (*"public enforcement"*). Ora, o *public enforcement* prossegue objetivos diferentes e alcança resultados diferentes dos que são permitidos pelo *private enforcement*. Os dois têm, por sua natureza, uma função complementar.

Entre as muitas conclusões do extenso debate pan-europeu em torno do melhor modo de incentivar o *private enforcement*, destacam-se as que respeitam à necessidade de promover o acesso a elementos de prova. Ao mesmo tempo, solidificou-se a convicção da necessidade de proteger o *public enforcement* e garantir o continuado sucesso das autoridades de concorrência, criando-se regras especiais de acesso a documentos fornecidos em processos de clemência e transação, de modo a não criar maiores desincentivos ao recurso a estes mecanismos.

De facto, uma parte muito significativa da recém-publicada Diretiva 2014/104/UE[1] é dedicada à harmonização do regime de acesso a documentos, com inovações relativamente ao que já resultava da jurisprudência europeia. Embora este novo regime só se aplique aos comportamentos regulados pelas normas de concorrência do Tratado (i.e., com efeitos sobre as trocas entre Estados-membros), é expectável que o diploma de transposição venha a abranger também as situações sob o domínio exclusivo do direito nacional da concorrência, sob pena de se criarem dois regimes injustificadamente distintos para condutas materialmente idênticas no seio da mesma ordem jurídica.

Os Estados-membros (EMs) têm até ao final de 2016 para adaptarem a sua legislação interna a estas novas exigências da Diretiva 2014/104/UE. Isto exige uma reflexão interna que passa pela identificação das soluções vigentes – um passo que está longe de ser evidente – e pela escolha das novas soluções que melhor permitam alcançar os objetivos da lei, entre os quais destacamos a proteção dos consumidores, a garantia de um processo concorrencial sem

1 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 (JO L 349/1, 05/12/2014).

distorções e a existência de mecanismos judiciais respeitadores do princípio da efetividade.

É um debate crucial, para o qual o presente artigo pretende contribuir.

O *private enforcement* da concorrência é raro em Portugal[2]. Embora Portugal tenha o sistema de ações populares mais acessível de entre os seus parceiros europeus, só em março de 2015 foi lançada a primeira ação popular para proteção dos consumidores contra abusos concorrenciais[3]. Várias foram as decisões da Autoridade da Concorrência (AdC) e da Comissão Europeia que permitiram aos lesados pelas práticas identificadas intentar ações judiciais para serem ressarcidos (ações *"follow-on"*) e, no entanto, contam-se pelos dedos de uma mão as ações deste género que já foram interpostas.

Embora muitos sejam os fatores que explicam esta realidade, a dificuldade de acesso a elementos de prova é, sem dúvida, um dos fatores decisivos. Estas dificuldades têm, como veremos, alguns fundamentos jurídicos, mas passam também pelo modo como as normas têm sido interpretadas e aplicadas pelas autoridades, o que nos remete para um problema cultural que exige ainda maior cautela na redação de soluções normativas.

A notória desigualdade de armas e indisponibilidade pública de elementos de prova de infrações concorrenciais faz com que a disponibilização de mecanismos de acesso seja particularmente premente neste domínio, sob pena de se inviabilizar a salvaguarda dos direitos dos lesados. Neste âmbito, o recurso aos processos das autoridades de concorrência é especialmente importante, por permitir aos lesados beneficiar do trabalho de recolha e análise de informação já realizado por autoridades especializadas e com extensos poderes de investigação e de recolha de elementos de prova.

A exposição que se segue começa por apresentar o regime atualmente vigente em quatro secções correspondentes aos grandes tipos de entidades potencialmente possuidoras de elementos de prova relevantes: autoridades europeias (Secção 2), autoridades portuguesas (Secção 3), entidades privadas portuguesas (Secção 4) e entidades privadas estrangeiras (Secção 5). A Secção 6 analisará globalmente o impacto da Diretiva 2014/104/UE. Por fim, concluiremos com algumas recomendações sobre o sentido da reforma vindoura do regime de

2 Para uma descrição da realidade prática do *private enforcement* da concorrência em Portugal, ver Rossi & Sousa Ferro, 2012; Rossi & Sousa Ferro, 2013.

3 TJLisboa, 7074/15.8T8LSB. O único exemplo anterior fora a ação da DECO contra a Portugal Telecom (descrita em Rossi & Sousa Ferro, 2012 e Rossi & Sousa Ferro, 2013), que incluiu argumentos sobre violações do direito da concorrência, mas acabou por ser resolvida com base noutras normas.

acesso a elementos de prova para efeitos de ações de *private enforcement* do direito da concorrência.

2. ACESSO A DOCUMENTOS DAS AUTORIDADES EUROPEIAS

A maioria dos problemas de acesso a documentos detidos por autoridades europeias[4] no âmbito do *private enforcement* do direito da concorrência coloca-se nos processos de práticas restritivas da concorrência da Comissão Europeia e respeita à recusa ao acesso por terceiros, à proteção dos direitos da defesa e a disputas sobre a extensão da confidencialidade da informação.

No entanto, ainda que não se preveja um significativo impacto prático para esta questão, merece uma especial referência o regime de acesso a documentos detidos pelo Tribunal Geral da União Europeia (TGUE) ou pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE).

A análise das regras europeias em matéria de acesso a documentos detidos pelas instituições da UE, cuja regulação primária se encontra, *maxime*, no artigo 15.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), implica que se reconheça que o direito de acesso varia em "extensão" (quais os elementos a que se pode aceder) e em "intensidade" (possibilidade de intimação pelo TJUE para concessão de acesso)[5].

O regime do acesso a documentos/informações neste plano varia consoante:

a) O seu detentor (Comissão Europeia ou Tribunal de Justiça);
b) A identidade do requerente do acesso (visado no processo administrativo/judicial, denunciante, terceiro ou autoridade judicial nacional);
c) O estado do processo a que se quer aceder (antes ou depois da comunicação de objeções ou da decisão/acórdão); e
d) O momento do pedido (antes ou depois de intentada a respetiva ação judicial).

2.1. Introdução à jurisprudência europeia sobre acesso a documentos

Aquilo que genericamente se denomina jurisprudência europeia em matéria de acesso a documentos abarca três grandes planos.

Um primeiro plano lida com os efeitos do direito europeu nos ordenamentos nacionais – uma interferência (procurada) do juiz da UE sobre o modo de

4 Para uma discussão cabal do tema, ver: Rossi & Vinagre e Silva: 2016.

5 Lafay, 1997: 68.

acesso a (certos) documentos nos EMs, desenvolvida no âmbito de questões prejudiciais colocadas ao TJUE pelos tribunais nacionais (ao abrigo do artigo 267.º do TFUE), e que releva no âmbito dos Capítulos 3 a 5 do presente artigo. Nesta jurisprudência, destacam-se os acórdãos *Pfleiderer*[6] e *Donau Chemie*[7]. Note-se que a Diretiva 2014/104/UE só releva neste primeiro plano.

Já o segundo e terceiro plano dizem respeito ao acesso a documentos das instituições da UE *stricto sensu*. O segundo plano abarca regras especiais de acesso a documentos na posse da Comissão e/ou de outra instituição da UE. O terceiro plano abrange o regime geral da UE de acesso a documentos da União Europeia, atualmente consagrado no Regulamento (CE) n.º 1049/2001[8].

Apesar da suposta autonomia entre estes dois planos, o acervo jurisprudencial do terceiro plano acaba por surgir, frequentemente (e apesar das exceções previstas no artigo 4.º), na resposta a questões jurídicas suscitadas no segundo plano. E isto porque as partes invocam, direta e exclusivamente, as regras gerais, ou porque, confrontadas com um procedimento especial cujas regras de acesso são pouco intensas, lançam mão do Regulamento (CE) n.º 1049/2001 para colmatar as lacunas jurídicas.

Não há dúvidas, como veremos, que o Regulamento (CE) n.º 1049/2001 se aplica sem distinção da matéria[9] e, portanto, também ao acesso a processos de concorrência[10], já tendo sido aplicado pelo Tribunal e pela Comissão Europeia, nesse contexto, diversas vezes[11]. Recentemente, o TJUE estabeleceu que, quando

6 Acórdão TJUE C-360/09.

7 Acórdão TJUE C-536/11.

8 Regulamento (CE) n.º 1049/2001 do Parlamento e do Conselho e da Comissão de 30 de maio de 2001 relativo ao acesso do público aos documentos do Parlamento, do Conselho e da Comissão (JO L 145/43, 31/05/2001). Este regime geral tem as suas origens no Código de conduta 93/730/CE em matéria de acesso do público aos documentos do Conselho e da Comissão (JO L 340/41, 31/12/1993). Deve ainda considerar-se a potencial relevância de outras regras gerais do direito da UE, relevantes no plano do acesso, incluindo: Regulamento (CE) n.º 45/2001, do Parlamento Europeu e do Conselho de 18 de dezembro de 2000, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais pelas instituições e pelos órgãos comunitários e à livre circulação desses dados (JO L 8/1, 12/01/2001); Comissão Europeia, 2002; Comissão Europeia, 2005b.

9 Acórdão TGUE T-174/95.

10 Cfr., e.g., o Acórdão TGUE T-2/03, onde a questão foi especificamente suscitada. A Comunicação sobre acesso ao processo (Comissão Europeia, 2005a) reconhece que o direito de acesso nela tratado, ao abrigo das regras especiais, "é diferente do direito geral de acesso aos documentos ao abrigo do Regulamento (CE) n.º 1049/2001, que está sujeito a condições e derrogações diferentes e prossegue um objetivo distinto" (§2).

11 Assim, não se pode ter uma visão completa do acervo jurisprudencial aplicável ao acesso a documentos detidos pela Comissão Europeia, potencialmente relevantes para ações de *private enforcement* do direito

aplicadas a processos de concorrência, as regras gerais têm de ser interpretadas na lógica dum sistema que inclui as regras especiais, implicando resultados bem diferentes do que se poderia esperar face à letra da lei.

2.2. Comissão Europeia

Existe um significativo acervo jurisprudencial relativo ao acesso a documentos de processos de direito da concorrência detidos pela Comissão Europeia. Nos casos mais diretamente relevantes para a problemática que ora nos ocupa, são as alegadas vítimas de práticas anticoncorrenciais (ou seus representantes) que pedem acesso a documentos[12]. Noutros, são as empresas visadas pelo processo que pretendem aceder a ele ou impedir a divulgação de certos documentos ou informação a terceiros[13]. Ou verificam-se pedidos de acesso realizados por jornalistas[14], etc. Também existe alguma jurisprudência sobre acesso a documentos no âmbito de processos de controlo de auxílios de Estado[15] e de concentrações[16].

Dependendo das características do pedido de acesso, seu autor e contexto, é aplicável o regime geral *supra* referido ou as seguintes regras especiais, consoante o tipo de processo de concorrência em causa:

(i) Artigos 101.º e 102.º TFUE: artigo 27.º e considerando 32 do Regulamento (CE) n.º 1/2003[17], e artigos 6.º, 8.º, 13.º, 15.º e 16.º e considerandos 8, 11, 13 e 14 do Regulamento (CE) n.º 773/2004[18];

---

da concorrência, sem estudar a jurisprudência do TJUE sobre o regime geral de acesso a documentos, no seu conjunto.

12 Cfr., e.g., Acórdão TGUE T-2/03; Acórdão TGUE T-344/08; Acórdão TJUE C-365/12 P; Acórdão TGUE T-437/08; Acórdão TGUE T-534/11; Despacho TGUE T-185/12; Despacho TGUE T-419/12; Despacho TGUE T-420/12; Despacho TGUE T-421/12; Despacho TGUE T-526/12.

13 Cfr., e.g., Despacho TGUE T-198/03 R; Acórdão TGUE T-198/03; Despacho TGUE T-341/12 R; Acórdão TGUE T-341/12; Acórdão TGUE T-345/12; Despacho TGUE T-462/12 R; Despacho TJUE C-278/13 PR.

14 Cfr., e.g., Acórdão TGUE T-36/04; e Acórdão TJUE C-514/07 P.

15 Cfr., e.g., Acórdão TGUE T-237/02; Acórdão TJUE C-139/07 P; e Acórdão TGUE T-494/08.

16 Cfr., e.g., Acórdão TGUE T-237/05; Acórdão TJUE C-404/10 P; Acórdão TGUE T-403/05; Acórdão TJUE C-506/08; Acórdão TGUE T-111/07; e Acórdão TJUE C-477/10 P.

17 Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho de 16 de dezembro de 2002 relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81.º e 82.º do Tratado (JO L 1/1, 04/01/2003), revisto em último lugar pelo Regulamento (CE) n.º 1419/2006.

18 Regulamento (CE) n.º 773/2004 da Comissão de 7 de abril de 2004 relativo à instrução de processos pela Comissão para efeitos dos artigos 81.º e 82.º do Tratado CE (JO L 123/18, 27/04/2004), revisto em

(ii) Controlo de concentrações: artigo 18.º(3) e considerando 42 do Regulamento (CE) n.º 139/2004[19], e artigos 17.º e 18.º e considerandos 15-16 do Regulamento (CE) n.º 802/2004[20]; e
(iii) Auxílios de Estado: artigos 20.º e 26.º e considerando 21 do Regulamento (CE) n.º 659/1999[21].

O regime geral do Regulamento (CE) n.º 1049/2001 aplica-se sempre que o pedido de acesso não se faça num dos contextos regulados especificamente por estas normas especiais, cujo âmbito é bastante limitado, dando-lhes uma relevância direta diminuta no contexto de potenciais pedidos de acesso associados ao *private enforcement* (ainda que possam ter uma relevância mais ampla, no contexto da interpretação sistemática).

Pela sua letra, as regras especiais limitam-se a regular o acesso durante e para os efeitos dum procedimento de concorrência, não regulando o acesso a um processo já concluído. No entanto, o TJUE veio a interpretar extensivamente o seu impacto.

As normas das práticas restritivas preocupam-se, fundamentalmente, em regular o acesso ao processo pelos visados e pelos denunciantes[22]. Os lesados e seus representantes só estão abrangidos por estas normas na medida em que tenham denunciado as práticas em causa ou em que sejam admitidos a apresentar observações no âmbito do procedimento. Estas normas só preveem um direito de acesso ao processo dos denunciantes quando a Comissão os informar da sua intenção de rejeitar a denúncia, e só aos elementos em que a Comissão tiver baseado a sua apreciação (se for adotada uma comunicação de objeções, o

último lugar pelo Regulamento (UE) n.º 519/2013. Ver ainda Comissão Europeia, 2005a; Comissão Europeia, 2011 ("Comunicação sobre boas práticas"); Comissão Europeia, 2004a ("Comunicação sobre denúncias"); Comissão Europeia, 2004b ("Comunicação sobre cooperação com tribunais").

19 Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho de 20 de janeiro de 2004 relativo ao controlo das concentrações de empresas (JO L 24/1, 29/01/2004).

20 Regulamento (CE) n.º 802/2004 da Comissão de 21 de abril de 2004 de execução do Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho relativo ao controlo das concentrações de empresas (JO L 133/1, 30/04/2004), revisto em último lugar pelo Regulamento (UE) n.º 1269/2013.

21 Regulamento (CE) n.º 659/1999 do Conselho de 22 de março de 1999 que estabelece as regras de execução do artigo 108.º do Tratado sobre o funcionamento da União Europeia (JO L 83/1, 27/03/1999), revisto em último lugar pelo Regulamento (UE) n.º 734/2013.

22 Enquanto as normas especiais estabelecem direitos de acesso mais intensos às pessoas sob investigação, as regras gerais do Regulamento (CE) n.º 1049/2001 não variam consoante a identidade do requerente de acesso.

denunciante tem acesso a versão não confidencial)[23]. E isto apesar de se prever expressamente o direito de audição de outras pessoas que solicitem ser ouvidas e demonstrem um interesse suficiente[24]. Normas mais recentes deram ao Auditor o poder de controlar o acesso a documentos por estas outras pessoas[25], mas estes poderes estão limitados ao necessário para exercer o direito a ser ouvido no âmbito dum procedimento[26].

Em contrapartida, nos termos das regras gerais, um demandante que tenha personalidade jurídica, com residência/sede na UE (independentemente de já ter formulado ou estar em vias de formular um pedido de indemnização, e sem ter sequer que explicitar os motivos do pedido de acesso) pode, em regra (a não ser que a instituição europeia alegue justificar-se, no caso concreto a aplicação de alguma das exceções previstas e o respeito pelo princípio da proporcionalidade), aceder a todos os documentos administrativos detidos pela Comissão Europeia. Este direito de acesso é extenso, não sofrendo restrição em função da matéria, do tempo[27], da autoria dos documentos ou do suporte físico da informação[28].

No regime geral, também se protegem os inquéritos enquanto estes estão em curso, mas é possível aos requerentes afastar a presunção (*juris tantum*) de perigo de que a divulgação de qualquer documento (ou parte de documento) relacionado com o inquérito perturbará os seus objetivos.

---

23 Artigo 8.º(1) do Regulamento (CE) n.º 773/2004; Comissão Europeia, 2004a: §§64 e 69; Comissão Europeia, 2005a, §31; Comissão Europeia, 2011: §139; Acórdão TGUE T-104/07, §84.

24 Artigo 13.º do Regulamento (CE) n.º 773/2004.

25 O considerando 11 do Regulamento (CE) n.º 773/2004 dá como exemplo destas "outras pessoas" as associações de consumidores "legítimo sempre que o processo se refira a produtos ou serviços utilizados pelos consumidores finais ou produtos ou serviços que constituam um elemento direto para o fabrico de tais produtos ou para a prestação de tais serviços". Nos termos do artigo 5.º(2) da Decisão 2011/695/UE do Presidente da Comissão Europeia, de 13 de outubro de 2011, relativa às funções e ao mandato do Auditor em determinados procedimentos de concorrência (JO L 275/29, 20/10/2011), uma "outra pessoa" deve demonstrar ter sido "suficientemente afetado pelo comportamento objeto do procedimento de concorrência" ou cumprir "os requisitos previstos no artigo 18.º, n.º 4, do Regulamento (CE) n.º 139/2004", o que claramente abrange os lesados.

26 Artigo 7.º da Decisão 2011/695/UE.

27 Decorre do artigo 4.º(3) que o direito de acesso a documentos de processos em que ainda não tenha sido tomada uma decisão final só é excecionado se "a sua divulgação pude[r] prejudicar gravemente o processo decisório da instituição" e, mesmo nestes casos, é possível demonstrar "um interesse público superior [que] imponha a divulgação".

28 Cfr. artigos 2.º(1) e (2), 3.º(a) e 6.º(1) do Regulamento (CE) n.º 1049/2001; Despachos TGUE T-236/06, §§23 e 30; Despachos TJUE C-406/06 P, §9, e C-281/08 P, §24.

A Comissão Europeia tem interpretado os direitos de acesso (pelo menos, enquanto os processos estão em curso, incluindo recursos judiciais) em termos manifestamente restritivos. Com efeito, a abordagem típica da Comissão Europeia (frequentemente apoiada na doutrina), é de recusar, em absoluto, a possibilidade de acesso a processos de concorrência por terceiros lesados. Vários dos seus documentos sugerem que o acesso dos terceiros interessados está limitado a informação sobre a natureza e objeto do procedimento (i.e., que não têm direito de acesso)[29]. A Comunicação sobre acesso ao processo só refere a possibilidade de acesso ao processo por terceiros interessados em processos de concentração[30], e isto porque esta possibilidade está prevista no artigo 17.º(2) do Regulamento (CE) n.º 802/2004.

Apesar de o TGUE ter procurado alargar o âmbito do acesso a documentos de processos de concorrência, aplicando as regras gerais, o TJUE impôs uma interpretação mais restritiva, segundo a qual o regime geral deve ser interpretado à luz do espírito das regras especiais, podendo a Comissão Europeia presumir que o acesso a estes documentos está coberto pelas exceções de proteção das atividades de inquérito e de informação confidencial.

Está claramente assente na jurisprudência e prática da Comissão (e justifica-se, até por harmonia com a Diretiva 2014/104/UE) que, por motivos de superior interesse público, não é dado acesso, em princípio, a informação submetida num pedido de clemência ou de redução de coima[31] ou numa proposta de transação.

Mas a jurisprudência deixou ainda muitas questões por responder. A jurisprudência que estabeleceu a presunção referida fê-lo no quadro de pedidos de acesso a informação em dossiers de cartéis que incluíram pedidos de clemência e que tinham sido feitos de modo genérico. A solução poderá ser diferente, por exemplo, para um pedido de acesso a um documento específico ou uma parte específica dum documento, ou para o acesso a documentos que não estão associados à negociação de clemência, redução de coima ou transação. Acima de tudo, se é uma presunção, tem de ser possível à parte que solicita o acesso demonstrar que essa presunção não se justifica no caso concreto, e essa presunção não pode implicar uma prova diabólica.

---

29 Artigo 7.º da Decisão 2011/695/UE; Comissão Europeia, 2011: §105.

30 Comissão Europeia, 2005a, §33.

31 Cfr., e.g., Comissão Europeia, 2006: §33.

Conjugado com o princípio da efetividade, a conclusão que se impõe é que tem de ser possível a um lesado, nalguns casos e mediante o preenchimento de determinados requisitos, aceder a informação constante dum dossier de concorrência da Comissão Europeia, para efeitos de promoção de uma ação de *private enforcement*. Estranho seria que o TJUE impusesse, como fez, o princípio da efetividade aos tribunais nacionais (e, por essa via, às autoridades nacionais da concorrência – ANCs – nacionais), obrigando-os a facultar acesso a documentos indispensáveis à prova dos factos subjacentes à defesa dos direitos dos lesados, mas que a Comissão Europeia não estivesse obrigada a facultar o acesso aos seus documentos administrativos em circunstâncias idênticas.

No entanto, poderá vir a impor-se a este nível a lógica que foi incluída na Diretiva 2014/104/UE (em contrariedade, poderá dizer-se, com a lógica do direito nacional), segundo a qual o acesso a documentos das ANCs só deve ser autorizado se não for possível às partes aceder a esses documentos junto das empresas em causa.

A extensão do direito de acesso é também afetada pelo momento em que o pedido é feito pelo lesado. Contrariamente ao que fora defendido pelo TGUE, o TJUE afirmou que a proteção do inquérito deve ser respeitada até que a decisão da Comissão se torne definitiva, o que implica que se exaustem todas as vias de recurso. Tendo em conta os prazos de prescrição no direito dos Estados-membros e a longa duração dos processos perante os tribunais europeus, esta posição pode criar sérias dificuldades ao *private enforcement*. Mesmo que os direitos não prescrevam, a passagem do tempo tornará progressivamente mais difícil identificar lesados (sobretudo no caso de consumidores finais) e quantificar os seus danos. A isto acresce que a passagem do tempo afeta a confidencialidade da informação ou, pelo menos, o juízo de proporcionalidade na ponderação da sua divulgação[32].

Foi ainda pouco explorada nesta jurisprudência específica a questão da presença de um interesse público que permite, num teste de proporcionalidade, afastar as exceções consagradas no artigo 4.º do Regulamento (CE) n.º 1049/ /2001. Ainda assim, pode ver-se já na jurisprudência um afloramento da ideia de que a promoção do *private enforcement* e a garantia da efetividade do direito

32 Cfr. artigo 4.º(7) do Regulamento (CE) n.º 1049/2001.

de acesso à justiça dos lesados pode ser um interesse público atendível para estes efeitos[33].

Feita esta exposição, deve realçar-se que a proteção judicial destes direitos na UE conhece uma particularidade por comparação com o nosso ordenamento, traduzida na competência dita de "baixa intensidade" dos tribunais europeus. Em princípio, e apesar de alguns casos excecionais[34], o TJUE não tem o poder de "dar ordens a uma instituição da União ou substituir-se a esta última", devendo limitar-se a anular o ato impugnado[35].

Em bom rigor, esta restrição aos poderes judiciais opera somente para instruções positivas, do tipo *de dare* ou *de facere*. Fica, por conseguinte, vedado aos tribunais da UE instruir à Comissão que divulgue qualquer documento, assim como também lhes fica vedado entregarem a um demandante documentação controvertida que tenham em sua posse[36]. Em contrapartida, o TJUE pode, designadamente em processos cautelares, proibir a Comissão de divulgar informação – i.e., injunções de *non facere/non dare* (e.g., a pedido da empresa que queira proteger os seus segredos comerciais)[37].

Esclareça-se, ainda, que, em regra, o TJUE decide sobre recursos em pedidos de acesso sem examinar os documentos em causa[38], embora possa convidar (sem vincular) a Comissão a juntá-los ao processo[39].

---

33 Cfr., e.g., Acórdão T-353/94, §89; Acórdão TGUE T-341/12, §173; Acórdão TGUE T-534/11, §§80-81. E veja-se, por analogia com o domínio do ambiente: Acórdão TJUE C-514/11 P e Acórdão TJUE C-605/11 P, §§60 e 95.

34 Cfr., e.g., Despacho TJUE C-2/88.

35 Cfr., e.g., Acórdão TJUE 121/76, §23; Acórdão TJUE C-127/13 P, §§145 e 146; Acórdão TJUE T-590/10, §21: "segundo jurisprudência constante, não cabe ao juiz comunitário, no quadro da fiscalização da legalidade por ele exercida, dirigir injunções às instituições ou substituir-se a estas últimas, mas (...) incumbe à administração em causa tomar as medidas que comporta a execução de um acórdão proferido no quadro de um recurso de anulação" (o que, no acesso a documentos, significa adotar uma nova decisão sobre a divulgação da documentação controvertida).

36 Se um documento chegou à posse do Tribunal no exercício das suas funções judiciais, aplicam-se as restrições descritas na secção 2.3.

37 Cfr., e.g., Acórdão TGUE T-534/11, §128; Acórdão TGUE T-341/12; Despacho TGUE T-462/12 R; Acórdão do TJUE C-278/13 P; Despacho TGUE T-73/13 R; e Acórdão TJUE C-389/13 P. Para um enquadramento do procedimento cautelar no direito da UE, ver Cruz Vilaça, 2014.

38 Cfr. Opinião do AG Cruz Villalon caso C-135/11 P, §70-77, acolhida no respetivo Acórdão, §§73-74; Acórdão T-2/03, §§132-133; e Acórdão TJUE C-576/12 P, §§25, 26 e 27. Para um exemplo de apresentação voluntária dos documentos pela Comissão, ver: Despacho TJUE C-2/88.

39 Cfr. artigo 64.º(2)(b) do Regulamento de Processo do TJUE; artigo 65.º(b) do Regulamento de Processo do TGUE; artigo 24.º do Protocolo n.º 3 relativo ao Estatuto do Tribunal de Justiça da UE. Ocasional e

Em suma, o modo como a Comissão Europeia e o TJUE – apesar dos esforços do TGUE – têm vindo a interpretar as normas sobre acesso a documentos incluídos nos processos de concorrência, ainda que não impossibilite, tende a fechar as portas do acesso a lesados que o solicitem diretamente à Comissão Europeia.

Isto dito, se o acesso a documentos da Comissão Europeia por lesados se revela especialmente complexo fora do quadro de (para preparar) uma ação judicial de *private enforcement*, a Comissão pode demonstrar uma atitude diferente no quadro dum pedido de acesso feito, não (diretamente) por um particular, mas por um tribunal nacional confrontado com uma ação de *private enforcement* do direito europeu da concorrência, por força do artigo 4.º(3) do Tratado da União Europeia (TUE) e do artigo 15.º(1) do Regulamento (CE) n.º 1/2003.

Como afirmado pela própria Comissão, esta tem um dever de colaborar e prestar assistência aos tribunais nacionais, que inclui, *inter alia*, facultar-lhes "documentos que estejam na sua posse". A "jurisprudência dos tribunais comunitários confirma que o dever de cooperação leal exige que a Comissão preste ao tribunal nacional toda e qualquer informação que este último solicite, até mesmo informações abrangidas pelo sigilo profissional", desde que sejam previamente obtidas garantias de que serão devidamente protegidas as informações comerciais e comerciais sensíveis incluídas nos documentos. Este dever de transmissão só não se aplica quando tal atentar contra os interesses comunitários ou interferir com o funcionamento e independência das instituições europeias (e.g. informações apresentadas voluntariamente por requerentes de imunidade ou de redução de coima)[40].

Em *Zwartveld*[41], um tribunal nacional em que corria um processo criminal (não estavam em causa processos de concorrência) pediu à Comissão Europeia documentos e a indicação de testemunhas que considerou essenciais para a descoberta da verdade. A Comissão recusou com o argumento de que o processo administrativo em causa ainda estava em curso. O TJUE começou por impor a transmissão ao tribunal nacional da lista dos documentos e potenciais testemunhas e da indicação das "razões imperiosas da necessidade

---

indevidamente, chama-se a este pedido uma "ordem" – cfr. Acórdão TJUE C-576/12 P, §27, e Acórdão TGUE T-590/10, §10.

40 Comissão Europeia, 2004b: §§21-26. Ver ainda considerando 15 da Diretiva 2014/104/UE.

41 Despacho TJUE C-2/88.

de evitar entraves ao funcionamento e independência das Comunidades que justificam a recusa", e que fossem desde logo enviados os documentos e indicadas as testemunhas para as quais não se invocasse qualquer razão imperiosa de recusa. Numa fase subsequente do processo, o Tribunal confirmou que o tribunal nacional tinha direito a aceder aos documentos/testemunhas que fossem relevantes para o litígio perante si e, não identificando razões imperiosas que justificassem a recusa no caso concreto, ordenou que fossem transmitidos todos os documentos e indicadas as testemunhas solicitadas[42].

Em *Alstom*, no âmbito de uma ação *follow-on* no Reino Unido, por iniciativa da Autora, enquanto pendia um recurso da decisão europeia, o High Court of Justice solicitou à Comissão Europeia o envio das respostas à comunicação de acusações apresentadas por duas participantes no cartel em causa[43]. O tribunal britânico estabeleceu um "círculo de confidencialidade" para garantir a não divulgação de informações confidenciais incluídas nos documentos disponibilizados às partes. A Comissão deferiu o pedido, informando previamente as empresas em causa, para lhes dar uma possibilidade de recorrer da decisão, opção que estas usaram (invocando, *inter alia*, violação do segredo profissional – artigo 339.º TFUE), pedindo como medida provisória a suspensão dos efeitos. Em resposta ao argumento de que os documentos em causa incluíam informações que constavam originalmente de pedidos de clemência, a Comissão decidiu suprimir esses elementos da versão a enviar ao tribunal nacional. Em consequência, uma das empresas desistiu do pedido. O processo prosseguiu com a Alstom.

A Autora no processo do tribunal nacional pediu para intervir, tendo a Alstom solicitado o tratamento confidencial das informações e documentos incluídos no processo. O tribunal admitiu a intervenção, mas, transitoriamente, concedeu acesso apenas a uma versão não confidencial dos documentos, considerando desnecessário ouvir explicações orais das partes antes de decidir.

O juiz das medidas provisórias ponderou os interesses em conflito. A Comissão defendeu que, contra os interesses que pendiam para a proteção da confidencialidade, deviam ponderar-se os interesses dos potenciais lesados, a preservação da competência jurisdicional dos tribunais nacionais e do seu exercício efetivo e "o interesse geral de uma aplicação eficaz das normas da União

42 Despacho TJUE C-2/88, §§9-13.

43 Despacho TGUE T-164/12 R.

em matéria de concorrência, podendo as ações por perdas e danos intentadas nos tribunais nacionais contribuir substancialmente para a manutenção de uma concorrência efetiva"[44].

Neste caso, o juiz das medidas provisórias concluiu que não fora demonstrada a urgência da transmissão dos documentos ao tribunal nacional, tanto mais que a Comissão não pedira a tramitação acelerada do processo e o interveniente não demonstrara que um atraso na conclusão do processo lhe causaria danos. Ainda assim, não deixou de se mostrar preocupado com a possibilidade de o tribunal nacional vir a decidir o litígio em causa antes da adoção no processo principal, pondo em risco os interesses da Autora na ação de *private enforcement*[45]. Em conclusão, o pedido de suspensão provisório dos efeitos foi concedido, conclusão para a qual muito parece ter contribuído o amplo leque de pessoas (incluindo funcionários da Autora) que tinham sido incluídos pelo tribunal nacional no "círculo de confidencialidade".

O processo principal demorou mais dois anos a ser decidido. Entretanto, o tribunal nacional retirou o seu pedido de documentos à Comissão e esta retirou a sua decisão, tornando desnecessária a decisão do TGUE.[46] *In casu*, a questão foi resolvida no tribunal nacional através duma ordem judicial à Alstom para produzir ela própria os documentos, cabendo ao tribunal avaliar da sua confidencialidade e ponderar os interesses em conflito. Esta possibilidade não fora usada anteriormente porque a Alstom alegava que o direito francês a impedia de fornecer os documentos ao tribunal, argumento que o *High Court* veio a afastar.

O caso *Alstom* ilustra, por um lado, a maior predisposição da Comissão para fornecer documentos de processos de práticas restritivas quando solicitados por tribunais nacionais. Mas também ilustra os obstáculos processuais que podem surgir e que podem adiar por um longo período a disponibilização dos documentos, fazendo com que a via da solicitação direta dos documentos à empresa visada pelo tribunal nacional seja uma via mais atrativa.

Em jeito de epílogo, deve ser realçada a recente adoção pela Comissão Europeia de alterações a cinco documentos. Em reação às normas da Diretiva 2014/104/UE sobre o acesso a elementos de prova, na sequência de uma

44 Despacho TGUE T-164/12 R, §40.

45 Despacho TGUE T-164/12 R, §§36-38 e 44.

46 Despacho TGUE T-164/12.

consulta pública, a Comissão reviu: o Regulamento (CE) n.º 773/2004[47], a Comunicação sobre acesso ao processo[48], a Comunicação sobre clemência[49], a Comunicação sobre procedimentos de transação[50] e a Comunicação sobre cooperação com tribunais nacionais[51].

De modo geral, estas alterações tiveram como propósito garantir a proteção da informação fornecida no âmbito de pedidos de clemência e propostas de transação, garantindo a harmonia com as soluções consagradas na Diretiva, bem como aperfeiçoar o regime de acesso para as empresas visadas e a proteção dos seus direitos.

No que releva para o *private enforcement*:

(i) Confirmou-se a possibilidade de acesso a documentos por terceiros, exceto a declarações de clemência ou propostas de transação (só documentos produzidos *ex post facto*), e com utilização limitada a processos judiciais ou administrativos de aplicação dos artigos 101.º e 102.º do TFUE[52];
(ii) Esclareceu-se que só após o encerramento do processo pela Comissão pode ser dado acesso a terceiros a informações preparadas pela Comissão ou por outras pessoas, especificamente para o processo em causa[53];
(iii) Reafirmou-se que não deve ser dado acesso a documentos – mesmo quando solicitados por tribunais nacionais – se tal puser em causa os interesses da UE, incluindo o funcionamento das instituições e a interferência com investigações em curso[54].

47 Regulamento (UE) n.º 2015/1348 da Comissão de 3 de agosto de 2015, que altera o Regulamento (CE) n.º 773/2004 relativo à instrução de processos pela Comissão para efeitos dos artigos 81.º e 82.º do Tratado CE (JO L 208/3, 05/08/2015).

48 Comissão Europeia, 2015a.

49 Comissão Europeia, 2015b.

50 Comissão Europeia, 2015c.

51 Comissão Europeia, 2015d.

52 Cfr. artigos 16.º-A(1) e (2) e 4.º-A do Regulamento (CE) n.º 773/2004; Comissão Europeia, 2005a, §48; Comunicação sobre procedimentos de transação, §39; Comissão Europeia, 2004b: §§26 e 26-A.

53 Cfr. artigo 16.º-A(3) do Regulamento (CE) n.º 773/2004.

54 Comissão Europeia, 2004b: §26.

À luz deste quadro, parece razoável concluir que a preocupação prevalente da Comissão continua a ser a proteção dos seus poderes de investigação, restringindo o acesso a documentos em determinados contextos, e não o esclarecimento ou a facilitação das circunstâncias em que pode ser concedido acesso a terceiros para efeitos do *private enforcement* do direito da concorrência.

2.3. Tribunal de Justiça

Em profundo contraste com a realidade do ordenamento jurídico nacional, não existe, por via de regra, acesso de terceiros aos documentos judiciais da União Europeia[55].

Com efeito, o artigo 15.º(3)(§4) do TFUE exceciona a atividade judicial dos Tribunais da União do acesso a documentos, tal como já o fazia o artigo 255.º TCE. Só a atividade administrativa dos TGUE e TJUE está sujeita ao direito de acesso[56]. As normas processuais dos tribunais da UE confirmam a impossibilidade de acesso por terceiros, no Tribunal, às peças processuais (e documentos anexos) apresentadas pelas partes[57].

Assim sendo, parece estar vedado, *ex lege*, a qualquer terceiro pedir ao TGUE ou ao TJUE que divulgue documentação ligada a qualquer processo judicial pendente ou concluído (exceto relatórios de audiências, acórdãos, despachos e opiniões dos AGs).

O Tribunal também não permite a intervenção dos lesados nos recursos de anulação de decisões da Comissão Europeia relativas a práticas restritivas da

---

55 Cfr., e.g., o Acórdão TGUE T-36/04, §85: "as normas processuais dos tribunais comunitários não preveem um direito de acesso de terceiros às peças processuais apresentadas na Secretaria pelas partes"; e Acórdão TJUE C-514-07 P, §79: "a atividade judicial, enquanto tal, está excluída do âmbito de aplicação do direito de acesso aos documentos".

56 Cfr. Decisão do TJUE de 11 de dezembro de 2012 relativa ao acesso do público aos documentos na posse do Tribunal de Justiça da União Europeia no exercício das suas funções administrativas (JO C 38/2, 09/02/2013).

57 Veja-se, e.g., os artigos 31.º, 37.º e 20.º(2) do Estatuto do TJUE – embora se preveja a publicidade das audiências e dos acórdãos, limita-se a divulgação das peças processuais à sua comunicação às respetivas partes. O artigo 22.º do Regulamento de Processo do TJUE (e o artigo 24.º(5) do Regulamento de Processo do TGUE) só permite o acesso por terceiros ao registo dos casos (que inclui a identificação das peças processuais e documentos apresentados) e a obtenção de "cópias conformes dos acórdãos e dos despachos", enquanto para as partes se acrescenta a possibilidade de obtenção de cópias dos "atos processuais". O artigo 131.º(2) e (4) do Regulamento de Processo do TJUE e os artigos 50.º(2), 67.º(3) e 116.º(2) do Regulamento de Processo do TGUE preveem a possibilidade de não concessão de acesso a partes e/ou intervenientes no processo de "peças ou documentos secretos ou confidenciais cuja comunicação ao interveniente seria de natureza a prejudicá-las" (às partes). Como se afirmou no Acórdão TJUE C-514-07 P, §99: "nem o Estatuto do Tribunal de Justiça nem os referidos regulamentos de processo preveem o direito de acesso, por parte de terceiros, aos articulados apresentados ao Tribunal de Justiça no âmbito de processos judiciais".

concorrência, o que seria outro modo de conseguir acesso (pelo menos parcial) a documentos judiciais[58].

Mas tal não significa que seja impossível o acesso a toda e qualquer peça processual apresentada aos Tribunais europeus, desde logo porque as partes são livres de divulgar os seus próprios articulados[59], e porque o Tribunal pode controlar decisões de recusa de acesso a documentos da Comissão Europeia, como se veio a esclarecer no caso *API*[60].

Neste caso, em vez de se dirigir ao Tribunal, uma associação de jornalistas pediu à Comissão Europeia, ao abrigo do Regulamento (CE) n.º 1049/2001, que lhe facultasse cópias dos articulados apresentados por esta instituição ao TGUE no âmbito de vários recursos de anulação.

A Comissão recusou facultar os articulados, afirmando que a sua divulgação afetaria a boa administração da justiça e o princípio da igualdade das armas e invocando a exceção nos termos da qual pode ser recusado o acesso a "documentos cuja divulgação [possa] prejudicar a proteção de (…) processos judiciais…", "exceto quando um interesse público superior imponha a divulgação" (artigo 4.º(2) do Regulamento (CE) n.º 1049/2001).

O TGUE e, em recurso, o TJUE afirmaram que é possível o acesso, junto da Comissão, aos articulados apresentados por esta, através do regime geral.

Nos processos findos, e mesmo que estejam pendentes outros processos interrelacionados (e.g. ação de responsabilidade civil subsequente), a concessão de acesso total ou parcial deve ser apreciada casuisticamente, aferindo se a divulgação seria suscetível de pôr em causa, concreta e efetivamente (não em termos meramente hipotéticos), os interesses públicos que justificam a proteção do processo judicial. No entanto, mesmo que tal se verifique, é possível que exista um outro interesse público superior que, num juízo de proporcionalidade, justifique a divulgação dos documentos (neste caso era a liberdade de imprensa e direito do público à informação, mas o direito de acesso à justiça, em causa no *private enforcement*, também pode ser invocado). No caso concreto, o Tribunal anulou a decisão da Comissão de recusar o acesso ao articulado que apresentara no âmbito dum recurso duma decisão de controlo de concentrações.

---

58 Cfr., e.g., Despachos TGUE T-28/11, T-38/11, T-40/11, T-46/11, T-462/12 e T-465/12; Despachos TJUE C-596/11 P(I), C-598/11 P(I), C-600/11 P(I) e C-602/11 P(I).

59 Acórdão TGUE T-36/04, §89.

60 Acórdão TGUE T-36/04; e Acórdão TJUE C-514/07 P.

Na pendência do processo em causa[61], presume-se que a divulgação dos articulados prejudica a proteção do processo judicial, sendo legítima a recusa de acesso pela Comissão sem apreciação casuística e concreta. No entanto, trata-se de uma presunção elidível, podendo os requerentes do acesso demonstrar que não se justifica a proteção no caso concreto.

A linha jurisprudencial na qual se insere este caso não pode deixar de suscitar dúvidas sobre a justificação e proporcionalidade da exclusão, ao nível do Tratado, do acesso a documentos judiciais, independentemente do momento em que é requerido. O TGUE evidenciou uma posição menos restritiva que o TJUE. Mas ambos reconhecem que não existe um princípio absoluto de confidencialidade das peças processuais, que a divulgação de peças processuais não prejudica necessariamente os princípios de interesse público que justificam a proteção conferida ao processo judicial, e que os fundamentos da publicidade do processo judicial radicam no direito fundamental de acesso a justiça equitativa e à própria natureza democrática da UE.

Se se compreende, face à letra do Tratado, que o TJUE desconsidere o facto de esta realidade de acesso ao processo judicial europeu ser tão diferente da que se verifica nos Estados-membros, não pode deixar de se criticar, *de jure condendo*, uma solução que permite a divulgação dos articulados das instituições europeias, mas não das outras partes, e que impede o Tribunal de se relacionar com os cidadãos europeus no espírito de transparência e publicidade do processo judicial que é exigida pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem e pelos princípios gerais do direito comuns aos Estados-membros.

3. ACESSO A DOCUMENTOS DE AUTORIDADES PORTUGUESAS

As controvérsias jurídicas no acesso a documentos da Autoridade da Concorrência (bem como de outras Autoridades Nacionais da Concorrência ou de tribunais nacionais tendem a surgir no contexto de: (i) recusas de acesso a documentos por terceiros; (ii) pretensões do visado de acesso a documentos não incluídos no processo que lhe foi disponibilizado; e (iii) disputas sobre a extensão da proteção do segredo de negócios ou sobre o modo de indicação da informação confidencial na versão não confidencial.

Primeiro, na maioria dos casos em que a AdC identifica uma prática restritiva da concorrência, esta terá resultado em danos para os clientes diretos e/ou

61 O TGUE considerara que esta limitação só se verificava até à audiência, mas o TJUE alargou o período de proteção.

para os consumidores finais[62]. Seria expectável, portanto, que estas decisões fossem seguidas de ações judiciais promovidas pelos lesados, em que estes recorreriam ao próprio texto da decisão e a elementos de prova disponíveis no respetivo processo (bem como a outros elementos) para provarem os vários requisitos da responsabilidade civil. Para que tal se verifique, porém, é necessário que exista a possibilidade de efetivo acesso por terceiros ao processo da AdC e que a informação disponibilizada seja útil.

Segundo, os visados por um processo contraordenacional têm direito a uma especial proteção da sua faculdade de acesso a documentos e informações detidos pelas autoridades, na medida em que tal releve necessário para o exercício dos seus direitos de defesa.

Por último, todos os requerentes de acesso se vêm, em regra, confrontados com dúvidas sobre as informações que devem ser omitidas, para proteção do segredo de negócios, suscitando-se especiais dificuldades sempre que o acesso a estas informações é imprescindível para fazer valer os seus direitos em juízo.

Embora a maioria dos problemas de acesso no âmbito do *private enforcement* em Portugal se coloquem no âmbito de processos contraordenacionais, em curso ou arquivados na AdC ou no Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (TCRS) (ou no seu antecessor, o Tribunal do Comércio de Lisboa) ou no Tribunal da Relação de Lisboa (TRL), os lesados por práticas anticoncorrenciais podem ainda encontrar documentos e informações relevantes em processos administrativos (*maxime*, em processos de controlo de concentrações da AdC) e noutros tipos de processos judiciais (sobretudo cíveis, mas teoricamente também penais e administrativos).

O regime do acesso a documentos/informações detidos por autoridades nacionais no âmbito do *private enforcement* do direito da concorrência varia consoante:

a) A natureza do processo (sujeito a direito civil, administrativo, contraordenacional ou às normas especiais da LdC[63]);

62 No caso de cartéis, a nova Diretiva inclui mesmo uma presunção neste sentido – cfr. artigo 17.º(2) da Diretiva 2014/104/UE.

63 Ao contrário do que se verifica no acesso a documentos detidos pela Comissão Europeia, que segue uma lógica exclusivamente administrativista, o acesso a documentos detidos pela Autoridade da Concorrência depara-se com o desafio adicional decorrente da aplicação subsidiária do direito contraordenacional e penal no âmbito de processos de aplicação de coimas pela AdC. Ainda assim, no plano do acesso, esta diferenciação entre os regimes nacional e europeu foi drasticamente atenuada graças à nova Lei da Concorrência e o regime especial aí consagrado.

b) O seu detentor (AdC, outra autoridade administrativa ou tribunal nacional);
c) A identidade do requerente do acesso (visado no processo administrativo/judicial, lesado, terceiro…);
d) O estado do processo (antes ou depois da adoção da decisão, sentença ou acórdão, antes ou depois do fim do recurso ou respetivo prazo); e
e) O momento do pedido (antes ou depois de intentada a respetiva ação judicial).

Após a apresentação de uma ação de *private enforcement*, as partes têm acesso aos mecanismos descritos na Secção 4.2. Mesmo antes desse momento, desde que se verifiquem os respetivos pressupostos, nada impede a utilização dos mecanismos descritos na Secção 4.1 para obter documentos detidos por autoridades portuguesas.

A estes acrescem mecanismos próprios e específicos para o acesso a documentos detidos por entidades públicas, que são o objeto da análise das duas Secções seguintes.

Como último ponto introdutório, saliente-se que, no domínio do direito da concorrência, os tribunais têm revelado uma predisposição a inspirarem-se em e seguirem de perto a jurisprudência do TJUE sobre acesso a documentos em matéria de concorrência[64].

3.1. Acesso a documentos administrativos

O acesso a arquivos e registos administrativos é um direito constitucional, para o qual o texto fundamental permite restrições apenas para proteção da segurança interna e externa, de investigações criminais e da intimidade das pessoas[65]. Ainda que se faça uma interpretação lata destas exceções, não se deve perder de vista que a restrição deste direito, por via normativa ou por decisão num caso concreto, implicará sempre um cuidadoso juízo de proporcionalidade e poderá suscitar questões de constitucionalidade.

Nada impede que um qualquer documento na posse de uma autoridade administrativa nacional (e.g., um regulador setorial, uma inspeção-geral…), para além da AdC, possa ser relevante para a determinação e/ou prova de direitos num contexto de *private enforcement* da concorrência. Nestes casos,

64 Cfr., e.g., TCL, 28/07/2006, p. 19; TCL, 15/02/2007, pp. 44, 46 e 48-49.

65 CRP, artigo 268.º(2).

são aplicáveis o Código de Procedimento Administrativo (CPA)[66] e o regime geral do acesso a documentos administrativos, constante da Lei n.º 46/2007, de 24 de agosto, revista pelo Decreto-Lei n.º 214-G/2015, de 2 de outubro (LADA – Lei de Acesso aos Documentos Administrativos).

A LADA é aplicável ao acesso a todos os documentos administrativos, definidos como qualquer suporte de informação, independentemente de forma, na posse de autoridades administrativas (em sentido amplo) ou detidos em seu nome, excluindo-se esboços e notas pessoais[67].

Trata-se de um regime assente nos princípios da publicidade e da transparência, em que o direito de acesso (incluindo consulta, reprodução e informação sobre existência e conteúdo) é a regra, sem ser necessário enunciar qualquer interesse[68].

No entanto, no caso de documentos nominativos, em que esteja em causa a reserva da intimidade da vida privada, ou de documentos com segredos comerciais, industriais ou sobre a vida interna de uma empresa, o requerente de acesso deve demonstrar um "interesse direto, pessoal e legítimo" suficientemente relevante de acordo com o princípio da proporcionalidade[69].

São também excecionados do direito de acesso os documentos protegidos por segredo de justiça, bem como os documentos preparatórios enquanto o respetivo processo se encontra aberto ou um ano após a sua elaboração[70]. Existe ainda um limite pragmático e de racionalidade administrativa[71]. Todas estas exceções imperam sem prejuízo da obrigatoriedade de concessão de acesso parcial, quando possível[72].

A LADA regula ainda a forma de acesso (consulta gratuita, reprodução ou certidão e seus encargos), os requisitos formais dos pedidos de acesso e o

---

66 Ver, *inter alia*, o direito de intervenção (artigos 52.º e 53.º), o direito de consulta do processo e de passagem de certidões por interessados (artigos 62.º a 64.º) e o princípio da administração aberta (artigo 65.º).

67 LADA, artigos 2.º(1), 3.º(1)(a) e (2)(a) e 4.º.

68 LADA, artigos 1.º e 5.º.

69 LADA, artigos 2.º(3), 3.º(1)(b) e 6.º(5) e (6). Ver também o artigo 62.º do CPA.

70 LADA, artigo 6.º(2) e (3).

71 LADA, artigo 6.º(2) e (3).

72 LADA, artigo 11.º(5): *"A entidade requerida não tem o dever de criar ou adaptar documentos para satisfazer o pedido, nem a obrigação de fornecer extratos de documentos, caso isso envolva um esforço desproporcionado que ultrapasse a simples manipulação dos mesmos"*.

processo e prazos aplicáveis às respostas aos pedidos[73]. A Comissão de Acesso aos Documentos Administrativos, sem substituir a via judicial de reação a uma violação do direito de acesso, atua como órgão intermediador, junto do qual se pode exercer um direito de queixa, ainda que não possa obrigar a entidade administrativa a fornecer os documentos em causa.

Em suma, o regime geral, constante da LADA, consagra o direito de acesso, sujeito a uma ponderação dos interesses em conflito quando estiver em causa a proteção de segredos de negócio ou da vida privada. Naturalmente, a ponderação que se faça, na prática, destes interesses e o resultado alcançado pode variar substancialmente e privar o direito de acesso de todo o seu efeito útil. Mas o enquadramento normativo geral é, em si, muito favorável ao acesso a documentos administrativos para efeitos do *private enforcement* da concorrência.

Isto dito, é expectável que a maioria das pretensões de acesso a documentos administrativos, neste contexto, respeitem a documento detidos pela AdC[74], associados a processos de práticas restritivas da concorrência, controlo de concentrações ou estudos de mercado. Torna-se, portanto, essencial analisar o regime especial de acesso a documentos constante da LdC.

A Lei n.º 18/2003, de 11 de junho, não incluía qualquer norma que regulasse o acesso a documentos. Em consequência, era forçoso recorrer-se ao regime legal supletivo, variável consoante a natureza do processo (Regime Geral das Contraordenações – RGCO – e Código de Processo Penal – CPP – ou CPA e LADA).

A nova LdC (Lei n.º 19/2012, de 8 de maio), porém, reformou profundamente o enquadramento normativo da publicidade[75] e do acesso a docu-

73 LADA, artigos 11.º a 14.º.

74 Confirmando que documentos detidos pela AdC são documentos administrativos e que a AdC é uma entidade abrangida pelo âmbito de aplicação da LADA: CADA 21/04/2010; CADA 20/11/2012; CADA 02/06/2015.

75 É manifesta a preocupação da nova LdC com o reforço da publicidade da prática decisória da concorrência em Portugal. Assim, por exemplo, o artigo 32.º(6) e (7) (números acrescentados por proposta do grupo parlamentar do PS) e o artigo 90.º da LdC consagram a obrigação de publicação *online* de versões não confidenciais de todas as decisões adotadas em processos de práticas restritivas (mesmo que ainda em recurso) e das sentenças/acórdãos dos respetivos recursos (cfr. Autoridade da Concorrência 2013, §§199-202). A obrigação de divulgação das decisões já vigorava ao abrigo da Lei n.º 18/2003 – cfr. TCL 26/09/2006; e TCL 07/12/2006. Estas obrigações de publicidade continuam a não ser plenamente cumpridas pela AdC. As decisões publicadas têm-no sido sem anonimizar as pessoas coletivas partes no processo (em consonância com a prática ao nível europeu). Trata-se, quanto a nós, de uma correta interpretação das regras em vigor no nosso ordenamento, que se distingue da prática da base de dados DGSI, que parece ter interpretado a Deliberação n.º 42/2000 da CNPD, de 7 de novembro de 2000, como exigindo a anonimização

mentos detidos pela AdC, introduzindo um regime especial que afasta, em larga medida, a necessidade de recurso à legislação subsidiária.

Ao abrigo da LdC, aplicam-se dois regimes de acesso, consoante a natureza do processo:

(i) Um regime especial para processos contraordenacionais, com sub-regras para processos de clemência e de transação; e
(ii) O regime geral (LADA) para acesso a outros processos, com escassas regras especiais da LdC para processos de controlo de concentrações (sem prejuízo do regime contencioso próprio da LdC).

Quanto a este segundo caso, o acesso a todos os documentos em processos sem natureza contraordenacional – *maxime*, processos de controlo de concentração e estudos ou inquéritos setoriais – está sujeito às regras gerais do direito administrativo (CPA e LADA). No caso do acesso a documentos em processos (administrativos) de controlo de concentrações, a LdC remete para o regime geral, mas prevê restrições de acesso a informações confidenciais (incluindo, surpreendentemente, a possibilidade de recusa de acesso devido a confidencialidade justificada com recurso ao conceito indefinido de "interesse público")[76] e restrições temporais, *maxime*: o acesso por terceiros é excluído entre o fim do prazo para apresentação de observações e o início da audiência prévia[77].

O regime especial para processos contraordenacionais é aplicável ao acesso a documentos contidos em processos de práticas restritivas da concorrência[78], em processos sancionatórios no âmbito do controlo de concentrações[79] e, em

---

de todas as pessoas, sejam singulares ou coletivas, apesar de as preocupações que estiveram na sua base respeitaram apenas a casos com pessoas singulares e os fundamentos invocados (proteção da intimidade da vida privada) também não serem extensíveis a pessoas coletivas.Outras exigências de publicidade da LdC respeitam a informações perante a Assembleia da República – artigo 6.º –, à divulgação do relatório, balanço e contas e das prioridades anuais – artigos 5.º(5) a (8) e 7.º(3) –, divulgação de concentrações notificadas e convite à intervenção de terceiros – artigo 47.º –, consulta pública prévia ao arquivamento de processo contraordenacional com compromissos – artigo 23.º(4) –, divulgação de estudos – artigo 61.º –, etc.

76 LdC, artigos 43.º(4) e (5). A LdC aplica esta proteção da confidencialidade também a documentos obtidos no contexto da função de supervisão – artigo 61.º(5). Quanto à inadmissibilidade de invocação abstrata de superiores interesses públicos, sem concretização que permita o controlo judicial da proporcionalidade, ver STA, 27/11/2008.

77 LdC, artigo 48.º. Nos restantes casos, na ausência de remissão ou regras especiais, é aplicável o regime subsidiário – cfr. LdC, artigos 42.º, 60.º e 83.º.

78 LdC, artigos 32.º e 33.º.

79 LdC, artigo 59.º(1).

nosso entender, em qualquer outro processo contraordenacional ao abrigo da LdC (e.g., prestação de falsas informações)[80]. As lacunas deste regime são preenchidas por recurso ao regime subsidiário do RGCO e o CPP[81].

Comecemos por nos debruçar sobre duas questões gerais preliminares: o âmbito temporal de aplicação do regime especial e o âmbito exaustivo (ou não) da sua regulação.

De acordo com a AdC, este regime especial só se aplica até ao trânsito em julgado do processo[82]. Não encontramos fundamento para esta posição. Primeiro, os processos administrativos não transitam em julgado, as decisões é que transitam em julgado, e os processos podem-se concluir de diferentes modos, alguns dos quais não suscitam a questão do trânsito em julgado. Segundo, as normas da LdC que estabelecem este regime especial fazem-no para o acesso ao processo, em geral, sem incluir qualquer indicação do enquadramento temporal desse acesso ou qualquer norma ou expressão que vá no sentido do que é defendido pela AdC. Terceiro, a opção de subordinar este regime ao direito contraordenacional e processual penal a título subsidiário radica na natureza do processo, e essa não se altera com o seu termo.

Percebe-se a tentação de aplicar as normas administrativas uma vez que os processos estejam concluídos. Não havendo qualquer interesse da investigação a proteger, parece estranho que se continue a tratar de modo diferente o acesso ao que são, afinal, documentos administrativos. No entanto, e sem prejuízo da utilidade de se repensar o enquadramento normativo, *de jure condendo*, não encontramos apoio na letra da lei para a posição da AdC. As normas de acesso do CPP também se aplicam a processos penais findos. Assim, se se cria um regime especial de acesso na LdC, tendo o RGCO e CPP como direito subsidiário, não é evidente a necessidade ou base jurídica para passar a aplicar a LADA e o CPA a partir do momento em que o processo está definitivamente concluído.

A AdC segue a posição da Comissão de Acesso aos Documentos Administrativos (CADA), expressa em dois pareceres adotados ao abrigo da lei anterior, que não continha um regime especial de acesso[83]. O fundamento desta

80 Neste mesmo sentido, cfr. Lobo Moutinho & Salinas, 2013: 362.

81 LdC, artigos 13.º, 59.º(2) e 83.º.

82 Autoridade da Concorrência, 2013: §164.

83 A CADA já adotou um parecer posterior em que manteve a mesma posição, mas relativamente a um processo no qual ainda se aplicava a anterior Lei da Concorrência – cfr. CADA 02/06/2015, §8.

posição parece ser o de que os documentos detidos pela AdC caem no âmbito de aplicação da LADA (função administrativa) e que o regime do RGCO e CPP só é aplicável enquanto o processo estiver em curso. Esta é uma posição geral da CADA que nos parece contraditada pelo facto de as regras de acesso do CPP se aplicarem a processos findos, não havendo razão para diferenciar o grau de proteção ou as normas de acesso a um processo cuja natureza não se alterou com o seu termo[84]. É também uma posição que tem de ser reavaliada à luz da criação de um regime especial de acesso na LdC, aplicável quer a processos em curso, quer a processos findos, que tem como direito subsidiário o direito contraordenacional e penal[85]. Em nosso entender, um tribunal confrontado com um recurso dum pedido de acesso a documentos contidos num processo contraordenacional da AdC já findo teria de aplicar as normas da LdC e do CPP.

Debrucemo-nos, agora, sobre a questão de saber se esta *lex specialis* regulou exaustivamente o regime do acesso a documentos, não se tendo de recorrer às normas subsidiariamente aplicáveis.

A doutrina que até agora se pronunciou sobre a questão parece entender que são poucas ou nenhumas as questões que restam para a esfera das normas subsidiárias[86].

E é certo que a nova LdC foi redigida e adotada na sequência e contexto do Memorando de Entendimento com a *Troika*, o qual impunha, nomeadamente, que a LdC se tornasse *"tão autónoma quanto possível do direito administrativo e do direito processual penal e mais harmonizada com o direito da União Europeia, em especial"*, devendo *"simplificar-se a lei, separando claramente as regras de aplicação do direito da concorrência das regras de processo penal, de modo a garantir a efetiva aplicação do direito da concorrência"*[87]. Os trabalhos legislativos confirmam que

84 É sabido que os documentos do foro judicial não estão abrangidos pela LADA e que os documentos podem ter uma origem administrativa mas passarem a ser judiciais devido à natureza do processo em que se passam a inserir (cfr., e.g., CADA 23/09/2014), sendo o acesso regulado pelas regras especiais dos respetivos Códigos.

85 O artigo 87.º(4) da LdC prevê expressamente a possibilidade de recursos de decisões da AdC *"proferidas num processo, posteriores à decisão final do mesmo"*, confirmando que é aplicável a estes recursos o regime da LdC e, subsidiariamente, o RGCO e CPP.

86 Pais Antunes, 2013: 366 (dá o exemplo da questão da confiança do processo); Lobo Moutinho & Salinas, 2013: 358 (parecem sugerir a regulação exaustiva).

87 Memorando de Entendimento sobre as Condicionalidades de Política Económica, acordado entre o Estado Português, a Comissão Europeia, o Banco Central Europeu e o Fundo Monetário Internacional em maio de 2011, com duas revisões, ponto 7.17(ii).

estes dois objetivos – autonomização do direito processual penal e aproximação ao regime europeu – foram efetivamente prosseguidos[88].

Cremos, no entanto, que não se deve exagerar a completude e autonomia do regime da LdC, no que respeita ao acesso a documentos. Ao longo desta análise, evidenciam-se múltiplas questões para as quais não encontramos resposta na letra da LdC.

Vários problemas resultam da opção estrutural, feita pelo legislador há vários anos, de acabar com o direito administrativo sancionatório e de criar o direito contraordenacional, nos termos em que existe hoje. Frequentemente, ao interpretarmos as regras de acesso a processos contraordenacionais da AdC, seria conveniente e até natural aplicar regras gerais administrativas. Estas permitiriam responder a questões que, de outro modo, ficarão sem solução óbvia. Porém, o facto de este regime especial ter como direito subsidiário o RGCO e o CPP não permitirão a aplicação do CPA ou LADA, pelo menos não a título de direito subsidiário.

Nos termos do artigo 33.º(3) da LdC: *"Qualquer pessoa, singular ou coletiva, que demonstre interesse legítimo na consulta do processo pode requerê-la, bem como que lhe seja fornecida, a expensas suas, cópia, extrato ou certidão do mesmo"*.

Tal como no regime geral, vigora a regra da publicidade, só se podendo restringir o acesso nos casos das exceções previstas na lei[89].

No entanto, o regime especial de acesso da LdC afasta-se do regime geral. À primeira vista, o requerente de acesso teria sempre de demonstrar o seu interesse legítimo, mesmo que não estivesse em causa a reserva da intimidade

---

88 Cfr., e.g., preâmbulo da Proposta de Lei (PPL 45/XII) (um dos objetivos desta lei foi *"a introdução de mecanismos processuais semelhantes aos da Comissão Europeia"*); António Leitão Amaro (PSD), intervenção no debate parlamentar (*"esta proposta de lei autonomiza, na medida do possível, os procedimentos de concorrência do direito administrativo e do direito processual penal"* – DAR I série N.º.72/XII/1, 2012.02.16, p. 30); Parecer da AdC de 5 de março de 2012, sobre a Proposta de Lei (PPL 45/XII) (*"As inovações e melhorias relativamente ao normativo em vigor (...) são essencialmente: Maior autonomia face à legislação nacional subsidiária, com a consagração de soluções próprias e mais adequadas à atividade processual da AdC"* – p. 3; *"A segunda grande alteração consiste na reprodução adaptada de algumas normas de aplicação subsidiária, visando precisamente tornar o novo Regime Jurídico da Concorrência mais autónomo, claro e inteligível. A aplicação subsidiária de normas pensadas para outro tipo de procedimentos e matérias nem sempre resulta numa tarefa fácil, permitindo interpretações ambíguas das normas, com prejuízo da certeza e segurança jurídicas. Desta forma, a presente proposta de lei cumpre dois dos critérios referidos na medida 7.17.ii do Memorando de Entendimento, que visam uma maior autonomia da legislação de concorrência relativamente ao Código de Procedimento Administrativo, Regime Geral de Contraordenações e Código de Processo Penal"* – pp. 4-5; ver também p. 6)

89 LdC, artigo 32.º(1). A mesma solução foi consagrada noutras regulações setoriais – ver, e.g., o artigo 20.º da Lei n.º 99/2009, de 4 de setembro (regime quadro das contraordenações no setor das telecomunicações).

da vida privada ou segredos comerciais, industriais ou sobre a vida interna de uma empresa. Quanto a nós, porém, a norma deve ser interpretada com cautela, sob pena de contradição lógica com a regra da publicidade do processo, e de contradição com outras normas especiais do ordenamento[90].

As exceções expressamente previstas na LdC, que permitem a restrição do direito de acesso, são as seguintes:

a) Temporariamente – durante a investigação, até à decisão final –, se e enquanto o processo estiver (fundamentadamente) sujeito a segredo de justiça, a todos os documentos[91];
b) Sempre, a propostas de transação apresentadas à AdC, salvo autorização do autor[92] (esta restrição abrange apenas as propostas em si, e não documentos pré-existentes que lhe sejam, eventualmente, anexos);
c) Sempre, ao pedido de dispensa ou de redução da coima apresentado à AdC, salvo autorização do autor, *"bem como todos os documentos e informações apresentados para efeitos de dispensa ou redução da coima"*[93] (esta última parte vai para além do que é permitido pela Diretiva 2014/104/ /UE, devendo ser objeto de revisão na transposição);
d) Sempre, a declarações orais feitas no contexto de pedidos de dispensa ou de redução da coima[94];
e) Sempre, a segredos de negócio (sem prejuízo do acesso parcial às informações não confidenciais nos mesmos documentos; especial atenção é

90 Ver, *infra*, nota de rodapé 126, sobre o direito de consulta atribuído aos advogados.

91 LdC, artigo 32.º(2) a (4). Esta regra é potencialmente aplicável mesmo ao visado pelo processo, embora aqui o termo da restrição de acesso seja a nota de ilicitude – LdC, artigo 33.º(2). Ver Autoridade da Concorrência, 2013, §§169-173. Note-se como o processo é necessariamente público e acessível após a decisão final, não se encontrando na letra da lei qualquer exceção que permita recusar o acesso a processos com o fundamento de ter sido interposto um recurso judicial. Se o processo não estiver na posse da AdC, por ter sido enviado para o tribunal, existe, claramente, um fundamento de recusa (impossibilidade prática, naquele momento). Mas esse fundamento só é legítimo se a AdC não tiver conservado cópias (digitais ou físicas) do processo.

92 LdC, artigos 22.º(16) e 27.º(11). Já os visados pelos processos podem ter acesso a propostas de transação de outros visados, para exercer os seus direitos de defesa, mas sem o direito de reprodução – artigos 22.º(15) e 27.º(10).

93 LdC, artigo 81.º(1) e (3). Prevê-se a usual exceção para o exercício do direito de defesa por visados no processo – artigo 81.º(2).

94 Neste caso, numa solução que merece reflexão, nem o próprio autor tem direito de acesso – artigo 81.º(4).

devida à perda da natureza confidencial com o decurso de tempo, e.g., após cinco anos[95])[96].

Será esta uma enumeração exaustiva, ou, pelo contrário, poder-se-ão invocar outros motivos de recusa decorrentes de regras gerais?

Assim, por exemplo, a LdC não refere, expressamente, a proteção da intimidade da vida privada[97]. Mas este tipo de informação não pode deixar de ser protegido, por imperativo constitucional e por aplicação do direito subsidiário[98]. Igualmente, nada se diz sobre a proteção de documentos sujeitos a sigilo profissional, mas esta proteção decorre de normas constitucionais e do direito subsidiário, bem como de regras especiais que regulam essa matéria[99].

Mais complexa é a exclusão de documentos preparatórios, enquanto o processo se encontra aberto ou um ano após a sua elaboração[100], e de esboços e notas pessoais. Por um lado, não nos parece razoável que o legislador intencionasse proteger estes documentos para todos os processos administrativos, exceto para os da LdC. Por outro, o direito contraordenacional visa conferir um maior nível de proteção aos arguidos, e não é possível recorrer às normas do CPA como direito subsidiário nestes processos, nem parece seguro afirmar-se que existe, neste caso, uma lacuna que deva ser integrada por uma leitura

95 Autoridade da Concorrência, 2013: §178.

96 LdC, artigo 30.º(1). Para uma lista exemplificativa do tipo de informações que poderão ser segredos de negócios, por remissão para orientações da Comissão Europeia, ver Autoridade da Concorrência: 2013: §§177-178. No §178, a AdC sugere que também devem ser excluídas do acesso, para além dos segredos de negócio, todas as *"informações cuja divulgação seja suscetível de lesar gravemente uma pessoa ou empresa"*, citando em apoio desta ideia uma Comunicação da Comissão Europeia. Não encontramos apoio na lei portuguesa para esta ideia, nem pode uma Comunicação da Comissão ter qualquer relevância neste domínio. A divulgação de informação que viabiliza uma ação de responsabilidade extracontratual contra uma empresa lesa-a gravemente, sendo evidente que tal não pode ser um motivo para se recusar o acesso (como, aliás, terá de ser expressamente regulado na transposição da Diretiva 2014/104/UE).

97 Exceto no caso do artigo 32.º(6), quanto à preparação de versões públicas das decisões, a confidencialidade a que se fazem referências na LdC está sempre associada – apenas – a segredos de negócio.

98 CRP, e.g., artigo 26.º(1); CPP, artigo 86.º(7).

99 CRP, artigo 20.º; CPP, artigo 180.º(2); Estatuto da Ordem dos Advogados, artigo 92.º. Ver também: Autoridade da Concorrência, 2013: §§193-198. É pouco provável que a questão se suscite na prática, já que tais documentos não devem constar dos processos da AdC.

100 Durante a vigência da lei anterior, existe jurisprudência que confirma a aplicação desta norma da LADA aos pedidos de acesso a documentos em processos administrativos (controlo de concentrações) da AdC – cfr. STA, 29/01/2009 (direito dos requerentes acederem a documentos de processos ainda abertos, *"desde que tenha decorrido um ano após a elaboração dos mesmos documentos"*).

conjunta dos princípios e regras do nosso ordenamento. No CPP não se encontra uma exclusão comparável.

As restrições acima identificadas não podem ser entendidas como absolutas[101].

A própria LdC refere a possibilidade de concessão de acesso a documentos em segredo de justiça, se tal for solicitado por autoridades judiciárias, ou até noutros contextos, a terceiros, *"se tal não puser em causa a investigação e se afigurar conveniente ao esclarecimento da verdade"*[102] – uma referência à aplicação do princípio da proporcionalidade. E também se refere a possibilidade de acesso, pelos visados do processo, a segredos de negócio de outras empresas, se tal for essencial para o exercício dos direitos da defesa, ainda que com proibição de reprodução e restrições quanto à utilização da informação[103] (que, por maioria de razão, se teriam de aplicar também ao acesso por terceiros).

As orientações da AdC são omissas quanto ao acesso por terceiros a informação confidencial, embora admitam a divulgação de informação confidenciais quando *"for considerado necessário para provar uma infração"*, devendo-se proceder a uma ponderação dos interesses em conflito e dar à autoridade titular da informação a oportunidade de se pronunciar previamente[104] (a AdC estava, provavelmente, a referir-se à prova de uma infração em *public enforcement*, como se vê no §191, mas a lógica da afirmação aplica-se igualmente à prova de uma infração em *private enforcement*).

Não se pode excluir a possibilidade de acesso a documentos e informações, mesmo cobertos por estas restrições, se tal acesso for indispensável à identificação ou prova dum direito do requerente (ver capítulo 4) e se for justificado pela ponderação dos interesses em conflito. Interpretação diferente, que impusesse uma restrição inultrapassável em absoluto, sem possibilidade de uma aferição no caso concreto, poria em causa o direito constitucional do acesso à justiça e o princípio da efetividade decorrente do direito da União

---

101 Neste sentido, ver CADA 02/06/2015, §10: *"A restrição do direito de acesso, ou a possibilidade de restrição, não assume caráter absoluto, devendo ser feita uma ponderação dos interesses ou valores em confronto à luz do princípio da proporcionalidade. Quando a AdC entenda recusar o acesso deverá sempre fazê-lo de um modo fundamentado* (...)*, dando a conhecer à sua destinatária o iter cognoscitivo e valorativo seguido de molde a permitir à requerente de acesso uma opção consciente entre a aceitação do ato e a sua impugnação contenciosa. Deverá sempre ponderar o interesse direto, pessoal e legítimo no acesso a documentos por parte da requerente* (...)*"*.

102 LdC, artigo 32.º(5).

103 LdC, artigos 31.º(3) e 33.º(4).

104 Autoridade da Concorrência, 2013: §§188-189.

Europeia. O direito subsidiariamente aplicável prevê a possibilidade de acesso a documentos em segredo de justiça *"se tal não puser em causa a investigação e se afigurar* (…) *indispensável ao exercício de direitos pelos interessados"*[105], e autoriza expressamente a passagem de certidão de tais documentos, nomeadamente, para efeitos de *"dedução do pedido de indemnização civil"*[106].

Por outro lado, embora a LdC seja omissa a este respeito e o regime do CPA não seja subsidiariamente aplicável nestes processos, não podemos deixar de entender que se terá que respeitar um limite pragmático e de racionalidade administrativa para os pedidos de acesso a documentos, assim como também se teria que reconhecer tal limite em pedidos de acesso de terceiros junto de autoridades judiciárias, ao abrigo do CPP. O possível é sempre o limite do direito. E não se pode permitir que os recursos das autoridades administrativas (ou judiciais) sejam desviados em tal monta para pedidos de acesso que a autoridade fique impedida de cumprir as suas restantes obrigações.

Note-se que, em princípio, os processos incluirão sempre já uma versão não confidencial de todos os documentos, pelo que o esforço exigido da AdC por um pedido de acesso a versões não confidenciais será, normalmente, reduzido. Sempre que apreenda documentos ou junte ao processo documentos com segredos de negócio, a AdC deve dar ao visado um prazo de 10 dias úteis para juntar uma versão não confidencial. Se este não o fizer no prazo, ou não o fundamentar, as informações consideram-se não confidenciais, estando plenamente acessíveis a terceiros[107].

A AdC adotou o compromisso de juntar aos processos uma listagem *"na qual se identificam os documentos considerados confidenciais e se apresentam, sumariamente, os motivos dessa qualificação"*[108], que permitirá aos interessados formularem pedidos de acesso a informação confidencial que sejam específicos e devidamente fundamentados.

A lei é omissa quanto ao modo como o acesso deve ser concedido, mas parece-nos excessivamente restritivo do direito de acesso, tornando injustificadamente difícil o exercício dos direitos dependentes, exigir, como a AdC

105 CPP, artigo 86.º(9)(b).

106 CPP, artigo 86.º(11).

107 LdC, artigos 15.º(1)(c) e 30.º(2) a (4). Isto, claro, sem prejuízo do poder-dever da AdC de controlar a qualificação de informação como confidencial e de se opor a essa qualificação quando não se justificar – artigo 30.º(5). O mesmo se verifica nos processos de controlo de concentrações – artigos 43.º(2)(c) e (3) e 49.º(4). Ver Autoridade da Concorrência, 2013: §180-186.

108 Autoridade da Concorrência, 2013: §187.

sugere, que a obtenção de extratos, cópias ou certidões se faça, exclusivamente, nas instalações da AdC[109]. A isto acresce que, perante a omissão da LdC, são aplicáveis as regras do CPP sobre a confiança de processo público[110].

Por outro lado, parece-nos adequada a extensão ao acesso no âmbito do *private enforcement*, por analogia, das restrições descritas no artigo 33.º(4) da LdC e §§191-192 das Orientações da AdC. A utilização de informação confidencial pode e deve ser restrita à finalidade de análise e prova de factos no âmbito da ação de *private enforcement* em causa (ou sua preparação), e tal só pode ser garantido se o acesso a essa informação for limitado aos advogados e assessores económicos externos dos requerentes de acesso. Neste sentido, o CPP estabelece que quem tenha acesso a informações em segredo de justiça é identificado no processo *"com indicação do ato ou documento de cujo conteúdo tom*[ou] *conhecimento e fic*[a], *em todo o caso, vinculad*[o] *pelo segredo de justiça"*[111]. A violação destas condições pelos beneficiários do acesso poderá constituir um crime de desobediência, nos termos do artigo 348.º do Código Penal, se a autoridade fizer a correspondente cominação, sem prejuízo da sua responsabilidade por quaisquer danos causados à empresa titular da informação.

Omissa no regime especial é a questão do prazo para resposta pela AdC a pedidos de acesso. A regra geral constante do artigo 14.º da LdC parece aplicar-se apenas à atuação dos visados e terceiros, não da própria LdC. Não são aplicáveis normas administrativas. Entendemos dever aplicar-se o prazo de dez dias (seguidos) previsto como regra geral para despachos judiciais[112].

Parece ser unânime que as decisões da AdC relativas a acesso a documentos/ /informações podem ser objeto de impugnação judicial[113]. São possíveis recursos, designadamente, nas seguintes situações:

---

109 Autoridade da Concorrência, 2013: §168. Não se percebe o motivo pelo qual uma empresa lesada duma Região Autónoma, por exemplo, tenha de ter os custos associados a enviar um representante a Lisboa só para obter documentos que podem ser solicitados e enviados por correspondência física ou eletrónica. O direito subsidiário nesta matéria nada acrescenta – cfr. CPP, artigo 86.º(6)(c).

110 CPP, e.g., artigo 89.º(4) e (5).

111 CPP, artigo 86.º(10).

112 CPC, artigo 156.º(1), via CPP, artigo 4.º.

113 LdC, artigos 84.º(1) e (2), 91.º e 92.º(1); Estatutos da AdC, artigo 45.º(1). O STA já esclareceu que uma recusa de acesso da AdC num procedimento administrativo *"não poderá ser qualificada* (...) *como uma simples atuação material de não disponibilização de uma informação, mas sim, e na medida dessa recusa, como uma verdadeira decisão administrativa procedimental com reflexos lesivos imediatos na esfera jurídica de quem formulou a correspondente pretensão"* (STA, 05/07/2007).

(i) Do requerente contra decisão de recusa de acesso[114];
(ii) Do requerente contra omissão de decisão de pedido de acesso; e
(iii) Da empresa afetada contra recusa de sujeição do processo a segredo de justiça[115]; e
(iv) Da empresa afetada contra decisão de concessão de acesso a terceiros a documentos/informações confidenciais[116].

Estes recursos estarão sujeitos a regimes diferentes consoante sejam adotados no âmbito dum processo contraordenacional ou no âmbito dum processo administrativo[117].

Recursos relativos a pedidos de acesso do primeiro tipo, feitos ao abrigo do regime especial da LdC, regem-se pelos artigos 83.º a 90.º da LdC e, subsidiariamente, pelo RGCO, CPP e Código de Processo Civil (CPC).

Recursos relativos a pedidos de acesso do segundo tipo, feitos ao abrigo do regime geral da LADA e CPA, regem-se pelos artigos 91.º a 93.º da LdC e, subsidiariamente, pelo CPTA.

Em ambos os casos, em nosso entender, os recursos devem ser intentados perante o TCRS, com possibilidade de recurso para o TRL[118] (sem prejuízo da controvérsia jurídica a este respeito[119]). O TRL é a última instância nos

114 Neste sentido, ver Parecer do Conselho Superior da Magistratura, 5 de março de 2012, §3.6.9; Autoridade da Concorrência, 2013: §175 (a AdC refere-se apenas à recusa com base em segredo de justiça, mas não vemos motivo para o direito de recurso ser limitado a situações em que foi invocado este fundamento).

115 Autoridade da Concorrência, 2013: §175.

116 Ver Autoridade da Concorrência, 2013: §§190-192. Por analogia com esta posição, a AdC não dará acesso a terceiros a documentos ou informações confidenciais sem primeiro dar oportunidade à empresa titular da informação confidencial de se pronunciar, e sendo esta empresa notificada da decisão que vier a ser adotada, devidamente fundamentada.

117 Note-se que, aparentemente, de acordo com a posição da AdC *supra* discutida, o regime de recurso correspondente ao processo contraordenacional só se aplicará até este processo estar findo.

118 LdC, artigos 84.º(3), 89.º(1), 92.º(1) e 93.º(1). Estatutos da AdC, artigo 45.º(1). As decisões judiciais em recursos relativos a pedidos de acesso feitos no âmbito de processos contraordenacionais também estão sujeitas ao dever de publicação na página da AdC, por via do artigo 90.º(3), sendo a publicação das restantes opcional, nos termos do artigo 90.º(4).

119 Suscita-se a dúvida de saber se os pedidos de acesso ao abrigo de procedimentos administrativos (e, na interpretação da AdC, nos processos contraordenacionais findos) estão abrangidos pelo artigo 45.º(2) dos Estatutos da AdC, que atribui competência aos tribunais administrativos. Recorde-se que o artigo 45.º(1) destes Estatutos reafirmou a competência do TCRS para vários tipos de decisões da AdC, incluindo as *"demais decisões da AdC que admitam recurso ao abrigo do regime jurídico da concorrência"*. Mas o n.º 2 do mesmo artigo estabelece que a *"demais atividade da AdC de natureza administrativa fica sujeita à jurisdição administrativa, nos termos da respetiva legislação"*. Alguma doutrina faz uma interpretação restritiva

processos contraordenacionais, mas nos processos administrativos pode ainda haver recurso para o STJ, o qual será direto se apenas se suscitar matéria de direito.

Para completar a análise do direito nacional, note-se que a AdC está sujeita a uma obrigação de especial colaboração com as associações de consumidores, que inclui a prestação de *"informações, orientação e apoio"*[120], o que deverá ter alguma implicação ao nível da concessão de acesso a documentos, embora a precisa extensão deste efeito seja indefinida.

Por último, deve ainda ter-se em conta as implicações para este regime dos acórdãos *Pfleiderer*[121] e *Donau Chemie*[122]. Sempre que os processos aos quais se pretenda ter acesso incluam a aplicação de normas do direito europeu da concorrência, é aplicável esta jurisprudência. Ambos os casos são exemplos de

---

do tipo de decisões sujeitas à jurisdição do TCRS, defendendo que cabe aos tribunais administrativos a competência para julgar decisões da AdC em *"procedimentos não disciplinados especificamente na LdC, ainda que conexos com os que aí se contemplam, designadamente de intimação para a prestação de informações, consulta de documentos, ou passagem de certidões"* (cfr. Noronha, 2012: 75). Esta posição fundamenta-se em dois acórdãos do STA que precedem a nova LdC (cfr. STA, 05/07/2007; STA, 25/07/2007), interpretando normas com formulação diversa (o novo regime aumentou a autonomia do regime jurídico da concorrência, aumentou a centralização jurisdicional no TCRS e já não fala, ao regular a recorribilidade, em *"decisões da Autoridade em procedimentos administrativos respeitantes a matéria de concorrência"*), pelo que os seus fundamentos poderão não ser inteiramente transponíveis. Em todo o caso, de acordo esta jurisprudência, a recusa de acesso não constituía uma decisão, um ato administrativo impugnável, e o único meio de reação admissível era a ação de intimação para a prestação de informações, consulta de documentos ou passagem de certidões, sendo competentes os tribunais administrativos.
Em nosso entender, só se pode aplicar o artigo 45.º(2) dos Estatutos da AdC para decisões administrativas da AdC que não admitam recurso ao abrigo da LdC. No âmbito de processos contraordenacionais, a LdC estabelece a recorribilidade de todas as decisões da AdC cuja irrecorribilidade não estiver expressamente prevista na lei, mesmo que de natureza interlocutória (LdC, artigos 84.º(1) e 85.º), o que inclui decisões relativas a pedidos de acesso. E, no âmbito de processos administrativos, a LdC estabelece a recorribilidade de *"decisões da* [AdC] *proferidas em procedimentos administrativos a que se refere a presente lei"*, não se encontrando qualquer elemento que nos permita interpretar restritivamente esta norma como referindo-se apenas à decisão final dos procedimentos (já assim era na lei anterior, quanto à competência do TCL, que abrangia *"todas as decisões ainda que de natureza interlocutória, enquanto ato procedimental proferido em meio acessório desses procedimentos"*, incluindo não disponibilização de informação por ser considerada confidencial – STA, 05/07/2007). Afirmar que a recusa dum pedido de acesso não constitui uma decisão com eficácia externa, mas uma mera violação do dever de informação, parece-nos francamente problemático. Para sustentarmos esta (anterior) interpretação do STA, sob pena de recusarmos o acesso à justiça, teríamos de entender que uma recusa de acesso num processo contraordenacional é uma decisão (para poder ser recorrida), mas num procedimento administrativo já não o é (estando disponível a ação de intimação). Em apoio desta posição, note-se que o Supremo Tribunal de Justiça tem vindo a fazer uma interpretação extensiva das competências do TCRS enquanto jurisdição especializada. Por outro lado, há motivos para esperar que o Supremo Tribunal Administrativo continue a resistir à limitação da jurisdição administrativa, criando um nível de insegurança jurídica substancial nesta questão.

120 Decreto-Lei n.º 125/2014, de 18 de agosto (adiante, "Estatutos da AdC"), artigo 47.º.

121 Acórdão TJUE C-360/09 §32.

122 Acórdão TJUE C-536/11 §49.

instruções do TJUE a juízes nacionais no sentido de que os meios disponíveis na legislação nacional para que um indivíduo (prejudicado pelo comportamento dos membros de um cartel) aceda às informações recolhidas pelas autoridades nacionais acerca desse cartel não devam tornar "excessivamente difícil" a aplicação dos artigos 101.º e 102.º TFUE, a seu favor, nos tribunais do Estado-membro (princípio da efetividade). Nomeadamente, tem de ser possível, em certas circunstâncias, o acesso a documentos relativos a um procedimento de clemência (proibição de restrições absolutas). Dentro deste limite, cabe aos tribunais nacionais aplicar as regras nacionais e ponderar os interesses em conflito.

3.2. Acesso a documentos judiciais

No âmbito do processo civil (e administrativo[123]), o acesso a documentos detidos por tribunais rege-se, primordialmente, pelos artigos 163.º a 171.º do CPC (ex-artigos 167.º a 175.º).

Em regra, o processo é público[124].

O direito de acesso pode ser exercido *"pelas partes, por qualquer pessoa capaz de exercer o mandato judicial ou por quem nisso revele interesse atendível"*[125]. Assim, a não ser que se aplique alguma exceção, qualquer pessoa tem o direito de consultar e obter cópias de elementos de prova incluídos em ações de processo civil, em curso ou concluídas. Tratando-se de advogado (quer esteja envolvido no processo ou não), não tem de demonstrar um interesse atendível nessa consulta e não necessita de exibir procuração[126].

---

123 Na ausência de normas especiais sobre acesso a elementos de prova, aplicam-se, subsidiariamente, as normas do CPC – artigo 1.º do CPTA. Neste sentido, e.g., Acórdão do TCA-S de 15/05/2008. Sobre o processo tributário e fiscal, ver os artigos 30.º e 2.º do CPPT e a Consulta n.º 10/2010 do Conselho Distrital de Lisboa da Ordem dos Advogados.

124 Artigo 163.º(1) CPC. Sobre esta matéria, ver, e.g., Acórdão do TRL de 19/01/2012, e Acórdão do TCA-S de 15/05/2008: *"O princípio da publicidade dos atos de processo configura-se como «meio para combater o arbítrio e assegurar a verdade e a justiça das decisões judiciais (..) nomeadamente a possibilidade de um controlo popular dos órgãos que – como os Tribunais – exercem poderes de soberania»* – cfr. artigos 113.º(1) CRP, 167.º(1) e 169.º(1) CPC" (citando Teixeira de Sousa, 1997: 53, e Alberto dos Reis 1945: 209 *et ss.*).

125 Artigo 163.º(2) CPC.

126 Leitura conjugada com o artigo 79.º do Estatuto da Ordem dos Advogados (EOA), aprovado pela Lei n.º 145/2015, de 9 de setembro. Embora o artigo 79.º EOA restrinja o uso desta faculdade às situações em que o advogado se encontra *"no exercício da sua profissão"*, tal não pode ser lido como permitindo o controlo dum interesse na consulta do processo (ou não haveria diferença entre as pessoas capazes de exercer o mandato judicial e outros) nem como permitindo a exigência de exibição de procuração (Artigo 74.º(1)(*in fine*) EOA).

O acesso por terceiros pode ser realizado através de: (i) exame e consulta dos autos na secretaria; (ii) obtenção de cópias de quaisquer peças incorporadas nos autos; e (iii) obtenção de certidões[127]. Se o terceiro for uma pessoa capaz de exercer o mandato judicial e o processo estiver findo, pode também solicitar-se a confiança do processo[128]. No caso dos mandatários judiciais das partes no respetivo processo, o acesso pode ainda ser realizado através de meios eletrónicos ou através da confiança do processo mesmo enquanto o processo está pendente[129].

Os únicos fundamentos previstos no CPC para excecionar a regra da publicidade são: (i) a dignidade das pessoas; (ii) a intimidade da vida privada ou familiar; (iii) a moral pública; e (iv) a preservação da eficácia da decisão a proferir[130]. No entanto, a interpretação destas normas à luz da totalidade do sistema normativo não deixa dúvidas que a informação cuja confidencialidade é legalmente protegida não pode ser automaticamente disponibilizada. Neste sentido, recorde-se que o Art.º 74.º(1) EOA exclui o direito de acesso pelos advogados a documentos judiciais que *"tenham caráter reservado ou secreto"*. Será o caso, designadamente, de informação comerciais sensíveis, cuja disponibilização a terceiros possa afetar os interesses das pessoas a quem respeitam. Note-se que isto não significa que seja sempre impossível o acesso a este tipo de informações e sua utilização como elementos de prova no âmbito de ações de *private enforcement*, nomeadamente por força do princípio da efetividade (ver Secção 6.2)[131].

Normalmente, o acesso ao processo seria automático e tratado exclusivamente na secretaria do tribunal. No entanto, surgem, usualmente, dúvidas nas secretarias judiciais sobre pedidos de acesso a processos que contêm ou podem conter informação confidencial. Nestes casos, manda o CPC que seja o juiz a decidir a questão[132]. Na prática, a situação que deveria ser excecional tornou-se a regra: os tribunais não concedem a terceiros o acesso ao processo

127 Artigo 163.º(2) CPC.

128 Artigo 165.º(2) CPC e artigo 74.º EOA. Sobre a admissibilidade da confiança de processos administrativos juntos aos autos, ver Acórdão do TCA-S de 15/05/2008.

129 Artigos 163.º(2) e (3) e 165.º(1). A Portaria n.º 280/2013, de 26 de agosto, nada prevê quanto ao acesso por terceiros a documentos na forma eletrónica.

130 Artigo 164.º(1). O n.º 2 enumera exemplos de ações excecionadas, definitiva ou temporariamente, da regra de publicidade.

131 Sobre as situações de colisão de direitos, neste contexto, ver, e.g., Acórdão do TRL de 19/01/2012.

132 Artigo 168.º CPC.

(nem sequer às versões não confidenciais de documentos dele constantes) sem decisão do juiz nesse sentido.

Tratando-se dum ato restritivo de direitos, a recusa de acesso ao processo deve ser fundamentada e comunicada por escrito, para permitir o exercício do direito de reclamação e recurso[133].

Quanto ao direito processual penal, embora este se distinga do civil em vários elementos, é idêntico quanto ao regime essencial e às normas aplicáveis à grande maioria das situações em que o problema do acesso se possa colocar no âmbito de uma ação de *private enforcement* do direito da concorrência. Por via de regra, as normas do CPP serão aplicáveis a estas situações no caso de elementos de prova incluídos em processos de recurso contra decisões da AdC que identificaram práticas restritivas da concorrência ou aplicaram sanções com outros fundamentos[134].

Assim, encontramos a publicidade como regra no Art.º 86.º(1), com as mesmas consequências de direitos de consulta e obtenção de cópias e certidões previstas nos artigos 86.º(6) e 89.º(1), (3) e (4) CPP[135]. Na medida em que o pedido de acesso seja feito por um lesado pelas práticas em causa no processo, ou seu representante, será aplicável o Art.º 89.º CPP. No entanto, é também possível que o potencial proponente de uma ação de *private enforcement* pretenda ter acesso a um recurso de uma decisão da AdC que contém informação relevante para o sucesso da sua pretensão, mas que respeitou a práticas diferentes das que causaram os danos que pretendem ser invocados (e.g., práticas num mercado conexo, com repercussões no mercado relevante). Nestes casos, será aplicável o regime do Art.º 90.º CPP (consulta por outras pessoas), que é mais restritivo, na medida em que exige a alegação e prova de interesse legítimo e decisão prévia da autoridade judiciária[136].

---

133 Cfr. artigo 168.º(1) e 165.º(4) CPC.

134 O CPP é aplicável enquanto direito subsidiário ao RGCO, que por sua vez é aplicável por força do artigo 83.º da LdC.

135 Confirmando a aplicação destas disposições em recursos de decisões da AdC que aplicaram contraordenações: Despacho do TCL de 26/09/2006, p. 3. Esclareceu ainda o TCL: *"é possível a obtenção de certidão integral do processado, cabendo recordar que não só não há qualquer necessidade de recorrer ao regime do CPC uma vez que esta situação encontra assento próprio no CPP (direito subsidiário de primeira linha), como o processo administrativo não se encontra «junto» aos autos. O procedimento administrativo faz parte integral dos autos, não estando junto, apenso ou sequer incorporado"* – Despacho do TCL de 21/02/2008, p. 4.

136 Cfr., e.g., Acórdão do TRL de 18/09/2014. Por contraste, ao aplicar o artigo 89.º(1): *"Requerida a certidão, verificado não se tratar de qualquer das situações de exceção e verificada a qualidade do*

Quanto às exceções, prevê-se expressamente apenas o segredo de justiça (com possibilidade de acesso excecional mesmo nestes casos)[137] e a proteção dos *"dados relativos à vida privada que não constituam meios de prova"*[138].

Seja qual for a autoridade judicial (ou administrativa) detentora dos documentos em causa, os direitos de acesso são reforçados para os promotores de ações populares, por força do artigo 26.º da Lei da Ação Popular[139]. Nos termos desta norma:

> *"1. É dever dos agentes da administração central, regional e local, bem como dos institutos, empresas e demais entidades públicas, cooperar com o tribunal e as partes intervenientes em processo de ação popular.*
> *2. As partes intervenientes em processo de ação popular poderão, nomeadamente, requerer às entidades competentes as certidões e informações que julgarem necessárias ao êxito ou à improcedência do pedido, a fornecer em tempo útil.*
> *3. A recusa, o retardamento ou a omissão de dados e informações indispensáveis, salvo quando justificados por razões de segredo de Estado ou de justiça, fazem incorrer o agente responsável em responsabilidade civil e disciplinar"*[140].

Terminada a exposição do enquadramento jurídico, deve sublinhar-se a perceção de um substancial hiato entre a teoria e a prática do acesso a documentos por autoridades judiciais em Portugal. Apesar da falta de dados estatísticos a este respeito, são conhecidos suficientes exemplos de recusa e de hesitação na concessão de acesso a processos públicos para fundar a convicção de que o principal desafio do acesso a elementos de prova, neste plano, não é jurídico, mas cultural.

---

requerente, ao juiz competia, apenas e tão somente, ordenar a entrega da certidão, independentemente da finalidade da mesma, que não necessitava de ser declarada" – Despacho do TCL de 21/02/2008, p. 2.

137 Artigo 86.º(8) a (11) CPP. Uma vez adotada a decisão da AdC (que é pública e divulgada no seu portal de internet), os eventuais recursos perante o TCRS e TRL já não estão abrangidos pelo segredo de justiça e os processos passam a ser públicos – neste sentido, cfr., e.g., Despacho do TCL de 26/09/2006, p. 15; e Despacho do TCL de 07/11/2006, pp. 12-13.

138 Artigo 86.º(7) CPP.

139 Lei n.º 83/95, de 31 de agosto, retificada pela Retificação n.º 4/95, de 12 de outubro.

140 Cremos que se deve entender que o direito dos proponentes de ações populares previsto no n.º 2 é invocável no contexto da preparação da ação popular. Interpretação contrária privaria este número, bem como o n.º 3, de sentido, já que, uma vez intentada a ação, já se prevê o dever de cooperação, mecanismos para garantir a obtenção da prova em tempo útil e sanções pelo incumprimento das ordens de produção de prova do tribunal. Ver também a posição expressa na Secção 4.1 a propósito do artigo 575.º CC.

A isto acresce que existem obstáculos factuais ao acesso que não se encontram refletidos nas normas mas que têm um impacto substancial na prática. Assim, por exemplo, o acesso a documentos de ações em curso é inviável durante significativos períodos de tempo, devido ao processo estar na posse do juiz para despacho ou decisão[141] ou confiado a uma das partes. Ainda que seja possível encontrar soluções para permitir o acesso nestas situações, os tribunais dispõem de uma ampla margem discricionária, de difícil controlo.

Em jeito de conclusão, merece lugar de destaque um acórdão recente que promete alterar drasticamente a realidade do acesso a documentos judiciais necessários para processos de *private enforcement* em Portugal. Até recentemente, as sentenças e acórdãos de recursos de decisões da AdC só eram divulgados em versões não confidenciais que ocultavam a grande maioria da informação relevante. No entanto, no recurso da Sport TV contra a Decisão PRC 2010/2 da AdC, na sequência de dois pedidos de acesso, o TRL afirmou que tanto a sentença de 1.ª instância como o acórdão são, por força da lei, públicos na sua integralidade[142]. De acordo com o tribunal, a LdC não regula *"a questão da publicidade e do segredo na fase judicial do processo,* [pelo que] *há que aplicar as disposições contidas no Código de Processo Penal"* (por via do regime geral de contraordenações)[143]. Ora, nos termos do CPP, a sentença é:

> "*necessariamente pública, por «exigência do próprio conceito do Estado de direito democrático», não tendo, a nosso ver, suporte legal a prática de elaborar e apenas con-*

141 Cfr., e.g., Despacho do TRL de 05/01/2015.

142 Despacho de 06/02/2015 e acórdão do TRL de 11/03/2015, pp. 178-191. Note-se que não estava em causa o acesso a informações pessoais sobre pessoas singulares. O TRL não facultou acesso a documentos confidenciais incluídos no processo, mas não excluiu a possibilidade teórica de demonstração da necessidade de tal acesso: *"Por isso se ressalvou a possibilidade de uma ulterior ponderação, se se vier a tornar necessária, do regime dos inúmeros documentos constantes nos seis caixotes de pastas arquivadoras a que se atribuiu a natureza confidencial"* (pp. 190-191). O despacho do relator já esclarecera que a publicidade da sentença *"não quer dizer que a publicidade caraterística da fase judicial do processo de contraordenação não permita salvaguardar o segredo de negócio relativamente aos documentos juntos aos autos que até agora se mantiveram confidenciais. Na realidade, desde que não constituam meios de prova, essa salvaguarda é permitida pelo n.º 7 do artigo 86.º do Código de Processo Penal"* (necessária uma *"eventual ponderação caso a caso"*) – p. 180. Note-se que o artigo 32.º(7) da Lei da Concorrência (LdC) prevê a publicação *online* das sentenças e acórdãos adotados em recurso de decisões da AdC em processos de práticas restritivas da concorrência, mas não inclui qualquer ressalva quanto à proteção de segredos de negócio, ao contrário do que faz para as decisões administrativas no artigo 32.º(6).

143 Acórdão do TRL de 11/03/2015, p. 179.

ferir publicidade a uma versão não confidencial da sentença. Por isso, a sentença da 1.ª instância e o acórdão a elaborar por esta Relação deverão ser públicos"[144].

Tendo em conta que as sentenças e acórdãos incluem, tipicamente (como era o caso neste processo), uma listagem dos factos considerados provados e não provados, esta posição de princípio do TRL significa que os lesados passam a ter ao seu dispor um resumo dos factos potencialmente mais relevantes, facilitando grandemente a redação das petições iniciais e aumentando a probabilidade de sucesso destas ações (pelo menos, ao nível do preenchimento do ónus de alegação e da redação de requerimentos probatórios).

4. ACESSO A DOCUMENTOS DE ENTIDADES PRIVADAS PORTUGUESAS

Mesmo com a possibilidade de acesso a documentos detidos por autoridades da concorrência e por autoridades judiciais, muitos são os casos em que o preenchimento do ónus da prova dos autores de ações de *private enforcement* só é possível mediante o acesso a documentos detidos por entidades privadas. Isto é tanto mais assim no caso de ações *"stand-alone"* (ou seja, que não sejam precedidas de decisões de autoridades da concorrência sobre as mesmas práticas). O facto de muitos mercados envolverem relações comerciais transfronteiriças significa que os documentos e informações necessários (e.g., contratos, correspondência, estudos de mercado…) poderão estar na posse de empresas sedeadas noutros Estados.

O regime do acesso a documentos/informações detidos por entidades privadas no âmbito do *private enforcement* do direito da concorrência varia consoante:

a) O seu detentor (empresas, associações de empresas ou pessoas singulares; entidades portuguesas, de outros EMs ou de Estados terceiros); e
b) O momento do pedido (antes ou depois de intentada a respetiva ação judicial).

144 Acórdão do TRL de 11/03/2015, pp. 179-180. A Sport TV recorreu para o STJ da decisão do TRL de conceder a versão integral da sentença e acórdão em causa a terceiros (proc. n.º 204/13.6yustr.l1-A.S1, na 5.ª Secção). O STJ, por decisão sumária da relatora confirmada pela conferência, declarou inadmissível este recurso, devido à limitação dos recursos para o STJ no âmbito de processos contraordenacionais, e recusou a invocação de alegada violação do caso julgado como fundamento para recurso extraordinário – cfr. STJ, 07/01/2016.

O regime não varia consoante a identidade do requerente do acesso[145], nem consoante o estado do processo contraordenacional (no caso de ações *"follow-on"*).

É ponto assente na nossa jurisprudência que o direito à prova tem base constitucional no artigo 20.º da Constituição da República Portuguesa (CRP) e é uma componente do direito geral à proteção jurídica, acesso aos tribunais e tutela jurisdicional efetiva[146].

O acesso a elementos de prova detidos por entidades privadas, no âmbito de ações de *private enforcement* da concorrência, rege-se, predominantemente, pelo Código do Processo Civil.

4.1. Antes do início da ação de *private enforcement*

Ao contrário do que se verifica noutros ordenamentos (e.g., o processo de *"discovery"*, no direito dos EUA), não é necessariamente claro que existam no direito processual civil português mecanismos que permitam a uma parte lesada por práticas anticoncorrenciais (ou uma associação de defesa de consumidores) obrigar uma entidade privada a fornecer informações ou documentos fora do quadro duma ação judicial já intentada.

A questão ainda não foi objeto de significativo debate académico ou judicial, mas uma posição frequentemente expressa é a de que o acesso antecipado a elementos de prova só é possível nos casos excecionais previstos no artigo 419.º do CPC[147] (aplicável apenas a depoimentos de pessoas e à realização de perícias ou inspeções[148]). Ora, estes raramente serão úteis no contexto deste tipo de ações.

No entanto, poderá conseguir-se este acesso antecipado através da ação especial de jurisdição voluntária para apresentação de documentos, prevista nos termos conjugados dos artigos 1045.º a 1047.º CPC (ex-artigos 1476.º a

---

145 A empresa visada por um processo de práticas restritivas da concorrência pode, por exemplo, pretender obter elementos de prova que estão na posse de outras empresas, tendo ao seu dispor, para esse efeito, exatamente os mesmos mecanismos legais que um terceiro (e.g., um lesado), com a mesma variação consoante o pedido de acesso se verifique fora (antes) ou no âmbito duma ação judicial (e.g., durante o procedimento perante a AdC ou já em sede de recurso perante o TCRS).

146 Cfr., e.g., Acórdão do TRG de 28/02/2012; e Acórdão do TRL de 07/02/2012.

147 Neste sentido, e.g., intervenção da Juíza Conselheira Maria dos Prazeres Beleza na Conferência do CAPDC, "A política de concorrência em revista (2013/2014)", 5 de dezembro de 2014.

148 Os tribunais já alargaram o âmbito material deste mecanismo, mas, tanto quanto sabemos, apenas quando estava em causa a destruição iminente dos meios de prova em causa, como no caso de registos de imagem de videovigilância – cfr. Acórdão do TRL de 07/02/2012.

1478.º) e artigos 574.º e 575.º do Código Civil (CC). Cremos, com efeito, que, por força do princípio da efetividade, esta possibilidade tem que estar disponível em abstrato, estando a admissibilidade da sua utilização dependente de apreciação casuística.

Conforme jurisprudência consolidada: *"A ação especial para apresentação de documentos está dependente da verificação dos seguintes requisitos:* [i] *que o possuidor ou detentor deles não os queira facultar;* [ii] *que o requerido não tenha motivos fundados para se opor à apresentação; e* [iii] *que o requerente tenha um interesse juridicamente atendível no seu exame"*[149].

É ainda necessário que o requerente pretenda *"tirar daí a prova de uma circunstância que diga respeito a uma relação jurídica que o afete"*[150], e que se trate de um documento que o requerente não tenha já ao seu dispor ou que possa obter junto dos registos públicos[151].

Porque o artigo 575.º CC exige apenas um *"interesse jurídico atendível"*, e não a invocação dum direito pessoal ou real (como no caso do artigo 574.º CC), parece razoável que esta ação especial possa ser usada por uma associação de defesa dos consumidores que pretenda preparar uma ação popular, na medida em que o exame dos documentos em causa seja necessário para esse efeito.

Tudo indica que a intenção de comprovar a existência de um direito a ressarcimento de danos causados por práticas anticoncorrenciais, ou do preciso conteúdo desse direito, é um interesse jurídico atendível para efeitos da promoção de uma ação especial para apresentação de documentos. No entanto, a jurisprudência que aplicou estas disposições (noutros contextos) revela algumas hesitações.

Por um lado, o STJ já afirmou, em abstrato, que o mecanismo dos artigo 1045.º a 1047.º CPC é *"um instrumento adjetivo que não está pensado para fins probatórios, com vista à instauração de determinada ação judicial.* (…) *Em sede probatória de uma qualquer demanda, as partes têm ao seu dispor um conjunto*

149 Acórdão do TRL de 03/10/2000. No mesmo sentido, e.g.: Acórdão do TRL de 18/12/2007; Acórdão do TRE de 02/10/2008; Acórdão do TRL de 26/11/2009; e Acórdão do TRP de 25/02/2010. Embora referente ao artigo 573.º CC, sendo relevante apenas na medida da analogia, veja-se ainda o Acórdão do STJ de 09/01/2003.

150 Acórdão do TRL de 08/05/2014.

151 Cfr. Acórdão do TRP de 16/10/2001. A propósito do artigo 573.º CC, mas numa lógica que aparenta ser extensível aos 574.º e 575.º CC, afirmou o STJ: *"deverá também exigir-se que o interesse legítimo do titular em obter a informação não possa ser satisfeito por outro processo e que a onerosidade da prestação para a obrigação não seja demasiada"* – Acórdão do STJ de 21/11/2006.

de regras específicas, mormente as disposições dos art.s 528.º e segs. do CPC, com vista a obtenção de documento que se encontra em poder da parte contrária ou de terceiro"[152].

Por outro lado, são vários os exemplos de recurso, com sucesso, a este mecanismo, para aferir a existência ou conteúdo preciso do direito a ser indemnizado, expressamente com a intenção de se vir a promover uma ação de responsabilidade civil[153]. Nas palavras do TRL, *"o direito de exibição* – actio ad exhibendum – (…) *serve para que o titular de um direito se esclareça acerca da existência ou do conteúdo do seu direito, ou se habilite a exercê-lo ou a conservá-lo"*[154]. Também já se frisou que só este mecanismo permite obter documentos/informações necessários ao preenchimento do ónus de alegação, para cujo efeito o mecanismo dos artigos 429.º e 432.º CPC (pensado para o ónus da prova) se revela extemporâneo[155].

Mesmo que se admita a utilização da ação especial para apresentação de documentos para os fins aqui discutidos, esta poderá ainda defrontar-se com obstáculos e limitações.

Assim, por exemplo, já foi defendida uma interpretação formalista segundo a qual esta ação não pode ser utilizada para obter "informações", mas apenas para obter "documentos", já que o artigo 1045.º CPC não abrange o artigo 573.º CC[156].

---

152 Acórdão do STJ de 30/04/2008. Note-se, porém, que esta afirmação foi feita no quadro da determinação da atribuição da competência para este processo especial ao tribunal judicial ou ao tribunal do trabalho no qual correria a ação principal, discutindo-se a instrumentalidade do processo especial.

153 Acórdão do TRE de 02/10/2008: *"a informação que pretende obter pela exibição dos documentos em apreço é que lhe irá facultar a possibilidade de averiguar da existência ou conteúdo do seu direito a ver-se ressarcida do prejuízo decorrente da eventual postergação das normas* (...). *A questão da aplicação ou não à apelada das normas (...) e o apuramento da existência de prejuízos (...) e o seu eventual direito a ver-se ressarcida deles, não têm que ser determinados no âmbito deste processo, o qual se destina, aliás, a possibilitar a apelante a apurar da existência ou não do seu alegado (eventual) direito.* (...) [E]*ntendendo* (...) *que se verifica um interesse jurídico atendível na consulta dos documentos em apreço pois só através dela a apelante poderá verificar da existência e conteúdo do seu eventual direito"*. Ver também: Acórdão do TRL de 22/03/2007; e Acórdão do TRG de 13/03/2012. Ver também o Acórdão do STJ de 09/01/2003, que afirma princípios idênticos, embora referente ao artigo 573.º CC.

154 Acórdão do TRL de 08/05/2014.

155 Acórdão do TRP de 24/09/2012.

156 Acórdão do TRP de 31/01/2007. Por outro lado, já se esclareceu que o *"vocábulo «documento» inserido no artigo 575.º do CC interpreta-se no sentido corrente, isto é, um documento escrito, e não com o sentido do artigo 362.º do CC"* – Acórdão do TRE de 02/10/2008. Para um exemplo de ação para imposição coerciva do cumprimento do artigo 573.º CC, ver o Acórdão do STJ de 09/01/2003.

Atento o silêncio das normas a este respeito, merece especial atenção o modo de decidir pedidos de acesso a informação confidencial. Quase sempre, a informação, ou, pelo menos, parte da informação constante dos documentos a que se pretende ter acesso para preparar uma ação de *private enforcement* do direito da concorrência será protegida pelo segredo comercial. O segredo comercial é, com certeza, um fundamento potencialmente legítimo para o requerido se opor à apresentação de documentos.

A imposição judicial de acesso a documentos com informações confidenciais no âmbito deste processo deve, portanto, basear-se num juízo de proporcionalidade face aos interesses em conflito e limitar-se ao estritamente necessário para a satisfação dos interesses do requerente. Assim, embora por via de regra o acesso aos documentos inclua o direito de os fotocopiar, pode justificar-se a concessão de um acesso restrito a determinados elementos e com a mera possibilidade de tirar apontamentos[157]. Recorde-se que a jurisprudência já sublinhou a existência de alguma margem discricionária na identificação da solução justa: *"tratando-se de um processo especial integrado no âmbito dos processos de jurisdição voluntária,* (…) *o Tribunal não está sujeito a critérios de legalidade estrita, devendo antes adotar, em cada caso, a solução que julgue mais conveniente e oportuna tendo em vista o apuramento da verdade e a justa composição do litígio, quanto aos factos de que lhe é lícito conhecer"*[158].

4.2. Após o início da ação de *private enforcement*

A partir do momento em que é intentada a ação judicial, "[t]*odas as pessoas, sejam ou não partes na causa, têm o dever de prestar a sua colaboração para a descoberta da verdade, respondendo ao que lhes for perguntado, submetendo-se às inspeções necessárias, facultando o que for requisitado e praticando os atos que forem determinados"* (artigo 417.º(1) CPC)[159].

A recusa de colaboração só é legítima se estiver em causa a violação da integridade física ou moral das pessoas, a intromissão na vida privada ou familiar, no domicílio, na correspondência (não aberta) ou nas telecomunicações, ou

157 Cfr., e.g., o Acórdão do TRG de 13/03/2012; e Acórdão do TRE de 02/10/2008. A mesma ordem de razão pode implicar a rejeição de pedidos genéricos de acesso a grupos de documentos (e.g. toda a contabilidade duma empresa num determinado período) – cfr. Acórdão do TRL de 08/05/2014.

158 Acórdão do TRL de 26/11/2009.

159 Conforme clarificado pelo STJ, o *"dever de cooperação de terceiros não é* (...) *uma função subsidiária e complementar da atuação das partes. É um dever de colaboração com a justiça, uma ajuda para o descobrimento da verdade"* – Acórdão do STJ de 01/10/1996.

a violação do sigilo profissional, de funcionários públicos ou do segredo de Estado (artigo 417.º(3) CPC[160])[161].

Não se inclui nesta enumeração dos motivos de recusa a proteção do segredo comercial[162]. Se é certo que o segredo comercial deve ser protegido, esta proteção é limitada.

Merece especial atenção a proteção dos documentos que se enquadrem no conceito de escrita mercantil. Atendendo ao artigo 435.º CPC, e não tendo o artigo 417.º do CPC revogado o artigo 43.º do Código Comercial, *"só poderá proceder-se a exame dos livros e documentos dos comerciantes quando a pessoa a quem pertençam tenha interesse ou responsabilidade na questão em que tal apresentação for exigida"*[163].

A este respeito, esclareceu o TRC: *"em várias circunstâncias, em face do interesse público ou de certas pessoas ou entidades (a nível penal, fiscal, administrativo e civil), os elementos de escrita mercantil podem ou devem ser divulgados"*[164]. De acordo com esta jurisprudência, a não ser que o comerciante autorize outra forma de análise da escrita mercantil, o acesso a este tipo de documentos deve seguir os trâmites do exame por apresentação previsto no artigo 43.º(2) do Código Comercial, conexo com a prova por arbitramento ou inspeção judi-

---

160 Quanto ao sigilo profissional e de funcionários públicos e ao segredo de Estado, ver os artigos 135.º a 137.º do CPP..

161 Note-se, na história legislativa desta disposição, o *"prejuízo de natureza patrimonial deixou, justificadamente, de constituir fundamento de recusa de colaboração"* – Lebre de Freitas, Montalvão Machado & Pinto, 2001: 410.

162 O Código permite que se ponderem motivos para uma recusa justificada de entrega de um documento, mas, nestes casos, o possuidor é obrigado *"a facultar o documento para o efeito de ser fotografado, examinado judicialmente, ou se extraírem dele as cópias ou reproduções necessárias"* (artigo 434.º CPC).

163 Acórdão n.º 2/98 do STJ (uniformizador de jurisprudência) de 22/04/1997. Ver também o Acórdão do STJ de 21/04/1993. Como se afirmou no Acórdão do TRP de 21/11/2011: *"A recusa da parte em apresentar ou juntar determinado documento em seu poder só é legítima nas situações excecionais previstas no n.º 3 do artigo 519.º do CPC e o segredo comercial não está aí contemplado. E se não está em causa a sua exibição por inteiro, nada impede – nem a lei processual cível nem o Código Comercial – a exibição, para exame ou junção de cópia de (parciais e pertinentes) elementos da escrituração comercial"*. O Art.º 43.º do Código Comercial deve ser interpretado de modo a não inviabilizar a prova de factos necessários à tutela de direitos, em violação do princípio da efetividade. Não pode inexistir um dever de cooperação de empresas detentoras de informações protegidas pelo sigilo comercial, indispensáveis à descoberta da verdade numa causa concreta, por não terem "interesse ou responsabilidade na questão", ao passo que entidades bancárias sem qualquer relação com as causas podem ser (e são frequentemente) obrigadas a apresentar informações protegidas pelo sigilo bancário (cfr., e.g., Acórdão do TRG de 28/02/2012).

164 Acórdão do TRC de 19/01/2010. No mesmo sentido: Acórdão do STJ de 25/11/1997.

cial, descobrindo-se a verdade sem copiar, reproduzir ou apreender este tipo de documentos[165].

Embora o artigo 418.º CPC só se aplique, expressamente, aos documentos na posse de serviços administrativos, cremos dever entender-se que a mesma solução se aplica, por analogia, à proteção de informações confidenciais (nomeadamente, por força do segredo comercial) constantes de documentos na posse de entidades privadas. Na medida em que a informação for necessária para o preenchimento do ónus da prova (ou para infirmar a prova de factos cujo ónus da prova recai sobre a parte contrária[166]), a confidencialidade pode ser dispensada pelo juiz, em aplicação de um juízo de proporcionalidade[167], mas deve ser estritamente utilizada na medida indispensável à realização dos fins que determinam a sua requisição e o juiz pode ordenar medidas que visem garantir este resultado.

A recusa ilegítima de colaboração pode levar à aplicação de sanções e meios coercivos e é livremente apreciada pelo tribunal para efeitos probatórios. Se foi o Réu que, ilegitimamente, não forneceu documentos em sua posse, solicitados e necessários ao preenchimento do ónus da prova do Autor, deve entender-se que este tornou culposamente impossível a prova ao onerado, com a consequência da inversão do ónus da prova (artigos 417.º(2), 430.º e 433.º CPC e artigo 344.º(2) CC).

Se o Réu declarar que não possui o documento, o requerente pode *"provar, por qualquer meio, que a declaração não corresponde à verdade"* (artigo 431.º(1) CPC; ver, quanto a terceiros, o artigo 433.º CPC). Se for provado que o Réu possuiu o documento, este só pode evitar a inversão do ónus da prova se provar que, sem culpa sua, o documento desapareceu ou foi destruído (artigo 431.º(2) CPC).

Sem prejuízo dos poderes de iniciativa própria do tribunal, o Autor deve requerer no final da petição a prestação de informações ou produção de documentos na posse de outras pessoas (artigo 552.º(2) CPC).

---

165 Acórdão do TRC de 19/01/2010. Atenta a assimetria de informação, esclareceu o TRC: *"Para o exame, quando requerido por pessoa diversa do dono da escrituração, não se exige que se indique de forma especificada e precisa o seu objeto, por isso ser de difícil cumprimento por quem não tem conhecimento da escrita. Bastará que se indique o assunto concreto sobre que os lançamentos hão-de versar, e se indique com maior ou menor precisão, por indicação de quaisquer circunstância ou referência como por exemplo a época das operações a que respeitem ou o seu registo, os lançamentos a examinar"*.

166 Cfr., e.g., Acórdão do TRG de 15/09/2011.

167 Cfr., e.g., Acórdão do TRL de 02/06/2009.

Nos termos dos artigo 429.º e 432.º CPC, o Autor deve requerer a notificação do Réu ou de terceiro para apresentar os documentos, *"identifica*[ndo] *quanto possível o documento*[168] *e especifica*[ndo] *os factos que com ele quer provar"*, devendo o tribunal ordenar a apresentação dos documentos se *"os factos que a parte pretende provar tiverem interesse para a decisão da causa"*[169] (e, subentende-se, se os documentos solicitados forem, aparentemente, aptos a provar os factos em causa[170]).

Existe, pelo menos, um exemplo de utilização com sucesso deste mecanismo na história do *private enforcement* nacional, respeitante à junção de documentos na posse da contraparte[171].

A junção de documentos ao processo também pode ser feita através de requisição, nos termos dos artigos 436.º a 439.º CPC[172]. A articulação destas disposições com as restantes não é pacífica[173]. Uma possível interpretação para a diferenciação entre as duas é a de uma diferenciação do momento processual em que se recorre àquelas (petição inicial) e a estas (a todo o tempo até ao encerramento da discussão em 1.ª instância)[174]. A jurisprudência tem identificado aqui um poder-dever dos tribunais, a utilizar sempre que os documentos

---

168 O nível de precisão na identificação dos documentos é um ponto controverso para o qual, como veremos, se impôs uma solução harmonizadora na Diretiva 2014/104/UE.

169 Note-se que, ao contrário do que se verifica, por exemplo, no artigo 338.º-C(1) do Código de Propriedade Industrial, não se exige aqui, expressamente, qualquer tipo de *fumus boni iuris*, embora seja defensável que esta exigência decorre da aplicação do princípio da proporcionalidade. Note-se que a Diretiva 2014/104/EU exige que, para que seja ordenado o acesso a documentos, o Autor demonstre a *"plausibilidade do seu pedido de indemnização"* (artigo 5.º(1)). Em acréscimo, tendo em conta a evolução legislativa da disposição equivalente à presente, deve realçar-se que *"não substituindo a referência ao questionário pela referência à base instrutória, acentuou-se que a apresentação do documento pode visar a prova de factos instrumentais, como tal nela não incluídos"* (Lebre de Freitas, Montalvão Machado & Pinto, 2001: 431; ver também Lopes do Rego, 2004: 455).

170 Cfr. Acórdão do TRE de 26/06/2014; Acórdão do TRP de 21/11/2011; e Acórdão do STJ de 17/12/2009: *"Não implicando o direito subjetivo à prova a admissão de todos os meios de prova permitidos em direito, a parte só deve soçobrar na pretensão deduzida em juízo, por dificuldades inultrapassáveis de obtenção dos meios de prova que, por sua iniciativa pessoal, razoavelmente, sem o concurso de outra ou de terceiro, não esteja em condições de conseguir"*.

171 Ver, e.g., o caso a que respeita o Acórdão do STJ de 24/04/2002.

172 Ver ainda, quanto à restituição de documentos, o artigo 442.º(3) e (4) CPC.

173 A coexistência destas disposições é uma herança de legislação anterior e foi alvo de críticas. Como se frisou em Lebre de Freitas, Montalvão Machado, Pinto, 2001: 439, *"passaram os* [atuais artigos 436.º e 438.º] *a sobrepor-se, em parte, aos artigos anteriores, uns e outros tratando, ao lado da requisição oficiosa e da requerida aos organismos oficiais, da requisição requerida por uma das partes, de documento em poder da contraparte ou de terceiro"*.

174 Cfr., e.g., Acórdão do TRC de 21/03/2011.

forem necessários para a descoberta da verdade e não puderem ser razoavelmente obtidos pelo requerente, sendo a recusa suscetível de impugnação[175].

Nas ações de *private enforcement* que visem o ressarcimento de danos causados a consumidores, será típica a dificuldade de prova por estes de transações relacionadas com os direitos que pretendem exercer, por falta de manutenção de documentos, sobretudo quando os danos ocorreram há vários anos. Atendendo às obrigações de registo e arquivo documental das sociedades comerciais, os tribunais têm-se mostrado sensíveis a esta realidade e permitido a utilização dos mecanismos *supra* descritos para produção da prova necessária[176].

Uma última palavra quanto ao processo europeu para ações de pequeno montante, previsto no Regulamento (CE) n.º 861/2007[177]. Embora esta via seja seguramente rara em Portugal, não é de excluir a possibilidade de recurso a ela, por exemplo, por um consumidor ou PME que pretenda ser ressarcido por danos causados por uma infração concorrencial com um elemento transfronteiriço, até ao valor de EUR 2.000.

Neste processo simplificado, que existe em alternativa aos meios processuais nacionais, não se prevê nada, especificamente, sobre o acesso a elementos de prova detidos pela parte contrária ou por terceiros. No entanto, um tribunal português pode aplicar, nestas ações, os mesmos mecanismos descritos nesta secção (ver artigo 19.º). O §8.2 do Formulário A e o §2 do Formulário C preveem a indicação de prova pelo Autor e Réu, nada impedindo que se indique prova na posse de outra pessoa, solicitando-se a sua obtenção pelo tribunal. E os artigos 9.º e 7.º(1)(b) estabelecem que o tribunal deve *"solicitar a produção de prova"* e *"determinar os meios de produção de prova e quais as provas necessárias para a sua tomada de decisão de acordo com as regras aplicáveis à admissibilidade da prova"*, recorrendo aos *"métodos mais simples e mais práticos para a produção de prova"*.

5. ACESSO A DOCUMENTOS DE ENTIDADES ESTRANGEIRAS

Sem prejuízo da eventual possibilidade de recurso a mecanismos processuais próprios dos ordenamentos estrangeiros, quem pretenda aceder a elementos na

175 Cfr., e.g., Acórdão do TRC de 18/12/2013.

176 Cfr., e.g., Acórdão do TRL de 04/06/2014.

177 Regulamento (CE) n.º 861/2007 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de julho de 2007, que estabelece um processo europeu para ações de pequeno montante (JO L 199/1, 31/07/2007), revisto pelo Regulamento (UE) n.º 517/2013 do Conselho, de 13 de maio de 2013.

posse de autoridades estrangeiras ou de entidades privadas com residência ou sede noutros Estados pode recorrer aos meios processuais descritos na secção anterior, já que (desde que seja aplicável o direito português) nada os limita a pessoas residentes ou sedeadas em Portugal[178].

Questão diferente é a da coercibilidade e efetividade destes mecanismos noutros Estados, que será facilitada quando o detentor dos elementos de prova seja uma pessoa com residência/sede na União Europeia (excecionada a Dinamarca).

Estando em causa a invocação da responsabilidade extracontratual decorrente de infrações concorrenciais, por danos ocorridos em Portugal, por via de regra, é imperativamente aplicável o direito português (artigo 6.º do Regulamento (CE) n.º 864/2007[179]; ver também artigo 4.º(1)) e competentes os tribunais portugueses (artigo 5.º(3) do Regulamento (CE) n.º 44/2001[180]). Estarão, assim, disponíveis os mecanismos descritos na Secção 4[181].

As decisões de tribunais portugueses são automaticamente reconhecidas nos outros EMs, sem necessidade de qualquer processo adicional (artigo 33.º(1) do Regulamento (CE) n.º 44/2001[182]). Sanções e medidas coercivas aplicadas pelos tribunais portugueses podem ser executadas de acordo com o procedimento previsto nos artigos 38.º e seguintes do Regulamento (CE) n.º 44/2001. As citações e notificações devem ser feitas nos termos do Regulamento (CE) n.º 1393/2007[183].

---

178 Ver, nomeadamente, o artigo 172.º(4) CPC.

179 Regulamento (CE) n.º 864/2007 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de julho de 2007, relativo à lei aplicável às obrigações extracontratuais (Roma II) (JO L 199/40, 31/07/2007).

180 Regulamento (CE) n.º 44/2001 do Conselho, de 22 de dezembro de 2000, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial (JO L 12/1, de 16/01/2001), revisto em último lugar pelo Regulamento (UE) n.º 566/2013 da Comissão, de 18 de junho de 2013.

181 Ver o artigo 15.º(d) do Regulamento (CE) n.º 864/2007, segundo o qual a *"lei aplicável às obrigações extracontratuais referidas no presente regulamento rege, designadamente: (...) Nos limites dos poderes conferidos ao tribunal pelo seu direito processual, as medidas que um tribunal pode tomar para prevenir ou fazer cessar o dano ou assegurar a sua reparação"*.

182 Sem prejuízo das exceções previstas nos artigos 34.º e 35.º.

183 Regulamento (CE) n.º 1393/2007 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de novembro de 2007, relativo à citação e à notificação dos atos judiciais e extrajudiciais em matérias civil e comercial nos Estados-Membros (citação e notificação de atos) e que revoga o Regulamento (CE) n.º 1348/2000 do Conselho (JO L 324/79, de 10/12/2007), revisto pelo Regulamento (UE) n.º 517/2013 do Conselho, de 13 de maio de 2013 (JO L 158/1, 10/06/2013).

No entanto, o legislador europeu já regulou, de modo especial, a cooperação judiciária na obtenção de provas em matéria civil, no Regulamento (CE) n.º 1206/2001[184].

Este procedimento pode ser utilizado para obter provas que *"se destinem a ser utilizadas num processo judicial já iniciado ou previsto"* (artigo 1.º(1) e (2)). Assim sendo, desde que demonstrada, pelo menos, a intenção de intentar uma ação de *private enforcement* do direito da concorrência, é este Regulamento que deve ser utilizado para complementar a utilização tanto dos mecanismos descritos na Secção 4.2 como dos descritos na Secção 4.1.

O Regulamento (CE) n.º 1206/2001 prevê duas modalidades de obtenção de prova. Ambas implicam que se identifique, *inter alia*, a *"natureza e o objeto da ação e uma exposição sumária dos factos"* e uma *"descrição da obtenção de provas a apresentar"*, incluindo *"os documentos ou outros objetos a examinar"*.

Primeiro, é possível a obtenção de provas por requerimento ao tribunal doutro EM. É ao tribunal requerido que cabe aplicar as medidas coercivas apropriadas, de acordo com a sua legislação. Segundo, o tribunal português também pode ordenar a obtenção de provas diretamente noutro EM, mas neste caso esta tem de ser feita voluntariamente, não se podendo recorrer a medidas coercivas, e não deixa de ter de passar pela autoridade competente do respetivo EM[185].

6. IMPACTO DA DIRETIVA 2014/104/UE

6.1. Aplicabilidade

A Diretiva 2014/104/UE entrou em vigor a 26 de dezembro de 2014 (artigo 23.º), devendo ser transposta até 27 de dezembro de 2016 (artigo 21.º(1)). Aplica-se às ações destinadas ao ressarcimento de danos causados por uma infração às normas de concorrência do TFUE e do direito nacional da concorrência.

---

184 Regulamento (CE) n.º 1206/2001 do Conselho, de 28 de maio de 2001, relativo à cooperação entre os tribunais dos Estados-Membros no domínio da obtenção de provas em matéria civil ou comercial (JO L 174/1, 27/06/2001), revisto pelo Regulamento (CE) n.º 1103/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de outubro de 2008 (JO L 304/80, 14/11/2008). O Considerando 17 da Diretiva n.º 2014/104/UE recorda a aplicabilidade deste Regulamento.

185 Para mais informações sobre estes mecanismos, ver o Guia Prático sobre a aplicação do Regulamento relativo à obtenção de provas, disponível em: http://ec.europa.eu/civiljustice/evidence/evidence_ec_guide_pt.pdf.

Para que releve o regime desta Diretiva, é necessário, portanto, que se verifique um efeito nas trocas entre EMs. No entanto, o nível de exigência definido pelo TJUE para que se verifique este efeito é muito baixo, podendo verificar-se até em situações de mercados infranacionais e presumindo-se que práticas restritivas da concorrência em mercados de âmbito nacional têm um efeito nas trocas entre EMs, devendo atender-se ainda à doutrina dos efeitos de feixes de acordos[186]. Em consequência, é expectável que este regime seja aplicável à maioria das ações de *private enforcement* em Portugal.

Deve recordar-se que são teorizáveis situações em que os tribunais se vejam confrontados com obrigações decorrentes desta Diretiva mesmo antes da sua transposição ou do fim do respetivo prazo. Com efeito, os tribunais nacionais estão, na medida do possível (com o limite da interpretação *contra legem*), obrigados a interpretar as disposições nacionais em conformidade com as obrigações decorrentes da Diretiva, de modo a impedir que fique seriamente comprometida a realização dos seus objetivos[187]. Na medida em que existem *"disposições* [nacionais] *preexistentes* (…) *suscetíveis de assegurar a transposição da diretiva a partir da data de entrada em vigor desta"*[188] (descritas nas Secções 3 e 4) e que essas disposições são suscetíveis de diferentes interpretações, os tribunais nacionais estão vinculados, em ações intentadas após a entrada em vigor da Diretiva n.º 2014/104/UE, a excluir qualquer interpretação que ponha em causa o cumprimento dos objetivos desta Diretiva.

A isto acresce que a Diretiva 2014/104/UE, no que respeito ao acesso a elementos de prova, mais não faz que colocar em forma de lei e densificar obrigações já decorrentes da jurisprudência europeia, designadamente no que

---

186 Para uma análise mais detalhada desta matéria, ver: Acórdão do TRL de 09/04/2013; e Sousa Ferro, 2007.

187 Neste sentido, Acórdão TJUE C-261/07, §§35, 38 e 39: *"relevam do âmbito de aplicação de uma diretiva não somente as disposições nacionais cujo objetivo declarado é transpor a referida diretiva mas também, a partir da data de entrada em vigor da referida diretiva, as disposições nacionais preexistentes, suscetíveis de garantir a conformidade do direito nacional com essa diretiva. (…)* [R]*esulta, de qualquer forma, da jurisprudência do Tribunal de Justiça que, durante o prazo de transposição de uma diretiva, os Estados-membros seus destinatários devem abster-se de adotar disposições suscetíveis de comprometer seriamente a obtenção do resultado prescrito por essa diretiva. (…)* [O] *Tribunal de Justiça teve ocasião de precisar que tal obrigação de abstenção se impõe a todas as autoridades dos Estados-membros em causa, incluindo os órgãos jurisdicionais nacionais. Por conseguinte, a partir da data em que uma diretiva entra em vigor, os órgãos jurisdicionais dos Estados-Membros devem abster-se, na medida do possível, de interpretar o direito interno de um modo suscetível de comprometer seriamente, após o termo do prazo de transposição, a realização do objetivo prosseguido por essa diretiva"*. Ver também: Acórdão TJUE C-129/96, §45, Acórdão TJUE C-14/02, §58; Acórdão TJUE C-144/04, §67; e Acórdão TJUE C-212/04, §§122 e 123.

188 Acórdão TJUE C-261/07, §37.

respeita ao princípio da efetividade (como se verá na Secção seguinte). Nessa ótica, os tribunais podem recorrer às suas normas como auxílios interpretativos das obrigações que já se impunham (e se continuam a impor) às jurisdições nacionais nas ações de *private enforcement* da concorrência por força deste princípio.

6.2. Regime de acesso a elementos de prova

A Diretiva dedica o seu Capítulo II ao acesso a elementos de prova. Este lugar de destaque na estrutura da Diretiva reflete a perceção de que, de entre as várias temáticas tratadas na Diretiva, esta era a que se revelava mais crucial e onde maior contributo poderia ser feito para assegurar a efetividade e a disseminação do *private enforcement* do direito da concorrência na União Europeia.

A base de todo este regime é o princípio da efetividade, segundo o qual *"as regras e os processos nacionais respeitantes à apresentação dos pedidos de indemnização"* devem ser *"concebidos e aplicados de modo a não tornar praticamente impossível ou excessivamente difícil o exercício do direito, garantido pelo direito da União, à reparação integral dos danos causados por infração ao direito da concorrência"* (artigo 4.º).

Este princípio já vinculava os tribunais nacionais por via da interpretação do TFUE pelo TJUE[189].

E a jurisprudência já fornecera múltiplos esclarecimentos sobre a concretização deste princípio no âmbito do acesso a elementos de prova no contexto do *private enforcement* do direito da concorrência[190]:

(i) Obrigatoriedade de acesso a documentos (nomeadamente, nos autos das autoridades de concorrência), se forem necessários para a efeti-

189 Acórdão TJUE C-536/11, §§26-27: *"No que diz respeito* (...) *às modalidades processuais das ações de indemnização por violação das regras de concorrência, incumbe aos Estados-Membros estabelecer e aplicar as regras nacionais quanto ao direito de acesso das pessoas lesadas por um cartel aos documentos relativos aos processos nacionais respeitantes a esse cartel. No entanto, embora a determinação e a aplicação destas regras ainda sejam da competência dos Estados-Membros, estes devem exercer essa competência no respeito do direito da União. Em particular, as regras aplicáveis às ações destinadas a garantir a salvaguarda dos direitos que resultam para os litigantes do efeito direto do direito da União não devem ser menos favoráveis do que as que dizem respeito a ações semelhantes de natureza interna (princípio da equivalência) e não devem tornar na prática impossível ou excessivamente difícil o exercício dos direitos conferidos pela ordem jurídica da União (princípio da efetividade). A este propósito, e especificamente no domínio do direito da concorrência, estas regras não devem prejudicar a aplicação efetiva dos artigos 101.º TFUE e 102.º TFUE".* Ver também Acórdão TJUE C-453/99, §29; Acórdão TJUE C-295/04, §62; Acórdão TJUE C-439/08, §57; e Acórdão TJUE C-360/09, §23.

190 Por todos, ver Acórdão TJUE C-536/11, §§30-45; e Acórdão TJUE C-360/09, §§27, 30 e 31.

vação do direito à reparação (ponderando as outras possibilidades ao dispor do requerente);

(ii) Inadmissibilidade de regras de recusa absoluta de acesso;

(iii) Inadmissibilidade de regras de permissão de acesso generalizado (acesso deve ser seletivo);

(iv) Necessidade de aplicação casuística pelos tribunais nacionais, no quadro do direito nacional, de um teste de proporcionalidade, ponderando os interesses em conflito (acesso à justiça e direito de ressarcimento de danos v. necessidade de proteção do sigilo profissional, do segredo de negócios, de dados pessoais e de interesses públicos, como a eficácia da política de clemência e de transação).

Encontramos estes princípios jurisprudenciais vertidos nos artigos 5.º a 8.º da Diretiva 2014/104/UE.

Perante pedido fundamentado do Autor[191] ou do Réu, o tribunal tem de poder ordenar à parte contrária ou a terceiro (incluindo autoridades públicas) a divulgação de elementos de prova[192] relevantes sob o seu controlo (seja na forma de elementos determinados, seja na forma de categorias relevantes de elementos relativamente indeterminados, caracterizados de forma tão precisa e estrita quanto possível com base em factos razoavelmente disponíveis)[193].

A imposição da divulgação de elementos tem como limites: o princípio da proporcionalidade (ponderando interesses legítimos em oposição, o âmbito e custos), o sigilo profissional de advogado e a garantia prévia do contraditório. As empresas não podem invocar o objetivo de evitar ações de indemnização para impedir o acesso[194].

---

191 No caso do Autor, exige-se a indicação de *"factos e elementos de prova razoavelmente disponíveis, suficientes para corroborar a plausibilidade do seu pedido de indemnização"*.

192 Define-se "elementos de prova" como *"todos os tipos de provas admissíveis perante o tribunal nacional da causa, em especial os documentos e todos os outros objetos que contêm informações, independentemente do suporte em que essas informações são armazenadas"* (artigo 2.º(13)).

193 Artigo 5.º(1), (2) e 3(a). A referência às *"categorias relevantes de elementos"* foi incluída para fazer face à assimetria de informação. Frequentemente, o requerente não saberá identificar com precisão os documentos relevantes, mas saberá indicar, por exemplo, que pretende obter os contratos celebrados entre A e B num determinado período sobre o produto em causa, a correspondência trocada entre A e B num determinado período relativamente a uma determinada questão, os estudos realizados ou encomendados sobre uma matéria, etc. O acesso a categorias de elementos deve ser feito de modo a *"evitar pesquisas não específicas de informação de relevância improvável"* (artigo 5.º(3)(b)). Ver Considerandos 14 a 16.

194 Artigo 5.º(3) e (5) a (7). No caso de elementos detidos por autoridades da concorrência, a Diretiva reforça a necessidade de evitar o acesso generalizado a todos os documentos incluídos no processo,

As partes têm de poder aceder a elementos confidenciais, se estes forem relevantes para provar os factos necessários ao exercício dos seus direitos, mas o tribunal tem de garantir a proteção e a limitação do acesso e uso desses elementos ao estritamente necessário, sem inviabilizar o direito à reparação (incluindo ocultar excertos, conduzir audições à porta fechada, restringir número de pessoas autorizadas e exigir resumos das informações de forma agregada)[195].

O acesso a elementos de prova detidos por uma autoridade de concorrência rege-se por regras especiais[196], complementares do regime geral do artigo 5.º[197]. Estas regras visam proteger o interesse público, sobretudo ao nível da continuada efetividade da aplicação do direito da concorrência pelas entidades públicas e incentivo para a utilização dos mecanismos de clemência e transação.

A regra é a de que (respeitado o teste de proporcionalidade e demais requisitos do regime geral), é possível o acesso a todos os elementos detidos pelas autoridades da concorrência, a qualquer momento (no quadro duma ação de indemnização)[198], com a restrição de que estes elementos só podem ser usados em ações de indemnização pela pessoa a quem foi concedido o acesso[199].

Mas o acesso só pode ser ordenado se nenhuma parte ou nenhum terceiro os possa fornecer de modo razoável[200]. Além disso, criam-se categorias "cinzentas"

---

exigindo-se seletividade (artigo 6.º(4)(a)), e reafirma a necessidade de garantir a pronúncia prévia da autoridade (artigo 6.º(11)).

195 Artigo 5.º(3)(c) e (4) e Considerando 18.

196 A Diretiva 2014/104/UE não afeta a aplicação do Regulamento (CE) n.º 1049/2001, no que respeita ao acesso a elementos de prova detidos pela Comissão Europeia (ver Secção 2.1), nem as regras europeias (cfr., e.g., o artigo 12.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003) ou nacionais de proteção de documentos internos de autoridades de concorrência e correspondência entre elas (artigo 6.º(2) e (3)). Nos termos do Considerando 15: *"No caso de o tribunal nacional pretender ordenar a divulgação de elementos de prova pela Comissão, aplica-se o princípio da cooperação leal entre a União e os Estados-Membros, consagrado no artigo 4.º, n.º 3, do TUE, e o artigo 15.º, n.º 1, do Regulamento (CE) n.º 1/2003 no que respeita aos pedidos de informação"*.

197 Artigo 6.º(1).

198 Artigo 6.º(9).

199 Artigo 7.º(3) (ou por quem lhe sucedeu ou adquiriu o respetivo direito à indemnização).

200 Artigo 6.º(10). É previsível que esta norma venha a suscitar dificuldades interpretativas, centradas no conceito de razoabilidade. Raros serão os casos em que os documentos incluídos nos processos das autoridades da concorrência não estejam também na posse de alguma entidade privada, pelo que, em última linha, esta norma poderia significar que quase nunca seria legítimo solicitar documentos às autoridades de concorrência. Tratar-se-ia duma interpretação incompatível com uma abordagem teleológica da Diretiva, e com a intenção do legislador, que pretendeu justamente garantir o acesso a documentos das autoridades da concorrência, e não configurar esse acesso como uma situação absolutamente excecional. A aplicação do princípio da proporcionalidade e a consideração dos custos para as diferentes partes e para o próprio

e "negras" de elementos aos quais o acesso é, respetivamente, condicionado ou proibido (sem prejuízo do acesso parcial a documentos que só em parte se enquadram nestas categorias[201]):

- Elementos "cinzentos" – acesso possível apenas após conclusão administrativa do processo, não podendo ser usados em ações de *private enforcement* antes disso[202]:
  - Informação preparada especificamente para o processo de uma autoridade da concorrência;
  - Informação elaborada por uma autoridade da concorrência e enviada às partes no decurso do seu processo; e
  - Propostas de transação revogadas.
- Elementos "negros" – acesso sempre proibido (permitido apenas ao tribunal para controlar qualificação) e nunca podem ser usados em ações de *private enforcement*[203]:
  - Declarações de clemência[204]; e
  - Propostas de transação (não revogadas).

Por último, os tribunais devem impor sanções efetivas, proporcionais e dissuasivas às partes, a terceiros e aos seus representantes legais em caso de: destruição de elementos de prova relevantes, incumprimento de ordens de divulgação ou de proteção de informação confidencial ou violação dos limites da Diretiva à utilização de elementos de prova. As sanções aplicáveis devem incluir, no caso de violações pelas partes, a possibilidade de tirar conclusões desfavoráveis (e.g. dar como provados os respetivos factos ou julgar total ou

---

tribunal de obter os elementos de prova em causa conduzirão, frequentemente, à conclusão de ser mais eficiente pedir cópias dos documentos já reunidos e organizados no processo da autoridade da concorrência, do que solicitar a uma multiplicidade de entidades privadas que produzam novamente os documentos que já apresentaram à Autoridade da Concorrência e que (dependendo do hiato temporal) poderão nem ter já em forma reunida e organizada.

201 Artigo 6.º(8).

202 Artigos 6.º(5) e 7.º(2).

203 Artigos 6.º(6) e (7), 2.º(16) e (18) e 7.º(1).

204 Não estão abrangidas por este conceito (sendo, por isso, possível o acesso) as "informações preexistentes": *"os elementos de prova que existem independentemente de uma investigação de uma autoridade da concorrência, quer constem ou não do processo da autoridade da concorrência"* (artigo 2.º(17)). Ver Considerando 18. Ver também o Artigo 4.º-A do Regulamento (CE) n.º 773/2004.

parcialmente improcedentes os pedidos e meios de defesa) e a condenação no pagamento das custas[205].

Antes de analisar os efeitos da entrada em vigor da Diretiva 2014/104/UE, convém realçar que se trata de um regime de garantias de acesso mínimas, não se impedindo os EMs (com a exceção da proteção de informação confidencial e dos elementos "cinzentos" e "negros") de manterem ou introduzirem regras que conduzam a uma divulgação mais alargada de elementos de prova[206]. Não se afeta, por exemplo (com a mesma exceção), o recurso às normas de direito público sobre acesso a documentos administrativos.

O impacto da Diretiva 2014/104/UE no nosso ordenamento dependerá largamente do modo como vier a ser transposta e das opções interpretativas dos tribunais.

Grande parte das exigências da Diretiva são, em teoria, acomodáveis nas normas existentes no nosso ordenamento, desde que interpretadas em conformidade. A aplicação do princípio da efetividade é, aliás, própria do nosso ordenamento[207]. Mas é amplo o potencial para controvérsias jurídicas.

O quadro legislativo nacional e a prática judicial analisada sugerem que se poderá revelar especialmente problemática, na ausência de normas de transposição esclarecedoras, nomeadamente: (i) o acesso a categorias relevantes de elementos identificadas; (ii) a garantia do acesso total ou parcial a elementos confidenciais necessários; (iii) o modo de proteção de elementos confidenciais; (iv) a restrição da utilização de meios de prova obtidos por estes mecanismos; e (v) a imposição de sanções efetivas em caso de violação de obrigações de acesso.

Não identificamos no nosso ordenamento normas que proíbam o acesso, até ao término do processo administrativo, à informação preparada especificamente para o processo de uma autoridade da concorrência e à informação elaborada por uma autoridade da concorrência e enviada às partes no decurso do processo. Também não existem normas que garantam, de modo claro, a inadmissibilidade destes elementos de prova "cinzentos" e "negros" em ações de *private enforcement*.

---

205 Artigo 8.º.

206 Artigo 5.º(8).

207 Ver, e.g.: Acórdão do TRC de 19/01/2010. Pode ver-se também um afloramento deste princípio no artigo 86.º(9)(b) CPP. Note-se, porém, que esta norma resolve um potencial conflito de interesses inultrapassável em favor da eficácia do processo penal, numa solução que, de resto, nos parece compatível com os princípios da ordem jurídica europeia.

Já existem normas que visam a proteção dos elementos "cinzentos" e "negros" relativos a clemência e transação (artigos 22.º(16), 27.º(11) e 81.º da LdC). No entanto, a LdC é mais restritiva que a Diretiva (e, por isso, incompatível com ela), na medida em que proíbe absolutamente o acesso a: propostas de transação revogadas (exceto se autorizado pelo autor); e a todos os documentos e informações apresentados para efeitos de dispensa ou redução da coima (salvo autorização do autor do pedido de clemência)[208].

A LdC mostra-se também violadora da Diretiva (e do princípio da efetividade que já antes vigorava no ordenamento jurídico europeu) na proteção da informação confidencial, já que pretende proibir em absoluto o acesso a informação confidencial, mesmo que seja indispensável ao exercício do direito à reparação.

7. CONCLUSÃO

O *private enforcement* da concorrência em Portugal ainda está na sua infância, sendo prematuro extrair conclusões quanto à aplicação das regras de acesso e ao seu impacto na efetividade da tutela jurisdicional dos direitos dos lesados.

Ainda assim, evidenciam-se determinadas tendências. Há um extraordinário hiato entre a letra da lei e a realidade do acesso, sobretudo nos tribunais, mas também nos procedimentos contraordenacionais da AdC. Embora o direito forneça um quadro, em teoria, francamente favorável ao acesso e garantido por meios processuais adequados, as tentativas de acesso a documentos necessários para a prossecução de ações de *private enforcement* vêm-se, em regra, confrontadas com significativos obstáculos. Especialmente complicada é a questão do acesso a informações confidenciais e a própria aferição dessa confidencialidade.

Esta realidade não é de modo algum um exclusivo nacional. Com a notável exceção dos sistemas anglo-saxónicos, cremos que não será injusto afirmar que a grande maioria dos outros Estados-membros da UE conhecem realidades similares. A própria Comissão Europeia, ao mesmo tempo que promove o *private enforcement* e a adoção de regras nacionais que facilitem o acesso a documentos, continua a dificultar significativamente o acesso aos seus próprios processos, com o apoio do TJUE (junto do qual não existe qualquer direito

208 Note-se que a Diretiva se mostra mais restritiva do que o que decorria das pronúncias *Pfleiderer* e *Donau Chemie,* já que os elementos "cinzentos" e "negros" introduzem uma proibição onde anteriormente se reconhecia ao juiz nacional a faculdade de proceder a uma ponderação de proporcionalidade entre os interesses em conflito.

de acesso). O impacto prático da atitude restritiva da Comissão Europeia no acesso por lesados a documentação dos seus processos de práticas restritivas foi recentemente demonstrado, em termos caricaturais, no fracasso da ação de *private enforcement* (*follow-on* da decisão dos elevadores) da própria Comissão nos tribunais belgas, por falta de prova (o Serviço Jurídico não conseguiu aceder às informações que precisava e que constavam dos arquivos da Direção-Geral da Concorrência).

A Diretiva 2014/104/UE e a lei de transposição para o ordenamento nacional contribuirão, seguramente, para a inversão desta tendência. Mas aguarda-nos ainda um longo caminho que dependerá do número de casos que permitam o desenvolvimento da jurisprudência e, gradualmente, uma mudança de mentalidades.

Quanto a esta mudança, porém, o debate que se está agora a ter no âmbito do direito da concorrência devia estender-se a todo o direito processual nacional. Na Espanha, a proposta de transposição da Diretiva já divulgada propôs uma reforma geral do processo civil nesta matéria. Com efeito, qualquer transposição que se limite ao âmbito do direito da concorrência confrontar-se-á, inevitavelmente, com a surpresa de especialistas doutros ramos sobre a razão de outros ramos do direito não beneficiarem das mesmas soluções, apesar de partilharem os mesmos problemas.

BIBLIOGRAFIA

JURISPRUDÊNCIA EUROPEIA

Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE)

121/76 Acórdão do TJUE de 27/10/1977, Moli (C-121/76), C.J. (1977) I-1971.

C-2/88 Despacho do TJUE de 06/12/1990, Zwartveld (C-2/88), C.J. (1990) I-4405.

C-129/96 Acórdão do TJUE de 18/12/1997, Inter-Environnement Wallonie (C-129/96), C.J. (1997) I-7411.

C-453/99 Acórdão do TJUE de 20/09/2001, Courage e Crehan (C-453/99), C.J. (2001) I-6297.

C-204/00 P Acórdão do TJUE de 07/01/2004, Aalborg Portland et al (C-204/00 P etc.), C.J. (2004) I-123.

C-14/02 Acórdão do TJUE de 08/05/2003, ATRAL (C-14/02), C.J. (2003) I-4431.

C-144/04 Acórdão do TJUE de 22/11/2005, Mangold (C-144/04), C.J. (2005) I-9981.

C-212/04 Acórdão do TJUE de 04/07/2006, Adeneler (C-212/04), C.J. (2006) I-6057.

C-295/04 Acórdão do TJUE de 13/07/2006, Manfredi (C-295/04 a C-298/04), C.J. (2006) I-6619.

C-266/05 P Acórdão do TJUE de 01/02/2007, Sison (C-266/05P), C.J. (2007) I-02133.

C-406/06 Despacho do TJUE de 08/02/2007, Landtag Schleswig-Holstein (C-406/06), C.J. por publicar.

C-139/07 P Acórdão do TJUE de 29/06/2010, Technische Glaswerke Ilmenau (C-139/07P), C.J. (2010) I-5885.

C-261/07 Acórdão do TJUE de 23/04/2009, VTB-VAB (C-261/07 e C-299/07), C.J. (2009) I-2949.

C-514/07 P Acórdão do TJUE de 21/09/2010, API *et al* (C-514/07 P etc.), C.J. (2010) I-8533.

C-281/08 P Acórdão do TJUE de 26/11/2010, Landtag Schleswig-Holstein (C-281/08P) C.J. (2009) I-199.

C-439/08 Acórdão do TJUE de 07/12/2010, VEBIC (C-439/08), C.J. (2010) I-12471.

C-506/08 Acórdão do TJUE de 21/07/2011, MyTravel Group (C-506/08) C.J. (2011) I-6237.

C-360/09 Acórdão do TJUE de 14/06/2011, Pfleiderer (C-360/09), C.J. (2011) I-5161.
C-404/10 P Acórdão do TJUE de 28/06/2012, Éditions Odile Jacob (C-404/10 P), C.J. por publicar.
C-477/10 P Acórdão do TJUE de 28/06/2012, Agrofert Holding (C-477/10 P), C.J. por publicar.
C-135/11 P Acórdão do TJUE de 21/06/2012, IFAW (C-135/11P), C.J. por publicar.
C-514/11 P Acórdão do TJUE de 14/11/2013, LPN e Finlândia (C-514/11P), C.J. por publicar.
C-536/11 Acórdão do TJUE de 06/06/2013, Donau Chemie (C-536/11), C.J. por publicar.
C-596/11 P(I) Despacho do TJUE de 08/06/2012, Schenker (C-596/11 P(I)), C.J. por publicar.
C-598/11 P(I) Despacho do TJUE de 08/06/2012, Schenker (C-598/11 P(I)), C.J. por publicar.
C-600/11 P(I) Despacho do TJUE de 08/06/2012, Schenker (C-598/11 P(I)), C.J. por publicar.
C-602/11 P(I) Despacho do TJUE de 08/06/2012, Schenker (C-598/11 P(I)), C.J. por publicar.
C-605/11 P Acórdão do TJUE de 14/11/2013, LPN e Finlândia (C-605/11P), C.J. por publicar.
C-365/12 P Acórdão do TJUE de 27/02/2014, EnBW (C-365/12 P), C.J. por publicar.
C-576/12 P Acórdão do TJUE de 03/10/2012, Jurasinovic, (C-576/12P), C.J. por publicar.
C-127/13 P Acórdão do TJUE de 02/10/2014, Strack (C-127/13P), C.J. por publicar.
C-278/13 PR Despacho do TJUE de 10/09/2013, Pilkington (C-278/13 PR), C.J. por publicar.
C-389/13 PR Despacho do TJUE de 28/11/2013, EMA (C-389/13PR), C.J. por publicar.
C-390/13 PR Despacho do TJUE de 28/11/2013, EMA (C-390/13PR), C.J. por publicar.

Tribunal Geral da União Europeia (TGUE)
T-17/93 Acórdão do TGUE de 15/07/1994, Matra-Hachette SA (T-17/93), C.J. (1994) II-595.

T-353/94 Acórdão do TGUE de 18/09/1996, Postbank (T-353/94), C.J. (1996) II-921.

T-25/95 Acórdão do TGUE de 15/03/2000, Cimenteries CBR SA et al (T-25/95), C.J. (2000) II-491.

T-174/95 Acórdão do TGUE de 17/06/1998, Svenskajournalistforbundet (T-174/95), C.J. (1998) II-02289.

T-237/02 Acórdão do TGUE de 14/12/2006, Technische Glaswerke Ilmenau (T-237/02), C.J. (2006) II-5131.

T-2/03 Acórdão do TGUE de 13/04/2005, VKI (T-2/03), C.J. (2005) II--1121.

T-198/03 Acórdão do TGUE de 30/05/2006, Bank Austria Creditanstalt (T-198/03), C.J. (2006) II-01429.

T-198/03 R Despacho do TGUE de 07/11/2003, Bank Austria Creditanstalt (T-198/03R), C.J. (2003) II-04879.

T-36/04 Acórdão do TGUE de 12/09/2007, API (T-36/04), C.J. (2007) II-3201.

T-237/05 Acórdão do TGUE de 09/06/2010, Éditions Odile Jacob (T-237/05), C.J. (2010) II-2245.

T-403/05 Acórdão do TGUE de 09/09/2008, MyTravel Group (T-403/05), C.J. (2008) II-2027.

T-236/06 Despacho do TGUE de 03/04/2008, Landtag Schleswig-Holstein (T-236/06), C.J. (2008) II-461.

T-104/07 Acórdão do TGUE de 11/07/2013, BVGD v Commission (T-104/07 e T-339/08), C.J. não publicado.

T-111/07 Acórdão do TGUE de 07/07/2010, Agrofert Holding (T-111/07), C.J. (2010) II-128.

T-344/08 Acórdão do TGUE de 22/05/2012, EnBW (T-344/08), C.J. (2012) por publicar.

T-437/08 Acórdão do TGUE de 15/12/2011, CdC Hydrogene Peroxide (T-437/08), C.J. (2011) II-8251.

T-494/08 Acórdão do TGUE de 10/12/2010, Ryanair (T-494/08 etc.), C.J. (2010) II-5723.

T-590/10 Acórdão do TGUE de 29/11/2012, Thesing e Bloomberg (T-590/10), C.J. por publicar.

T-28/11 Despacho do TGUE de 25/10/2011, Koninklijke Luchtvaart Maatschappij (T-28/11).

T-38/11 Despacho do TGUE de 25/10/2011, Cathay Pacific Airways (T-38/11).

T-40/11 Despacho do TGUE de 25/10/2011, Lan Airlines (T-40/11).
T-46/11 Despacho do TGUE de 25/10/2011, Deutsche Lufthansa (T-46/11).
T-534/11 Acórdão do TGUE de 07/10/2014, Schenker (T-534/11).
T-164/12 Despacho do TGUE de 2014/12/04, Alstom (T-164/12).
T-164/12 R Despacho do TGUE de 2012/11/29, Alstom (T-164/12 R).
T-185/12 Despacho do TGUE de 27/06/2014, HUK-Coburg (T-185/12).
T-341/12 Acórdão do TGUE de 28/01/2015, Evonik Degussa (T-341/12).
T-341/12 R Despacho do TGUE de 16/11/2012, Evonik Degussa (T-341/12 R).
T-345/12 Acórdão do TGUE de 28/01/2015, Akzo Nobel NV (T-345/12).
T-419/12 Despacho do TGUE de 27/06/2014, LVM (T-419/12).
T-420/12 Despacho do TGUE de 27/06/2014, VHV (T-420/12).
T-421/12 Despacho do TGUE de 27/06/2014, Württembergische Gemeinde-Versicherung (T-421/12).
T-462/12 Despacho do TGUE de 27/11/2013, Pilkington (T-462/12).
T-462/12 R Despacho do TGUE de 11/03/2013, Pilkington (T-462/12 R).
T-465/12 Despacho do TGUE de 27/11/2013, ACC Glass Europe *et al* (T-465/12).
T-526/12 Despacho do TGUE de 04/06/2014, Axa Versicherung (T-526/12).
T-73/13 R Acórdão do TGUE de 25/04/2013, Intermune (T-73/13 R).

JURISPRUDÊNCIA NACIONAL

Supremo Tribunal de Justiça (STJ)

21/04/1993 Proc. n.º 3641.
01/10/1996 Proc. n.º 96B494.
22/04/1997 Acórdão n.º 2/98 (uniformizador de jurisprudência), Proc. n.º 87158.
25/11/1997 Proc. n.º 97A826.
24/04/2002 Proc. n.º 01B4170.
09/01/2003 Proc. n.º 02B3034.
21/11/2006 Proc. n.º 06A3572.
30/04/2008 Proc. n.º 07S4755.
17/12/2009 Proc. n.º 159/07.6TVPRT-D.P1.S1.
07/01/2016 Proc. n.º 204/13.6YUSTR.L1-A.S1.

Supremo Tribunal Administrativo (STA)

05/07/2007 Proc. n.º 0223/07.
25/07/2007 Proc. n.º 0295/07.
27/11/2008 Proc. n.º 04263/08.

Tribunal Central Administrativo – Sul (TCA-S)
15/05/2008 Proc. n.º 03111/07.

Tribunal da Relação de Coimbra (TRC)
19/01/2010 Proc. n.º 7494/06.9TBLRA.C1.
21/03/2011 Proc. n.º 350/10.8T4AVR-A.C1.
18/12/2013 Proc. n.º 319/12.8T2ILH-A.C1.

Tribunal da Relação de Évora (TRE)
02/10/2008 Proc. n.º 771/08-2.
26/06/2014 Proc. n.º 334/13.4TTEVR-A.E1.

Tribunal da Relação de Guimarães (TRG)
15/09/2011 Proc. n.º 711/10.2TBVCT-A.G1.
28/02/2012 Proc. n.º 4433/09.9TBSXL-D.L1-7.
28/02/2012 Proc. n.º 4433/09.9TBSXL-D.L1-7.
13/03/2012 Proc. n.º 2471/11.0TBGMR.G1.

Tribunal da Relação De Lisboa (TRL)
03/10/2000 CJ., 2000, T. 4.º, p. 98.
22/03/2007 Proc. n.º 668/2007-8.
18/12/2007 Proc. n.º 8473/2007-2.
02/06/2009 Proc. n.º 4324/07.8TBCSC-A.L1-1.
26/11/2009 Proc. n.º 3176/08.5YXLSB.L1-8.
19/01/2012 Proc. n.º 1769/11.2TVLSB.L1-6.
07/02/2012 Proc. n.º 1737/11.4TVLSB.L1.
09/04/2013 Proc. n.º 627/09.5TVLSB.L1-7.
08/05/2014 Proc. n.º 2595/10.1TVLSB.L1-2.
04/06/2014 Proc. n.º 2555/13.0TTLSB.L1-4.
18/09/2014 Proc. n.º 3499/12.9JFLSB-F.L1-9.
05/01/2015 Proc. n.º 204/13.6YUSTR.L1 (Despacho).
06/02/2015 Proc. n.º 204/13.6YUSTR.L1 (Despacho).
11/03/2015 Proc. n.º 204/13.6YUSTR.L1 (Sentença).

Tribunal da Relação do Porto (TRP)
16/10/2001 Proc. n.º 0121302.
31/01/2007 Proc. n.º 0730232.

25/02/2010 Proc. n.º 26/08.6TBVCD.P1.
21/11/2011 Proc. n.º 462/10.8TBVFR-W.P1.
24/09/2012 Proc. n.º 1588/11.6TTPRT.P1.

Tribunal do Comércio de Lisboa (TCL)
28/07/2006 Proc. n.º 261/06.1TYLSB.
26/09/2006 Proc. n.º 766/06.4TYLSB.
07/12/2006 Proc. n.º 1050/06.9TYLSB.
15/02/2007 Proc. n.º 766/06.4TYLSB.
21/02/2008 Proc. n.º 1050/06.9TYLSB.

Tribunal Judicial da Comarca de Lisboa (TJLisboa)
7074/15.8T8LSB Tribunal Judicial da Comarca de Lisboa, Instância Central, 1.ª Secção Cível, J6, *Observatório da Concorrência c. Sport TV* (proc. n.º 7074/15.8T8LSB).

Comissão de Acesso aos Documentos Administrativos (CADA)
21/04/2010 Parecer. n.º 98/2010 (proc. n.º 167/2010).
20/11/2012 Parecer n.º 330/2012 (proc. n.º 414/2012).
23/09/2014 Parecer n.º 287/2014 (proc. n.º 426/2014).
02/06/2015 Parecer n.º 187/2015 (proc. n.º 787/2014).

SOFT-LAW

Autoridade da Concorrência
2013 *Linhas de orientação sobre a instrução de processos relativos à aplicação dos artigos 9.º, 11.º e 12.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, e dos artigos 101.º e 102.º do TFUE*, 22 de março de 2013.

Comissão Europeia
2002 Comunicação da Comissão Europeia ao Parlamento Europeu e ao Provedor de Justiça da UE relativamente às relações com queixosos em matéria de infrações da legislação comunitária (COM/2002/0141 Final).
2004a Comunicação da Comissão relativa ao tratamento de denúncias pela Comissão nos termos dos artigos 81.º e 82.º do Tratado CE (JO C 101/65, 27/04/2004).
2004b Comunicação da Comissão sobre a cooperação entre a Comissão e os tribunais dos Estados-Membros da UE na aplicação dos artigos 81.° e 82.° do Tratado CE (JO C 101/54, 27/04/2004).

2005a Comunicação da Comissão Europeia relativa às regras de acesso ao processo nos casos de aplicação dos artigos 81.º e 82.º do Tratado CE, artigos 53.º, 54.º e 57.º do Acordo EEE e do Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho (JO C 325/7, 22/12/2005).

2005b Manual de Procedimentos da Comissão Europeia associado à Comunicação da Comissão Europeia ao Parlamento Europeu e ao Provedor de Justiça da UE relativamente às relações com queixosos em matéria de infrações da legislação comunitária (SEC (2005) 254/5).

2006 Comunicação da Comissão Europeia relativa à imunidade em matéria de coimas e à redução do seu montante nos processos relativos a cartéis (JO C 298/17, 08/12/2006).

2011 Comunicação da Comissão Europeia sobre boas práticas para a instrução de processos de aplicação dos artigos 101.º e 102.º do TFUE (JO C 308/6, 20/10/2011).

2015a Comunicação da Comissão Europeia – Alterações à Comunicação da Comissão relativa às regras de acesso ao processo nos casos de aplicação dos artigos 81.º e 82.º do Tratado CE, artigos 53.º, 54.º e 57.º do Acordo EEE e do Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho (JO C 256/3, 05/08/2015).

2015b Comunicação da Comissão Europeia – Alterações à Comunicação da Comissão relativa à imunidade em matéria de coimas e à redução do seu montante nos processos relativos a cartéis (JO C 256/1, 05/08/2015).

2015c Comunicação da Comissão Europeia – Alterações à Comunicação da Comissão relativa à condução de procedimentos de transação para efeitos da adoção de decisões nos termos do artigo 7.º e do artigo 23.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho nos processos de cartéis (JO C 256/2, 05/08/2015).

2015d Comunicação da Comissão Europeia – Alterações à Comunicação da Comissão sobre a cooperação entre a Comissão e os tribunais dos Estados-Membros da UE na aplicação dos artigos 81.º e 82.º do Tratado CE (JO C 256/5, 05/08/2015).

DOUTRINA

Alberto dos Reis, J.

1945 *Comentário ao CPC, Vol. 2.º*, Coimbra: Coimbra Editora.

Cruz Vilaça, J. L.

2014 *EU Law and Integration, 20 Years of Judicial Application of EU Law, Ch 8: Interim Measures in Judicial Proceedings as an Instrument of Protection for Individuals in EC Law*, , Oxford/Portland: Hart, pp. 134-165.

Lafay, F.
1997 "L'accès aux documents du Conseil de l'Union: contribution à une problématique de la transparence en droit communautaire", 33 *Revue Trimestrielle de Droit Européen* 37.

Lebre de Freitas, J., Montalvão Machado, A. & Pinto, R.
2001 *Código de Processo Civil Anotado – Volume 2.º (Artigos 381.º a 675.º)*, Coimbra: Coimbra Editora.

Lobo Moutinho, J. & Salinas, H.
2013 "Anotação ao artigo 32.º", *in* M. Gorjão-Henriques (dir.), *Lei da Concorrência – Comentário Conimbricense*, Coimbra: Almedina, p. 357.

Lopes do Rego, C. F. O.
2004 *Comentários ao Código de Processo Civil – Volume 1.º*, 2.ª ed., Coimbra: Almedina.

Noronha, J. E. S.
2012 "Impugnação de decisões da Autoridade da Concorrência em procedimento administrativo", 3(1) *Revista de Concorrência e Regulação* 73.

Pais Antunes, L. M.
2013 "Anotação ao artigo 33.º", *in* M. Gorjão-Henriques (dir.), *Lei da Concorrência – Comentário Conimbricense*, Coimbra: Almedina, p. 363.

Rossi, L. & Sousa Ferro, M.
2012 "Private enforcement of competition law in Portugal (I): an overview of case-law", 3(2) *Revista de Concorrência e Regulação* 91.
2013 "Private enforcement of competition law in Portugal (II): actio popularis – facts, fictions and dreams", 4(1) *Revista de Concorrência e Regulação* 35.

Rossi, L. & Vinagre e Silva, P.
2016 *Public Access to Documents in the EU*, Hart (forthcoming).

Sousa Ferro, M.
2007 "A obrigatoriedade de aplicação do Direito Comunitário da Concorrência pelas autoridades nacionais", *Revista da Faculdade de Direito de Lisboa*, Vol. XLVIII, N.ºs 1-2, 271.

Teixeira de Sousa, M.
1997 *Estudos sobre o novo processo civil*, Lisboa: Lex.

EMPOWERING CONSUMERS THROUGH COMPETITION: A STUDY ON THE CREATION OF A EUROPEAN ANTITRUST CLAIMS MARKET

Antonio Davola

Abstract: *Moving from the current debate on the interactions between competition and consumers' law, the paper aims at investigating the creation and development of a market for antitrust small claims – i.e. a market in which the right to propose claims is exchangeable for money – in order to empower both consumers and competition in the EU by overcoming the deficiencies that collective actions and individual claims actions currently present.*

Index: 1. Introduction: the current framework of the private enforcement remedies against antitrust infringements. 2. Proposal for a different solution: creation of an antitrust claims market. 3. *Cartel Damage Claims*: a first step from which we can move on. 4. Potential benefits of introducing an antitrust claims market. 5. Further aspects of the analysis and perspectives for future research.

1. INTRODUCTION: THE CURRENT FRAMEWORK OF THE PRIVATE ENFORCEMENT REMEDIES AGAINST ANTITRUST INFRINGEMENTS

The enactment of the new Directive 2014/104/EU *on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union* is currently the most recent step towards the creation of an integrated and organic *private enforcement system* to deal with anti-competitive behaviour in the market that is likely to result in a direct detriment for individual consumers.

This intervention has further encouraged the debate on the interaction between competition law and consumer law, with regard to potential overlaps of their respective purposes,[1] since the Directive aims to define a cohe-

1 Monti, 2007: 295-314.

rent remedial system for breaches of Arts 101 and 102 TFEU, as well as to grant consumers protection against such infringements in accordance with the socially distributive purposes that – besides the allocative aims – have gradually become a core component of EU competition law.[2]

Judicial trends – since the *Courage* and *Manfredi* cases[3] – and normative initiatives[4] nowadays suggest that consumers are covered by *direct* protection in the EU, particularly against anticompetitive practices, and are entitled to individual rights, on the basis of their nature as market operators.

In order to obtain effective reparation for antitrust infringements, consumers currently have at their disposal two main types of remedy: individual claims and collective actions such as the *class action* remedy.

Apart from this bedrock, though, there is still a great need for research: despite significant efforts, the current framework of remedies enjoyed by consumers still appears to be insufficient, since it is unable to produce appropriate results in three main areas: adequacy of compensation, accessibility to justice and welfare consequences.[5]

Such conclusions are valid – although for different reasons – for both collective actions and individual claims.

With regard to individual claims, consumers face difficulties, primarily with reference to the determination of the *quantum debeatur* and the fulfilment of the burden of proof of demonstrating the causal link between the anticompetitive behaviour of an enterprise and the direct damage suffered by the consumer, and this hurdle exists in *stand alone* claims as well as in *follow on* ones:[6] despite the undoubted benefits of Directive 104/2014 – the possibility that national judges can authorize access to documents of national granting authorities, as well as the definitive recognition of the binding effect of decisions made by national granting authorities in terms of probative relevance – for *follow on* claims, too many aspects of individual protection remain, in fact, uncertain.[7]

2 Everton & Joerges, 2006; Cafaggi & Micklitz, 2009.

3 ECJ, C-453/99; ECJ, C-295/04.

4 *Inter alia*, European Commission, 2008.

5 Eger & Weise, 2010.

6 Van den Bergh, 2013: 12.

7 Rott, 2007: 305-321.

Furthermore, the choice of leaving the regulation of individual claims to national law causes a significant heterogeneity, and the procedural law of the different Member States will determine the concrete effect of the Directive.

Lastly, the entirety of the intervention seems unable to overcome the rational apathy of individual consumers: consumers will, in fact, pursue compensation for antitrust damage only if their expected private benefit of doing so (in terms of expected compensation accorded in court) is higher than the private costs – in terms of resources needed to carry on the proceeding – they are likely to bear; since the aforementioned obstacles critically dimidiate the concrete chance to obtain compensation, there are currently not enough incentives for individual consumers to actively file claims for antitrust damages.[8]

Collective claims seem to be equally unsatisfying. Under EU legislation, collective actions – and, in particular, class actions – are devoid of a uniform European regulation, and the enactment of mere recommendations[9] does not seem sufficient to achieve the consumer protection that is intended, operating – on the contrary – as a source of normative heterogeneity and "*forum shopping*" phenomenon.[10] In particular, each Member State has enhanced its own model of representative collective actions: the French and Italian governments have introduced *opt-in* class actions,[11] while the UK, on the other hand, is introducing an *opt-out* class action for antitrust infringements;[12] a similar *opt-out* regime can be found with regards to the Portuguese *ação popular*, although such remedy stands out for its original solutions on the aspects of active legitimation to proceed in court and extent of the *res judicata* on involved parties.[13] Eventually, other different scenarios for bundling antitrust damage claims can be found in the Netherlands, Germany, Austria and Finland.[14]

Furthermore, it is uncertain whether the enforcement of such instruments might actually lead to a determination of benefits for individuals. Indeed, because of the great difficulty of calculating adequate reparation for each

8 Van den Bergh, 2013.

9 European Commission, 2013.

10 Corapi, 2014.

11 Respectively, Art. L423 *Code de la consommation* and Art. 140-*bis Codice del consumo*.

12 UK Government, 2013.

13 On the peculiar aspects of this remedy see Rossi & Sousa Ferro, 2013: 51-54. The potential impact of such a solution in the EU context is also addressed in Sousa Ferro, 2015: 1.

14 Schreiber & Smith, 2014: 23-26.

claimant in collective actions, judges tend to award compensation on a lump--sum basis, overlooking individual interests in favour of collective deterrence. As a consequence, it is arguable whether the enforcement of collective remedies actually constitutes enforcement for the benefit of individual consumers rather than an indirect protection for the general allocative efficiency of the market.[15]

The overall picture seems, as a consequence, extremely blurred, and the heterogeneity of remedies obstructs the realization of the desired uniform protection in the Common Market.[16]

There have undoubtedly been significant developments in this field: the new Directive 2014/104 is a pivotal step, and European case law, from the early *Courage* and *Manfredi* judgments until the most recent *Pfeiderer* case[17] and the *Donau Chemie* judgment[18], has greatly enhanced the protection of individual consumers. Despite these efforts, though, the aforementioned problems have still not been overcome.

These evaluations seem to be confirmed by the analysis conducted by EU institutions:[19] in the period between 2006 and 2012, just 25% of antitrust violations found by the European Commission were followed by national actions for damages, and the overall damage suffered by consumers as a result of antitrust infringements amounted to 23 billion euros just in the year 2012.

Currently, it seems uncertain whether this situation can be solved without further acts by European institutions, particularly when one considers that – after the decision of the European Court of Justice in the *Kone* case[20] – the recognition of a right to compensation for so-called "*umbrella damages*" will further expand the number of potential claimants after an antitrust violation. It goes without saying that the absence of an effective instrument with which consumers may enforce their rights will operate entirely in favour of the infringers.

15 Van Den Bergh & Visscher, 2008: 5-30.

16 Rott, 2007: 305-321.

17 ECJ, C-360/09.

18 ECJ, C-536/11.

19 European Commission, 2007.

20 ECJ, C-557/12. See also Lombardi, 2014: 707.

2. PROPOSAL FOR A DIFFERENT SOLUTION: CREATION OF AN ANTITRUST CLAIMS MARKET

Since sector-specific remedies are unsatisfactory, different solutions could be sought by investigating theoretical approaches developed in other areas of torts. In particular, in order to use an original solution to overcome the *impasse*, it must be kept in mind that any potential remedy must address the interests of both the individual *and* the market, since these two elements are equally important in the development of consumer and competition law.[21]

In particular, the idea from which we decided to start originates from the American literature which, since the early 1980s, has suggested the introduction of a claims market,[22] that is, a market in which individuals are free to trade their right to pursue a claim for money, for personal injury tort claims.

These theories, though, have encountered difficulties in obtaining a consensus on the ethical dimension and in terms of legal feasibility: it has been noted[23] that victims of personal injury deserve compensation for both pecuniary and non-pecuniary losses, and that the separation between the victim and the actual plaintiff in court that would result from a sale of the claim would deprive the compensation for non-pecuniary damages of its "personal" essence. Other critics have taken an ethical point of view, arguing that damage claims should be considered as an ontologically non-disposable right of individuals.

In our opinion, such difficulties do not exist in the field of antitrust claims, since the individual prejudice for victims of anticompetitive behaviour is substantially financial in nature: consequently, it is possible to consider the application of such a solution to competition law.

With regards to the "ethical" aspects that might be involved in the trade in damages claims, in some national jurisdictions – for example, in some decisions of the Italian Court of Cassation – the lawfulness of the assignment of credits deriving from compensation has already been stated.[24]

This result is, in fact, just a minor realization of what American legal scholars have suggested: instead of the assignment of an already existing claim,

21 See: Pera, 2009: 342 et ss.; Armstrong, 2008: 96 et ss.; Pautler, 2008: 91 et ss.

22 *Ex multis*, Shukaitis, 1987; Cooter, 1989; Choharis, 1995; Sebok, 2011.

23 Abramowicz, 2005.

24 See: Italian Court of Cassation, 2012; Italian Court of Cassation, 2013.

they were discussing the lawfulness of individuals trading their right to pursue claims in court – and their consequent right to eventual compensation. Such a solution appears to be necessary – with regards to antitrust claims – if we accept that the main barrier to the effective exercise of claims is currently the lack of incentives for consumers: as a consequence, it will be necessary to create a system that gives an incentive for the pursuit of damages claims. In our opinion this could be obtained through the introduction of an antitrust claims market, and we will discuss the particular details of this argument further.

3. *CARTEL DAMAGE CLAIMS*: A FIRST STEP FROM WHICH WE CAN MOVE ON

In order to investigate the legal feasibility of an antitrust claims market in the EU context, we can observe that there is currently no express provision that forbids the sale of an individual's right to pursue a claim in court, or that deems such a right to be non-transferable; on the contrary, the European Commission explicitly stated that such activities might be possible in the European Union[25] and that the transfer of antitrust claims to third parties might represent a useful legal instrument in order to overcome the problem of lack of participation by injured parties in antitrust proceedings.[26]

Furthermore, Directive 2014/104/EU recently confirmed the standing of entities purchasing damage claims by stating that "«actions for damages» means an action […] brought before a national court by an alleged injured party, or *by someone acting on behalf of one or more alleged injured parties*",[27] and by circumscribing, as entities entitled to use evidence obtained through access to the files of national competition authorities, the person who suffered the damage due to the anticompetitive behaviour or "a natural or legal person that succeeded to that person's rights, including a person that acquired that person's claim".[28]

In the light of these elements, it will therefore be necessary to evaluate the legitimacy of an antitrust claims market with regards to the procedural law of the Member States.

On this aspect, we might obtain some relevant information from recent case law involving the Belgian company *Cartel Damage Claims* (CDC). CDC

25 European Commission, 2008.

26 European Commission, 2012: 37.

27 Directive 2014/104/EU, Art. 2(4).

28 *Ibidem,* Art. 7(3).

operates in the field of the private enforcement of competition law, by acquiring the right to pursue claims in court by *follow on* victims of antitrust infringements by enterprises, and then exercising these rights on behalf of the victims before the national court.[29]

Some national courts have, through legal proceedings, recognized the *locus standi* of CDC: in particular, a decision rendered by the District Court of The Hague in December 2014 stated that the assignment of a damages claim can be considered lawful under Dutch national law.[30] This position was shared by the Regional Court of Dusseldorf, in February 2015: despite a rejection of the CDC's claim, the court confirmed that a claim for antitrust damages can be transferred from the party who suffered harm to a third party, as long as this operation is conducted in compliance with national law, that is by the registration of the acquisition in the *Recthsdienstleistungsgesetz* and the concomitant provision of security in order to protect against the potential insolvency of the acquirer.[31]

In January 2015, the General Court of the European Union permitted the intervention of CDC as an interested third party in proceedings against *Azko Nobel NV*: the interest of the acquirer of a claim was deemed to allow participation in the proceedings.[32] Furthermore, in his opinion in the preliminary ruling concerning the *Hydrogen Peroxide* cartel,[33] Advocate General Jäaskinen underlined that "the emergence of players […] whose aim it is to combine assets based on claims for damages resulting from infringements of EU competition law seems to me to show that, in the case of the more complex barriers to competition, it is not reasonable for the persons adversely affected themselves individually to sue those responsible for a barrier of that type".

On this basis, it is our opinion that the creation of a market system for antitrust claims could be legally enforced under the EU framework and, ultimately, in individual Member States.

29 Schild & Brakin, 2007; Schreiber, 2012: 268; Geradin & Grelier, 2013.

30 District Court of The Hague, 2013.

31 Oberlandesgerich Düsseldorf, 2015.

32 GCEU, T-345-12.

33 ECJ, C-352/13.

4. POTENTIAL BENEFITS OF INTRODUCING AN ANTITRUST CLAIMS MARKET

After our verification of the absence of barriers to the introduction of an antitrust claims market in the EU framework, we must question whether or not such a solution might prove effective in order to increase both the protection of consumers and the efficiency of the market; in our opinion, the introduction of a market in claims in tort for antitrust harm might – alongside current remedies – overcome the current deficiencies in the protection of consumers and, at the same time, lead to a general enhancement in the condition of the market.

This conclusion can be supported by several arguments.

One effect of a market in claims would be that compensation would be granted more quickly and easily to consumers who had suffered harm. Tort victims would, in fact, be compensated instantly upon the sale of their claims. Furthermore, the demanding burden of proof that characterizes *stand alone* and *follow on* antitrust actions would be lifted from them: their sole burden would be to prove – ultimately on the basis of a decision by the national competition authority – the existence of their right to pursue a claim for antitrust harm.

It is reasonable to believe that, in view of these advantages, consumers might sacrifice part of their compensation in exchange for the immediate availability of a refund, depending on their timing preferences; furthermore, the risk (and the costs) of pursuing a claim in court would be shifted from risk-adverse individuals to competent and risk-neutral operators, with a general enhancement of the efficiency of the markets.[34]

On the other hand, the introduction of a claims market would also lead to significant benefits for those who might be interested in acquiring antitrust damage claims: claim-buyers would, in fact, profit from the gap between the amount that a consumer accepted for an immediate refund and the compensation awarded in court (which would remain of a compensatory nature). This profit margin might be further increased through a regular activity of bundling up claims, diversification of the risk through portfolio analysis and, in general, leveraging economies of scale in order to reduce litigation costs.[35]

Another indirect effect would be the reduction of the disparity of power between plaintiffs and respondents, since damages actions would be pursued

34 Marcushamer, 2005: 4.

35 Cfr. Renda, 2007: 269; Scott, 2009.

by experienced institutions with minor costs, and more information, expertise and resources.[36]

Buyers would, consequently, be given an incentive to operate in this field and, as a result, we could expect a growth in antitrust claims.

Such an increase would add to the monitoring of markets, with a general deterrence effect: the risk to a firm of facing demanding litigation as a result of anticompetitive behaviour would not be as remote as it is now.

In summary, we believe that the introduction of an antitrust claims market might create those incentives that consumers do not currently have to exercise their rights to compensation, and overcome the probative obstacles.

We therefore have an alignment between the interests of individual consumers and those of the markets. This is, in our opinion, a pivotal aspect to be taken into account: the interests of consumers and the efficiency of the markets are not mutually exclusive concepts, and legal research must try to make these two aspects coexist.

5. FURTHER ASPECTS OF THE ANALYSIS AND PERSPECTIVES FOR FUTURE RESEARCH

The introduction of an antitrust claims market would grant consumers effective protection and access to justice through immediate access to compensation, while at the same time creating a competitive market for claim-buyers through the potential profitability of the claims commerce business, thus overcoming the lack of incentives that currently constitutes the main weakness in private enforcement.

In this work, we discussed the main benefits that might result from such a solution, and the main normative points that should be kept in mind on the path towards this solution.

Nevertheless, much more research seems to be needed in order for an antitrust claims market to be implemented successfully.

The first aspect that demands further analysis concerns the identification of the most desirable legal regime under which the claims market could operate properly: in this sense, the relevant issues to be investigated concern the definition of the parties that should be entitled to operate and promote claims bundling and buying, as well as the possible establishment of a dedicated supervisory authority. The definition of the requirements for evaluating the

36 Guerrero, 2009; Schreiber & Seegers, 2015: 5.

reliability of claims-buyers will also be pivotal, in order to avoid the risk of them promoting non-meritorious litigation to maximize their profits.

A second regulatory aspect concerns the strategies for the implementation of the antitrust claims market in the European framework: it will be necessary to analyse whether EU institutions should implement a tort claims market through a horizontal regulatory initiative of binding harmonization or by means of a more flexible approach (e.g. a Directive), in order to allow Member States to shape the discipline according to their internal legislation.

A third aspect of the antitrust claims market that will require further study concerns the investigation of its potential scope, in both the geographic and the quantitative dimensions: in order to consider the efficacy of this system, it will be necessary to consider the threshold volume of claims that we might expect, and their ability to generate a profitable market. It must be noted that since this volume – the potential demand – is strictly dependent on the expected chance of success of a claim, the efficacy of those remedies that are offered by private and public enforcement will represent an essential condition for the existence of a claims market. Therefore, it will be necessary to examine the interactions between the claims sale market and the remedial tools that are currently available to individual consumers, paying particular attention to the *class action* system.

Some relevant issues for further analysis then arise from a comparative analysis perspective.

In particular, it will be pivotal to understand how the introduction of an antitrust claims market might interact with the heterogeneity of remedies available to consumers in the various Member States, and how such a market would interact with the current *forum shopping* phenomenon that can be seen in cross-border operations.[37]

Departing from a purely European perspective, an overview of the current US debate on third party litigation would also be of significant interest.

In the US, the use of litigation as a regulatory device has traditionally been limited and complemented by administrative regulation;[38] nevertheless, significant attention has been devoted in recent years to the need for an enlarged scope of mass litigation procedures and to the possible openings for a third

37 Krauskopf & Tkacikova, 2011.

38 Cafaggi & Micklitz, 2009.

party litigation phenomenon.[39] Also, in order to implement safeguards for consumers within the framework of private remedies, the necessity of overcoming the *contingency fees* system and identifying alternative forms of claims funding – while still maintaining incentives for attorneys – has been recognized as pivotal.[40]

A consideration of current US developments, and an analysis of the differences between the US and Europe, will be fundamental to understanding the extent to which the introduction of a claims market might have an impact on international consumer litigation processes.

The proposal for the introduction of a market in which a consumer's right to pursue a claim in order to obtain compensation for an antitrust violation is voluntarily exchangeable for money remains – at the current time – merely theoretical, and it needs studied more deeply in its specific characteristics as well as in its potential interplay with other normative disciplines in the European and global context.

Indeed, in the light of the various precedents we recalled in this work, we might observe that a primigenial experience of antitrust claims market already exists and operates in some Member States, even though it is currently limited to few cases involving firms; therefore, the real issue for the future will be to further incentivize and develop current existing claims bundling phenomena, and to foster its extension to individual consumers in order to enhance their framework of remedies against anticompetitive behaviours and, subsequently, the development of the integrated market.

39 Geradin & Grelier, 2009.

40 McGovern, 2010.

BIBLIOGRAPHY

Abramowicz

2005 "On the Alienability of Legal Claims", in *Yale Law Journal*, 114.

Armstrong

2008 "Interactions between competition and consumer policy", in *Competition Policy International*, 4(1).

Cafaggi & Micklitz

2009 *New frontiers of consumer protection: The interplay between private and public enforcement*, Intersentia.

Choharis

1995 "Creating a Market for Tort Claims", in *Yale Journal on Regulation*, 4.

Cooter

1989 "Towards a Market in Unmatured Tort Claims", in *Virginia Law Review*, 75.

Corapi

2014 *Danni antitrust e consumatore. Analisi comparatistica della normativa europea in Italia, Francia e Gran Bretagna*, in www.comparazionedirittocivile.it.

District Court of the Hague

2013 Case CDC Project 14 v. Shell Petroleum, n. C/09/414499/HA ZA 12.293, available at http://barentskrans.nl/uploads/Paraffin%20Wax%20judgment.pdf.

Eger & Weise

2010 "Some limits to the private enforcement of antitrust law: A grumbler's view on harm and damages in hardcore price cartel cases", in *Global Competition Litigation Review*, Issue 4, available at http://ssrn.com/abstract=2162461.

European Commission

2007 Report, Making antitrust damages actions more effective in the EU: welfare impact and potential scenarios, available at http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/files_white_paper/impact_study.pdf.

2008 White Paper on Damages Actions for Breach of the EC antitrust rules (COM(2008) 165).

2012 Collective Redress in Antitrust, DG Internal Policies study for the European Parliament, IP/A/ECON/ST/2011-19, available at www.europarl.europa.eu/committees/en/studiesdownload.html?languageDocument=EN&file=74351.

2013 Recommendation of 11 June 2013 on common principles for injunctive and compensatory collective redress mechanisms.

European Court of Justice

C-453/99 Case C-453/99 Bernard Crehan v Courage Ltd and Others [2001] ECR I-6297.

C-295/04 joined Cases C-295/04 to 298/04 Vincenzo Manfredi and Others v. Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA and Others [2006] ECR I-6619.

C-360/09 Case C-360/09, Pfleiderer AG v Bundeskartellamt [2011], ECR I-5161.

C-536/11 Case C-536/11, Donau Chemie, [2013], ECR I-0000.

C-352/13 Case C-352/13, Cartel Damage Claims (CDC) Hydrogen Peroxide SA v. Akzo Nobel NV et al., EU:C:2015:335.

C-557/12 Judgment of 5 June, 2014, Case C-557/12 Kone AG et al. v. OBB-Infrastruktur AG.

Everton & Joerges

2006 "Consumer citizenship in postnational constellations?", in *EUI Working Paper LAW* No. 2006/47.

GCEU – General Court of the European Union

T-345/12 28 January 2015, case T-345-12, Commission v. Azko Nobel et al.

Geradin & Grelier

2009 Cartel damages claims in the European Union: Have we only seen the tip of the iceberg?, available at http://ssrn.com/abstract=2362386.

Guerrero

2009 "Re-evaluating proposals for tort claims markets in a world of mass tort litigation", in *The University of Texas School of Law Review of Litigation*, 32.

Italian Court of Cassation

2012 10 Jan. 2012, nn. 51-52, in Foro it., I, 2012, 429.

2013 Cass., 3 Oct. 2013, n. 22601, in Resp. civ., 2014, 539.

Krauskopf & Tkacikova

2011 "Competition law violations and private enforcement: Forum shopping strategies", in *Global Competition Litigation Review.*

Lombardi

2014 "E piovve anche sotto l'ombrello, umbrella effects e nesso di causalità in ambito antitrust secondo la Corte di Giustizia", in *Danno e responsabiltà*, 7.

Marcushamer

2005 Selling your torts: Creating a market for tort claims and liability, in *Hofstra Law Review*, 33, 4.

Mcgovern et al

2010 "Third-party litigation funding and claim transfer: Trends and implications for the civil justice system", *Rand*.

Monti
2007 "The revision of the consumer acquis from a competition law perspective", in *European Review of Contract Law*, 3.
Oberlandesgerich Düsseldorf
2015 18 February 2015, n. 37 O 200/09, available at http://www.carteldamageclaims.com/wordpress/wp-content/uploads/2015/03/OLG_Beschluss-v-18.02.2015pdf.
Pautler
2008 "Consumer protection policies, economics, and interactions with competition policy", in *Competition Policy International*, 4(1).
Pera
2009 "Tutela della concorrenza e protezione del consumatore: quali complementarietà?" in AA. VV., *Antitrust between EC law and national law. Antitrust fra diritto nazionale e diritto comunitario*, Milano: Bruylant.
Renda (coord.)
2007 *Making antitrust damages actions more effective in the EU: welfare impact and potential scenarios, Final Report for the European Commission*, available at http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/files_white_paper/impact_study.pdf.
Rossi & Sousa Ferro
2013 "Private enforcement of competition Law in Portugal (II): Actio Popularis – Facts, fictions and dreams", in 13 *Revista de Concorrência e Regulação* 35.
Rott
2007 "Effective enforcement and different enforcement cultures in Europe", in AA. VV., *Private Law and the Many Cultures of Europe*, Kluwer.
Schild & Brakin
2007 "Cartel damages actions in Germany and England: the case law experience to date", in *Finnish Competition Law Yearbook*.
Schreiber
2012 A short analysis of the judgment of the General Court in the Case CDC HP v. Commission, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 3.
Schreiber & Seegers
2015 "The EU Directive on Antitrust Damage Actions and the Role of Bundling Claims by Assignment", in *CPI Antitrust Chronicle*, 2.
Schreiber & Smith
2014 "The case for bundling antitrust damage claims by assignment", in *Concurrences, Revue des droits de la concurrence*, no. 3.

Scott
2009 "A new model for private damages", in *GCR Global Competition Review*, 12.
Sebok
2011 The Inauthentic Claim, in *Vanderbilt Law Review*, 64.
Shukaitis
1987 "A market in personal injury tort claims", in *Chicago Journal of Legal Studies*, 16(2).
Sousa Ferro
2015 "Collective Redress: Will Portugal Show the way?", in *Journal of European Competition Law & Practice*, doi:10.1093/jeclap/lpv031
Uk Government
2013 Private actions in competition law: A consultation on options for reform – Government response.
Van Den Bergh
2013 "Private enforcement of European competition law and the persisting collective action problem", in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 1, 12.
Van Den Bergh & Visscher
2008 The preventive function of collective actions for damages in consumer law, in *Erasmus Law Review*, Vol. 1.

QUEL ROLE DU REGROUPEMENT DE CREANCES INDEMNITAIRES PAR VOIE DE CESSION POUR LA REPARATION DU PREJUDICE SUBI EN RAISON D'INFRACTIONS COMMISES AU DROIT DE LA CONCURRENCE ?

Vasil Savov *

Abstract: *Private antitrust enforcement is complex and requires a combination of specific economic, legal and IT expertise. Despite the adoption of the Directive 2014/104/EU on antirust damages actions, corporate victims, including large companies, will continue to face significant practical difficulties when deciding to pursue their claims. One effective solution that emerged within the European Union is the transfer to a specialized entity who then turns burdensome claims into valuable assets. The transfer is formalized by an assignment agreement between a transferor (assignor) and a transferee (assignee) who becomes the owner of the purchased claims and represents its own individual interest. This approach, which has been recognized at the national and the European Union level, de facto results in collective claims enforcement while avoiding obstacles associated with class of group actions. The 'Assignment Model' allows corporate cartel victims to outsource effectively their litigation and to adjust the level of risk they wish to bear.*

Index: 1. Remarques introductives. 2. Obstacles pratiques pour l'obtention d'une réparation intégrale. 3. Emergence d'entités spécialisées dans le rachat et le regroupement de 'antitrust damages claims'. 4. *Locus standi* du cessionnaire de 'antitrust damages claims' reconnu au niveau national et européen. 4.1. Reconnaissance judiciaire au niveau national. 4.2. Au niveau européen. 5. La Recommandation sur les actions collectives ne couvre pas le regroupement de créances indemnitaires par voie de cession. 6. Cadre juridique et financement.

* L'auteur remercie Till Schreiber et Martin Seegers pour leur contribution dans la rédaction de cet article.

1. REMARQUES INTRODUCTIVES

Le contentieux privé de la concurrence dit *private antitrust enforcement* fait l'objet d'un intérêt croissant des professionnels du droit suite, en particulier, à l'entrée en vigueur de la Directive relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne[1] (Directive) et de la Recommandation relative à des principes communs applicables aux mécanismes de recours collectifs en cessation et en réparation dans les États membres en cas de violation de droits conférés par le droit de l'Union[2] (Recommandation). A l'aube du onzième anniversaire de l'arrêt Courage et Crehan[3] de la Cour de justice de l'Union européenne ouvrant le droit pour toute personne ayant été lésée par un comportement anticoncurrentiel de demander la réparation intégrale du préjudice subi, le législateur de l'Union européenne a enfin adopté des mesures tendant à établir un cadre juridique approprié. Cependant, les obstacles pratiques inhérents au contentieux privé de la concurrence persistent de façon à dissuader les personnes lésées à faire valoir leurs droits devant le juge national. En effet, le *private antitrust enforcement* se caractérise par une complexité accrue et requiert une combinaison d'expertise spécifique dans les domaines juridique, économique et informatique.

A la lumière de ce qui précède, la cession de créances indemnitaires à une entité spécialisée s'est progressivement affirmée comme une alternative viable et efficace permettant la conversion d'une créance indemnitaire complexe et encombrante en un bien de valeur. Dans les faits, le regroupement au niveau matériel de plusieurs créances indemnitaires entre les mains d'un seul cessionnaire favorise la qualité des analyses effectuées. En effet, dans le monde des affaires où les administrateurs sont non seulement sujets à des obligations fiduciaires envers leur entreprise mais également responsables auprès des actionnaires, la possibilité de céder une créance indemnitaire, qui serait poursuivie plus efficacement par une entité autre que celle qui aurait subi le préjudice, est davantage prise en considération.

---

1 JO L 349 du 5.12.2014.

2 JO L 201 du 26.7.2013.

3 CJUE, C-453/99.

2. OBSTACLES PRATIQUES POUR L'OBTENTION D'UNE REPARATION INTEGRALE

Parmi la multitude de difficultés pratiques auxquelles continueront à se heurter les consommateurs finaux de même que les petites et moyennes entreprises voire les entreprises de grande taille, désireux d'obtenir une réparation intégrale du préjudice subi en raison d'infractions au droit de la concurrence, se range en première ligne le défi, quasi impossible à relever, d'individualiser les effets d'une infraction au droit de la concurrence transeuropéenne. Tel que démontré par la Communication relative à la quantification du préjudice dans les actions en dommages et intérêts[4], une telle analyse économique nécessite des données détaillées qui couvrent les périodes avant, durant et après l'infraction. Les difficultés supplémentaires qui s'y ajoutent comprennent entre autres:

- le danger de voir des relations commerciales avec les participants à une infraction se détériorer davantage au point de mettre en péril la viabilité de l'entreprise déjà lésée,
- la nécessité de gérer un contentieux long en raison notamment des complexités juridiques et économiques et dont le coût élevé de rémunération des avocats et des économistes pourrait être considérable,
- le besoin de pallier l'absence d'information pertinente en raison de la nature secrète des ententes,
- selon l'Etat membre de la juridiction territorialement compétente, avancer des coûts potentiellement élevés lors de l'introduction de l'action en justice et des dépens considérables à supporter en cas de défaite à l'instance. Dans le cas des ententes à plusieurs participants qui font souvent bloc contre toute demande en réparation également, le risque relatif aux coûts dans le cadre des actions en dommages et intérêts est davantage accru au détriment des personnes lésées[5].

3. EMERGENCE D'ENTITES SPECIALISEES DANS LE RACHAT ET LE REGROUPEMENT DE 'ANTITRUST DAMAGES CLAIMS'

Les difficultés inhérentes au contentieux privé de la concurrence ont contribué à l'émergence d'entités spécialisées offrant la possibilité à des entreprises lésées

4 C(2013) 3440 du 11.6.2013.

5 Ceci semble contraire au principe de protection juridique effective de l'article 47, paragraphe 2 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

d'externaliser efficacement leur litige et d'ajuster utilement le niveau de risque quant aux coûts à encourir. Concrètement, cela consiste dans le transfert et la vente de créances dites antitrust par une multitude d'entreprises victimes de la même infraction à une seule entité qui regroupera ainsi un nombre significatif de créances[6]. Ce regroupement au niveau du droit matériel permettra de surmonter efficacement des obstacles de nature économique et d'établir une symétrie d'information nécessaire pour les analyses approfondies.

En pratique, le regroupement par voie de cession d'un nombre de créances indemnitaires suffisant pour mériter un contentieux (i) permet la création de synergies qui optimisent le traitement des données et (ii) contribue à l'accroissement des chances d'aboutir à un résultat positif. Cependant, la gestion des créances indemnitaires ainsi cédées demande un savoir-faire substantiel à la fois juridique, économique et technique corroboré par des solutions informatiques 'sur mesure' s'agissant notamment de la collecte et des analyses d'un grand nombre de données relatives au fonctionnement du marché[7]. Ainsi, la cession de créances indemnitaires présente des avantages indéniables dans la mesure où les données fournies par des entreprises situées à des niveaux différents de la chaîne de distribution (et pour une longue période) permettent d'analyser les effets de l'infraction sur le marché au cours de plusieurs années et à contrer utilement tout moyen de défense invoquant une répercussion du coût[8]. Dans ces conditions, la position dans les négociations du cessionnaire d'un nombre significatif de créances indemnitaires se voit renforcée. Dans le cas où un accord à l'amiable n'est pas trouvé, le cessionnaire reste néanmoins

6 CDC Cartel Damage Claims (CDC) est l'un de ces fournisseurs de services dont les activités sont axées sur le contentieux privé de la concurrence à travers l'Europe. En plus des cinq actions, intentées en son propre nom et pour son compte, CDC agit comme consultant "back office" pour des entreprises et leurs avocats, dans les cas où des solutions adéquates avec des participants à une entente sont recherchées, s'agissant notamment de gérer des situations de relations commerciales continues, pour plus de détails voir le site internet http://www.carteldamageclaims.com/. En outre, CDC a conclu avec succès une multitude de règlements à l'amiable complexes à concurrence de dizaines de millions d'euros. Tout en assurant une réparation pour les victimes d'ententes illicites, les règlements à l'amiable se traduisent également par une réduction significative du risque d'exposition des participants à une entente en raison de leur responsabilité conjointe et solidaire. A titre d'exemple, un règlement à l'amiable a été récemment conclu entre la CDC et Kemira OYJ en ce qui concerne l'action en dommages et intérêts introduite à Helsinki pour la participation de Kemira dans l'entente européenne sur le peroxyde d'hydrogène, voir le communiqué de presse à l'adresse http://www.kemira.com/fr/newsroom/Quoideneuf/Pages/1786726_20140519073136.aspx.

7 A titre d'exemple, CDC a mis en place et a développé des outils de traitement de données sophistiqués dans le cadre de plusieurs affaires ainsi qu'un savoir-faire informatique en rapport avec cet aspect clef du contentieux privé de la concurrence.

8 Voir les articles 12 à 16 de la Directive.

mieux placé que le cédant pour démontrer les effets de l'entente de façon claire et soutenue dans le cadre d'une seule action en justice. En revanche, une simple jonction au niveau procédural de plusieurs demandes en dommages et intérêts étroitement liées et présentées par une multitude de demandeurs n'aboutira pas au même résultat. La cession des créances indemnitaires à une seule entité dont l'activité est axée sur le contentieux privé de la concurrence s'adapte parfaitement à la réalité des entreprises lésées qui cherchent à externaliser les démarches complexes et délicates, s'exempter du stress lié à une procédure contentieuse potentiellement onéreuse, tout en assurant un paiement effectif en cas de succès.

4. *LOCUS STANDI* DU CESSIONNAIRE DE 'ANTITRUST DAMAGES CLAIMS' RECONNU AU NIVEAU NATIONAL ET EUROPEEN

Le modèle de regroupement de créances indemnitaires par voie de cession a été expressément reconnu à travers l'Union à la fois au niveau national et au niveau européen.

Par le biais de la transposition de la Directive, le droit national devrait codifier la qualité et l'intérêt pour agir d'un cessionnaire de 'antitrust damages claims' devant les juridictions des vingt-huit Etats membres.

4.1. Reconnaissance judiciaire au niveau national

Au niveau national, la qualité et l'intérêt pour agir d'une entité cessionnaire d'une multitude de créances indemnitaires ont été expressément reconnus par des juridictions aux Pays-Bas[9], en Allemagne[10], Autriche [11] et Finlande[12]. Par exemple, le Tribunal de première instance d'Helsinki a confirmé dans son jugement interlocutoire relatif à l'action de suivi introduite par CDC à l'encontre d'un participant à l'entente européenne sur l'hydrogène peroxyde que la cession des créances indemnitaires au demandeur par plusieurs producteurs finnois de pâtes à papier et de papier était valable en confirmant ainsi la qualité et l'intérêt pour agir du demandeur. Le Tribunal de première instance d'Helsinki a entre autres mis en exergue le fait que CDC avait des moyens plus performant pour collecter les informations nécessaires en ajoutant que la décision des produc-

9 Cour d'appel d'Amsterdam, 2014: 2.10.

10 Cour fédérale allemande, 2011: 2.

11 Cour suprême autrichienne, 2012.

12 Tribunal de première instance d'Helsinki, 2013.

teurs de pâte à papier et de papier de céder leurs créances indemnitaires a été prise à la suite de tentatives échouées d'aboutir à un règlement à l'amiable.

De façon similaire, la Cour d'appel d'Amsterdam a décidé dans son arrêt du 7 janvier 2014 relatif à l'action de suivi introduite par l'entité East West Debt ('EWD') à l'encontre des participants à l'entente européenne sur le fret aérien que[13] :

> *'Dans le cas présent, KLM et Air France ont discuté en détails le phénomène de financement de contentieux par un tiers et la qualification d'EWD en tant que 'litigation vehicle' ou 'claim vehicle', compte tenu des tentatives de EWD d'obtenir, sur une base commerciale, la réparation du préjudice subi par plusieurs entreprises lésées. Tout ce que KLM et Air France ont fait valoir à ce jour ne mène pas à la conclusion que dans le cas d'espèce il s'agirait d'un abus de droit de la part d'EWD ou d'un autre comportement inadmissible dans le contexte d'obtenir réparation pour le dommage causé. En l'état des choses, il n'est pas non plus raisonnable d'ajouter des conditions supplémentaires pour EWD en rapport avec le procès équitable ou la protection des intérêts de KLM et autres et/ou les entreprises qui ont cédé leurs créances indemnitaires à EWD.'*

4.2. Au niveau européen

La validité et le rôle important du regroupement de créances indemnitaires par voie de cession ont été expressément reconnus au niveau européen également. Dans son étude d'impact de 2008, la Commission a expressément déclaré qu'une telle manière d'opérer était possible dans la plupart des Etats membres[14]. En plus, l'étude préparée par le Parlement européen en 2012 précise également que 'le transfert de créances indemnitaires à un tiers peut aider à surmonter le problème relatif à l'absence de participation des personnes lésées'[15]. Dans le même sens la Directive a, dans son article 2(4), expressément reconnu la qualité et l'intérêt pour agir de ces entités spécialisées:

> *'«action en dommages et intérêts», une action introduite en vertu du droit national par laquelle une juridiction nationale est saisie d'une demande de dommages et intérêts par une partie prétendument lésée, par une personne agissant au nom d'une ou de plusieurs parties prétendument lésées, lorsque cette possibilité est prévue par le droit de l'Union*

13 Traduction libre du néerlandais.

14 CEPS et al, 2008: 269.

15 Etude préparée par le Parlement européen (ECON), page 37. Traduction libre de l'anglais.

ou par le droit national, ou par une personne physique ou morale qui a succédé dans les droits de la partie prétendument lésée, y compris la personne qui a racheté la demande' (soulignement ajouté)

En confirmation, la Directive ajoute dans son article 7(3) que :

'Les États membres veillent à ce que les preuves obtenues par une personne physique ou morale uniquement grâce à l'accès au dossier d'une autorité de concurrence et qui ne relèvent pas du paragraphe 1 ou 2 ne puissent être utilisées dans le cadre d'une action en dommages et intérêts que par cette personne ou par une personne physique ou morale qui a succédé dans les droits de cette personne, ce qui inclut la personne qui a racheté sa demande.' (soulignement ajouté)

Enfin au paragraphe 29 de ses conclusions dans l'affaire C-352/13, *CDC Hydrogen Peroxide* suivant une demande de décision préjudicielle formée par le Landgericht Dortmund, Allemagne, l'avocat général Jääskinen a souligné que :

'De fait, l'émergence d'acteurs judiciaires tels que la requérante au principal, qui ont pour objet de regrouper les actifs fondés sur des droits d'indemnisation issus d'infractions au droit de la concurrence de l'Union, me paraît révélatrice de ce que, dans le cas d'entraves à la concurrence plus complexes, il n'est pas raisonnable pour les victimes de poursuivre elles-mêmes et individuellement les divers auteurs d'une entrave de ce type.'

Le fait que l'absence d'entraves à l'existence et au fonctionnement d'entités spécialisées en *private enforcement* renforce l'efficacité du droit de la concurrence a été récemment mis en exergue dans une thèse de doctorat qui a obtenu le premier prix de la revue Concurrences.[16]En effet, de telles entités ont à ce jour obtenu des décisions de première importance sur des questions juridiques et procédurales importantes auprès de diverses juridictions nationales dans différents Etats membres. Leurs activités s'inscrivent dès lors parfaitement dans la stratégie de renforcer l'application efficace du droit de la concurrence au sein de l'Union européenne.

16 Amaro, 2014. *'Partant, la probabilité d'un recours civil conduit par un organisme coutumier de ce type de litiges sera nécessairement accentuée avec toutes les implications positives que l'on peut en attendre pour l'effectivité des règles de concurrence. Face à un professionnel compétent, titulaire d'un nombre significatif de demandes, le déséquilibre structurel inhérent aux relations de consommation ou de dépendance économique sera ainsi conjuré'.*

Même si les effets d'un marché des créances indemnitaires n'ont pas encore été suffisamment explorés, l'on peut néanmoins constater que les efforts d'entités spécialisées dans le regroupement de créances indemnitaires par voie de cession ont été couronnés de succès là où d'autres types d'actions n'auraient pas été introduites ou dans le pire des cas auraient échoué.

5. LA RECOMMANDATION SUR LES ACTIONS COLLECTIVES NE COUVRE PAS LE REGROUPEMENT DE CREANCES INDEMNITAIRES PAR VOIE DE CESSION

Le regroupement de créances indemnitaires par voie de cession ne relève pas de la Recommandation de la Commission sur les mécanismes de recours collectifs, cet instrument non contraignant régissant des aspects procéduraux relatifs à la protection de droits conférés par le droit de l'Union européenne, y compris le droit de la concurrence.

Juridiquement le regroupement de créances indemnitaires par voie de cession s'effectue au niveau du droit matériel. En effet, l'entité qui acquiert les créances en devient le propriétaire et agit, pour des raisons de succession juridique, en son nom et pour son compte. Pour le dire autrement, le cessionnaire n'agit pas pour ou au nom de, mais bien à la place du titulaire de la demande initiale. Il est donc le demandeur unique dans le cadre de l'action en dommages et intérêts pour une multitude de créances indemnitaires acquises en amont. Ce demandeur agit dès lors à ses risques et périls.

Le transfert d'une multitude de créances indemnitaires est une alternative juridique indépendante par rapport aux actions collectives conjointes ou représentatives et ne doit pas être confondu avec ces dernières. Alors que le statut juridique d'une entité représentant les intérêts collectifs est encadré par les instruments pertinents de l'action collective, le statut juridique (à savoir la qualité et l'intérêt pour agir) d'une entité qui est devenue propriétaire des créances indemnitaires, agissant en son nom et pour son compte uniquement, dépend de la validité de la cession. Ainsi, la cession de créances indemnitaires à une entité spécialisée en *private antitrust enforcement* restera une alternative intéressante indépendamment de l'existence de l'action collective dans la mesure où :

- l'implication d'une entité spécialisée avec un savoir-faire et des ressources nécessaires pour assurer une analyse préliminaire attentive, favorise la poursuite de créances indemnitaires méritoires ;

- la distribution des montants recueillis (au titre de la réparation du préjudice) par un seul cessionnaire n'est pas problématique dans la mesure où chaque part constituant le dommage pourrait être facilement définie;
- le regroupement de créances indemnitaires par voie de cession prévient des problèmes et des incertitudes généralement associés à la certification des actions collectives ;
- le regroupement de créances indemnitaires, étant conforme avec la culture et les principes juridiques dans la plupart des Etats membres, ne requiert pas de modifications majeures des règles de la procédure civile.

6. CADRE JURIDIQUE ET FINANCEMENT

Dans le monde des affaires, des créances indemnitaires sont le plus souvent cédées à un tiers moyennant une contrepartie. Comme souligné ci-dessus, la vente de créances indemnitaires à une entité spécialisée présente une alternative intéressante pour des personnes lésées par une infraction au droit de la concurrence d'obtenir réparation. Cette façon d'opérer se matérialise généralement par un contrat de vente entre la personne lésée (le vendeur) et l'entité spécialisée (l'acheteur). Les dispositions régissant ces ventes et le contrat en soit sont sujets au droit civil de l'ordre juridique applicable. Les modalités de la cession sont longuement négociées entre le vendeur et l'acheteur des créances indemnitaires. En Allemagne, les entités qui achètent des créances indemnitaires peuvent faire l'objet d'obligations supplémentaires au sens de la loi sur les services juridiques (*Rechtsdienstleistungsgesetz*) exigeant des garanties par rapport à la capacité et la fiabilité du fournisseur de services, sa situation financière de même que son savoir-faire théorique et pratique. Des dispositions similaires n'existent cependant pas dans d'autres Etats membres de l'Union. Dans un arrêt récent, la Cour régionale de Düsseldorf a confirmé le jugement du Tribunal de première instance de Düsseldorf par lequel ce dernier a en outre exigé que les entités qui achètent des créances indemnitaires soient dotées en amont de moyens financiers suffisants pour couvrir tous les frais de justice comprenant également les dépens de l'autre partie en cas de défaite et cela dès le moment de la cession de la créance indemnitaire, d'où l'importance d'être en mesure d'obtenir un financement solide couvrant tous les coûts potentiels. Un tel financement peut être obtenu en interne (*e.g.* par le biais de règlements à l'amiable dans d'autres affaires) ou par un fonds spécialisé en financement de contentieux.

Des fonds de financement de contentieux considèrent les créances indemnitaires dites antitrust – et en particulier celles regroupées au niveau du droit matériel par une entité spécialisée – comme des biens ayant une valeur avec des possibilités intéressantes de monnayer leur investissement. Tel est le cas s'agissant notamment des actions en dommages et intérêts suite à une décision administrative sanctionnant une infraction au droit de la concurrence dans la mesure où le paiement des intérêts est dû depuis le moment où le préjudice est survenu jusqu'à celui où les dommages et intérêts sont versés. Cela ouvre la possibilité aux entités regroupant des créances indemnitaires par voie de cession d'avoir accès, si cela s'avère nécessaire, à des financements externes s'assurant ainsi que les affaires en dommages intérêts bénéficieront de financement solide permettant de poursuivre l'action judiciaire jusqu'au bout dans le respect des conditions juridiques et financières qu'un tel contentieux complexe requiert.

Un aspect important du regroupement de créances indemnitaires par voie de cession consiste dans le choix avisé de l'affaire qui sera poursuivie ainsi que la coordination dans la conduite des procédures corroborés nécessairement par une expertise juridique et économique poussée ce qui assure qu'uniquement des créances méritoires sont poursuivies. Chaque entité qui souhaite investir de sommes considérables dans ce genre de contentieux vise à limiter au maximum le risque que des créances indemnitaires non fondées (méritoires) soient regroupées dans la mesure où cela peut avoir une répercussion sur la détermination des dépens des parties à l'issue de la procédure judiciaire (les dépens sont mis, intégralement ou partiellement, à charge à la partie qui succombe à l'instance).

La méthode ainsi décrite de regroupement de créances indemnitaires par voie de cession accompagné probablement par un financement du contentieux par un tiers ouvre un accès au juge pour des demandes en réparation qui n'auraient peut-être jamais eu lieu ou bien se seraient heurtées à un mur insurmontable d'analyses économiques, juridiques et techniques complexes. Cette façon de faire contribue à l'obtention d'une réparation du préjudice subi plus efficace, empêche l'enrichissement sans cause de ceux qui ne se conforment pas aux règles, et plus généralement stimule le bon fonctionnement du droit de la concurrence au sein de l'Union européenne.

BIBLIOGRAPHIE

JURISPRUDENCE

Cour de Justice de L'union Européene (CJUE)

C-453/99 Arrêt du 20 septembre 2001 dans l'affaire C-453/99, Courage et Crehan.

Cour d'Appel d'Amsterdam

2014 Arrêt du 7 janvier 2014, réf. 200.122.098/01 – EWD c. KLM et autres.

Cour Federale Allemande

2011 Arrêt du 28 juin 2011, réf. KZR 75/10 – ORWI.

Cour Supreme Autrichienne

2012 Arrêt du 14 février 2012, réf. 5 Ob 35/11p.

Tribunal de Premiere Instance D'helsinki

2013 Jugement interlocutoire N° 36492 du 4 juillet 2013, réf. 11/16750.

DOCTRINE

Amaro, R.

2014 *Le contentieux prive des pratiques anticoncurrentielles*, Bruxelles : Bruylant.

CEPS et al.

2008 *Impact Study "Making antitrust damages actions more effective in the EU, welfare impact and potential scenarios*, preparée conjointement avec le Centre for European Policy Studies (CEPS), Erasmus University of Rotterdam (EUR) et Luiss Guido Carlo (LUISS) pour la Commission

C&R

LEGISLAÇÃO

Legislação Nacional

LEGISLAÇÃO NACIONAL

LEGISLAÇÃO NACIONAL – ABRIL A JUNHO DE 2015

elaborado por Nazaré da Costa Cabral

REGULAÇÃO

BANCO DE PORTUGAL

Decreto-Lei n.º 100/2015, de 2 de junho

Aprova o regime jurídico das sociedades financeiras de crédito e ajusta os regimes jurídicos das sociedades de investimento, sociedades de locação financeira, sociedades de factoring e sociedades de garantia mútua, adaptando-os às alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 26/2015, de 6 de fevereiro, e ao artigo 349.º do Código das Sociedades Comerciais.

ANACOM – AUTORIDADE NACIONAL DE COMUNICAÇÕES

Lei n.º 49/2015, de 5 de junho

Segunda alteração à Lei n.º 62/98, de 1 de setembro, que regula o disposto no artigo 82.º do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos, sobre a compensação equitativa relativa à cópia privada.

Portaria n.º 113/2015, de 22 de abril

Procede à identificação dos elementos instrutórios dos procedimentos previstos no regime jurídico da urbanização e edificação (RJUE) e revoga a Portaria n.º 232/2008, de 11 de março.

AMT – AUTORIDADE DA MOBILIDADE E DOS TRANSPORTES / IMT – INSTITUTO DA MOBILIDADE E TRANSPORTES

GERAL

Decreto-Lei n.º 83/2015, de 21 de maio

Procede à transferência para a APDL – Administração dos Portos do Douro, Leixões e Viana do Castelo, S. A., da jurisdição portuária da via navegável do

rio Douro e define as consequências do processo de fusão, por incorporação, da APVC – Administração do Porto de Viana do Castelo, S. A., na APDL – Administração dos Portos do Douro e Leixões, S. A.

Decreto-Lei n.º 18/2015, de 2 de fevereiro
Procede à primeira alteração ao Decreto-Lei n.º 78/2014, de 14 de maio, que aprova os estatutos da Autoridade da Mobilidade e dos Transportes, harmonizando o regime da atribuição da compensação por cessação de funções dos titulares de cargos de direção.

CONDUTORES
Portaria n.º 185/2015, de 23 de junho
Regulamenta a Lei n.º 14/2014, de 18 de Março, que aprova o regime jurídico do ensino da condução, nos aspetos relativos ao ensino da condução para habilitação às diversas categorias de carta de condução e ao acesso e exercício da atividade de exploração de escolas de condução.

INFRAESTRUTURAS RODOVIÁRIAS
Decreto-Lei n.º 111/2015, de 18 de junho
Procede à segunda alteração ao Decreto-Lei n.º 142-A/2001, de 24 de abril, que atribui à sociedade LUSOSCUT – Autoestradas das Beiras Litoral e Alta, S. A., a concessão da conceção, projeto, construção, financiamento, exploração e conservação de lanços de autoestradas e conjuntos viários associados, designados por Beira Litoral/Beira Alta.

Decreto-Lei n.º 110/2015, de 18 de junho
Procede à terceira alteração ao Decreto-Lei n.º 189/2002, de 28 de agosto, que aprova as bases da concessão da conceção, projeto, construção, aumento do número de vias, financiamento, exploração e conservação de lanços de autoestrada e conjuntos viários associados, designada por concessão SCUT do Grande Porto.

Decreto-Lei n.º 109/2015, de 18 de junho
Procede à sétima alteração ao Decreto-Lei n.º 248-A/99, de 6 de julho, que atribui ao consórcio AENOR – Autoestradas do Norte, S. A., a concessão da conceção, projeto, construção, financiamento, exploração e conservação de

lanços de autoestrada e conjuntos viários associados na zona norte de Portugal – Concessão Norte.

Decreto-Lei n.º 105/2015, de 16 de junho
Procede à segunda alteração ao Decreto-Lei n.º 87-A/2000, de 13 de maio, que aprova as bases da concessão da conceção, projeto, construção, financiamento, exploração e conservação de lanços de autoestrada e conjuntos viários associados, designada por Costa de Prata.

Lei n.º 51/2015, de 8 de junho
Aprova um regime excecional de regularização de dívidas resultantes do não pagamento de taxas de portagem e coimas associadas, por utilização de infraestrutura rodoviária, e procede à oitava alteração à Lei n.º 25/2006, de 30 de junho.

Decreto-Lei n.º 91/2015, de 29 de maio
Procede à fusão, por incorporação, da EP – Estradas de Portugal, S. A., na REFER – Rede Ferroviária Nacional, E. P. E., transforma a REFER em sociedade anónima, redenominando-a para Infraestruturas de Portugal, S. A., e aprova os respetivos Estatutos.

Lei n.º 34/2015, de 27 de abril
Aprova o novo Estatuto das Estradas da Rede Rodoviária Nacional.

TRANSPORTES RODOVIÁRIOS

Lei n.º 52/2015, de 9 de junho
Aprova o Regime Jurídico do Serviço Público de Transporte de Passageiros e revoga a Lei n.º 1/2009, de 5 de janeiro, e o Regulamento de Transportes em Automóveis (Decreto n.º 37272, de 31 de dezembro de 1948).

TRANSPORTES FERROVIÁRIOS

Decreto-Lei n.º 70/2015, de 6 de maio
Aprova o processo de reprivatização da EMEF – Empresa de Manutenção de Equipamento Ferroviário, S.A.

Decreto-Lei n.º 69/2015, de 6 de maio
Aprova o processo de reprivatização da CP Carga – Logística e Transportes Ferroviários de Mercadorias, S.A.

Resolução do Conselho de Ministros n.º 30-B/2015, de 8 de maio
Aprova o caderno de encargos do processo de reprivatização da CP Carga – Logística e Transportes Ferroviários de Mercadorias, S.A.

Resolução do Conselho de Ministros n.º 30-A/2015, de 8 de maio
Aprova o caderno de encargos do processo de reprivatização da EMEF – Empresa de Manutenção de Equipamento Ferroviário, S.A.

ERSAR – ENTIDADE REGULADORA DOS SERVIÇOS DE ÁGUAS E RESÍDUOS

Decreto-Lei n.º 103/2015, de 15 de junho
Estabelece as regras a que deve obedecer a colocação no mercado de matérias fertilizantes, assegurando a execução na ordem jurídica interna das obrigações decorrentes do Regulamento (CE) n.º 2003/2003, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de outubro de 2003, relativo aos adubos.

Decreto-Lei n.º 94/2015, de 29 de maio
Cria o sistema multimunicipal de abastecimento de água e de saneamento de Lisboa e Vale do Tejo.

Decreto-Lei n.º 93/2015, de 29 de maio
Cria o sistema multimunicipal de abastecimento de água e de saneamento do Norte de Portugal.

Decreto-Lei n.º 92/2015, de 29 de maio
Cria o sistema multimunicipal de abastecimento de água e de saneamento do Centro Litoral de Portugal.

Decreto-Lei n.º 48/2015, de 10 de abril
Procede à sexta alteração ao Decreto-Lei n.º 366-A/97, de 20 de dezembro, no sentido da introdução de regras no domínio das especificações técnicas, na qualificação de operadores de gestão de resíduos de embalagens, na metodologia para a definição dos modelos de cálculo de valores de contrapartidas financeiras e na atualização das capitações e das objetivações dos sistemas de gestão de resíduos urbanos.

Portaria n.º 126/2015, de 8 de maio
Primeira alteração à Portaria n.º 130/2011, de 1 de abril, que aprova a delimitação dos perímetros de proteção de captação de águas subterrâneas destinadas ao abastecimento público de vários polos de captação no concelho de Santarém.

Portaria n.º 113/2015, de 22 de abril
Identifica os elementos instrutórios dos procedimentos previstos no Regime Jurídico da Urbanização e Edificação e revoga a Portaria n.º 232/2008, de 11 de março.

ERSE – ENTIDADE REGULADORA DOS SERVIÇOS ENERGÉTICOS

Decreto-Lei n.º 68-A/2015, de 30 de abril
Estabelece as disposições em matéria de eficiência energética e cogeração, transpondo para a ordem jurídica interna a Diretiva n.º 2012/27/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2012, relativa à eficiência energética.

Lei n.º 33/2015, de 27 de abril
Segunda alteração ao regime que cria a contribuição extraordinária sobre o setor energético, aprovado pelo artigo 228.º da Lei n.º 83-C/2013, de 31 de dezembro.

Decreto-Lei n.º 49/2015, de 10 de abril
Estabelece o regime especial aplicável à adaptação de moinhos, azenhas ou outras infraestruturas hidráulicas equivalentes para produção de energia hidroelétrica, incluindo os termos e as condições da atribuição do respetivo título de utilização dos recursos hídricos para fins de produção de eletricidade e sua articulação com o regime do acesso à atividade de produção de eletricidade que esteja sujeita aos regimes de comunicação prévia ou de registo prévio para produção destinada ao autoconsumo, nos termos da legislação aplicável.

Decreto-Lei n.º 47/2015, de 9 de abril
Procede à segunda alteração ao Decreto-Lei n.º 223/2000, de 9 de setembro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 314/2001, de 10 de dezembro, que transforma o Centro para a Conservação da Energia na Agência para a Energia (ADENE).

Portaria n.º 133/2015, de 15 de maio
Procede à primeira alteração da Portaria n.º 243/2013, de 2 de agosto, que estabelece os termos, condições e critérios de atribuição da reserva de capacidade de injeção de potência na rede elétrica de serviço público (RESP), bem como do licenciamento da atividade de produção de energia elétrica no âmbito do regime especial da remuneração garantida, respetivos prazos de duração, condições de manutenção e de alteração, concretizando o disposto no Decreto-Lei n.º 172/2006, de 23 de agosto, alterado pelos Decretos-Leis n.ºs 237-B/2006, de 18 de dezembro, 199/2007, de 18 de maio, 264/2007, de 24 de julho, 23/2009, de 20 de janeiro, 104/2010, de 29 de setembro, e 215-B/2012, de 8 de outubro, que operou a sua republicação.

Portaria n.º 157-B/2015, de 28 de maio
A presente portaria define os parâmetros e valores previstos no Anexo I do artigo 228.º da Lei n.º 83-C/2013, de 31 de dezembro, alterada pelas Leis n.ºs 82-B/2014, de 31 de dezembro e 33/2015, de 27 de abril.

Portaria n.º 108-A/2015, de 14 de abril
Procede à definição do mecanismo de determinação do fator de agravamento incluído na tarifa transitória de venda a clientes finais de gás natural, previsto no n.º 3 do artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 74/2012, de 26 de março, alterado pelo Decreto-Lei n.º 15/2015, de 30 de janeiro, e no n.º 4 do artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 66/2010, de 11 de junho, alterado pelos Decretos-Leis n.ºs 77/ /2011, de 20 de junho, 74/2012, de 26 de março, 15/2013, de 28 de janeiro, e 15/2015, de 30 de janeiro.

Portaria n.º 102/2015, de 7 de abril
A presente portaria estabelece os procedimentos para injeção de energia adicional e para autorização do sobre-equipamento de centros electroprodutores eólicos, bem como os requisitos para a dispensa de telecontagem individualizada da energia do sobre-equipamento, regulamentando o Decreto-Lei n.º 94/2014, de 24 de junho. Define ainda as taxas aplicáveis aos procedimentos no âmbito do sobre-equipamento.

ERS – ENTIDADE REGULADORA DA SAÚDE

Portaria n.º 150/2015, de 26 de maio

Aprova os critérios de fixação da contribuição regulatória e das taxas de registo, bem como as isenções, no âmbito da prossecução das atribuições pela Entidade Reguladora da Saúde, nos termos do anexo à presente portaria da qual faz parte integrante. Aprovados os montantes, critérios de fixação das taxas de licenciamento, bem como as isenções, no âmbito do regime jurídico que ficam sujeitos a abertura, a modificação e o funcionamento dos estabelecimentos prestadores de cuidados de saúde, nos termos do anexo à presente portaria da qual faz parte integrante.

C&R

JURISPRUDÊNCIA

Comentário de Jurisprudência

Jurisprudência Geral

COMENTÁRIO DE JURISPRUDÊNCIA

THE EASYJET CASE AND THE REJECTION OF COMPLAINTS WHEN THEY HAVE ALREADY BEEN DEALT WITH BY ANOTHER MEMBER OF THE ECN

Jeroen Capiau / Virgílio Mouta Pereira *

1. INTRODUCTION

Regulation 1/2003 introduced close forms of cooperation between the Commission and national competition authorities (hereinafter referred to as "NCAs") in the framework of the European Competition Network (hereinafter referred to as "ECN"), with a view to ensuring the effective and consistent application of Articles 101 and 102 TFEU and an efficient division of work.

Article 13 was a novelty introduced by Regulation 1/2003. It allows both NCAs and the Commission to reject a complaint where another member of the ECN is dealing with the case (paragraph 1) or has already dealt with it (paragraph 2).

Article 13 aims at ensuring the effective handling of cases and allocation of (limited) resources within the ECN and avoiding duplication of efforts[1]. It should be read and interpreted having regard to the paradigm shift brought about by Regulation 1/2003 in the way EU antitrust rules are applied. NCAs have become important and in quantitative terms primary public enforcers[2] of Articles 101 and 102 TFEU.

---

* Responsibility for the information and views expressed lies entirely with the authors and the content of the article is not intended to reflect an official position of the European Commission. Article first published in e-Competitions Bulletin, January 2015, www.concurrences.com.

1 See Recital 18 of Regulation 1/2003.

2 See the European Commission, 2014: 4. See also Wils, 2013; 8.

In the *Easyjet* case,[3] the General Court for the first time had to rule on the conditions for applying Article 13(2) which, in particular, allows NCAs and the Commission to reject complaints if they "have already been dealt with" by another member of the ECN.[4]

2. THE FACTS

EasyJet Airline Co. Ltd (hereinafter referred to as "Easyjet") operates flights to and from Schiphol Airport in the Netherlands. It claimed that the charges set by Schiphol were discriminatory and excessive, and therefore unlawful.

Accordingly, initial complaints were lodged with the Netherlands Competition Authority (hereinafter referred to as "NMa"[5]). Having seen all three complaints filed at the NMa dismissed, Easyjet submitted another complaint on EU competition law grounds with the European Commission which was also rejected, in view of the fact that the NMa had already looked into the matter. Consequently, the airline appealed the rejection decision of the Commission to the General Court.

3. THE INITIAL COMPLAINTS

In September 2008, Easyjet lodged two complaints with the NMa, the first under air navigation law and the second under Article 102 TFEU and the national competition law equivalent. In November 2008, a third complaint was filed under air navigation law.

All three complaints were rejected.

i) In December 2008, the first complaint was rejected insofar as it had been brought outside the relevant time-limit. The NMa informed the

3 T-355/13, *easyJet Airline v. Commission*, 21 January 2015.

4 The application of Article 13(1) by the Commission has already been subject to judicial review in case *Si.mobil* (T-201/11, *Si.mobil v. Commission*, 17 December 2014, paragraph 48). In its judgment, the General Court emphasized that the expression "dealing with" involves more than having received a complaint or taking it up on its own initiative but requires that the competition authority follows up the complaint by actually investigating the case. The General Court further clarified that a competition authority also needs to verify that the case being dealt with by its colleague in the ECN relates to the same factual matrix as set out in the complaint before it. Reliance on Article 13(1) by an ECN member cannot be subject to any additional conditions.

5 At that time the NMa combined the function of competition authority with that of sector regulator for transport (including aviation). In the meantime, as from April 1 2013 the NMa, the Netherlands Consumer Authority and the Netherlands Independent Post and Telecommunications Authority have merged into one single entity: the Netherlands Authority for Consumers and Markets.

applicant that it was suspending the review of the second complaint pending the outcome of its assessment of the third complaint.

ii) In July 2009, the third complaint that the charges applied were contrary to Dutch Law on Aviation, and the principles that charges must be cost-oriented, non-discriminatory and reasonable, was also dismissed.

iii) In December 2009, the complaint based on competition law was the last to be dismissed on the grounds that it had features in common with the previous complaints. Indeed, sector specific concepts under air navigation law are based on the concepts of non-discrimination and reasonableness under Article 102 TFEU. Consequently, the NMa considered that a review of the charges under Article 102 TFEU would have the same outcome as its review of the third complaint and that it had interpreted the air navigation law provisions in accordance with the case-law of the Courts of the European Union relating to Article 102 TFEU. Therefore, the NMa decided to reject the complaint according to its priority policy.

4. THE COMPLAINT TO THE EUROPEAN COMMISSION

The last rejection decision by the NMa was not appealed to the competent national court. Instead, in 2011, EasyJet lodged a complaint with the European Commission pursuant to Article 7 of Regulation 1/2003, submitting that the charges set by Schiphol were discriminatory, excessive and amounted to an infringement of Article 102 TFEU. It also contended that it had lodged a number of complaints with the NMa but that the latter had not taken any final decision on the merits of the complaint relating to competition law.

The Commission rejected EasyJet's complaint primarily based on Article 13(2) of Regulation 1/2003 given that the NMa had already dealt with the case. Furthermore, in a subsidiary manner, the Commission found that, in any event, there was no EU interest, inasmuch as the NMa's findings had shown a very little likelihood of being able to establish an Article 102 TFEU infringement.

5. THE ACTION BROUGHT BEFORE THE GENERAL COURT

Easyjet put forward two arguments why the Commission should not have rejected its complaint under Article 13(2) but instead should have investigated its complaint:

a) The NMa had merely rejected its second complaint on priority grounds. Easyjet advanced a narrow reading of the expression "having been dealt with" under Article 13(2). It argued that a complaint may only be rejected by the Commission on that basis if the NCA had, following a preliminary investigation, adopted one of the types of decisions listed in Article 5 and as a *minimum minimorum* a decision finding no grounds for action. A rejection on priority grounds by a NCA would not fall within the types of decisions under Article 5 and, hence, could not mean that the NCA had already dealt with the case.
b) The Commission could not rely on a decision of the NMa relating to a complaint which was investigated under national air navigation law but not under EU competition law.

The General Court rejected both arguments relating to Article 13(2) on the grounds set out below.

a) Before analysing the first argument, the General Court emphasised the broad discretion which the Commission has in dealing with complaints and the NCAs enjoy with a view to ensuring the optimal allocation of cases within the ECN. In view of the key role of the Commission in defining and implementing competition policy in the EU, it *a fortiori* also has a broad discretion in relying on Article 13. However, the Commission's discretion is not unlimited. Indeed, when deciding the appropriate action in response to a complaint, the Commission shall consider all matters of fact and law which the complainant has brought to its attention.
The General Court clarified that the Commission can rely on Article 13(2) to reject a complaint even if a NCA had before rejected the same complaint[6] on priority grounds. The Court based its reading of Article 13(2) on the following considerations:

    i) A literal interpretation of Article 13(2): The wording of that provision does not limit its scope to cases of complaints that have already

6 As the Court mentioned in *Si.mobil* (paragraph 75): "where the Commission is minded to reject a complaint on the basis of Article 13(1) of Regulation No 1/2003, it must, inter alia, satisfy itself that the case being dealt with by the competition authority of the Member State concerned relates to the same factual matrix as that set out in the complaint". The same requirement would apply as regards Article 13(2).

been subject of a decision by another competition authority. On the contrary, the broad scope of the expression "complaint… which has already been dealt with by another competition authority" in Article 13(2) extends to all cases of complaints which have been examined by another competition authority, irrespective of the outcome of the NCA's decision.

ii) A consistent interpretation of Regulation 1/2003 and, in particular of Article 13 and recital 18:

- Article 13(1) allows the Commission to reject a complaint in case a NCA is dealing with it. Therefore, the decisive element for the application of Article 13 is not the outcome of the review of the complaint but the fact that another competition authority has already reviewed it.
- Recital 18 supports this interpretation by indicating that the Commission may dismiss a complaint for lack of EU interest, even if it has not been dealt with by a NCA. Consequently, if a NCA has previously looked into a complaint and rejected it on priority grounds, the Commission may *a fortiori* dismiss the same complaint.
- Paragraph 20 of the Notice on cooperation within the network of competition authorities which clarifies that "dealing with the case" requires that a NCA is investigating or has investigated the case but does not link it with the actual findings of the NCAs at the end of its investigation;
- As Article 13(2) does not require a decision on the complaint but only an investigation by the NCA, its application can certainly not be limited to the types of NCA decisions listed in Article 5.
- In any event, the Court clarified that the decision of the NMa to reject the second complaint on priority grounds may come under the type of decision mentioned in the second paragraph of Article 5 of Regulation 1/2003, namely establishing that there are no grounds for action on the part of a NCA. This category of decision covers all situations where a NCA finds that the information in its possession does not allow it to establish an infringement.

– A NCA can also rely on Article 13(2) for rejecting a complaint which has already been dealt with by the Commission by way of a rejection on priority grounds.

iii) The need to establish an effective decentralised scheme for the application of EU competition law, one of the main objectives of Regulation1/2003: the Regulation has put an end to the centralised enforcement system and instead empowered the NCAs to apply EU competition rules in their entirely. If the Commission would be required to review a complaint each time a NCA has investigated it but not adopted a decision listed in Article 5 or taken a decision to reject the complaint on priority grounds, this would run counter to the aim of ensuring effectiveness and, in particular the optimal allocation of resources within the ECN. Furthermore, the Regulation has also empowered the national courts to apply EU competition rules and it is for them – and not for the Commission – to assess whether the approach adopted by a NCA is well-founded.

b) The General Court also disagreed with EasyJet on its second argument according to which the Commission could not have relied on the decision of the NMa relating to a complaint which was investigated under national air navigation law instead of EU competition law.

Interestingly, the Court acknowledged that the Commission may reject a complaint on the basis of Article 13(2) of Regulation 1/2003 only where it has been the subject of a review by a NCA carried out in light of EU competition law rules. However, the Court emphasised that a NCA can rely on conclusions resulting from an investigation carried out under other national provisions to ascertain whether there has been compliance with the EU competition law rules.

Naturally, this possibility has its limits. When rejecting a complaint on the basis of Article 13(2), the Commission may only rely on a prior NCA investigation under separate national law provisions if its review was conducted in light of EU competition rules. This was clearly true for the decision of the NMa in which it had specifically indicated the relevance of the findings under air navigation law for its review based on competition law.

The NMa explained in particular that the assessment of the concepts of non-discrimination and reasonableness under air navigation law was similar

to that carried out in the light of Article 102 TFEU, taking also into account the fact that the NCA had interpreted the air navigation law provisions in view of the Court of Justice case-law on Article 102 TFEU.

6. CONCLUSION

The General Court clearly endorses the function of Article 13 as an instrument to ensure efficient case allocation and avoid duplication of efforts. By coordinating their actions in the framework of the ECN, Regulation 1/2003 has enabled the NCAs and the Commission to seek optimal case allocation, thereby maximizing the use of their limited resources. The *Easyjet* judgment confirms that the NCAs and the Commission have a broad discretion in this context[7] and this can be put into practice by setting priorities.[8]

That being said, inasmuch as Article 13 aims at rationalizing the treatment of consecutive complaints with different members of the ECN, it may involve downsides for complainants. The judgment made it clear indeed that a complainant has to carefully consider which competition authority to approach[9] as this may be the only opportunity to have its complaint examined.[10]

When a competition authority rejects an applicant's complaint, it may be advisable to consider appealing that rejection decision instead of filing another complaint relating to the same facts with the Commission or another NCA. Another possibility is to start a (parallel) lawsuit before a national court. Indeed, as the Court reminded, national courts also have the power to apply the EU competition rules, according to Article 6 of Regulation 1/2003.

Another noteworthy aspect is that the General Court also showed some flexibility in dealing with amalgamated authorities which combine competition enforcement with sector regulation, consumer protection or other duties. Article 13(2) can also be relied upon by such multifunctional NCAs even if the actual assessment of the complaint is not conducted by the competition

7 See the European Commission, 2004. In reply to a parliamentary question on the *Easyjet* judgment, Competition Commissioner Vestager recently indicated that hence she sees no need to adapt the rules in the Notice (E-005266-15).

8 ECN, 2013.

9 ECN, 2013. Paragraphs 8-13 of the Network Notice (European Commission, 2004) contain indicative, non-binding principles explaining when a Network member is well-placed to act.

10 However, NCAs or the Commission are not obliged to suspend or close their proceedings when another competition authority is dealing with the case but may decide on a case by case basis. See European Commission, 2004: §22.

department as long as it is part of the NCA.[11] Furthermore, the actions of such amalgamated authorities can form the basis for another NCA or the Commission to reject a same complaint even if its examination of the complaint was based upon other national rules. This is allowed if the NCA indicates the extent to which its findings under other legislation were relevant to its review based on competition law.

11 In this particular case, the Court also took into account that the decision was adopted by the NMa's single board.

BIBLIOGRAPHY

European Commission

2004 Commission Notice on cooperation within the Network of Competition Authorities which clarifies case allocation within the ECN and assumes the same degree of discretion (2004/C 101/03).

2014 Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, Ten years of Antitrust Enforcement under Regulation 1/2003: Achievements and Future Perspectives, available at http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/antitrust_enforcement_10_years_en.pdf.

ECN

2013 Recommendation on the power to set priorities, available at http://ec.europa.eu/competition/ecn/recommendation_priority_09122013_en.pdf.

Wils, Wouter

2013 "Ten Years of Regulation 1/2003 – A Retrospective", available at http://ssrn.com/author=456087.

JURISPRUDÊNCIA GERAL

JURISPRUDÊNCIA NACIONAL DE CONCORRÊNCIA – ABRIL A JUNHO DE 2015

elaborado por Ricardo Bayão Horta

Acórdão do Tribunal dos Conflitos, de 22.04.2015, proferida no âmbito do Processo n.º 774/12.6TYLSB (conflito negativo de jurisdição, entre o Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa – 4 unidade orgânica e o Tribunal da Concorrência – Regulação e Supervisão – Juiz 1).
Recorrentes: *Automóvel Club de Portugal (ACP).*
Sumário: declara competente para conhecer do mérito da ação a jurisdição comum, concretamente, o Tribunal de competência especializada da Concorrência, Regulação e Supervisão.
Normas relevantes: arts. 7.º, 34.º e 49 do Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de janeiro; arts. 4.º, 6.º, 7.º, 14.º, 21.º, n.º 1, 22.º, 24.º, n.º 4, 50.º e 54.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de junho; arts. 40.º e 112 da Lei n.º 62/2013, de 26 de agosto; art. 104.º do Decreto-Lei n.º 49/2014, de 27 de Março; arts. 211.º e 212.º, n.º 3 da CRP; arts. 1.º e 4.º do ETAF; art. 89.º-B da Lei n.º 46/2011, de 24 de Junho; Decreto-Lei n.º 67/2012, de 20 de março; Portaria n.º 83/2012, de 29 de Março.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça (5.ª Secção), de 25.06.2015, proferido no âmbito do Processo n.º 3/14.8YQSTR.S1 (recurso direto para o Supremo Tribunal de Justiça, ao abrigo do disposto no art. 93.º, n.º 2, da LdC).
Recorrente: *Lactogal – Produtos Alimentares, S.A.*
Sumário: Reconhece legitimidade ao Ministério Público para emitir parecer nestes autos. Declara a nulidade da sentença proferida no dia 30 de junho de 2014, pelo 1.º juízo do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão.
Normas relevantes: arts. 34.º, 35.º, n.º 4 e 55.º n.º 2 da Lei n.º 18/2003, de 11 de junho; arts. 93.º, n.º 2, 100.º, n.º 1, al. *b)* e 101.º da LdC; art. 615.º, n.º 1,

al. *d)* do CPC(2013); arts. 42.º, n.º 1 e 146.º, n.º 1 do CPTA; art. 60.º, n.º 1 da CRP; arts. 107.º a 112.º do CPA (1991); arts. 54.º, n.ºs 1 e 2 e 112.º, n.ºs 1 e 2 da Lei n.º 62/2013, de 26 de agosto.

JURISPRUDÊNCIA DE CONCORRÊNCIA DA UNIÃO EUROPEIA – DE ABRIL A JUNHO 2015

elaborado por Fernando Pereira Ricardo

Abusos de posição dominante

Acórdão do Tribunal de Justiça de 18 de junho de 2015, proferido no âmbito do Processo C-583/13 P.
Partes: *Deutsche Bahn AG e o./*Comissão.

Acordos, decisões de associações de empresas e práticas concertadas

Acórdão do Tribunal de Justiça de 24 de junho de 2015, proferido no âmbito dos Processos C-293/13 P e C-294/13 P.
Partes: *Fresh Del Monte Produce Inc./*Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 16 de junho de 2015, proferido no âmbito do Processo T-655/11.
Partes: *FSL Holdings e o.*/Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 20 de maio de 2015, proferido no âmbito do Processo T-456/10.
Partes: *Timab Industries e o.*/Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 29 de abril de 2015, proferido no âmbito do Processo T-470/11.
Partes: *Total SA e o./*Comissão.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 23 de abril de 2015, proferido no âmbito do Processo C-227/14 P.
Partes: *LG Display Co. Ltd e o.*/Comissão.

Auxílios de Estado

Acórdão do Tribunal Geral de 30 de junho de 2015, proferido no âmbito dos Processos T-186/13, T-190/13 e T-193/13.
Partes: Holanda e o./Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 25 de junho de 2015, proferido no âmbito do Processo T-305/13.
Partes: Servizi assicurativi del commercio estero SpA (SACE) e o./Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 24 de junho de 2015, proferido no âmbito do Processo T-527/13.
Partes: República Italiana/Comissão.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 4 de junho de 2015, proferido no âmbito do Processo C-15/14 P.
Partes: Comissão/*MOL Magyar Olaj- és Gázipari Nyrt.*

Acórdão do Tribunal de Justiça de 4 de junho de 2015, proferido no âmbito do Processo C-5/14.
Partes: *Kernkraftwerke Lippe-Ems GmbH/Hauptzollamt Osnabrück.*

Acórdão do Tribunal Geral de 19 de maio de 2015, proferido no âmbito do Processo T-397/12.
Partes: *Diputación Foral de Bizkaia*/Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 13 de maio de 2015, proferido no âmbito do Processo T-511/09.
Partes: *Niki Luftfahrt GmbH*/Comissão.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 6 de maio de 2015, proferido no âmbito do Processo C-674/13.
Partes: Comissão/Alemanha.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 16 de abril de 2015, proferido no âmbito do Processo C-690/13.
Partes: *Trapeza Eurobank Ergasias AE/Agrotiki Trapeza tis Ellados AE (ATE) e o.*

Concentrações

Acórdão do Tribunal Geral de 13 de maio de 2015, proferido no âmbito do Processo T-162/10.
Partes: *Niki Luftfahrt GmbH*/Comissão.

C&R

BIBLIOGRAFIA

Recensão

Novidades Bibliográficas

RECENSÃO

Nuno Cunha Rodrigues, ***A contratação pública como instrumento de política económica***, Coimbra: Almedina, 2013

elaborado por Miguel Sousa Ferro

Autor

Nuno Cunha Rodrigues nasceu no Porto e licenciou-se na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa onde obteve o grau de Mestre em Direito (2003) e de Doutor em ciências jurídico-económicas (2012). É Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, exercendo também advocacia.

Integrou várias comissões e grupos de trabalhos encarregues da preparação de projetos legislativos. Entre outros cargos, foi consultor jurídico no setor bancário e Chefe de Gabinete do Ministro da República para a Madeira.

Lecionou na Universidade Autónoma de Lisboa, na Faculdade de Direito da Universidade Católica de Lisboa, na Faculdade de Direito de Louvain la-Neuve, na Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane e na Faculdade de Direito da Guiné-Bissau.

É membro do Conselho Consultivo da Revista de Concorrência e Regulação e membro da comissão de redação da Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal.

A Obra

Em "*A contratação pública como instrumento de política económica*", obra que corresponde, com algumas revisões, à tese de doutoramento defendida pelo autor, com louvor e distinção, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Nuno Cunha Rodrigues aproveita o amplo leque de ramos do direito sobre o qual se tem debruçado ao longo da sua carreira académica e profis-

sional para realizar uma abordagem multidisciplinar e multiperspetivada da contratação pública.

Este abonado pano de fundo leva o autor a apresentar-nos, não uma obra descritiva do direito da contratação pública, mas uma reflexão sobre a contratação pública e as normas que a regem, com base nas perspetivas e ensinamentos do direito da economia, direito da economia internacional, direito europeu, direito da concorrência, direito da defesa e da micro e macroeconomia. E assenta essa reflexão numa base de investigação prodigiosamente extensa.

No Capítulo I (*"Economia da discriminação através da contratação pública"*), o autor começa por enquadrar o leitor em alguma da teoria económica relevante para a ponderação da contratação pública enquanto instrumento de política económica pública. Preocupa-se especialmente em discutir a justificação económica da discriminação positiva de empresas nacionais em processos de contratação pública. Argumenta, por diversas abordagens, que a resposta deve ser diferente para países desenvolvidos, com procura privada de importantes dimensões, e para países em desenvolvimento, em que pode ser necessário um certo nível de favorecimento público de produtores nacionais. Mas não deixa de relevar a armadilha implícita na discriminação positiva estatal: consoante o setor, podem destruir-se os incentivos à competitividade, inviabilizando o desenvolvimento de soluções de longo prazo que passem pela transição para um modelo de igualdade de tratamento e livre concorrência.

No Capítulo II (*"Contratos públicos e direito internacional económico"*), o autor conduz-nos pelas controvérsias jurídicas e evoluções do direito internacional económico neste plano, partindo de uma base de consciencialização internacional relativamente à tendência para definição de processos de contratação pública em termos que redundam em obstáculos não pautais ao comércio internacional. Debruça-se, designadamente, sobre o conceito de "empresa comercial do Estado" no GATT, a relação entre este e o ACP e, claro, sobre o próprio ACP: a sua história, o âmbito de aplicação, o princípio da não discriminação e os desafios que tem encontrado, o processo de revisão, etc.

Preparando a transição para o capítulo seguinte, o autor debruça-se, seguidamente, sobre a complexa relação entre as normas do ACP e o direito europeu da contratação pública. A nem sempre clara compatibilidade entre os dois conjuntos de normas gera importantes limitações do poder legislativo europeu e controvérsias jurídicas, agravadas pela complicada matéria da determinação

do eventual efeito direto de normas do ACP (e do direito comercial internacional, em geral) na ordem jurídica europeia, assunto que o autor discute em profundidade, tanto ao nível da doutrina como da jurisprudência.

Com o Capítulo III ("Contratos públicos e direito da União Europeia"), o autor fornece um quadro geral das muitas dimensões da política europeia de contratação pública, e de como esta tem vindo a servir os interesses mais amplos de construção e aprofundamento do mercado interno, mas também outras políticas setoriais ou horizontais, tais como a política ambiental, industrial, social, regional ou até criminal.

No extenso Capítulo IV ("Contratos públicos e direito da concorrência"), a obra começa por explorar a relação dinâmica entre estes dois ramos do direito e o modo como o segundo tem vindo a influenciar crescentemente o primeiro, integrando-se objetivos de promoção da concorrência nas normas de contratação pública e remetendo-se para conceitos e abordagens desenvolvidas no contexto do direito da concorrência.

Um dos exemplos destas remissões, sobre o qual o autor se debruça especialmente, é a definição de mercados relevantes no âmbito dos quais se deve proceder à análise jusconcorrencial. Encontramos, na secção 4.2, uma breve síntese dos problemas especiais que se suscitam na delineação de mercados em processos de contratação pública e análises de exemplos do modo como a prática decisória administrativa e jurisprudencial tem lidado com eles. Encontramos também alusões às orientações jurisprudenciais sobre o impacto transfronteiriço de contratos públicos e a consequente obrigatoriedade de aplicação do direito europeu da concorrência.

O autor demonstra e analisa o impacto financeiro das práticas anticoncorrenciais no âmbito de processos de contratação pública, debruçando-se, nomeadamente, sobre boas práticas de combate a estas práticas e sobre a dimensão internacional destas práticas e a necessária interrelação com o direito internacional económico.

Passando à aplicação do artigo 101.º do TFUE (e disposições nacionais correspondentes) a cartéis na contratação pública, o autor faz um breve levantamento da prática decisória da Comissão Europeia e AdC. Debruça-se, seguidamente, sobre procedimentos e técnicas de identificação de práticas anticoncorrenciais pelas entidades adjudicantes.

Menos discutidos, em geral, são os abusos de posição dominante na contratação pública. O autor chama-nos a atenção para o especialmente reduzido significado das quotas de mercados nestes contextos (procedimentos de leilão),

sem prejuízo da possibilidade de um concurso público levar à criação de uma posição dominante (monopólio) em mercados conexos.

Entrando na complexa questão da identificação de poder de mercado no contexto da contratação pública, que frequentemente implica a análise do poder do comprador (frequentes cenários de monopsónio público), a obra debruça-se sobre a ainda mais complexa problemática da qualificação do Estado – em sentido lato – como uma empresa para efeitos de aplicação do direito da concorrência. Depois de uma contextualização geral da temática, o autor apresenta-nos a sua interpretação dos decisivos acórdãos *FENIN* e *SELEX*.

De acordo com o autor, nesta jurisprudência o Tribunal abandonou a sua habitual postura funcionalista, consagrando uma interpretação inovadora que excluiu grande parte da procura do Estado de bens e serviços do âmbito do direito da concorrência, que é qualificada de "excessivamente formal". Concordando no essencial com a análise, não partilho a apreciação crítica do autor. Cremos que esta jurisprudência é a consequência lógica da aplicação do conceito de atividade económica, tal como interpretado pelo Tribunal, à dimensão da procura, precisamente numa ótica funcional. É também uma posição que tem a virtude de garantir a proteção da prossecução dos fins do Estado, evitando batalhas jurídicas em torno da aplicação do direito da concorrência em contextos em que este conduziria a resultados iníquos e indesejáveis.

A obra esclarece ainda a frequentemente importante questão da invocação da atuação do Estado (imposições públicas) como defesa contra a aplicação do direito da concorrência, analisando o enquadramento teórico desta doutrina e casos da sua aplicação prática.

Suscitam-se amiúde dúvidas sobre a aplicação do regime dos auxílios de Estado no contexto da contratação pública. Também esta matéria é esclarecida neste estudo, com a construção de um quadro teórico de análise e exposição de precedentes.

Por último, encontramos um capítulo que analisa extensamente problemas jurídicos e práticos que se suscitam, especificamente, na contratação pública no setor da defesa.

Trata-se, em suma, de uma obra que é já uma referência incontornável da doutrina nacional de contratação pública, independentemente das questões ou perspetivas com a qual se aborde esta temática.

NOVIDADES BIBLIOGRÁFICAS

elaborado por Catarina Anastácio

REGULAÇÃO – NACIONAL

António Barreto Menezes Cordeiro – *Direito dos Valores Mobiliários – Volume I*, Coimbra: Almedina, 2015.

Francisco Rodrigues Rocha – *Do princípio indemnizatório no seguro de* danos, Coimbra: Almedina, 2015.

CONCORRÊNCIA – ESTRANGEIRA

Albert Sánchez Graells – *Public Procurement and the EU Competition Rules*, 2nd ed., Oxford/Portland: Hart Publishing, 2015.

Alberto Santa Maria – *Competition and State Aid: An Analysis of the EU Practice,* 2nd ed., New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2015.

Bjorn Lundqvist – *Joint Research and Development Under US Antitrust and EU Competition Law*, Edward Elgar Publishing, 2015.

Frank Wijckmans/Filip Tuytschaever (eds.) – *Horizontal Agreements and Cartels in EU Competition Law*, Oxford: Oxford University Press, 2015.

Josef Drexl/Vicente Bagnoli (eds.) – *State-Initiated Restraints of Competition*, Edward Elgar Publishing, 2015.

Mel Marquis/Roberto Cisotta – *Litigation and Arbitration in EU Competition Law,* Edward Elgar Publishing, 2015.

Nigel Parr/Catherine Hammon (eds.) – *Global Legal Insights – Merger Control 2015*, 4th ed., London: Global Legal Group, 2015.

Pinar Akman – *The Concept of Abuse in EU Competition Law: Law and Economic Approaches*, Oxford/Portland: Hart Publishing, 2015.

EVENTOS

elaborado por Cristina Camacho e Nazaré da Costa Cabral

AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA

Instituto de Direito Económico, Financeiro e Fiscal da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (IDEFF)
Conferência: Grécia e agora?
Lisboa, 4 de março de 2015
Realizou-se na Faculdade de Direito de Lisboa – FDL a "Conferência: Grécia e agora?", a qual contou com as intervenções de Stuart Holland, Francisco Louçã, João Cravinho, Pacheco Pereira, Ricardo Paes Mamede, João Mota Amaral, Mónica Ferro, Teresa Leal Coelho, João Galamba, António Correia de Campos, Diogo Feio, Rui Tavares, Guilherme d'Oliveira Martins e João Ferreira.

Workshop A atualidade do controlo judicial do public enforcement da concorrência em Portugal
8 de outubro de 2015
Integrado no 4.º Curso de Formação Juízes em Direito da Concorrência (promovido pelo Instituto Europeu em articulação com o IDEFF), realizou-se, na Faculdade de Direito de Lisboa, o workshop "A atualidade do controlo judicial do *public enforcement* da concorrência em Portugal". Este workshop contou com intervenções dos seguintes oradores: Nadine Watson (Compass Lexecon), Paulo Abecassis (RBB Economics), Miguel Sousa Ferro (FDL), Miguel Prata Roque (FDL), Nuno Cunha Rodrigues (FDL), Paula Sarmento (Faculdade de Economia da Universidade de Porto), Paulo de Sousa Mendes (FDL), José Ribeiro de Almeida (Tribunal Constitucional) e José António Sá Reis (Faculdade de Direito da Universidade do Porto).

NOTAS CURRICULARES

ANTONIO DAVOLA

Doutorando em Proteção Jurídica e da Pessoa Individual na Escola de Estudos Superiores de Sant'Anna, em Pisa, centrando-se o seu projeto de pesquisa na questão da proteção dos consumidores contra práticas comerciais desleais e viés cognitivo. Os seus interesses de pesquisa relacionam-se com vários aspetos do direito da concorrência e da proteção dos consumidores, da perspetiva jurídica e económica. É autor e coautor de várias publicações periódicas italianas e estrangeiras. Faz parte da equipa de estudantes árbitros de *peer review* da revista eletrónica *Opinio Juris in Comparatione* e colabora como assistente de investigação no *Laboratorio Interdisciplinare Diritti e Regole* (LIDER-Lab) da Escola de Estudos Superiores de Sant'Anna.

Antonio Davola is a PhD candidate in Individual Person and Legal Protection at the Sant'Anna School of Advanced Studies, in Pisa, and his research project concerns the issue of Consumers' protection against Unfair Commercial Practices and cognitive bias. His research interests deals with various aspects of competition law and consumers' protection, both on legal and economic profiles. He authored and co-authored publications in many Italian and foreign reviews; he is student staff peer reviewer for the electronic journal Opinio Juris in Comparatione *and collaborates as research assistant in* the Laboratorio Interdisciplinare Diritti e Regole *(LIDER-Lab) at the Sant'Anna School of Advanced Studies.*

ANTONIO ROBLES

Professor Associado de Direito Comercial da *Universidad Carlos III de Madrid*. Diretor do Centro de Documentação Europeia. Ex Vice-Diretor da Faculdade de Estudos Sociais e Jurídicos. Autor de vários livros e artigos na área do Direito Comercial e Direito da Concorrência. Orador em múltiplas conferências sobre Direito da Concorrência. Atualmente, dirige o blog "Competencia y Regulación" (derechocompetencia.blogspot.com.es).

Antonio Robles is an Associate Professor of Commercial Law at Universidad Carlos III de Madrid. *European Documentation Centre, Director. Faculty of Social and Legal Studies, Former Vice-dean. He has written several books and*

articles related to Commercial and Competition Law. He has acted as speaker at many conferences on Competition Law. He currently runs the blog "Competencia y Regulación" (derechocompetencia.blogspot.com.es).

FRANCISCO ANDRADE DE PORTUGAL

Licenciado em Direito pela Escola de Direito da Universidade do Minho (2013), onde obteve o grau de Mestre em Direito dos Negócios, Europeu e Transnacional (2015). Jurista no Banco Bic.

Francisco Andrade de Portugal is graduated in Law from the University of Minho Law School (2013), where he also concluded his LL.M. in European and Transglobal Business Law (2015). Currently he works as a jurist at Banco Bic.

JEROEN CAPIAU

Trabalha na Direção Geral de Concorrência da Comissão Europeia desde 2009. É conselheiro na Unidade responsável pela Rede Europeia de Concorrência. Anteriormente, trabalhou para a Autoridade da Concorrência belga. Antes de se dedicar à aplicação do direito da concorrência, foi docente no Instituto de Direito Europeu da Universidade de Gent. Tem uma licenciatura em Direito e um diploma em Estudos Avançados de Direito Europeu da Universidade de Gent.

Jeroen Capiau joined the Directorate General for Competition of the European Commission in 2009. He is a policy advisor in the Unit responsible for the European Competition Network. Previously, he worked for the Belgian Competition Authority. Before working in the area of competition enforcement, he was a teaching assistant at the European Law Institute of the University of Ghent. Mr. Capiau holds a degree in Law and in Advanced Studies in European Law from the University of Ghent.

LEONOR ROSSI

Licenciada em Direito (1996) e Doutorada em Direito Comparado (2000) pela Faculdade de Direito da Universidade de Trento, Itália. Fez estudos complementares em Direito Europeu no Colégio da Europa (Bruges, 2002). Professora Convidada na Faculdade de Economia e Gestão da Universidade Nova de Lisboa desde 2003 (Direito Europeu e Introdução ao Direito) e Professora Convidada na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, em 2005 (Análise Económica do Direito). Investigadora Pós-doutorada na área de Análise Económica do Direito (Real Colégio Complutense e John

Olin Center for Law and Economics na Faculdade de Direito da Universidade de Harvard (2005-2011). Colaboradora Externa da Gouveia Pereira Costa Freitas e Associados, na área do Direito Europeu. Autora, juntamente com Patrícia Vinagre e Silva, do livro *Public Access to Documents in the EU*, Hart, 2016.

Leonor Rossi is graduated in Law (1996) and holds a Ph.D in Comparative Law (2000) from the University of Trento Law School, Italy. Complementary studies in European Law at the College of Europe (Bruges 2002). Visiting Professor (European Law and Law for Economics and Management) at Nova School of Business and Economics, Portugal, since 2003 and Visiting Professor at Nova Law School in 2005 (Economic Analysis of Law). Post-Doctoral researcher in Economic Analysis of Law (I-VII Courses Real Colegio Complutense and John Olin Center for Law and Economics at Harvard Law School (2005-2011). External Counsel at Gouveia Pereira Costa Freitas e Associados, *in the field of European Law. Author, with Patrícia Vinagre e Silva, of* "Public Access to Documents in the EU", *Hart, 2016.*

MIGUEL SOUSA FERRO

Licenciado e Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (2005; 2014). LL.M em Estudos Europeus no Colégio da Europa (Bruges, 2006). Professor Auxiliar Convidado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e Professor na Universidade Europeia. Colaborador da Eduardo Paz Ferreira & Associados. Codiretor da Revista de Concorrência & Regulação e membro do Conselho Editorial da Revista da Faculdade de Direito de Lisboa.

Miguel Sousa Ferro is graduated in Law and holds a doctorate in Law from the University of Lisbon Law School (2005; 2014). LL.M in European Studies from the College of Europe (Bruges, 2006). Guest Professor at the University of Lisbon Law School and Professor at the Universidade Europeia (Lisbon). Counsel at Eduardo Paz Ferreira & Associados Law Firm. Co-Director of the Revista de Concorrência & Regulação and member of the Editorial Board of the Lisbon Law Review.

PAULO ALVES PARDAL

Professor Auxiliar na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Doutor em Direito (Ciências Económico-Jurídicas) e Mestre em Direito (Ciências Jurídicas e Comunitárias) pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Pós-graduado em Estudos Europeus (aspetos económicos) pelo

Instituto Europeu da mesma Faculdade. Licenciatura em Direito (Ciências Jurídico-Políticas) pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Anteriormente, Assistente na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e Assistente Convidado no Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas da Universidade Técnica de Lisboa. Áreas de investigação: Direito da União Europeia, Finanças Públicas, Direito Económico e Financeiro.

Paulo Alves Pardal is an Auxiliary Professor at the University of Lisbon Law School. PhD in Law (Legal-Economic Sciences) by the University of Lisbon Law School. Masters Degree in Law (Legal and Community Sciences) by the University of Lisbon Law School. Post-graduation in European Studies (Economic aspects) by the European Institute of the University of Lisbon Law School. Law Degree (Political and Legal Sciences) by the University of Coimbra Law School. Former assistant at the University of Lisbon Law School. Former guest assistant at the Social and Political Sciences School (ISCSP) at the Lisbon Technical University. Areas of research: European Union Law, Public Finance, Economic and Financial Law.

RICARDO ALONSO SOTO

Professor de Direito Comercial na *Universidad Autónoma de Madrid*. Licenciou-se em Direito na *Universidad de Oviedo* (1967), obteve um diploma em Direito Europeu da *Université Libre de Bruxelles*, e um LL.M. em Direito Comercial da *Universidad Autónoma de Madrid* (1973). É membro da "Comisión General de Codificación del Ministerio de Justicia" e participou no grupo de peritos encarregue de redigir a proposta de transposição espanhola da Diretiva 2014/104/UE. Foi Vice-Presidente do *Tribunal de Defensa de la Competencia*, e Comissário para as Relações com as Autoridades de Concorrência dos Países Latino-Americanos (1992-1999). É membro dos Comités Editoriais das "Revista de Derecho Mercantil", "Revista de Derecho de la Competencia y de la distribución" e "Revista de la Unión Europea y de la Competencia". É também advogado, consultor da *Gómez Acebo & Pombo Abogados*.

Ricardo Alonso Soto is a Professor of Commercial Law in the Universidad Autónoma de Madrid. *He obtained his law degree from the* Universidad de Oviedo *(1967), a degree European Law from the* Université Libre de Bruxelles, *and an LL.M. in Commercial Law from the* Universidad Autónoma de Madrid *(1973). He is a member of the "Comisión General de Codificación del Ministerio de Justicia" and was a part of the group of experts responsible for drafting the proposal for Spanish transposition of Directive 2014/104/EU. He was Vice-President of the*

Tribunal de Defensa de la Competencia, and Commissioner for the Relationship with Competition Authorities of Latin-American Countries (1992-1999). He is a member of the Boards of "Revista de Derecho Mercantil", "Revista de Derecho de la Competencia y de la distribución" and "Revista de la Unión Europea y de la Competencia". He is also a lawyer, of counsel at Gómez Acebo & Pombo Abogados.

VASIL SAVOV

Advogado especialista em direito europeu da concorrência e consultor jurídico na *CDC Cartel Damages Claims Consulting* (CDC) em Bruxelas. Obteve experiência significativa em *private enforcement* do direito da concorrência através da sua participação em alguns dos maiores casos de danos na Europa. Antes da CDC, Vasil trabalhou como membro do Serviço Jurídico da Comissão Europeia, na equipa encarregue das ações de indemnização da União Europeia, incluindo as que resultam de práticas anticoncorrenciais. Começou a sua carreira profissional como "référendaire" no gabinete de um juiz do Tribunal Geral da UE. Licenciou-se em direito privado na Universidade Robert Schuman, Estrasburgo, e obteve um LL.M em direito e contencioso europeu da Universidade do Luxemburgo, bem como um diploma em direito de negócios da *University College Cork*, Irlanda.

Vasil Savov is a lawyer specializing in EU competition law and a legal counsel with CDC Cartel Damage Claims Consulting (CDC) in Brussels. He gained significant experience in private antitrust enforcement through his involvement in some of the largest damages cases in Europe. Prior to CDC, Vasil worked as a Member of the Legal Service of the European Commission within the team in charge of the European Union actions for damages, including those resulting from antitrust infringements. He started his professional career as a clerk at the chambers of a judge from the EU General Court. Vasil graduated in private law at Université Robert Schuman, *Strasbourg and holds an LL.M in European law and litigation form the* Université du Luxembourg *as well as a diploma in business law from University College Cork, Ireland.*

VIRGÍLIO MOUTA PEREIRA

Tem um Mestrado em Direito Europeu da Concorrência de King's College, Londres. É Diretor de Investigação na *Magellan, European Affairs Consultancy* (Bruxelas). Anteriormente, trabalhou no Parlamento Europeu como consultor jurídico (2014) e foi estagiário do *blue book* na Direção Geral de Concorrência da Comissão Europeia (2015).

Virgílio Mouta Pereira holds a MA in EU Competition Law from King's College London. He is currently Research Director at Magellan, European Affairs Consultancy (Brussels). Before he worked for the European Parliament as a legal advisor (2014) and as a blue book trainee at the Directorate General for Competition of the European Commission (2015).

Colaboração com a

REVISTA DE CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO

1. A *Revista de Concorrência e Regulação* (C&R) está aberta à colaboração dos seus Leitores, pelo que aceita para publicação artigos, estudos ou comentários de jurisprudência que se enquadrem na temática geral do Direito e Economia da concorrência e regulação e na temática específica de cada número, de acordo com um duplo critério de interesse informativo e qualidade científica.

2. Todos os textos a publicar na C&R são da responsabilidade exclusiva dos seus Autores. A publicação dos textos não significa a concordância da C&R com as posições neles expressas.

3. Os textos a publicar devem ser inéditos e podem ser apresentados em português, espanhol, francês ou inglês, sendo publicados na língua em que foram redigidos. Em casos excecionais, poderão ser aceites textos não inéditos, devendo então o Autor indicar onde foram publicados anteriormente.

4. Os textos devem estar formatados em *Word* e não exceder, em regra, 70 mil caracteres (incluindo espaços). Devem também ser acompanhados de um resumo ("*abstract*"), com um máximo de 100 (cem) palavras, em inglês.

5. Aos textos, os Autores devem ainda juntar uma breve nota curricular (que não deverá exceder, para cada versão linguística, 950 carateres, incluindo espaços) em português e inglês, morada e endereço eletrónico.

6. A informação sobre as normas formais aplicáveis aos textos a submeter à *Revista de Concorrência e Regulação* deve ser solicitada, antes do envio do texto, através do endereço eletrónico revista@concorrencia.pt.

7. Os trabalhos devem ser remetidos em formato digital para o endereço eletrónico revista@concorrencia.pt ou para a morada: Autoridade da Concorrência – Avenida de Berna, 19, 1050-037 Lisboa, ao cuidado de Catarina Anastácio.

8. As provas tipográficas dos textos aprovados para publicação serão enviadas ao Autor para a morada ou endereço eletrónico por si indicados, para revisão.

Collaboration with

REVISTA DE CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO

1. *Revista de Concorrência e Regulação* (C&R) welcomes submissions for publication from its readers, including papers, studies or case comments, related to Competition and Regulation Law and Economics and the specific theme of each issue, according to the interest and scientific quality of each contribution.

2. Authors are exclusively responsible for their papers. Publication of papers does not mean that C&R endorses the views expressed therein.

3. Papers must not have been published elsewhere and can be submitted in Portuguese, Spanish, French or English. Papers will be published in the original language. In exceptional cases, papers that have already been published may be accepted. In such circumstances the Author will be required to indicate where the paper has been published previously.

4. Texts must be processed in Word, should not exceed 70,000 characters (including spaces) and must also be accompanied by an abstract, with a maximum of 100 words, in English.

5. Authors must provide a short CV in Portuguese and English, (which should not exceed 950 character, including spaces, for each of the languages) as well as mailing and email addresses.

6. Further information on the formal rules for submission of materials to the C&R must be requested in advance, by contacting revista@concorrencia.pt.

7. Contributions must be sent in digital format to the email address revista@concorrencia.pt or to the address: Autoridade da Concorrência – Avenida de Berna, 19, 1050-037 Lisboa – Portugal, to the attention of Ms. Catarina Anastácio.

8. Prior to publication, proofs will be sent to the Authors, to the mailing address or email address previously indicated.

ÓRGÃOS SOCIAIS

DIREÇÃO
Paulo de Sousa Mendes/Miguel Sousa Ferro

CONSELHO CIENTÍFICO
Presidentes: António Ferreira Gomes/Eduardo Paz Ferreira

Membros:
António Avelãs Nunes
António Menezes Cordeiro
Augusto Silva Dias
Barry Hawk
Bernardo Feijóo Sánchez
Bo Vesterdorf
Carlos Pinto Correia
David Gerber
Diogo Rosenthal Coutinho
Donald Baker
Douglas Rosenthal
Eleanor Fox
Fernando Borges Araújo
Fernando Herren Aguillar
Francisco Marcos
Floriano Marques
François Souty
Frederic Jenny
Geraldo Prado
Gerhard Dannecker
Germano Marques da Silva
Giorgio Monti
Harry First
Heike Schweitzer
Ioannis Kokkoris
João Ferreira do Amaral
Jorge Braga de Macedo
Jorge de Figueiredo Dias
José António Veloso
José Danilo Lobato
José Luís da Cruz Vilaça
José de Faria Costa
José de Oliveira Ascensão
José Lobo Moutinho
José Manuel Sérvulo Correia
Jürgen Wolter
Keiichi Yamanaka
Klaus Rogall
Laurence Idot
Luís Cabral
Luís Greco
Manuel da Costa Andrade
Manuel Lopes Porto
Marco Bronckers
Maria Fernanda Palma
Mark Zöller
Miguel Moura e Silva
Miguel Nogueira de Brito
Miguel Poiares Maduro
Nicolas Charbit
Oswald Jansen
Patrick Rey
Paulo Câmara
Paulo de Pitta e Cunha
Paulo Pinto de Albuquerque

Pedro Pais de Vasconcelos
Pedro Pitta Barros
Peter Freeman CBE, QC
Philip Marsden
Piet Jan Slot
René Smits
Richard Wish
Rosa Greaves
Vasco Pereira da Silva
Vito Tanzi
William Kovacic
Wouter Wils

CONSELHO CONSULTIVO
João E. Gata/Jorge Simões/Nuno Cunha Rodrigues

CONSELHO REDATORIAL
Presidente: Catarina Anastácio

Comissão Coordenadora:
Cristina Camacho
Fernando Pereira Ricardo
João Cardoso Pereira
José Renato Gonçalves
Luís Vale Lima
Nazaré da Costa Cabral
Ricardo Bayão Horta
Vítor Miguel Lourenço

Editores:
Concorrência – Questões gerais, europeu e comparado
Carlos Pinto Correia/João E. Gata

Concorrência – Práticas restritivas
Fernando Xarepe Silveiro/João Pateira Ferreira

Concorrência – Auxílios de Estado
Miguel Mendes Pereira/António Carlos dos Santos/Marco Capitão Ferreira

Concorrência – Concentrações
Margarida Rosado da Fonseca

Autoridades reguladoras
João Miranda

Direito contraordenacional e processual penal
Teresa Quintela de Brito/João Matos Viana/Vânia Costa Ramos

Economia
António Pedro Santos/Jorge Rodrigues/Paulo Gonçalves

Água e resíduos
João Miranda

Ambiente
Carla Amado Gomes

Aviação civil
António Moura Portugal

Comércio, consumo e concorrência desleal
Teresa Moreira

Contratação pública
Nuno Cunha Rodrigues

Energia
Gonçalo Anastácio

Financeiro
Luís Máximo dos Santos/Rute Saraiva

Transportes terrestres e marítimos
Tânia Cardoso Simões

Saúde
Nuno Castro Marques

Secretariado Executivo:
Manuela Oliveira
Natália Leite

ALMEDINA

REVISTA DE CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO

DIREÇÃO:
LUÍS SILVA MORAIS
PAULO DE SOUSA MENDES

CUPÃO DE ASSINATURA

NOME

MORADA

CÓD. POSTAL – LOCALIDADE

TELEFONE Nº CONTRIBUINTE

PROFISSÃO

EMAIL

4 NÚMEROS AVULSO **€100**

ASSINATURA (4 NÚMEROS/ANO) **€90** (DESCONTO DE **10%**)
COM IVA E DESPESAS DE ENVIO INCLUÍDOS

DESEJO ADQUIRIR A ASSINATURA DA REVISTA
DE CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO (4 NÚMEROS) DO ANO 2 0

ASSINATURA

DATA – –

ESTE CUPÃO DEVERÁ SER ENVIADO PARA
ASSINATURA DA REVISTA DE CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO – JOAQUIM MACHADO, S.A.,
Rua Fernandes Tomás, n.ºs 76, 78, 80, 3000-167 Coimbra, ou via email para assinaturas@almedina.net.

PARA ESCLARECIMENTOS ADICIONAIS
Telefone: 239 851 903 Fax: 239 851 901 Email: editora@almedina.net

ALMEDINA

MB MULTIBANCO
movimenta a vida

AUTORIZAÇÃO DE DÉBITO DIRECTO (ADC)

ENTIDADE 1 0 6 4 4 4 NÚMERO DE AUTORIZAÇÃO

Na rede Multibanco poderá definir: A Data de expiração da autorização | O montante máximo de débito autorizado

AUTORIZAÇÃO DE DÉBITO EM CONTA PARA DÉBITOS DIRECTOS

NOME

EMAIL

Por débito na nossa/minha conta abaixo indicada queiram proceder ao pagamento das importâncias que lhes forem apresentadas pela empresa EDIÇÕES ALMEDINA SA

IBAN/NIB: PT 50

CONTRIBUINTE FISCAL

ASSINATURA(S) CONFORME BANCO

DATA – –

BENS/SERVIÇOS	VALOR	REGULARIDADE[1]	INICIA A MÊS	INICIA A ANO	TERMINA A MÊS	TERMINA A ANO

[1] REGULARIDADE: MENSAL, TRIMESTRAL, SEMESTRAL, ANUAL

PROCEDIMENTOS

· Preencher completamente e assinar Autorização de Débito, de acordo com a ficha de assinatura de Banco. No caso de ser empresa carimbar ADC com carimbo da empresa.
· Remeter a ADC para:
EDIÇÕES ALMEDINA SA, Rua Fernandes Tomás, n.ºs 76, 78, 80, 3000-167 Coimbra, ou via email para sdd@almedina.net.
· Qualquer alteração que pretenda efectuar a esta autorização bastará contactar as EDIÇÕES ALMEDINA SA por qualquer forma escrita
· Também poderá fazer alterações através do Sistema Multibanco, conforme se apresenta seguidamente, ou no sistema de home banking, caso tenha essa opção. Também neste caso agradecemos informação escrita sobre as alterações efectuadas.
· Esta autorização destina-se a permitir o pagamento de bens/serviços adquiridos à nossa empresa e só poderá ser utilizada para outros efeitos mediante autorização expressa do(s) próprio(s)
· Dos pagamentos que vierem a ser efectuados por esta forma serão emitidos os recibos correspondentes.

INFORMAÇÕES

Através do Sistema Multibanco, relativamente a esta autorização de Débito em Conta, poderá, entre outras, efectuar as seguintes operações:
· Visualizar a Autorização Débito em Conta concedida;
· Actualizar os Dados Desta Autorização de Débito em Conta;
· Cancelar esta Autorização Débito em Conta;

Em cumprimento do aviso 10/2005 do Banco de Portugal, informa-se que é dever do devedor, conferir, através de procedimentos electrónicos, nomeadamente no multibanco, os elementos que compõem as autorizações de débito em conta concedidas.

PARA ESCLARECIMENTOS ADICIONAIS

Telefone: 239 851 903 Fax: 239 851 901 Email: sdd@almedina.net