

Maria Amélia Conde Francisco de Oliveira Fernandes



O acesso a meios de prova e a *passing-on defence* à luz da
Diretiva *Antitrust Private Enforcement*

Dissertação de Mestrado em Direito Empresarial elaborada sob orientação da Professora
Doutora Sofia Oliveira Pais

Mestrado em Direito Empresarial
Universidade Católica Portuguesa – Escola de Lisboa
Faculdade de Direito
Lisboa, 31 de março de 2017

O acesso a meios de prova e a *passing-on defence* à luz da
Diretiva *Antitrust Private Enforcement*

Dissertação de Mestrado em Direito Empresarial elaborada sob orientação da Professora
Doutora Sofia Oliveira Pais

Mestrado em Direito Empresarial
Universidade Católica Portuguesa – Escola de Lisboa
Faculdade de Direito
Lisboa, 31 de março de 2017

«Talvez. É possível que a aceitação apática do erro se devesse à sua incapacidade mnemónica de relacionar – e portanto de questionar.»

José Cardoso Pires, *De Profundis, Valsa Lenta*

Agradecimentos

À Professora Doutora Sofia Oliveira Pais,
Orientadora desta dissertação,
Um sincero agradecimento pela elucidativa orientação e
por toda a disponibilidade facultada.

Aos meus Pais, pelo exemplo, pela dedicação e por tudo o que me transmitiram.

Ao meu Irmão, pela confiança.

Aos meus Avós, a quem tanto devo.

Aos meus amigos, por toda a paciência e incansável apoio.

ABREVIATURAS

Ac.	Acórdão
AdC	Autoridade da Concorrência
Al(s).	Alínea(s)
ANC	Autoridade(s) nacional(ais) da Concorrência
Art(s).	Artigo(s)
Cf.	Confira
Cit.	Citado
Coord.	Coordenação de
CC	Código Civil
CPC	Código de Processo Civil
CRP	Constituição da República Portuguesa
consult.	consultado em
disp.	disponível em
DL	Decreto-Lei
ed.	Edição
EM	Estado-Membro
EOA	Estatuto da Ordem dos Advogados
EUA	Estados Unidos da América
JOUE	Jornal Oficial da União Europeia
N. ^{o(s)}	Número(s)
<i>Ob. cit.</i>	Obra citada
P. (pp.)	Página(s)
PE	Parlamento Europeu
Proc.	Processo(s)
RJC	Regime Jurídico da Concorrência
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TCE	Tratado das Comunidades Europeias
TCRS	Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
TFUE	Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia
TG	Tribunal Geral
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
UE	União Europeia
<i>Vd.</i>	<i>Vide</i> , veja
Vol.	Volume

SUMÁRIO

I – Introdução	10
II – Breve contextualização do <i>Private Enforcement</i> na União Europeia	13
III – O acesso aos meios de prova	16
i. O acesso a meios de prova nos EUA	17
ii. A interação entre o <i>public</i> e o <i>private enforcement</i> no contexto das ações de indenização por danos resultantes de infração ao direito da Concorrência	18
iii. As soluções da Diretiva e da Proposta de Anteprojeto de Transposição	21
iv. O acesso aos meios de prova no contexto do direito nacional	29
v. Críticas	30
IV – A repercussão de sobrecustos e a admissibilidade da “ <i>passing-on defence</i> ”	33
i. A inadmissibilidade da “ <i>passing-on defence</i> ” nos EUA	34
ii. As soluções da Diretiva	35
iii. A articulação da repercussão dos custos adicionais, em especial, das presunções estabelecidas pela Diretiva com as soluções nacionais.....	37
iv. A legitimidade dos adquirentes indiretos e a admissibilidade da “ <i>passing-on defence</i> ”	44
v. Críticas	46
V – Conclusão	52
Bibliografia	55
Obras e artigos	55
Discursos	60
Webgrafia	60
Legislação e outros documentos	61
Jurisprudência	62

RESUMO

Após o reconhecimento, pelas instâncias europeias, do direito à reparação integral a qualquer lesado por danos resultantes de uma infração ao Direito da Concorrência, compete agora aos Estados-Membros da União a transposição da Diretiva *Antitrust Private Enforcement*.

À luz desta Diretiva, com o presente estudo, pretende-se analisar duas grandes questões que surgem neste momento de transposição: o acesso aos meios probatórios e a repercussão de sobrecustos com base na “*passing-on defence*”.

Palavras-chave: ações de indemnização; infração ao Direito da Concorrência; direito à reparação integral; private enforcement; programas de clemência; acesso aos meios de prova; repercussão de sobrecustos.

ABSTRACT

With the recognition of the right to full compensation, by the European institutions, extended to any injured party of competition law infringements, now the Member States must ensure the transposition of the Private Damages Directive.

In light of the Directive, this study aims to analyse two main questions: the disclosure of evidence and the passing-on of overcharges.

Keywords: actions for damages; competition law infringements; full compensation right; private enforcement; leniency programmes; disclosure of evidence; passing-on of overcharges.

I – INTRODUÇÃO

No prisma do ordenamento jurídico nacional, o Direito da Concorrência tem duas áreas distintas de atuação: a que diz respeito ao controlo de operações de concentração de empresas; e a que respeita à proibição de certas práticas, entendidas como práticas restritivas da concorrência, afigurando-se, desde logo, importante delimitar o âmbito temático da presente tese nesta segunda área.

Com efeito, estas práticas restritivas da Concorrência são suscetíveis de distorcer os mercados nacionais e comunitário, criando malefícios para a economia e causando danos cuja repercussão não se sente apenas em termos económicos gerais, mas, outrossim, na vida dos consumidores. Por essa razão, a Diretiva n.º 104/UE/2014 apresenta-se ainda como um avanço na criação de um sistema de proteção algures entre o Direito da Concorrência e o Direito dos consumidores¹. É, pois, possível identificar dois níveis em que se repercutem os prejuízos causados por estas práticas²: num primeiro plano, estas condutas lesionam o interesse geral que se verifica em sede da manutenção de mercado competitivo e sem distorções; num segundo nível, estas práticas ilícitas afetam os interesses particulares dos consumidores e ainda os interesses das empresas que atuam no mercado da União Europeia.

Tradicionalmente, a tutela do Direito da Concorrência nesta matéria centraliza a sua atenção no denominado *antitrust public enforcement*, exercido pela Comissão e pelas ANC, enquanto *public enforcers* por excelência. Por oposição, a outra face da moeda em que consiste a aplicação do Direito da Concorrência – o *private enforcement* – foi, de certa forma, pouco considerada³. Esta é uma das grandes diferenças que surge, desde

¹ Cf. DAVOLA, A. – “Empowering consumers through competition: A study on the creation of a European antitrust claims Market”, Revista de Concorrência e Regulação, Almedina, Ano VI, n.º 22, 2016, p. 1.

² Cf. HERRERO SUÁREZ, C.– “La transposición de la Directiva de daños antitrust. Reflexiones a raíz de la publicación de la propuesta de Ley de transposición de la Directiva”, CDT, Vol. 8, N.º 1, 2016, p. 151.

³ De acordo com WILS, W. P. J. – “Should Private Antitrust Enforcement Be Encouraged in Europe?”, in World Competition: Law and Economics Review, Vol. 26, N.º 3, 2003, p. 11, no que respeita a garantir que as proibições *antitrust* não são violadas, o papel do *public enforcement* é manifestamente superior ao do *private enforcement*, o que se explica por três conjuntos de razões: o facto daquela beneficiar de poderes investigatórios e sancionatórios; o facto de o *private enforcement* ter como motivo o lucro privado conduz a que sistematicamente se afaste do interesse comum; e ainda o facto de que o *private enforcement* gera mais custos do que o *public enforcement*.

logo, do confronto do tratamento desta matéria com a *antitrust law* nos Estados Unidos da América⁴.

Contudo, a entender que estas duas faces da mesma moeda não se excluem mutuamente, de modo que a conciliação da aplicação pública e privada do Direito da Concorrência tem merecido atenção e, por isso, tem sido objeto de enfoque por parte das instâncias europeias. Neste contexto, e devido à heterogeneidade de soluções nacionais, surge a Diretiva n.º 2014/104/UE – também conhecida por Diretiva *Private Enforcement* – como tentativa de harmonização.

A Diretiva prossegue dois objetivos principais, tal como mencionado no ponto 1.2 da Exposição de Motivos da AdC relativamente à Proposta de Anteprojeto de Transposição da Diretiva *Private Enforcement* (doravante, Proposta). Um desses objetivos é facilitar a compensação das vítimas por danos sofridos em resultado daquelas infrações e o outro é, por sua vez, garantir a articulação equilibrada e necessária entre a aplicação pública e a aplicação privada do direito da concorrência⁵.

Nesta senda, abordar o tema do *antitrust private enforcement* enquanto mecanismo de combate aos cartéis paralelo aos programas de clemência, não faria sentido, desde logo, sem a análise do acesso aos meios de prova, enquanto uma das questões primordiais e essenciais que resultam da aplicação privada e pública do Direito da Concorrência. A par do acesso a meios probatórios, escolhemos ainda a questão da repercussão dos sobrecustos e a admissibilidade da “*passing-on defence*”, sendo uma das imposições inovadoras que a Diretiva vem introduzir, em tentativa de harmonização, nos

⁴ Cf. PAIS, S. O. – “Practical Private Enforcement: Perspectives from Portugal”, in Maria Bergström, Marios Iacovides e Magnus Strand (ed.), *Harmonising EU Competition Litigation, The New Directive and Beyond. Swedish Studies in European Law*, 1.ª Edição, Vol. 8, Hart Publishing, 2016, p. 187, em que A. refere que “*even if we cannot compare developments in the EU to the reality that exists in the United States (US), where antitrust private enforcement represents more than 90 per cent of all antitrust cases, it is a fact that the European context is changing rapidly.*”

⁵ No entendimento da AdC, a convergência destes objetivos resultará na garantia de uma “ampla e eficaz promoção e defesa da concorrência no Espaço da União e em cada um dos EM, no interesse da maximização do bem-estar dos cidadãos e da competitividade da UE”, enquanto entidades privadas. Cf. ainda algumas vantagens enumeradas pelo ex-Comissário para a Política da Concorrência, no seu discurso, MONTI, M. – “Private litigation as a key complement to public enforcement of competition rules and the first conclusions on the implementation of the new Merger Regulation”, IBA – 8th Annual Competition Conference, Fiesole, 17 setembro de 2004, “[...] *the victims of illegal anticompetitive behaviour are compensated for loss suffered, national courts may apply civil sanctions of nullity in contractual relationships, national courts can order the unsuccessful party to pay the successful party’s legal costs [...]*”.

ordenamentos jurídicos da União. Assim, no exercício de delimitação dos assuntos que serão abordados neste escrito, teve-se presente o universo de questões em aberto que surgem perante este tema, considerando-se, portanto, a impossibilidade de análise de todas estas no presente escrito. Por razões idênticas de sintetização, não será apreciado o regime de responsabilidade civil que decorre da lei substantiva e processual portuguesa.

Assim, como veremos, a transposição da Diretiva *Private Enforcement* para os vários ordenamentos jurídicos que compõem a União levanta algumas questões, designadamente, as que serão analisadas no presente estudo, encontrando-se assim delimitado o objeto da presente dissertação. Deste modo, o segundo capítulo versará, num tom breve e genérico, sobre a evolução do *antitrust private enforcement*, sendo de seguida, analisada a questão do acesso aos meios de prova e, por fim, a questão da repercussão de custos adicionais ou sobrecustos e da admissibilidade da “*passing-on defence*”.

II – Breve contextualização do *Private Enforcement* na União Europeia

Num breve apontamento, importa recordar a evolução do *private enforcement* do Direito da Concorrência na UE. Após o Tratado de Roma de 1957, a aplicação do direito da Concorrência baseou-se no Regulamento (CEE) n.º 17 do Conselho⁶, criando um modelo de *enforcement* centralizado na Comissão, como que de um monopólio se tratasse⁷, assumindo o papel central de autoridade, em sede de *public enforcement*.

Por outro lado, o início da discussão sobre a problemática do acesso aos documentos remonta ao acesso aos documentos da Comissão⁸. Deste modo, consagrou-se o princípio da transparência no art. 15º, n.º 3, do TFUE, ainda que só com o Regulamento n.º 1049/2001 tenham surgido as primeiras regras relativas ao acesso a documentos¹⁰ da Comissão por terceiros, isto é, por cidadãos e outras entidades legais da UE. Todavia, este não seria um direito absoluto, sendo que uma das exceções consagradas é a da proteção de interesses comerciais, procedimentos judiciais, inspeções, investigações e auditorias (art. 4.º, n.º 3, do Regulamento da Transparência).

No âmbito da UE, o ponto de partida do *private enforcement* verifica-se com o reconhecimento da aplicabilidade direta das normas concorrenciais nas relações entre particulares¹¹, verificado pelo TJ e mais tarde consagrado pelo Regulamento (CE) n.º

⁶ Regulamento (CEE) n.º 17 do Conselho, de 6 de fevereiro de 1962, que respeitaria ao primeiro regulamento de execução dos artigos 85 e 86 do Tratado das Comunidades Europeias (que sofreram uma renumeração com o Tratado de Amsterdão, doravante Tratado ou TCE), publicado no Jornal Oficial n.º 013, de 21 de fevereiro de 1962.

⁷ KOMNINOS, A. P. – “Public and Private Antitrust Enforcement in Europe”, in *The Competition Law Review*, Vol. 3, N.º 1, 2006, p. 5. O A. refere que o Regulamento n.º 17 “*departed from the Community standard according to which Community law is to be enforced primarily by national administrative authorities (administration communautaire) indirecte) and national courts (juges communautaires de droit commun)*”.

⁸ Sendo certo que as vítimas não detêm as mesmas características das ANC (poderes investigatórios e recursos financeiros), “*access to the Commission’s file can constitute a valuable source of information to substantiate potential civil claims, provided the national court offers enough guarantees that it will protect business secrets and confidential information against third parties*”, tal como conclui SAAVEDRA, A. – “Access by National Courts and Private Plaintiffs to Leniency Documents held by the Commission”, *Revista de Concorrência e Regulação*, Almedina, Ano III, n.º 10, 2012, p. 71.

⁹ No presente escrito, em relação aos diplomas legais, utilizar-se-á a numeração ordinal até nove e a cardinal de dez em diante, uma que tal consiste na forma gramaticalmente correta de numeração, ainda que não corresponda ao costume legislativo português.

¹⁰ De notar que este direito não só abrange documentos da Comissão, como documentos que estejam na sua posse.

¹¹ HERRERO SUÁREZ, C., *ob. cit.*, p. 152.

1/2003¹², através do qual se reconheceu, por sua vez, a eficácia direta dos artigos 81 e 82 do Tratado, que atualmente correspondem aos artigos 101 e 102 do TFUE. Este reconhecimento veio permitir que, mais tarde, se tornasse possível introduzir no ordenamento comunitário o direito a indemnização por perdas e danos causados por práticas restritivas da Concorrência, consagrado expressamente nos Acórdãos *Courage e Crehan*¹³ e *Manfredi*¹⁴.

Posteriormente, com vista a atingir o objetivo comunitário de garantir um regime de concorrência sem distorções no mercado interno, em 2005, é adotado o Livro Verde¹⁵, numa clara tentativa de equilíbrio entre a aplicação pública e privada do Direito da Concorrência na UE. Por outro lado, com vista a facilitar as “*follow-on actions*” iniciou-se ainda o debate entre os EM relativamente ao impacto deste tipo de ações nos programas de clemência¹⁶. Um dos principais argumentos é o de que os programas de clemência e as ações de indemnização por danos provocados por infrações ao direito da concorrência são conflitantes – ainda que prossigam, em larga medida, o mesmo objetivo – *compliance* das regras concorrenciais¹⁷ – uma vez que o aumento do recurso às *private damages actions* poderá comprometer a atratividade e o bom funcionamento dos programas de clemência, tendo, por isso, um efeito desencorajador no que respeita aos aplicantes dos programas de clemência¹⁸.

Em 2008, a Comissão publicou o Livro Branco, cujo resultado foi a criação de enormes expectativas quanto à adoção de legislação europeia sobre a matéria, sendo certo

¹² 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 e 82 do TCE, em substituição do Regulamento (CEE) n.º 17/1962 com efeitos a partir de janeiro de 2004. Este novo Regulamento veio criar um novo sistema descentralizado de aplicação do direito da concorrência, reforçando o papel das ANC e dos tribunais nacionais.

¹³ Ac. do TJ de 20.09.2001, Proc. C-453/99.

¹⁴ Ac. do TJ de 13.07.2006, Proc. apensos C-295/04 a C-298/04.

¹⁵ Livro Verde sobre ações de indemnização devido à violação das regras comunitárias no domínio *antitrust*, de 19.12.2005 (672).

¹⁶ WILS, W. P. J. – “Leniency in Antitrust Enforcement: Theory and Practise”, *World Competition: Law and Economics Review*, Vol. 30, N.º 1, 2007, pp. 40-41.

¹⁷ CAUFFMAN, C. – “The Interaction of Leniency Programmes and Action for Damages”, in *The Competition Law Review*, Vol. 7, 2, 2011, pp 181-182, em que a A. salienta que tal é evidente na decisão do Ac. *Courage* e ainda no Livro Verde da Comissão.

¹⁸ *Idem, ibidem*, p. 184, a A. identifica duas intervenções para evitar este efeito desencorajador, designadamente, “*it can prevent disclosure of leniency applications to (potential) cartel victims and/or it can reduce the amount of damages to be paid by leniency applicants*”.

que se deixou bem claro que o objetivo principal das *private damages actions* seria, primariamente, o da compensação das vítimas¹⁹. Todavia, aquelas expectativas mantiveram-se até surgir o ambicioso projeto de Diretiva, acompanhado da publicação de uma Comunicação sobre quantificação de danos²⁰ e da recondução do *private enforcement* a uma Recomendação²¹.

A matéria de acesso a documentos ganhou especial relevância com a decisão do TJ no caso *Pfleiderer*²², tendo sido a primeira decisão focada na interação entre a aplicação pública e privada do Direito da Concorrência²³. Nesta matéria, revelou-se ainda importante a decisão do TG no caso *Donau Chemie*²⁴.

Finalmente, aprovada a Diretiva a 26 de novembro de 2014, caberia aos Estados Membros assegurar a sua transposição até 27 de dezembro de 2016.

¹⁹ Livro Branco sobre ações de indemnização por incumprimento das regras comunitárias no domínio antitrust, de 2 de abril de 2008 (165), n.º 2.9., em que é notória a preocupação da Comissão em manter a atratividade dos programas de clemência, ainda que sem prejuízo das ações de indemnização.

²⁰ Comunicação da Comissão sobre a quantificação dos danos nas ações de indemnização que tenham por fundamento as infrações aos artigos 101 e 102 do TFUE, publicada no JOUE a 13.06.2013 – 2013/C 167/07.

²¹ Recomendação da Comissão, de 11 de junho de 2013, sobre os princípios comuns que devem reger os mecanismos de tutela coletiva inibitórios e indemnizatórios dos Estados-Membros aplicáveis às violações de direitos garantidos pelo direito da União, publicada no JOUE de 26.07.2013 – 2013/396/UE.

²² Acórdão do TJ de 14 de junho de 2011 – *Pfleiderer AG contra BKA* – Processo C-360/09.

²³ MORAIS, L., *ob. cit.*, p. 21.

²⁴ Acórdão do TG de 14 de maio de 2014 – *Donau Chemie AG contra Com.* – Processo T-406/09.

III – O acesso aos meios de prova

Enquadrada a evolução do *antitrust private enforcement* na UE, incidiremos agora a nossa análise no acesso²⁵ aos meios de prova, que consiste numa das grandes questões debatidas no que respeita ao tão desejado equilíbrio entre o *public* e o *private enforcement* no direito da Concorrência, em especial na UE, no âmbito do disposto nos artigos 101 e 102 do TFUE²⁶. Desde logo, porque, no âmbito de uma ação de indemnização por danos resultantes de uma conduta anti-concorrencial, os meios de prova²⁷ de que o autor carece para sustentar a sua pretensão indemnizatória não se encontram na sua posse, *i.e.*, quer os documentos detidos pelas ANC (declarações de clemência e propostas de transação), na qualidade de *public enforcers*, ou documentos confidenciais do demandado (*corporate statements*, segredos de negócios e outros documentos ou informações confidenciais).

Assim, o acesso ou a obtenção condicionada de meios probatórios que visam sustentar a pretensão indemnizatória do autor, sendo que sobre estes recai, em regra, o ónus da prova dos pressupostos da responsabilidade civil, restringe, nessa medida, a possibilidade de estes obterem ressarcimento por danos que na realidade se verificaram na sua esfera jurídica²⁸.

É precisamente esta situação que foi discutida na decisão *Pfleiderer* pelo TJUE e que mereceu tratamento na Diretiva. Assim, as típicas ações de indemnização por danos resultantes de uma conduta anti-concorrencial caracterizam-se por uma assimetria de informação, em regra, a favor do infrator. Com efeito, a assimetria de informação

²⁵ Nos termos da Diretiva, fala-se em “*disclosure*” que significa, à letra, revelação, o que foi traduzido para português por “*divulgação*”. Na Proposta de Anteprojeto de Transposição optou-se, e bem, em nosso entender, pelo termo semelhante “*acesso*”, uma vez que por divulgação se entende vulgarização ou algo que chega ao conhecimento de muitos, o que não será o mais correto no âmbito em apreço.

²⁶ Cf. SOARES, A. G. – “A Aplicação Descentralizada das Normas Comunitárias da Concorrência: o sistema de competências paralelas estabelecido pelo Regulamento n.º 1/2003”, in *Concorrência – Estudos* (coord. António Goucha Soares e Maria Manuel Leitão Marques), Almedina, Coimbra, 2006, p. 193. De acordo com o A., um dos mecanismos judiciais suscetíveis de provocar a aplicação do artigo 81 do TCE, agora art. 101 do TFUE, é o das ações de responsabilidade extracontratual. Assim, “*um particular que se considere vítima de um acordo entre empresas, contrário às regras comunitárias da concorrência, pode solicitar aos órgãos jurisdicionais do respetivo Estado-membro que lhe seja paga uma indemnização pelos danos eventualmente sofridos em consequência da ilicitude do acordo*”.

²⁷ Cf. CAVANAUGH, E. – “The Private Antitrust Remedy: Lessons from the American Experience” 41 Loy. L.J. 629, St. John's Legal Studies Research Paper No. 15-0012, 2010, p. 647. Tal como destaca o A., “*access to proof is a key component of a private right of action for antitrust violations*”.

²⁸ GUTTA, N. B., *The Enforcement of EU Competition Rules by Civil Law*, Maklu-Publishers, 2014, pp. 57-58.

encontra tratamento diferenciado consoante se esteja a proceder ao exame do sistema da União ou do sistema norte-americano, como será em seguida analisado.

i. O acesso a meios de prova nos EUA

Observando o sistema do *antitrust private enforcement* nos EUA, é, desde logo, notório que este ocupa um papel predominante e central²⁹ no sistema norte-americano de litigância privada desenvolvido desde o *Sherman Act*³⁰ ao *Clayton Act*³¹, ao passo que o *public enforcement* detém um papel algo residual³², constituindo um sistema praticamente antónimo ao sistema da UE³³. No que concerne ao acesso a meios de prova não se esperaria algo que não refletisse, por isso, esta tendência.

Neste sentido, a assimetria de informações é *solucionada* através da “*pre-trial discovery*”, com vista a conceder acesso igualitário entre as partes aos meios de prova³⁴. Deste modo, importa referir que, à luz das regras federais de processo civil, os demandantes gozam de “*broad discovery rights*”, na medida em que aquelas regras lhes facultam incentivos significativos no que respeita à propositura de *private damages actions*, ainda que detenham poucas bases factuais para sustentar as suas pretensões.

Assim, as partes encontram-se obrigadas a dar acesso a certas informações entre si (“*discovery inter partes*”), bem como uma descrição dos documentos que se encontram na sua posse à contraparte que venham a ser utilizados para sustentar as suas posições, durante o

²⁹ Cf. LANDE, R. H. – “Benefits of private enforcement: empirical background”, in *The International Handbook on Private Enforcement of Competition Law*, Albert Foer and Jonathan Cuneo (ed.), Cheltenham, Edward Elgar, 2010, pp. 7-8, em que o A. enumera diversas vantagens sentidas nos EUA, como impedir comportamentos anti-concorrenciais, compensar vítimas, proteger consumidores de exploração comercial e ainda outras a nível fiscal.

³⁰ O *Sherman Antitrust Act* de 1890 é considerado uma referência por ter sido a primeira *antitrust federal law*, evidenciando o prejuízo causado aos consumidores pelos cartéis, monopólios, entre outros.

³¹ Com o *Clayton Antitrust Act* de 1914 introduziram-se diversas alterações à lei federal, especificando-se as condutas e práticas proibidas, as exceções e as medidas corretivas.

³² CISOTTA, R. – “Some Considerations on the Last Developments on Antitrust Damages Actions and Collective Redress in the European Union”, in *The Competition Law Review*, Vol. 10, nN.º 1, 2014, p. 1, referindo o A. que “*In the United States, private enforcement is the driving force of competition law, while public enforcement plays only a rather residual role*”.

³³ Cf. LANDE, R. H. e DAVIS, J. P., – “The Extraordinary Deterrence of Private Antitrust Enforcement”, *University of San Francisco Law Research Paper N.º 2012-24*, *The Antitrust Bulletin*: Vol. 58, N.º 1, 2013, p. 180, “*Indeed, even the much-lauded DOJ leniency program benefits from the threat of private enforcement.*”

³⁴ CAVANAUGH, E., *ob. cit.*, pp. 647-648. Contudo, o A. admite que “*a more limited discovery regime could prove adequate. An approach that could work is a system of court-ordered discovery of documents relevant to the claim and defenses in private actions*”.

denominado “*discovery period*”, recorrendo a prova documental e testemunhal. Admite-se ainda o acesso a meios de prova na posse de terceiros³⁵, algo que, como veremos adiante, é possível em ambos os sistemas.

ii. A interação entre o *public* e o *private enforcement* no contexto das ações de indemnização por danos resultantes de infração ao direito da Concorrência

No quadro da UE, as ações de indemnização por danos resultantes de infração ao direito da Concorrência têm por base o direito à reparação integral do prejuízo causado por uma conduta anti-concorrencial, constituindo jurisprudência assente³⁶:

“Com efeito, um direito deste tipo reforça o carácter operacional das regras comunitárias de concorrência e é susceptível de desencorajar acordos ou práticas, frequentemente disfarçados, capazes de restringir ou falsear o jogo da concorrência. Nesta perspectiva, as ações de indemnização por perdas e danos junto dos órgãos jurisdicionais nacionais são susceptíveis de contribuir substancialmente para a manutenção de uma concorrência efetiva na União Europeia³⁷”.

Assim, a tensão entre o *public* e o *private enforcement* é mais hipotética do que real³⁸. Na verdade, as duas vertentes do *enforcement* do direito da Concorrência devem ser vistas como complementares, com vista a que se atinjam os objetivos que este prossegue. Por conseguinte, cumpre referir que o principal meio dos *public enforcers*

³⁵ MCCARTHY, E. *et al.* – “Litigation culture versus enforcement culture. A comparison of US and EU plaintiff recovery actions in antitrust cases”, in Comparison of US and EU Plaintiff Recovery Actions, The Antitrust Review of the Americas, 2007, pp. 38-39. Os AA. referem ainda que “*armed with such easy access to a defendant’s or non-party’s documents and employees, plaintiffs with limited evidentiary bases for their lawsuits may be inclined to sue and go on ‘fishing expeditions’ to discover facts to support their case*”.

³⁶ Cf. Ac. *Courage e Chehan* e Ac. *Manfredi*.

³⁷ Vd. Ac. *Pfleiderer*, para. 29.

³⁸ Tal como qualifica STEFANO, G. – “Access of Damage Claimants to Evidence Arising out of EU Cartel Investigations: A Fast-evolving Scenario”, Sweet & Maxwell, Reprinted from Global Competition Litigation Review Issue 3, 2012. p. 109.

(Comissão, ANC) para a deteção e sancionamento de cartéis são os programas de clemência. Assim, é facilmente perceptível que a sua eficácia deve ser preservada, nomeadamente, através da limitação ao acesso a documentos como pedidos e declarações de clemência, *corporate statements*, segredos de negócio (*business secrets*), entre outros documentos confidenciais, cuja proteção deverá ser garantida pelos tribunais³⁹. Tal explica-se porque entre estes documentos se encontra a admissão da prática da infração, como também contribuições para a prova do nexo de causalidade entre a infração e o dano. Naturalmente que, na esfera dos lesados, estes documentos revelam-se verdadeiramente essenciais para aqueles conseguirem formular a sua pretensão indemnizatória perante o tribunal, mas, mediante um pedido de acesso a estes documentos:

“(...) é necessário zelar por que as regras nacionais aplicáveis não sejam menos favoráveis do que as referentes às reclamações análogas de natureza interna e não sejam sistematizadas de modo a tornar impossível na prática ou excessivamente difícil a obtenção de tal reparação e ponderar os interesses que justificam a comunicação das informações relativamente à proteção daquelas que foram voluntariamente fornecidas pelo requerente de clemência⁴⁰”.

Este exercício de ponderação configura, por isso, uma verdadeira demonstração de forças entre o *public* e o *private enforcement*, pelo que, nessa medida:

“Tal ponderação só pode ser realizada pelos órgãos jurisdicionais nacionais numa base casuística, no quadro do direito nacional e tomando em conta todos os elementos pertinentes do caso em apreço⁴¹”.

³⁹ SAAVEDRA, A. – “Access by National Courts and Private Plaintiffs to Leniency Documents held by the Commission”, *Revista de Concorrência e Regulação*, Almedina, Ano III, n.º 10, 2012, p. 71.

⁴⁰ *Vd. Ac. Pfleiderer*, para. 30.

⁴¹ *Vd. Ac. Pfleiderer*, para. 31.

De notar que os programas de clemência, não só relevam para o interesse público a nível de detecção de cartéis, como contribuem também para o *private enforcement*, na medida em que se aqueles não existissem muitos cartéis permaneceriam indetectáveis e, por isso, as infrações das quais resultam os danos estariam também por identificar e, conseqüentemente, não seriam possíveis muitas ações por danos provocados por condutas anti-concorrenciais⁴².

Assim, através daquele exercício de ponderação dos interesses, será concedido ou negado o acesso a determinados meios de prova. Por um lado, encontra-se o interesse das vítimas em obter informações que sustentem as suas pretensões indemnizatórias e, por outro lado, persiste o interesse em manter a viabilidade dos programas de clemência. Com efeito, a possibilidade de divulgação de informações, que respeitem a pedidos ou declarações de clemência, a vítimas de infrações nas “*follow-on actions*” poderá ser vista como um risco para os membros de cartéis que recorram àqueles programas, diminuindo, por isso, a sua atratividade, o que terá conseqüências nefastas⁴³ para o interesse público e inerentemente para a promoção de uma política de concorrência benéfica para o mercado⁴⁴. Tal fica a dever-se ao facto de que o membro do cartel que recorre à clemência ver-se-á em pior situação do que os restantes co-infratores, na medida em que, sendo possível a divulgação daquelas informações e documentos, não só porquanto este fica, desde logo, exposto a ações de responsabilidade derivadas daquela infração⁴⁵, como

⁴² De acordo com NORONHA, J. Espírito Santo, *ob. cit.*, p. 72, “*uma das principais preocupações desde sempre evidenciada pela Comissão [...] foi a que uma iniciativa legislativa nesta matéria não viesse a saldar-se pelo prejuízo do instituto correntemente designado por clemência ou programa de clemência [...]*”.

⁴³ Cf. KOMNINOS, A. – “Public and Private Antitrust Enforcement in Europe: Complement?”, *The Competition Law Review*, Vol. 3, Issue 1, 2006, p. 44, em que o A. ressalva que “*The benefits of disclosure would be too intangible when set against the harms which non-disclosure is designed to prevent. Authorities may find that co-operation from defendants is much reduced if they adopt too liberal a disclosure policy toward private plaintiffs*”.

⁴⁴ MORAIS, L. S. – “Integrating Public and Private Enforcement of Competition Law in Europe - Legal and Jurisdictional Issues”, Centro de Investigação – Regulação e Supervisão Financeiras, 2015, p. 20.

⁴⁵ Cf. OTTANELLI, M. – “Private Enforcement of EU Antitrust Law: Proposal for Harmonization”, Maastricht University, Faculty of Law, 2012/2013, p. 50, em que a A. destaca que “*the self-incriminating statements and evidence provided to the Commission, if accessed by the plaintiff, would make it impossible for the undertaking to escape liability. Moreover, as the decision concerning liability of the leniency applicant is likely to become final sooner in comparison to the other involved undertakings, the former might face sole liability with the envisaged chance to seek contribution from the others once [and if] they are found guilty*”.

existe a possibilidade de virem a ser divulgados os documentos que provam do nexo de causalidade entre a infração e os danos dela resultantes.

Deste modo, o exercício de ponderação de interesses entre infratores e lesados fica a dever-se à necessidade de garantir que a obtenção de meios probatórios por estes, para efeitos de *private enforcement*, não prejudica a eficácia do *public enforcement* da Concorrência.

Ultrapassando esta questão da admissibilidade de acesso aos meios de prova, surge então a dúvida sobre quais serão os meios de prova a que se deve conceder acesso e a quais deverá ser conferida proteção. Inviabilizando-se a obtenção de todo e qualquer meio probatório que esteja na posse do infrator, terceiro ou *public enforcer*, então, estar-se-á a tornar impossível ou excessivamente difícil o ressarcimento por danos.

Nesta medida, o legislador da União, claramente recorrendo ao exercício de ponderação de interesses, optou por proteger absolutamente os denominados “*leniency documents*”⁴⁶, denotando-se algum receio dos excessos do sistema de “*discovery*” norte-americano⁴⁷, como notaremos em seguida.

iii. As soluções da Diretiva e da Proposta de Anteprojeto de Transposição⁴⁸

A temática da divulgação dos meios de prova encontra tratamento no texto da Diretiva no seu Capítulo II. Esta matéria visa, em primeira linha, a proteção de informação confidencial. Tal explica-se através do reconhecimento de que, no âmbito de ações de indemnização por infração ao Direito da Concorrência, lidera a assimetria de informação, em especial, das vítimas. A estas, afigura-se naturalmente difícil a obtenção

⁴⁶ STEFANO, G., *ob. cit.*, p. 110, “*A proposed solution is that antitrust enforcers in Europe and around the world take collective and concerted action in order to protect leniency programmes from the dangers of disclosure to third parties*”.

⁴⁷ Cf. SOPEÑA BLANCO, V. e MARTÍN MARTÍN, G. – “La transposición de la Directiva europea para la reclamación de daños por infracciones de la competencia en España: mucho ruido, pocas nueces y una oportunidad perdida”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, RDC, 16, 2016, p. 11.

⁴⁸ Até ao presente momento, o texto da Proposta de Anteprojeto de Transposição da Diretiva *Private Enforcement* utilizado no presente escrito data de 22 de junho de 2016, após Consulta Pública da primeira versão daquele documento (doravante, designada por Proposta).

de provas que se encontram na posse da parte contrária⁴⁹, ou seja, dos infratores. Além do mais, é pouco provável que, num grupo de infratores, só um detenha provas da infração⁵⁰, o que dificulta ainda mais a obtenção de provas dos infratores.

Neste sentido, verifica-se, desde logo, que existe uma diferenciação entre o acesso a meios de prova no âmbito de ações de indemnização e o acesso a meios de prova incluídos no processo de uma autoridade da concorrência. A regra geral é então que os tribunais nacionais podem ordenar, a pedido do demandante, ao demandado e a terceiro o acesso a elementos de prova relevantes⁵¹ que estejam sob o seu domínio, com algumas reservas, como veremos. Verifica-se, por isso, que subjaz aqui uma tentativa de conciliação e de proteção de vários interesses, designadamente, o interesse primordial de proteção de informação confidencial, o interesse do demandante de obtenção de meios de prova que, por outra via, ser-lhe-iam impossíveis de obter e o interesse do demandado que, no fundo, é logicamente contrário ao que com isto se pretende⁵².

A conciliação destes interesses servirá, portanto, para balizar o exercício do poder jurisdicional dos tribunais nacionais em relação a ações “*stand alone*”, *i.e.*, sem conexão com processos de uma ANC. Nestas, os meios de prova ou as categorias relevantes de meios de prova devem estar caracterizados de forma tão precisa e estrita quanto possível e com base em factos razoavelmente disponíveis a indicar na justificação fundamentada⁵³.

⁴⁹ Com efeito, o considerando 15 da Diretiva vem frisar a ideia de que “*convém assegurar que os demandantes tenham o direito de obter a divulgação dos meios de prova relevantes para o seu pedido, sem necessidade de especificarem elementos de prova individuais*”. Tal vai de encontro com a ideia de que quer a exigência dirigida aos demandantes de que aqueles elementos de prova deveriam conter uma especificação ao pormenor de todos os elementos factuais relativos às suas pretensões, quer a necessidade de produção precisa de prova poderão “*impedir indevidamente o exercício efetivo do direito a reparação garantido pelo TFUE*”. Além de assegurar tal direito, a esta possibilidade de divulgação de meio de prova estão inerentes razões de “*igualdade de condições*”, ainda nos termos da Diretiva.

⁵⁰ Tal como salientam LUNDQVIST, B. e ANDERSSON, H. – “Access to Documents for Cartel Victims and Cartel Members – is the System Coherent?”, in *Harmonizing EU Competition Litigation: The New Directive and Beyond*, 1.ª Edição, Hart Publishing, 2016, p. 165.

⁵¹ De acordo com NORONHA, J. Espírito Santo, *ob. cit.*, p. 71, “*o demandante apresenta uma justificação fundamentada com factos e elementos de prova razoavelmente disponíveis, suficientes para corroborar a plausibilidade do seu pedido de indemnização*”.

⁵² *Vd.* art. 5.º, n.º 5. Note-se que se encontra expressamente previsto que a proteção do interesse das empresas em evitar ações de indemnização na sequência de uma infração ao direito da concorrência não é passível de justificação.

⁵³ Neste sentido, devendo o demandante constituir uma causa de pedir sólida, tal afigura-se mais difícil quando não existe um processo prévio da AdC. Com efeitos, em termos práticos, a possibilidade de solicitar acesso à informação em posse da contraparte poderá ser muito útil com vista a fundar causas de pedir menos concretizáveis. Por outro lado, o acesso a documentos que não estão na posse da contraparte poderá implicar

Ademais, a sua divulgação está ainda sujeita à observância do princípio da proporcionalidade⁵⁴, com vista a executar a tarefa de ponderação e conciliação dos interesses em jogo. Neste sentido, os tribunais nacionais deverão ter, nomeadamente, em consideração, a medida de fundamentação do pedido de indemnização ou da defesa, o âmbito e os custos desta divulgação e ainda se aqueles meios de prova contêm informações confidenciais e, se sim, quais as medidas de proteção de tais informações a determinar, com vista à sua proteção⁵⁵.

Assim, é possível identificar graus distintos de proteção. A proteção conferida às categorias de informação relativas a declarações de clemência e propostas de transação é absoluta, sendo que, para efeitos de ações de indemnização, em nenhum momento, os tribunais podem ordenar a sua divulgação aos interessados – partes ou a terceiros. Tem-se, por isso, em vista evitar o desincentivo do recurso à clemência ou à transação, enquanto instrumentos essenciais na luta contra os cartéis prosseguida pelas ANC. Neste sentido, é notório o interesse do legislador comunitário na manutenção da eficácia daqueles instrumentos⁵⁶ e, em geral, na promoção da eficácia das políticas de Concorrência.

Existe ainda outro nível de proteção – relativa – conferida a outros documentos, designadamente, os que contêm informação elaborada especificamente no âmbito dos procedimentos administrativos instaurados pelas ANC, informações enviadas às partes e propostas de transação revogadas. De notar que esta proteção tem carácter temporal⁵⁷, pelo que a divulgação destes meios de prova torna-se possível “*depois de a autoridade*

um esforço muito exigente de concretização dos factos que se pretende provar, bem como de identificação dos documentos.

⁵⁴ Vd. art. 5.º, n.º 3.

⁵⁵ Vd. art. 5.º, n.º 4. Um conjunto exemplificativo destas medidas, de que devem dispor os tribunais nacionais, está contemplado no considerando 18. Tal como referido no ponto 67 da Exposição de Motivos, “*ocultar excertos sensíveis de documentos, conduzir audições à porta fechada, restringir o número de pessoas autorizadas a ver os elementos de prova, e instruir os peritos no sentido de apresentarem resumos das informações de forma agregada ou de outra forma não confidencial*”, ainda que com a ressalva de que tais medidas de proteção não deverão impedir o exercício do direito a reparação. De notar que, nos termos da Proposta, acolheu-se, no artigo 12, n.º 7, als. a) a d), por aquela razão, um elenco exemplificativo de medidas, ainda que confiando a sua aplicação à discricionariedade dos tribunais, bem como a escolha da medida mais adequada ao caso concreto, podendo ser, por isso, diferente das medidas elencadas pela lei

⁵⁶ Vd. art. 7.º, n.º 1.

⁵⁷ SOPEÑA BLANCO, V. e MARTÍN MARTÍN, G., *ob. cit.*, p. 11.

*da concorrência, mediante decisão ou outro meio, ter concluído o seu processo*⁵⁸. Na opinião de MORAIS, esta opção deve ser cuidadosamente ponderada de modo a que se encontre o equilíbrio certo entre assegurar os níveis de informação adequados aos potenciais interessados em demandar e manter os incentivos adequados e necessários para os pedidos de clemência⁵⁹.

Neste sentido, tal como identificam SOPEÑA BLANCO e MARTÍN MARTÍN, o objetivo parece ser o de impedir que pedidos de obtenção destes documentos interfiram com a investigação das ANC⁶⁰. Em todo o caso, a solução parece-nos acertada, uma vez que não retira o efeito útil das ações de indemnização. Pelo contrário, findo o procedimento administrativo, se deste resultar uma decisão no sentido da existência de uma infração ao direito da Concorrência, então, os interessados passam a poder utilizar essa decisão na elaboração das suas pretensões indemnizatórias contra os infratores, nomeadamente.

Por outro lado, é expressamente referido no texto da Diretiva que o interesse das empresas em evitar ações de indemnização na sequência de uma infração ao direito da concorrência não constitui interesse que justifique proteção⁶¹, no seguimento da decisão *CDC Hydrogene Peroxide*:

*“[...] é também verdade que o interesse que uma sociedade que participou num cartel tem em evitar tais ações não pode ser qualificado de interesse comercial e, em todo o caso, não constitui um interesse digno de proteção, designadamente perante o direito que assiste a qualquer pessoa de pedir reparação do prejuízo que lhe tenha causado um comportamento susceptível de restringir ou falsear o jogo da concorrência*⁶²”

⁵⁸ Vd. art. 6.º, n.º 5.

⁵⁹ MORAIS, L. S., *ob. cit.*, p. 29.

⁶⁰ Cf. SOPEÑA BLANCO, V. e MARTÍN MARTÍN, G., *ob. cit.*, p. 11. No mesmo sentido, WILS, P. J. – “The Relationship between Public Antitrust Enforcement and Private Actions for Damages”, in *World Competition*, vol. 32, 2009, p. 19.

⁶¹ Vd. art. 5.º, n.º 5.

⁶² Ac. do TG (Quarta Secção), de 15 de Dezembro de 2011, Processo T-437-/08 *CDC Hydrogene Peroxide v. Comissão*, para. 49.

Por último, o acesso às restantes categorias de informação incluídas nos procedimentos das ANC pode ser ordenado a qualquer momento em ações de indemnização, pelo que, tal como evidencia NORONHA, “*significa, portanto, que esse poder jurisdicional não é sustado, ao contrário do que sucede com as categorias de documentos referidos no n.º 5 do art. 6.º*”⁶³. Contudo, de notar que esta ordem tem carácter subsidiário, na medida em que este acesso só deve ser requerido se nenhuma parte ou terceiro poder fornecer os elementos de prova⁶⁴.

Em relação ao acesso a meios de prova antes de intentada a ação de indemnização, a faculdade de ser possível pedir o acesso antecipado àqueles não se encontra diretamente prevista no texto da Diretiva⁶⁵. Nesta senda, a AdC decidiu prever expressamente esta possibilidade⁶⁶, por considerar uma medida importante para o cumprimento dos objetivos que são o de facilitar a interposição daquele tipo de ações e, conseqüentemente, o de garantir a compensação por danos resultantes de infrações ao Direito da Concorrência.

O acesso a meios de prova incluídos num processo de uma ANC

O acesso a meios de prova incluídos num processo de uma ANC é a outra via de acesso prevista pela Diretiva, que só deverá ser ordenada “*quando esses elementos de prova não puderem ser obtidos de forma razoável de outra parte ou de terceiro*”⁶⁷. A regulação⁶⁸ deste acesso é feita, sobretudo, através de restrições e impedimentos.

⁶³ NORONHA, J. Espírito Santo, *ob. cit.*, p. 73.

⁶⁴ *Vd.* art. 6.º, n.º 10.

⁶⁵ Cf. SOPEÑA BLANCO, V. e MARTÍN MARTÍN, G., *ob. cit.*, p. 11., em que os AA. referem que esta possibilidade parece poder extrair-se do art. 7.º, n.º 3.

⁶⁶ Cf. art. 13 da Proposta.

⁶⁷ Cf. Considerando 29 da Diretiva.

⁶⁸ Assim sendo, além das disposições sobre o acesso a meios de prova (art. 12), aos pedidos de apresentação de meios de prova constantes de um processo da uma autoridade da concorrência são aplicáveis as disposições contidas no art. 14, em concordância com o art. 6.º, n.º 1, da Diretiva. Nos dois números seguintes, observam-se duas ressalvas, segundo as quais, a aplicação do art. 6.º não prejudica as regras nem as práticas: (i) do Regulamento n.º 1049/2001, em matéria de acesso do público aos documentos (art. 6.º, n.º 2); e (ii) do DUE e do direito nacional, em matéria de proteção dos documentos internos e da correspondência das ANC (art. 6.º, n.º 3).

Certo é que as regras relativas ao acesso a meios de prova incluídos num processo de uma ANC não prejudicam a aplicação das regras nem das práticas ao abrigo do Regulamento (CE) n.º 1049/2001 em matéria de acesso do público aos documentos⁶⁹.

Considerando os interesses em confronto no que respeita ao acesso a meios de prova incluídos num processo de uma ANC, é razoável que os tribunais apenas possam determinar a apresentação destes meios probatórios “*caso nenhuma parte ou terceiro os possa fornecer de forma razoável*”⁷⁰. Com esta regra, visa-se, por um lado, a manutenção da atratividade e da eficácia dos instrumentos das ANC com vista à deteção e sancionamento de práticas anti concorrenciais⁷¹, como os programas de clemência⁷² e a transação⁷³ e, por outro, impedir o aumento das práticas de “*fishing expedition*”.

Ademais, os tribunais, no seu exercício de ponderação e de avaliação da proporcionalidade e da adequação do pedido de apresentação de meios de prova, deverão ter em consideração alguns aspetos referentes ao pedido, ao âmbito deste e quanto à necessidade de salvaguarda da efetividade da aplicação pública do direito da Concorrência:

“A necessidade dessa ponderação reside no facto de que, especialmente em matéria de concorrência, qualquer regra rígida, tanto no sentido de uma recusa absoluta de acesso aos documentos em causa como no de um acesso generalizado a esses documentos, é suscetível de lesar a aplicação efetiva, designadamente, do artigo

⁶⁹ Vd. art. 6.º, n.º 2.

⁷⁰ Vd. art. 14, n.º 2 da Proposta.

⁷¹ Cf. pontos 71 a 73 da Exposição de Motivos.

⁷² LUNDQVIST, B. e ANDERSSON, H., *ob. cit.*, p. 181, em que os AA. referem que “*the documents where the leniency applicant or its officers describe the cartel and how it works are not admissible, but other documents, eg, attachments and other hard evidence to such statements may be admissible.*”

⁷³ Estes instrumentos encontram-se previstos e regulados, a nível interno, nos artigos 22, 27 e 75 a 82 do RJC. Curiosamente, de acordo com o ordenamento jurídico português, a revogação de propostas de transação não é admissível, pelo que surge alguma dificuldade em perceber a referência ao termo “revogação” na Proposta. Todavia, nos termos do ponto 73 da Exposição de Motivos, esta referência é justificada pela intenção de inclusão de “*situações em que esteja em causa o acesso a um processo de uma autoridade de concorrência de outro Estado-Membro, cuja legislação admita a revogação de propostas de transação*”.

101.º TFUE e dos direitos que esta disposição confere aos particulares⁷⁴”.

Com efeito, é o que se verifica quando a sustentação da pretensão indemnizatória dos lesados depende apenas do acesso a documentos incluídos num procedimento instaurados por uma ANC, sendo que:

“[...] quando as referidas pessoas não dispõem de nenhuma outra possibilidade de obter esses elementos de prova, a recusa de acesso aos autos que lhes é oposta priva de qualquer efeito útil o direito à reparação que lhes é conferido diretamente pelo direito da União⁷⁵”.

Todavia, de notar que uma regra de acesso generalizado aos documentos não garante, por si só, que o lesado seja ressarcido pelos danos causados na sua esfera jurídica, na medida em que é pouco provável que a sua pretensão indemnizatória dependa exclusivamente dos documentos inseridos num processo de uma ANC. Além de que, tal regra violaria, certamente, *“outros direitos conferidos pelo direito da União, designadamente, às empresas em causa, como o direito à proteção do sigilo profissional ou do segredo de negócios, ou aos particulares em causa, como o direito à proteção dos dados pessoais”*.

Numa última instância, pode ainda avançar-se que este acesso generalizado *“poderia prejudicar interesses públicos, como a eficácia da política de repressão das violações do direito da concorrência, na medida em que poderia dissuadir as pessoas envolvidas numa violação dos artigos 101.º TFUE e 102.º TFUE de cooperarem com as autoridades da concorrência⁷⁶”*.

Com efeito, em jeito de confirmação da decisão do Ac. *Pfleiderer*, o TJUE decidiu no Ac. *Donau-Chemie* que o acesso aos documentos incluídos num processo de uma ANC por terceiros que não são parte nesse mesmo processo e que apenas procuram intentar

⁷⁴ Cf. Ac. *Donau-Chemie*, para. 31.

⁷⁵ Cf. *idem, ibidem*, para. 32.

⁷⁶ Cf. Ac. *Donau-Chemie*, para. 33.

ações de responsabilidade civil não pode estar apenas subordinados ao consentimento das partes no processo, porquanto devem os órgãos jurisdicionais nacionais poderem ponderar os interesses aqui em conflito, por força do princípio da efetividade, *i.e.*, de modo a que não se torne praticamente impossível ou excessivamente difícil o exercício do direito à reparação por danos.

Numa tentativa clara de envolvimento da vertente *public enforcement*, prevê-se ainda a possibilidade de as ANC apresentarem, por sua iniciativa, observações escritas ao tribunal, pronunciando-se sobre a proporcionalidade dos pedidos de divulgação de elementos de prova incluídos nos seus processos⁷⁷.

Por último, a Diretiva impõe⁷⁸ a criação de sanções, efetivas, proporcionais e dissuasivas. Estas sanções têm como destinatários as partes, terceiros e representantes legais destes em casos de: (i) incumprimento de uma ordem de divulgação de um tribunal nacional ou recusa de a cumprir; (ii) destruição de elementos de prova relevantes; (iii) incumprimento das obrigações impostas por decisão do tribunal nacional destinadas a proteger informações confidenciais ou recusa de as cumprir; e (iv) violação dos limites à utilização de elementos de prova, previstos no Capítulo II. As sanções previstas deverão incluir, por imposição da Diretiva⁷⁹, a possibilidade de o tribunal retirar conclusões desfavoráveis, do ponto de vista processual, perante o comportamento de uma parte na ação de indemnização⁸⁰.

⁷⁷ Vd. art. 6.º, n.º 11, da Diretiva. Como é bom de ver, tal pressupõe, logicamente, que às ANC seja dado conhecimento de que tal acesso foi pedido. Neste sentido, esta avaliação das ANC deverá ser efetuada “à luz do impacto que tal divulgação possa ter na efetividade da aplicação pública do direito da concorrência⁷⁷”. Vd. ainda o Ponto 74 da Exposição de Motivos.

⁷⁸ Vd. art. 8.º, n.º 1.

⁷⁹ Vd. Art. 8.º, n.º 3, *in fine*. Por conclusões desfavoráveis deverá entender-se que tal consiste em “*presumir que os factos controvertidos ficaram provados ou julgar, total ou parcialmente, improcedentes os pedidos e meios de defesa, bem como condenar no pagamento das custas*”.

⁸⁰ De acordo com o disposto no art. 18 da Proposta, estão previstas multas processuais específicas para sancionar as condutas elencadas neste artigo. De notar que estas multas são mais elevadas que as constantes do CPC para situações semelhantes, de modo a cumprir o carácter dissuasivo das sanções imposto pela Diretiva. Prevê-se ainda o decretamento de sanções pecuniárias compulsórias. Ademais, nos termos do n.º 4 do normativo mencionado *supra*, sempre que uma das condutas sancionáveis seja imputável a uma parte, o tribunal deve apreciar o seu valor para efeitos probatórios (Consoante o disposto no art. 18, n.º 4, *in fine*, tal é apreciado sem prejuízo da inversão do ónus da prova nos termos do disposto no art. 344, n.º 2, do CC).

iv. O acesso aos meios de prova no contexto do direito nacional

Por oposição ao que se verifica nos países de tradição de *common law*, o acesso a meios de prova no âmbito processual não envolve apenas as partes, pelo que o juiz desempenha um papel importante⁸¹, como veremos. Assim, aplicam-se as regras gerais contidas no CPC⁸², em consonância com os princípios da igualdade de armas e do contraditório⁸³.

Deste modo, o autor pode requerer ao juiz que garanta acesso a documentos que estejam na posse da contraparte ou de terceiro, desde que prove que os factos que pretende provar têm interesse para a decisão da causa⁸⁴.

Assim, incumbindo a todos, partes ou não na causa, o dever de cooperação para a descoberta da verdade, os que recusarem a colaboração devida serão condenados em multa. Ademais, se o notificado alegar que o documento não está em sua posse, ao requerente é admitido provar que tal não é verdade e aquele, por sua vez, deverá demonstrar que, sem culpa sua, o documento desapareceu ou foi destruído. Se não se verificar a entrega nem esta declaração, então, o tribunal pode ordenar a apreensão do documento⁸⁵, além da condenação em multa.

A solução adotada na Proposta de Anteprojeto de Transposição reflete, pois, o respeito pelo dever de cooperação, na medida em que se encontra prevista a possibilidade de o tribunal, a pedido de qualquer parte no processo, ordenar a apresentação de meios

⁸¹ PERES, J. V. e CADETE, E. M. – “Chapter 18: Portugal”, in *The Private Competition Enforcement Review*, Ilene Knable Gotts (ed.), 4.^a Edição, Law Business Research Ltd, 2011, p. 264.

⁸² Cf. artigos 429 e seguintes do CPC.

⁸³ Cf. FREITAS, J. Lebre de, *Introdução ao Processo Civil*, 3.^a Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2013, p. 128, em que o A. refere que “no plano da prova, o princípio do contraditório exige: a) que às partes seja, em igualdade, facultada a proposição de todos os meios probatórios potencialmente relevantes para o apuramento da realidade dos factos (principais ou instrumentais) da causa [...]”.

⁸⁴ Situação próxima é a do ordenamento espanhol, cf. art. 328 LEC. Tal como referem, SOPEÑA BLANCO, V. e MARTÍN MARTÍN, G., *ob. cit.*, p. 9.

⁸⁵ Nos termos do art. 417, n.º 3, do CPC, excepcionam-se duas situações: a da ressalva da escrituração comercial e a da recusa de entrega justificada, quando esta importe a violação da integridade física ou moral das pessoas, a intromissão na vida privada ou familiar, no domicílio ou na correspondência e nas telecomunicações, ou ainda a violação do sigilo profissional ou de funcionários públicos, ou do segredo de Estado. Assim, no contexto de uma ação de indemnização por danos resultantes da atuação de cartéis, parece-nos que será maioritariamente relevante a ressalva da escrituração comercial e a recusa de entrega justificada a que importa a violação do sigilo profissional ou de funcionários públicos.

de prova que estejam na posse da contraparte ou de terceiro, em que se incluem entidades públicas⁸⁶, sendo que ao possuidor é dada previamente oportunidade de pronúncia. Num campo mais sensível, encontra-se também prevista a possibilidade de apresentação de meios de prova que contenham informações confidenciais, sendo que esta é acompanhada de um elenco não taxativo de medidas de proteção daquelas informações⁸⁷.

Com efeito, de acordo com NORONHA, as soluções da Diretiva parecem revelar uma inclinação para a convergência parcial e tendencial quanto às consequências processuais previstas para os casos de recusa perante uma ordem de exibição de documentos⁸⁸.

v. Críticas

Conforme o exposto, de notar que o estabelecimento da proteção absoluta de algumas categorias de documentos no texto da Diretiva⁸⁹ constitui, por isso, um limite intransponível ao acesso a meios de prova que, de acordo com BROKELMANN, vem, assim, reduzir a incerteza e insegurança jurídicas existentes desde as decisões *Pfleiderer e Donau Chemie*, em que os órgãos jurisdicionais nacionais deveriam recorrer ao exercício de ponderação de interesses e assim decidir no caso concreto, no que respeita à obtenção de meios probatórios por terceiros, o que levantaria inúmeras questões, em especial, quanto a documentos como as declarações de clemência⁹⁰ e outros incluídos num processo de uma ANC.

Deste modo, com a transposição da Diretiva para os ordenamentos jurídicos dos EM, as vítimas das infrações vão deixar de poder requerer acesso às declarações de clemência e às propostas de transação. Pensamos que, tal como refere SAAVEDRA, esta

⁸⁶ Cf. art. 12, n.º 1 a 6 e 9 da Proposta, segundo o qual este pedido deve ser razoavelmente fundamentado, dotado de indicações dos factos que se pretendem provar e deve ainda identificar as categorias de meios de prova cuja apresentação se pretende. Ademais, a par do juízo de proporcionalidade do tribunal, deverá ter-se ainda em consideração o disposto nas als. a) a c).

⁸⁷ *Vd.* art. 12, n.º 7, da Proposta. No que respeita ao disposto no n.º 9, a necessidade de menção expressa da não divulgação de informações abrangidas pelo segredo profissional do advogado é questionável, sendo que já decorreria da lei. Neste sentido, cf. art. 417, n.º 3, al. c), do CPC e ainda art. 92 do EOA.

⁸⁸ Cf. NORONHA, J. Espírito Santo, *ob. cit.*, p. 73.

⁸⁹ Cf. art. da 6.º, n.º 6, da Diretiva e art. 14, n.º 5, da Proposta.

⁹⁰ BROKELMANN, H. – “La Directiva de Daños y su Transposición en España” in *Revista General de Derecho Europeo*, Vol. 37, 2015, p. 15.

opção se justifica, por ter em vista garantir o bom funcionamento do mecanismo da clemência e o respeito pela certeza e segurança jurídicas e ainda pelo princípio da efetividade⁹¹. Com efeito, a Diretiva vem então prever uma presunção de danos, com o objetivo de diminuir a necessidade de acesso a provas no que respeita à verificação do nexo de causalidade entre a conduta ilícita e o dano dela resultante. Contudo, os lesados carecerão ainda de meios probatórios para a quantificação dos danos.

É precisamente na matéria da prova que se insere a solução sugerida pela Diretiva em que a AdC foi um pouco mais longe na sua Proposta de Transposição. Poderá, por isso, contestar-se esta opção, na medida em que tal poderá resultar numa alteração do sistema ónus da prova (estático), uma vez que é atribuído ao juiz um poder de investigação de matéria de facto e de prova.

Imagine-se uma situação em que a vítima requer ao juiz o acesso a documentos que se encontra na posse da contraparte para prova. Não estaremos a aproximar-nos de um sistema em que o juiz pode alterar o ónus da prova, uma vez que, através de um juízo de plausibilidade, razoabilidade e proporcionalidade, decide conceder ou não acesso a meios de prova⁹²? Se assim for, não estarão em causa a segurança e certeza jurídicas? É ainda possível ir mais longe, ponderando se esta questão será discutível no que respeita às restantes ações de indemnização.

Ainda que a solução da Diretiva não se afigure ainda como uma solução ideal, nem tão-pouco pacífica, talvez seja de considerar que é a solução que mais se aproxima dos objetivos que aquela prossegue, sendo certo que, sem esta possibilidade conferida aos lesados, então, a probabilidade de estes conseguirem sustentação para as suas pretensões indemnizatórias será muito menor ou praticamente inexistente. Aliás, podemos avançar ainda com a ideia de que a figura do juiz é a que se apresenta mais adequada para decidir sobre a concessão ou não de acesso a meios probatórios.

⁹¹ SAAVEDRA, A. – “The Relationship between the Leniency Programme and Private Actions for Damages at the EU Level”, in Revista de Concorrência e Regulação, Almedina, Ano I, N.º 4, 2010, p. 11.

⁹² Cf. Competition Policy Brief, Issue 1, 2015, pp. 2-3, “*To avoid fishing expeditions (non-specific or overly broad searches for information that is unlikely to be relevant for the parties to the proceedings) and other abuses, judges have the final say in the disclosure system; the judge has to assess the relevance and proportionality of a disclosure request*”, disp. em: http://ec.europa.eu/competition/publications/cpb/2015/001_en.pdf

Creemos, todavia, que a extensão desta problemática às restantes ações de indemnização não será uma verdadeira questão, tendo sempre presente as especificidades que caracterizam as ações de indemnização por infração ao direito da Concorrência.

IV. A repercussão dos custos adicionais e a admissibilidade da “*passing-on defence*”

Abordada a questão do acesso aos documentos, procederemos em seguida à análise da questão da “*passing-on defence*” ou defesa baseada na repercussão de custos adicionais ou sobrecustos, já anteriormente reconhecida através de decisões do TJUE⁹³, sendo uma das grandes questões do *antitrust private enforcement*. Esta consiste na possibilidade de, numa ação de indemnização, ser invocada como meio de defesa o facto de o lesado ter repercutido total ou parcialmente os custos adicionais resultantes da infração ao direito da Concorrência⁹⁴.

A problemática da “*passing-on defence*” prende-se, desde logo, com a dúvida sobre a quem deve ser conferida a possibilidade para invocar tal defesa. Não parecem existir hesitações quanto à possibilidade de invocação da “*passing-on defence*” pelos infratores demandados, com vista à sua defesa perante uma pretensão de adquirentes diretos. O cerne daquela reside, por isso, na extensão daquela possibilidade aos adquirentes indiretos, tendo sempre em vista a plena efetividade do direito à reparação integral, que não existirá precisamente para adquirentes indiretos sem a admissibilidade da “*passing-on defence*”⁹⁵, afigurando-se, por isso, curiosa a abordagem do sistema norteamericano que analisaremos adiante.

⁹³ Designadamente, *Courage e Manfredi*.

⁹⁴ De acordo com HERRERO SUÁREZ, C., *ob. cit.*, p. 178, a admissibilidade da *passing-on defence* na Europa justifica-se através da finalidade compensatória que se atribui à aplicação privada do Direito da Concorrência, e à responsabilidade civil em geral, pelo que se apresenta a *passing-on defence* como uma manifestação do princípio geral que vem consagrado na maioria dos ordenamentos jurídicos como enriquecimento sem causa.

⁹⁵ SIRAGUSA, M. – “Private damages claims: questions relating to the *passing-on defence*”, in Oxera Agenda, 2011, p. 1, em que o A. faz referência, desde logo, aos dois possíveis usos da “*passing-on defence*”, designadamente, o uso ofensivo, como argumento que permita aos adquirentes indiretos apresentarem pretensões indemnizatórias, e o uso defensivo, como meio de defesa, limitando o *quantum* indemnizatório.

i. A inadmissibilidade da “*passing-on defence*” nos EUA

A matéria em torno desta questão foi discutida nos EUA, desde logo nos anos 60 e 70, em especial, em torno dos casos *Hanover Shoe*⁹⁶ e *Illinois Brick*⁹⁷, em que o *U.S. Supreme Court* decidiu, respetivamente, que a possibilidade de um demandante ter repercutido alguns dos sobrecustos resultantes de uma infração à *antitrust law* nos consumidores não é relevante e ainda que as ações interpostas por adquirentes indiretos deverão ser recusadas⁹⁸. Tal justificou-se com base na ideia em que se tal possibilidade fosse admissível conduziria a uma complicação excessiva das pretensões indemnizatórias, além de que as “*private actions*” perderiam o seu efeito dissuasor⁹⁹.

Estas decisões podem ser consideradas como um retrocesso para o *antitrust private enforcement*, sendo que a maior objeção que se poderá apontar é a de que desta limitação poderá resultar o não ressarcimento das verdadeiras vítimas das infrações e ainda o aproveitamento indevido dos adquirentes diretos – sendo que tal é visto ainda como um incentivo para intentar estas ações. Todavia, como salienta JONES, estes princípios concentram as ações de indemnização por danos decorrentes de infrações ao direito da Concorrência nas mãos daqueles que mais provavelmente irão intentar tais

⁹⁶ *Hanover Shoe Inc v United Shoe Machine Corp.* 392 US 481, 1968, em que um fabricante de sapatos demandou um fabricante de maquinaria para a indústria do calçado que haveria cometido uma infração à *antitrust law*. Para tal, o demandado alegou que o demandante haveria repercutido os sobrecustos para o consumidor final e, como tal, não teria sofrido danos decorrentes da sua violação.

⁹⁷ *Illinois Brick Co v Illinois* 431 US 720, 1977. Neste caso, o Estado do Illinois intentou uma ação contra fabricantes e distribuidores de betão, alegados infratores, considerando-se aqueles como adquirentes indiretos do cimento utilizado na construção civil.

⁹⁸ Contudo, de notar que estas podem ser intentadas em alguns Estados sobre a lei estadual e não sobre a lei federal, como acontece no Estado da Califórnia sobre o *Cartwright Act*. Neste sentido, tal como refere LANDE, R. – “New Options for State Indirect Purchaser Legislation: Protecting the Real Victims of Antitrust Violations”, in *Alabama Law Review*, Vol. 61, N.º 3, 2010, p. 2, a maioria dos Estados norteamericados conferem legitimidade ativa aos adquirentes indiretos por via por denominados *Illinois Brick Repealers* (“IBRs”). Todavia, a questão poderá não ser assim tão linear. Vejamos, numa decisão mais recente, o Supreme Court da Califórnia – Estado em que é conferida relevância à possibilidade de os adquirentes indiretos dirigirem as suas pretensões indemnizatórias aos infratores – declarou que esta defesa não seria admissível porque os ora demandantes, enquanto adquirentes indiretos, teriam repercutidos os sobrecustos para os consumidores finais, cf. *Clayworth v. Pfizer* 49 Cal.4th, at 765, 2010.

⁹⁹ Convém, neste contexto, referir que a ideia predominante seria a de que, tal como referem LANDES, W. e POSNER, R. – “Should Indirect Purchasers Have Standing to Sue under the Antitrust Laws? An Economic Analysis of the Rule of Illinois Brick”, in *University of Chicago Law Review*, 46, 1979, p. 605, em caso de conflito entre os dois objetivos principais do *antitrust private enforcement* – *deterrence* e *compensation* –, o objetivo prevalecente o seria, pois, o objetivo de *deterrence* (dissuasão), com base no argumento de que se as infrações à *antitrust law* não fossem dissuadidas, então, as oportunidades para compensar as suas vítimas seriam ainda menores e ainda que o contrário não se verificaria, i.e., mesmo que as vítimas fossem devidamente compensadas, a ineficiência social resultante daquelas violações persistiria.

ações, simplificando, naturalmente, a quantificação de danos ao longo da cadeia de distribuição e, por isso, diminuindo os custos processuais¹⁰⁰. Esta é, então, a linha de raciocínio seguida para argumentar em favor da limitação da “*passing-on defence*” a ser conferida apenas aos adquirentes diretos¹⁰¹.

Tal como referido *supra*, nos EUA, a nível federal, vigora a regra segundo a qual a legitimidade ativa é exclusivamente concedida aos adquirentes diretos. Tal tem por base a convicção de que o objetivo de dissuasão das leis no domínio *antitrust* é manifestamente superior ao objetivo de compensação. A grande questão que aqui reside é saber se os objetivos da *antitrust law* sofreram um avanço ou um recuo em face da admissibilidade da legitimidade ativa dos adquirentes indiretos.

De acordo com LANDES e POSNER, o incentivo dos adquirentes diretos para demandar infratores, com vista a obter ressarcimento pelos danos resultantes das infrações por estes cometidas, será maior se para isso àqueles for concedida legitimidade ativa exclusiva¹⁰². Além do mais, é ainda defendido pelos AA. que os adquirentes diretos se encontram em melhor posição – devido ao acesso à informação que lhes é permitido – para investir na própria investigação e litigância que caracteriza esta matéria. Neste sentido, os AA. concluem que a admissibilidade da legitimidade ativa dos adquirentes indiretos iria, provavelmente, resultar num atraso no progresso do *antitrust private enforcement*, com base numa análise económica do impacto da admissão da “*passing-on defence*” a adquirentes indiretos.

ii. As soluções da Diretiva

Em paralelo com o exposto, na UE, a matéria foi, desde logo, discutida nas instâncias europeias. Assim, o reconhecimento do princípio compensatório foi analisado pelo TJUE nas decisões *Courage* e *Manfredi*, legitimando, assim, os adquirentes indiretos

¹⁰⁰ JONES, A. – “Private Enforcement of EU Competition Law: A comparison with, and lessons from, the US”, in *Harmonising EU Competition Law: The New Directive and Beyond*, 1.ª Edição, Hart Publishing, 2016, p. 5. Por oposição, o contrário aumentaria os custos processuais e, consequentemente, reduziria o incentivo a intentar as ações.

¹⁰¹ LANDES, W. e POSNER, R., *ob. cit.*, pp. 608-609.

¹⁰² LANDES, W. e POSNER, R., *ob. cit.*, pp. 608-609.

a obter ressarcimento por danos resultantes de uma infração ao direito da Concorrência. Contudo, julga-se que a jurisprudência europeia é algo insuficiente no que respeita à harmonização desta problemática nos variados ordenamentos jurídicos dos EM. Como aponta DUMBROVSKY, em primeiro lugar, há que referir que estes detêm ainda uma fraca experiência no que respeita ao *private enforcement* do direito da Concorrência e a todo o aparato legal que o circunda (a título de exemplo, em matéria das “*class actions*”¹⁰³). Um segundo ponto será a ideia de que é difícil conciliar as duas vertentes do *enforcement* do direito da Concorrência, matéria que ainda ameaça alguns dos ordenamentos jurídicos. E em terceiro lugar, esta pode ser vista como politicamente sensível e, por isso, pouco bem-vinda, pois poderá parecer uma tentativa de implementação da “*ill culture of litigation*” norte-americana na Europa¹⁰⁴.

É neste sentido que a Diretiva, no seu capítulo IV¹⁰⁵, vem abordar a questão, tendo sempre presente que o objetivo principal daquela é o da consagração do direito à reparação integral, assegurando que “*as pessoas singulares ou coletivas que sofram danos causados por infrações ao direito da concorrência possam pedir e obter a reparação integral desses danos*”¹⁰⁶. Deste modo, a reparação integral deve colocar “*a pessoa que sofreu danos na posição em que estaria se a infração ao direito da concorrência não tivesse sido cometida*”¹⁰⁷, de forma a que englobe danos emergentes e lucros cessantes, acrescidos de juros.

A problemática inicia-se, desde logo, com a possibilidade de a reparação integral poder conduzir à reparação excessiva, como veremos adiante. É neste sentido que, a fim de garantir a plena efetividade do direito à reparação integral, a Diretiva vem admitir a

¹⁰³ A questão da propositura de ações coletivas parece ter sido remetida para uma Recomendação (2013/396/UE), possivelmente por falta de consenso entre os EM nesta matéria, por oposição ao que se verifica no sistema *antitrust* norte-americano, na qual se sugere a adoção de um sistema “*opt-in*”, com base no princípio da adesão. Esta matéria é especialmente relevante para o ordenamento jurídico português, que prevê o mecanismo de *actio popularis* – ou sistema “*opt-out*”, que se caracteriza pela sua singularidade e pragmatismo no contexto da UE. Neste sentido, e com maior desenvolvimento do tema, *vd.* ROSSI, L. e FERRO, M. S. – “Private Enforcement of Competition Law in Portugal (II): Actio Popularis – Facts, Fictions and Dreams”, Revista de Concorrência e Regulação, Almedina, Ano IV, n.º 13, 2013, p. 36.

¹⁰⁴ DUMBROVSKY, T. – “Passing-on-standing Matrix in Private Antitrust Enforcement: a Reconciliation of Economic and Justice Approaches”, European University Institute, EUI Working Paper MWP 2013/10, 2013, p. 2.

¹⁰⁵ *Vd.* Art. 13.

¹⁰⁶ *Vd.* Art. 3.º, n.º 1.

¹⁰⁷ *Vd.* Art. 3.º, n.º 2.

repercussão de custos adicionais, através da legitimização das pretensões dos adquirentes diretos, naturalmente, e dos adquirentes indiretos¹⁰⁸, em conformidade com as decisões *Courage* e *Manfredi*. Esta abordagem tem em vista “*que sejam evitadas a reparação excessiva do dano causado ao demandante pela infração ao direito da concorrência, e a ausência de responsabilidade do infrator*”¹⁰⁹, pautando-se pelo princípio compensatório e pela proibição do enriquecimento dito injusto. Assim, a repercussão de sobrecustos deverá ser apropriadamente regulada a nível processual, de modo a que se assegure que “*a reparação por danos efetivos a qualquer nível da cadeia de abastecimento não exceda o dano de custo adicional sofrido a esse nível*”¹¹⁰.

Contudo, no que respeita a “*ações de indemnização nas quais a existência de um pedido de indemnização ou o montante da reparação a atribuir dependam de terem sido repercutidos custos adicionais no demandante ou do grau de tal repercussão, tendo em conta a prática comercial de repercutir os aumentos de preço a jusante da cadeia de abastecimento*”¹¹¹, o ónus da prova da existência e do âmbito dessa repercussão recai sobre o demandante. De acordo com LOMBARDI, a Diretiva cria ainda mais incongruências através do estabelecimento de certas presunções¹¹², como veremos adiante.

iii. A articulação da repercussão dos custos adicionais, em especial, das presunções estabelecidas pela Diretiva com as soluções nacionais

Numa ação de responsabilidade civil extracontratual por danos resultantes de infração ao direito da Concorrência, a admissibilidade de os demandados poderem, enquanto linha de argumentação, afirmar que tais danos foram repercutidos e que, por essa razão, não causaram verdadeiros prejuízos aos demandantes poderá ser lida à luz dos

¹⁰⁸ Cf. a definição dada pelo art. 2.º, n.º 1, 20), em que por adquirente indireto se entende “*uma pessoa singular ou coletiva que adquiriu, não diretamente a um infrator subsequente, bens ou serviços objeto de uma infração ao direito da concorrência ou bens ou serviços*”.

¹⁰⁹ *Vd.* Art. 12, n.º 1.

¹¹⁰ *Vd.* Art. 12, n.º 2.

¹¹¹ *Vd.* Art. 14, n.º 1.

¹¹² LOMBARDI, C. – “The passing-on of price overcharges in European competition damages actions: A matter of causation and an issue of policy”, Discussion Paper, Europa-Kolleg Hamburg, Institute for European Integration, N.º 8, 2015, p. 27.

princípios do contraditório e da igualdade de armas, que caracterizam a lei processual civil no nosso ordenamento jurídico.

Estes constituem a manifestação do princípio da igualdade das partes, implicando, por isso, a paridade simétrica das suas posições perante o tribunal, o que não se verifica tipicamente nas ações de indemnização por danos causados por uma conduta anti-concorrencial, devido, sobretudo, à assimetria de informação que se verifica entre autores e réus. Este princípio “*impõe o equilíbrio entre as partes ao longo de todo o processo, na perspectiva dos meios processuais de que dispõem para apresentar e fazer vingar as respetivas teses: não implicando uma identidade formal absoluta de todos os meios, que a diversidade das posições das partes impossibilita (...)*”¹¹³.

Neste sentido, o facto de se possibilitar a invocação da repercussão de sobrecustos e da “*passing-on defence*” pode ser visto como uma tentativa de equilíbrio dos sujeitos processuais. Assim, tal como afirmam VERBOVEN e DIJK, se tal não fosse possível, poder-se-iam originar situações de enriquecimento sem causa, uma vez que, provada a repercussão, se aquela defesa não fosse possível, haveria uma sobrecompensação dos demandantes, que não haveriam sofrido totalmente aqueles danos¹¹⁴. Estamos, então, a possibilitar que os adquirentes indiretos atuem como partes lesadas nestas ações? Se tal não fosse permitido¹¹⁵ podia questionar-se se não estaria aqui em causa o acesso ao Direito e à tutela jurisdicional efetiva¹¹⁶.

Neste sentido, não se levantam dúvidas de que um lesado de uma infração ao direito da Concorrência tem direito a ser ressarcido pelos danos causados na sua esfera jurídica. Para tal, tem à sua disposição o mecanismo do regime geral de responsabilidade civil, nos termos dos artigos 483 e ss. e 562 e ss. do Código Civil. O princípio geral é do que quem está obrigado à reparação de um dano, deve fazê-lo por via da reconstituição

¹¹³ Cf. FREITAS, J. Lebre de, *Introdução ao Processo Civil*, 3.^a Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2013, pp. 136-137.

¹¹⁴ VERBOVEN, F. e DIJK, T. – “The Passing-on defence and the full compensation principle”, in *Competition damage evaluation: a short state-of-play*, *Concurrences* n.º 3-2010, p. 1.

¹¹⁵ De notar que, nos termos da decisão *Manfredi*, “*a qualquer lesado*”. Cf. para. 61.

¹¹⁶ Cf. CANOTILHO, J. J. G. e MOREIRA, V., *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Artigos 1º a 107º, Vol. 1, 4.^a Edição, Coimbra Editora, 2007, pp. 408-409, em que os AA. salientam que “*ninguém pode ser privado de levar a sua causa (relacionada com a defesa de um direito ou interesse legítimo e não apenas de direitos fundamentais) à apreciação de um tribunal, pelo menos como último recurso*”.

natural, *i.e.*, da situação que se verificaria se não se registasse a violação que levou à produção de danos. Todavia, se aquela não for possível, a indemnização é fixada em dinheiro, o que se verificará no domínio das violações anti-concorrenciais. Assim, no que respeita a responsabilidade por factos ilícitos, os infratores ficam obrigados a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação ilícita do direito de outrem.

Deste modo, a regra geral para as ações de responsabilidade civil é a de que ao autor cabe provar os pressupostos de tal responsabilidade, salvo existência de presunção, sendo aqueles o facto voluntário do lesante/infrator, a sua ilicitude, a culpa, o dano e o nexo de causalidade.

Na verdade, acontece que, no âmbito das *antitrust private actions* os pressupostos da responsabilidade civil de verificação de um facto ilícito encontram-se como que pré-determinados, graças ao estabelecimento de presunções como referido¹¹⁷, pelo que cabe apenas ao autor alegar que tal ilícito constitui causa de pedir na ação de indemnização proposta contra o infrator. Desta forma, aquela solução não se apresenta como uma verdadeira derrogação das regras nacionais de distribuição do ónus da prova¹¹⁸, pois ao autor recai ainda o ónus da prova do dano e do nexo da causalidade entre o comportamento ilícito e o dano. Contudo, é precisamente em torno destas matérias que surgirão as maiores dificuldades, designadamente, em termos de prova.

A solução acolhida na Proposta de Anteprojeto de Transposição reflete sem grande variação a solução da Diretiva, acolhendo, por isso, a “*passing-on defence*” e atribuindo ao réu que a invoca o respetivo ónus da prova¹¹⁹.

Admitindo, então, este meio de defesa, haverá que proceder a um exercício de ponderação entre o ónus do demandado invocar a repercussão e a faculdade de o adquirente indireto contestar esta alegação – exigindo, por sua vez, uma indemnização pelos danos resultantes de uma conduta anti-concorrencial daquele demandado¹²⁰.

¹¹⁷ Cf. ponto iii *supra*, pp. 35.

¹¹⁸ Cf. NORONHA, J. Espírito Santo, *ob. cit.*, p. 75.

¹¹⁹ Cf. art. 8.º, n.º 1 da Proposta.

¹²⁰ Solução também acolhida na Proposta. *Vd.* art. 8.º, n.º 2 e n.º 3.

Assim, ainda que aquele ónus recaia sobre o demandante, o seu esforço encontra-se como que facilitado ou simplificado¹²¹ devido à presunção contida no número seguinte, segundo a qual se consideram repercutidos os sobrecustos quando aquele demonstra que: i) o demandado cometeu uma infração ao direito da concorrência; ii) a infração ao direito da concorrência teve como consequência um custo adicional para o adquirente; e que iii) o adquirente indireto adquiriu os bens ou serviços que são objeto da infração ao direito da concorrência, ou adquiriu bens ou serviços derivados dos bens ou serviços que são objeto dessa infração ou que os contêm¹²².

Ora, cumpre referir que esta primeira condição ou requisito se encontra automaticamente preenchida nas ações subsequentes a um procedimento de uma ANC ou “*follow-on actions*”, na medida em que as decisões das ANC sobre a existência de uma infração constituem prova “*prima facie*”. Assim, o mesmo se verificará com a segunda condição, devido ao estabelecimento da presunção de que os cartéis provocam danos¹²³. Sendo estas presunções *iuris tantum*, o demandado pode sempre refutá-las¹²⁴, demonstrando, de maneira credível em tribunal, que o custo adicional não foi repercutido, nem total nem parcialmente, no adquirente indireto¹²⁵.

As dúvidas surgem, por isso, na demonstração do terceiro requisito ou condição, *i.e.*, de que o adquirente indireto adquiriu os bens ou serviços que são objeto da infração ao direito da concorrência, ou adquiriu bens ou serviços derivados dos bens ou serviços que são objeto dessa infração ou que os contêm. Desta formulação surgem dificuldades

¹²¹ LOMBARDI, C., *ob. cit.*, p. 28.

¹²² HERRERO SUÁREZ, C., *ob. cit.*, p. 178, evidencia que, com vista a facilitar a propositura de ações por parte dos clientes indiretos, a Comissão propôs aos EM a adoção de uma regra que visa simplificar o nexo causal, mais concretamente, através da fixação de uma presunção *iuris tantum* de repercussão dos custos adicionais. Deste modo, caberá aos juízes nacionais esta valoração e, para tal, a Comissão prevê a futura elaboração de diretrizes e orientações sobre a forma de cálculo da percentagem do custo adicional repercutido.

¹²³ *Vd.* Art. 17.º, n.º 2. De acordo com o disposto no Considerando 47, esta presunção tem em vista a correção das assimetrias de informação e a superação de outras dificuldades associadas à quantificação de danos em processos no domínio do direito da Concorrência. Com efeito, presume-se que os cartéis provocam danos, especialmente, no que respeita aos efeitos sobre os preços, na medida em que ou dão origem a um aumento dos preços ou impedem a descida dos mesmos, o que, de outra forma, não se registaria na ausência de atuação dos cartéis.

¹²⁴ *Vd.* Considerando 39 da Diretiva e ainda o disposto no art. 8.º, n.º 1, *in fine*, da Proposta de Transposição.

¹²⁵ *Cf.* art. 8.º, n.º 2 do diploma de transposição e em cumprimento do art. 14, n.º 1, da Diretiva.

interpretativas¹²⁶. No entendimento de LOMBARDI, a razão de ser de extensão e delimitação desta possibilidade a quem indiretamente adquiriu bens ou serviços derivados através da cadeia distributiva é a de que, caso tal não fosse admissível, então, estaríamos a possibilitar que todo e qualquer adquirente que tivesse adquirido um bem ou produto do cartel invocasse esta situação, pelo que, deste modo perder-se-ia o nexo causal e, bem assim, as funções do *antitrust private enforcement* seriam desvirtuadas¹²⁷. Relativamente à questão do nexo de causalidade, um dos raciocínios lógicos, na perspectiva de defesa do infrator, será a de que os danos, que terão tido origem na conduta daquele, são remotos, distantes e dispersos ao longo da cadeia distributiva e, por essa razão, estará interrompido o nexo causal¹²⁸.

Assim sendo, a efetividade do direito reparação efetiva dos adquirentes indiretos é equilibrada¹²⁹, tal como salienta LOMBARDI, na medida em que a Diretiva vem adotar a solução da “*passing-on defence*” possibilitando-a aos demandados, sendo que sobre estes impenderá o ónus da prova de que os custos adicionais foram repercutidos¹³⁰. Para isso, é-lhe conferida a possibilidade de “*razoavelmente requerer a divulgação de informações pelo demandante ou por terceiros*”¹³¹.

Poderão ainda surgir questões quanto ao alcance e natureza do dano¹³², na medida em que de acordo com o disposto no art. 3.º, n.º 2, da Diretiva, a reparação integral dos

¹²⁶ LOMBARDI, C., *ob. cit.*, pp. 29-30, em que o A. duvida da clareza desta norma: “*The broad formulation of the third condition placed by Article 14.2 also simplifies the burden of proof of the claimant but creates interpretative issues. What does the norm mean by “goods or services derived from or containing the goods or services that were the subject of the infringement”? This is open to question*”.

¹²⁷ LOMBARDI, C., *ob. cit.*, p. 30.

¹²⁸ Todavia, como refere DUMBROVSKY, T., *ob. cit.*, p. 19, “*the economic analysis suggests that to pass on the losses to somebody else is rather an obvious consequence of one’s harm*”.

¹²⁹ LOMBARDI, C., *ob. cit.*, p. 30.

¹³⁰ *Vd.* Art. 12, n.º 3. De notar que ao adquirente direto é sempre conferida a possibilidade de ressarcimento por lucros cessantes.

¹³¹ *Vd.* Art. 13.

¹³² Assim sendo, optou-se por referir expressamente, no art. 4.º da Proposta, que a indemnização compreende, por isso, os danos emergentes e lucros cessantes que possam advir da infração, sendo que estes serão calculados desde o momento da ocorrência do dano e sujeitos a atualização nos termos do art. 566, n.º 2, do CC. De notar que tal não prejudica a condenação no pagamento de juros moratórios contados desde o momento da decisão de atualização e até efetivo e integral pagamento. Ora, crê-se que tal já decorreria do regime do CC, mais concretamente, dos artigos 562, 564 e 566, pelo que este preceito não é, de todo, inovador.

danos compreende os danos emergentes¹³³ e os lucros cessantes, acrescidos de pagamento de juros¹³⁴. Relativamente aos lucros cessantes, estabelece-se que o direito de pedir reparação por estes não deverá ser afetado “*nas situações em que a repercussão dos custos adicionais resulte na diminuição de vendas e, por conseguinte, em danos sob a forma de lucros cessantes*”¹³⁵.

Em suma, distinguem-se, e bem¹³⁶, duas situações. A primeira diz, então, respeito à “*passing-on defence*” concedida a favor do infrator que a invoca, naturalmente em sua defesa, alegando que o demandante repercutiu total ou parcialmente os sobrecustos sobre este impostos noutra membro da cadeia de distribuição e, por conseguinte, não terá sofrido danos¹³⁷. Situação distinta é, por isso, a da presunção ilidível a favor do

¹³³ Cf. Considerando 39 da Diretiva, que fornece a definição de danos emergentes, segundo o qual estes “*decorrem da diferença de preço entre o que efetivamente foi pago e o que teria sido pago na ausência de infração*”.

¹³⁴ Assim, torna-se notória a finalidade estritamente compensatória da indemnização no âmbito do *antitrust private enforcement*, excluindo-se, nitidamente, a finalidade punitiva. Cf. HERRERO SUÁREZ, C., *ob. cit.*, p. 173, em que a A. considera que a postura europeia, ainda que menos favorável, seria, pelo menos, receptiva à possibilidade de reconhecimento de danos punitivos, com maior ou menor amplitude, nos casos de ilícitos competitivos. Na perspetiva da A., na ausência de norma europeia específica, cada EM seria livre para fixar os critérios de determinação e liquidação do dano, com o único limite que seria o respeito pelos princípios da eficácia e da equivalência. Neste prisma e em sede de *private enforcement*, o incentivo seria maior pois esperar-se-ia uma maior compensação (compensatória e punitiva) pelos danos causados e, como tal, o efeito útil do art. 101 do TFUE não se veria afetado. Com outro entendimento, KOMNINOS, A. P., *ob. cit.*, p. 9. O A. defende que a aplicação do direito da Concorrência prossegue três objetivos – injuntivo, restaurativo ou compensatório e o punitivo – que são ainda, direta ou indiretamente prosseguido também pelas ações de indemnização. Contudo, o A. ressalva que o “*private enforcement primarily serves the restorative-compensatory objective, while the role of public enforcement here can only be minimal*”. Também neste sentido, ROBLES MARTÍN-LABORDA, A. – “*La función normativa de la responsabilidad por daños derivados de infracciones del Derecho de la competencia. Incidencia de la Directiva 2014/104/UE en el Derecho español*”, Madrid, 2015, pp. 17-18.

¹³⁵ Cf. Considerando 40. Por outro lado, na opinião de FERRO, M. S. - “*EU Law and Interest on Damages for Infringements of Competition Law: A Comparative Report*”, ed. G. Monti – EUI DoL Research Paper N.º 11, 2016, p. 26-27, “*it appears that provided courts assess the opportunity costs suffered by the claimant as a result of the unavailability of money from the time payment is made, then the claimant obtains full compensation (...) in this respect there is not a systematic incompatibility between the Portuguese approach and EU Law*”.

¹³⁶ ALFARO, J. e REHER, T. – “*Towards the Directive on private Enforcement of EC Competition Law: is the Time ripe?*”, *The European Antitrust Review*, *Global Competition Review*, 2010, p. 2.

¹³⁷ Em última instância, mesmo que se conclua pela existência de repercussão dos sobrecustos, tal não significa que os danos fiquem por ressarcir a quem de direito, nomeadamente, aos consumidores finais.

consumidor, de que os sobrecustos resultantes de uma infração ao direito da Concorrência, nos termos dos artigos 101 e 102 do TFUE, foram repercutidos¹³⁸.

Numa primeira linha, é possível afirmar que a Comissão¹³⁹, com a adoção desta solução da “*passing-on defence*” quis reforçar a ideia da plena efetividade do direito à reparação integral por danos causados por uma infração ao direito da Concorrência¹⁴⁰, anteriormente reconhecida pelo TJUE na decisão *Courage vs Crehan*¹⁴¹. Então, a relevância da presunção na matéria da prova da existência de danos torna-se questionável, nomeadamente, no que respeita ao princípio da efetividade e ainda tendo sempre presente a assimetria de informações entre autores e réus no domínio das *antitrust private actions*.

Por outro lado, ainda que se tenha sempre em vista o objetivo último da Diretiva de reparação integral dos danos, a “*passing-on defence*” poderá apresentar um efeito negativo no que respeita a incentivar as ações de indemnização pelos adquirentes diretos, uma vez que o demandado poderá recorrer à “*passing-on defence*” e, como tal, demonstrar que houve repercussão dos custos adicionais num adquirente indireto¹⁴². Neste prisma, este meio de defesa poderá vir a apresentar um efeito desencorajador destas ações. Todavia, este efeito desencorajador poderá ser evitado através de uma interpretação restritiva deste meio de defesa por parte dos tribunais¹⁴³, isto porque uma interpretação literal poderá induzir o risco de se reduzir a aplicação privada do direito da Concorrência e a efetividade prática do direito reconhecido e consagrado pela Diretiva.

¹³⁸ Tal como refere MORAIS, L., *ob. cit.*, p. 37, “*in indirect purchaser actions the potential claimant will have to prove the scope and existence of the pass-on*”.

¹³⁹ Encontram-se estabelecidas na Diretiva outras regras como: (i) a da reparação por danos efetivos a qualquer nível da cadeia de abastecimento; (ii) a salvaguarda, da possibilidade de os lesados serem ressarcidos a título de lucros cessantes, devidos à repercussão parcial ou total dos danos; (iii) a da adaptação destas regras no caso de a infração se relacionar com um fornecimento ao infrator; e (iv) finalmente, a da competência, de acordo com as legislações nacionais, para calcular a parte dos custos adicionais.

¹⁴⁰ LOMBARDI, C., *ob. cit.*, p. 27. Segundo o entendimento do A., “*the Commission proposed to introduce the passing-on both as a ‘sword’ and as a ‘shield’ in the EU legislation, in order to make it applicable in the whole EU area*”.

¹⁴¹ Cf. ALFARO, J. e REHER, T., *ob. cit.*, p. 2.

¹⁴² PEYER, S. – “Compensation and the Damages Directive”, Centre for Competition Policy – University of East Anglia, Working Paper 15-10, 2015, p. 26, em que o A. salienta que “*first, it means that the expected reward from litigation or settlement is likely to be lowered compared to a framework without passing-on. That, in turn, reduces the incentives to sue. Second, legal costs are likely to increase. Establishing the exact amount that has been passed through to the next level is complex, adding to the costs of negotiation or litigation while, at the same, increasing the uncertainty as to the final reward from legal action*”.

¹⁴³ Tal como sublinha, HERRERO SUÁREZ, C., *ob. cit.*, p. 179.

Esta solução detém alguma importância, nomeadamente, porque os adquirentes indiretos são aqueles que, por via de regra, sofrem pequenas perdas, muitas vezes situando-se longe do infrator na cadeia de abastecimento e, como tal, o seu nível de desconhecimento da natureza e extensão do dano é considerável¹⁴⁴. Logicamente, serão estes adquirentes indiretos quem terá maiores dificuldades em ter acesso à informação e, conseqüentemente, os custos numa ação serão maiores se tiverem que pedir divulgação de documentos ao infrator ou terceiros. Deste modo, no texto da Diretiva teve-se, por isso, em consideração, esta situação de dificuldade dos adquirentes indiretos em obter informações e provas suficientes para sustentar um pedido de indemnização o que, de certa forma, vem justificar a presunção contida no art. 14, n.º 2, da Diretiva, com vista a facilitar a prova dos danos¹⁴⁵.

iv. A legitimidade dos adquirentes indiretos e a admissibilidade da “*passing-on defence*”

No âmbito da discussão da legitimidade dos adquirentes indiretos e a admissibilidade da “*passing-on defence*”, uma das questões que surge, desde logo, é a de saber se a repercussão de sobrecustos detém alguma relevância no contexto da adjudicação das pretensões indemnizatórias em casos de infração anti-concorrencial e, admitindo essa relevância, em que perspectiva deve ser colocado o ónus da prova daquela

¹⁴⁴ PEYER, S., *ob. cit.*, p. 25.

¹⁴⁵ Tal como sugere PEYER, S., *ob. cit.*, p. 26, “*a meaningful way to address the issue of small losses and high legal costs is to arrange for an aggregation of individual claims*”. Neste contexto, a Comissão recomendou um modelo de “*opt-in class action*”, cf. Recomendação da Comissão n.º 18. Contudo, o A. admite que mesmo que todos os EM adotassem um esquema idêntico, os custos de uma ação para um adquirente indireto continuariam a superar os benefícios. Neste sentido, vários AA. consideram que a *passing-on defence* terá, por isso, um efeito ambíguo no que respeita a incentivar o recurso a estas ações de indemnização pelos adquirentes indiretos. Cf. *idem, ibidem*, p. 26, HERRERO SUÁREZ, C., *ob. cit.*, p. 179, e MORAIS, L., *ob. cit.*, p. 37. Relativamente às ações situadas em diferentes níveis da cadeia de abastecimento, para evitar tais situações conduzam à responsabilidade múltipla ou à irresponsabilidade do infrator, o art. 15, n.º 1, da Diretiva determina que os EM deverão assegurar que, na apreciação do cumprimento do ónus da prova, os tribunais nacionais possam ter devidamente em conta os meios disponíveis ao abrigo do direito na União e do direito nacional. Estes meios encontram-se elencados, a título exemplificativo, no art. 10, n.º 1, als. a) a c), da Proposta de Transposição: (i) as ações de indemnização relativas à mesma infração, mas intentadas por autores situados noutros níveis da cadeia de produção ou distribuição; ou (ii) as decisões judiciais proferidas no âmbito das ações de indemnização referidas na al. anterior; ou (iii) as informações relevantes de domínio público relativas à aplicação do direito da concorrência por entidades públicas.

repercussão. Assim, não existe uma solução ideal para esta questão, mas sim, como referido anteriormente, duas abordagens possíveis para este problema.

A primeira é a solução adotada em sistemas como o norte-americano, em que a legitimidade das pretensões indemnizatórias em sede de *antitrust private actions* é apenas conferida aos adquirentes diretos dos infratores, impossibilitando-se o recurso à “*passing-on defence*”, tal como exposto anteriormente. Neste cenário, impõe-se que os adquirentes diretos sejam os principais *private enforcers* no domínio antitrust, sendo que aqueles são quem têm melhor acesso a possíveis meios de prova, dadas as ligações com os infratores, e um maior conhecimento das dinâmicas de mercado. Não existe solução ideal, ainda que se possa observar que, negando a legitimidade dos adquirentes indiretos e a admissibilidade da “*passing-on defence*”, existe um maior incentivo para os adquirentes diretos dirigirem as suas pretensões indemnizatórias aos infratores, acontece que podem ainda verificar-se situações de recurso excessivo à litigância e ainda sobrecompensação dos demandantes, uma vez que, a outros adquirentes, possivelmente igualmente lesados, não é conferida tal legitimidade.

A segunda solução é, então, a solução sugerida pela Diretiva, que deverá ser seguida pelos EM, a saber, a possibilidade conferida aos adquirentes indiretos de invocarem “*passing-on defence*”. Esta abordagem da questão da admissibilidade da “*passing-on defence*”, tem uma finalidade notória e estritamente compensatória e assegura ainda que os adquirentes diretos não sejam sobrecompensados em relação ao dano que realmente lhes foi causado, o que vai diretamente de encontro com o disposto na decisão *Manfredi*¹⁴⁶, na medida em que se estabeleceu que “*qualquer pessoa tem o direito de pedir a reparação do dano sofrido quando existe um nexo de causalidade entre o referido dano e um acordo ou uma prática proibida pelo artigo 81.º CE*”.

Em suma, a proibição da “*passing-on defence*” pode ser vista como contrária ao princípio da efetiva reparação por danos resultantes de uma infração ao direito da Concorrência, além de que pode conduzir à sobrecompensação dos adquirentes diretos e ao recurso excessivo à litigância. Porém, a possibilidade de invocação da “*passing-on defence*” também não é pacífica, sendo que torna muito complexo o processo do cálculo

¹⁴⁶ Cf. Ac. *Manfredi*, para. 61.

da repercussão dos sobrecustos e, em última instância, do *quantum* indemnizatório, na medida em que se multiplicam os lesados ao longo de toda a cadeia distributiva.

Por outro lado, quanto à questão da legitimidade dos adquirentes indiretos, a sua negação leva a que possa registar-se um enriquecimento *injusto* dos infratores, uma vez que àqueles não é concedida possibilidade de obterem ressarcimento por danos causados pela conduta ilícita dos infratores e, nessa medida, daqui resulta uma diminuição do efeito dissuasor sobre os cartéis e outras violações ao direito da Concorrência, tão característico destas ações. Por conseguinte, a atribuição de legitimidade aos adquirentes indiretos parece ir mais ao encontro da plena efetividade da reparação por danos no domínio *antitrust*, ainda que, para tal, seja necessária a criação e implementação de meios efetivos para se coordenarem as ações de todos estes contra os infratores.

v. Críticas

Na sequência do exposto, uma crítica geral é da que o principal enfoque da Diretiva é só o de possibilitar o recurso à “*passing-on defence*”, em detrimento de outras questões que daqui derivam e que cujo tratamento não cabe no texto da Diretiva¹⁴⁷, nomeadamente, como é que será concretizada a questão da possibilidade de invocação da “*passing-on defence*” concedida aos adquirentes indiretos.

Pensamos que, tal como evidenciam SOPEÑA BLANCO e MARTÍN MARTÍN, a admissão da “*passing-on defence*” é controversa¹⁴⁸, no sentido em que poderá dificultar as pretensões indemnizatórias dos adquirentes indiretos enquanto lesados, na medida em que os adquirentes diretos estão, geralmente, em melhor posição para interpor este tipo de ações, bem como para fornecer os elementos de prova necessários, devido à assimetria de informação que tanto caracteriza estas ações. Contudo, numa situação de inadmissibilidade da “*passing-on defence*”, tal poderia, como visto anteriormente, resultar num conflito de soluções, divergentes em alguns ordenamentos jurídicos,

¹⁴⁷ Como por exemplo, a questão da reparação excessiva. Tal encontra-se retratado no art. 3.º, n.º 3, da Diretiva, segundo o qual a reparação integral dos danos não poderá conduzir à reparação excessiva, por via de indemnizações punitivas, múltiplas ou de outro tipo, o que obsta, justamente, a que se confira outro carácter à indemnização que não o estritamente compensatório.

¹⁴⁸ SOPEÑA BLANCO, V. e MARTÍN MARTÍN, G., *ob. cit.*, p. 14.

especialmente, aqueles que já preveem a proibição do enriquecimento sem causa, uma vez que, não sendo aquela admissível, sobra apenas o ressarcimento dos adquirentes diretos, o que poderia levar a uma reclamação de um dano que estes não haveriam suportado na sua totalidade.

Todavia, ultrapassando-se esta questão, entendemos que a existência de repercussão de sobrecustos se reconduz, essencialmente, a uma questão de prova¹⁴⁹. Assim, atribuindo-se ao demandado o ónus da prova, à partida, põe-se fim, às divergências existentes nos vários EM¹⁵⁰.

Contudo, admitindo a possibilidade de invocação da “*passing-on defence*” torna-se impossível apontar as variadas consequências que daquela advêm, tal como salienta JURKOWKA-GOMULKA¹⁵¹, mas é possível a enumeração de algumas. Primeiramente, a A. refere que tal facilita a limitação da responsabilidade dos infratores. Em segundo lugar, ao admitirmos a possibilidade de o infrator invocar uma defesa com base na repercussão de sobrecustos, estamos, em simultâneo, a prolongar a lista de entidades – numa perspetiva vertical – que poderão, a final, ser responsabilizadas e, como tal, demandadas numa ação por indemnização por danos resultantes de uma infração ao direito da Concorrência. Num terceiro ponto, é também aumentado círculo de possíveis vítimas, quer a nível de adquirentes diretos, quer a nível de adquirentes indiretos, o que não significa que estes tenham tido necessariamente relações diretas com os infratores e, por

¹⁴⁹ Com efeito, é certo que os elementos de prova são fundamentais para sustentar um pedido de indemnização, mas há que ter em consideração que o domínio específico do direito da Concorrência se caracteriza por uma assimetria de informação, pelo que se deverá assegurar que as vítimas de uma infração consigam efetivamente exercer o seu direito a ressarcimento dos danos, a saber, através do mecanismo de acesso a meios de prova relevantes para o seu pedido, sem necessidade de individualizar estes meios de prova. Vd. Ponto 46 da Exposição de Motivos, de acordo com o qual “*deverá atender-se a quaisquer assimetrias de informação entre as partes e ao facto de a quantificação dos danos implicar a apreciação da forma como o mercado em questão teria evoluído na ausência da infração*”. Tal apreciação implica uma comparação com uma situação hipotética, a qual nunca será, por isso, feita com exatidão. É neste sentido que se dotam os tribunais de competência para a quantificação de danos, ainda com a possibilidade de assistência por parte das ANC de cada EM, naturalmente. Cf. ainda Ponto 59 e 60 da Exposição de Motivos, sendo que a solução nacional pretendeu restringir o âmbito da discricionariedade que cabe à AdC perante um pedido judicial de assistência.

¹⁵⁰ Solução esta que já teria sido acolhida pela jurisprudência espanhola, com vista a não dificultar em demasia a interposição de ações como adquirentes diretos. Cf. SOPEÑA BLANCO, V. e MARTÍN MARTÍN, G., *ob. cit.*, p. 14.

¹⁵¹ JURKOWKA-GOMULKA, A. – “How to Throw the Baby out with the Bath Water. A Few Remarks on the Currently Accepted Scope of Civil Liability for Antitrust Damages”, in *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, Vol. 8, n.º 12, 2015, pp. 71–72.

consequente, sofrido danos decorrentes das infrações por estes cometidas. Concordamos, por isso, que estas consequências demonstram que surgirá alguma incerteza em torno das questões da prova do nexo de causalidade e, em especial, da quantificação dos danos, por não se conferirem limites à cadeia de distribuição e, por isso, dificultando-se os cálculos¹⁵² da repercussão dos sobrecustos¹⁵³.

Além do mais, é de salientar, tal como refere JURKOWKA-GOMULKA, que a Diretiva não estabelece qualquer limite, no que concerne ao longo os níveis da cadeia de distribuição em relação aos danos que podem ser indemnizáveis. Com efeito, não é necessário esperar pela sua transposição – e consequente verificação dos seus efeitos práticos – para se concluir que os infratores serão os principais beneficiários desta “responsabilidade ilimitada”, uma vez que terão maior facilidade em provar que houve repercussão de sobrecustos, conclusão esta que partilhamos.

Por outro lado, mantendo o tom crítico, há que referir que, no que respeita à possibilidade de recurso à “*passing-on defence*” concedida a favor de um infrator, em que este refere que o demandante repercutiu total ou parcialmente os sobrecustos, seria de censurar uma situação em que o infrator não tenha de provar o nexo de causalidade entre o aumento do preço causado pelo demandante e o sobrecusto sobre este imposto pelo próprio infrator. A título de exemplo, tal nexo de causalidade existirá numa situação em que o demandante vende simplesmente o produto comprado ao membro do cartel. Contudo, imaginando uma situação em que o demandante utiliza o produto adquirido junto do membro do cartel, transformando-o e, posteriormente, vendendo o produto final, tal não será tão evidente. Nesta última situação, será extremamente difícil estabelecer se foram ou não repercutidos os sobrecustos pelo demandante.

¹⁵² Para melhores desenvolvimentos, *vd.* a análise económica de VERBOVEN, F. e DIJK, T. – “Cartel damages claims and the passing-on defence”, Working Paper – Centre for Economic Policy Research, Londres, 2007, p. 6 e seguintes.

¹⁵³ Cf. HERRERO SUÁREZ, C., *ob. cit.*, p. 174, em que A. sublinha que a quantificação exata consiste numa das questões mais complexas no âmbito da responsabilidade civil por ilícitos *antitrust*, sendo que a concretização da potencialidade danosa nos patrimónios individuais exige um considerável exercício de especulação, mais ou menos complexo, em função da natureza do caso e da informação disponível. Com preocupação próxima, HOVENKAMP, H. – “Federal Antitrust Policy. The Law of Competition and its Practice”, West, St. Paul, Minnesota, 2011, p. 722, “*the difference between saying a certain practice is harmful and quantifying the amount of harm can be significant*”.

A título de exemplo, no que respeita à possibilidade do adquirente direto do infrator ser bem sucedido com a repercussão de sobrecustos nuns casos, ainda que tenha sofrido perdas noutros casos, sendo que, configurando uma situação deste estilo, o dano sofrido não corresponderá a sobrecustos, mas sim em perdas de negócio, tal como apontam ALFARO e REHER¹⁵⁴. Neste sentido, acompanhando este entendimento, parece-nos que não é possível afirmar com toda a certeza que a Diretiva zela pela efetividade do direito à reparação integral na sua plenitude.

De acordo com BROKELMANN, a solução da Diretiva afasta-se, por isso, da jurisprudência do TJUE quando exclui a possibilidade de recurso à “*passing-on defence*” quando o demandante haja sofrido um lucro cessante precisamente como consequência do aumento dos preços, uma vez que nestes casos não repercute o dano na sua totalidade ao comprador/consumidor, mas tão-somente o dano emergente¹⁵⁵. No entendimento do A., teria sido preferível concentrar as ações de responsabilidade civil por danos causados por infrações ao direito da Concorrência, circunscrevendo-as aos adquirentes diretos, tal como se verifica no sistema norte-americano. No que respeita às ações demandadas por adquirentes indiretos, poderá entender-se que os três requisitos necessários são insuficientes para se estabelecer, por via da presunção, que houve repercussão de sobrecustos¹⁵⁶. Afastamo-nos, desde logo, desta posição, uma vez que a exclusão da possibilidade de invocação da “*passing-on defence*” por adquirentes indiretos implica, então, um impedimento absoluto ao exercício do direito que a Diretiva pretende estabelecer a final.

Ultrapassando a questão da admissibilidade da “*passing-on defence*” e considerando que esta solução se encontra prevista na Diretiva – e que, nesta medida, os EM a deverão adotar –, outros problemas tendem a surgir. Desde logo, cumpre referir que um dos principais problemas será, segundo alguns autores, o da sobrecompensação, cuja

¹⁵⁴ ALFARO, J. e REHER, T., *ob. cit.*, p. 2.

¹⁵⁵ BROKELMANN, H. – “La Directiva de Daños y su Transposición en España” in *Revista General de Derecho Europeo*, Vol. 37, 2015, p. 15.

¹⁵⁶ Neste sentido, BROKELMANN, H., *ob. cit.*, p. 16. O A. refere que, ainda que exista uma presunção *iuris tantum*, esta tem por objetivo facilitar as ações em que os demandantes sejam adquirentes indiretos, em especial, consumidores finais e, como tal, correr-se-á um risco de sobrecompensação e de enriquecimento ilícito das vítimas, incrementando o risco de responsabilidade múltipla dos infratores, ainda que a Diretiva preveja regras com vista a mitigar este risco.

probabilidade se verificar poderá aumentar, devido à presunção ilidível da repercussão de sobrecustos¹⁵⁷. De notar que se alerta para este perigo no texto da Diretiva, mas por razão desconhecida, não são fornecidas quaisquer ferramentas ou soluções com vista a eliminar ou diminuir tal risco. Assim, cremos que a sobrecompensação será uma das fontes de dúvidas que surgirão neste âmbito.

Por conseguinte, há ainda que salientar a complexidade e sofisticação que envolve a invocação da “*passing-on defence*”, sendo que também nesta questão os infratores se encontram numa melhor posição do que os demandantes e mesmo do que os próprios tribunais. A aplicação daquela solução envolve, por isso, um conhecimento técnico bastante especializado do mercado e de determinadas relações económicas¹⁵⁸. Neste sentido, é, desde logo, notória a dificuldade com que se vão deparar os tribunais nacionais durante a análise destes casos¹⁵⁹, ainda que tal dependa do grau de especialização verificado nos tribunais nacionais¹⁶⁰.

Tal como referido anteriormente, a Diretiva prossegue dois objetivos principais, tendo, por isso, em vista a eliminação das ineficiências resultantes da existência de cartéis e das condutas anti-concorrenciais por estes praticadas. Por conseguinte, é neste sentido que a Diretiva apresenta uma norma que estabelece o reconhecimento da “*passing-on defence*”, pelo que a grande dúvida que aqui surge é de saber se esta solução vai, de facto, de encontro com os objetivos do *antitrust private enforcement*. Cremos que sim, admitindo, no entanto, que talvez não o suficiente para estimular o *private enforcement*, através das *antitrust private actions*, em particular, e o equilíbrio de um mercado concorrencial, em geral.

¹⁵⁷ JURKOWKA-GOMULKA, A., *ob. cit.*, p. 73.

¹⁵⁸ De acordo com DUMBROVSKY, T., *ob. cit.*, p. 20, “*the explanation for the discrepancy between antitrust and general torts lies in the methodology used for their analysis. While economic analysis prevails in the antitrust litigation of both the United States and the European Union, it is less used in other tort litigations (and is virtually nonexistent in the tort litigations in the EU Member States)*”.

¹⁵⁹ JURKOWKA-GOMULKA, A., *ob. cit.*, p. 73. Com preocupação próxima, cf. BÜYÜKSAGIS, E – “*Standing and Passing-on in the New EU Directive on Antitrust Damages Actions*”, *Swiss Review of Business Law* 24, Vol. 87, N.º 1, 2015, p. 24, em que o A. refere que “*from the perspective of courts, direct purchasers and indirect purchasers, it is unfortunate that the new Directive did not prohibit the passing-on defence*”.

¹⁶⁰ Em Portugal, poderá não ser tão evidente, uma vez que os tribunais competentes para conhecer estas questões serão os tribunais de competência especializada, designadamente, o TCRS.

Por um lado, quanto à legitimização dos adquirentes indiretos e ao reconhecimento da “*passing-on defence*”, emergem, desde logo, dúvidas de que esta será uma solução que irá verdadeiramente satisfazer os intervenientes nas *private damages actions*, no que respeita à plena efetividade do direito à reparação de danos. Com efeito, ao alargar a possibilidade de invocação da “*passing-on defence*” aos adquirentes indiretos, com vista a que qualquer lesado de uma conduta anti-concorrencial possa exercer o seu direito à reparação integral, estamos em simultâneo a admitir um extenso leque de outras realidades, como a da limitação da responsabilidade dos infratores ou a do conjunto infinito de possíveis lesados, que não se colocariam se aos adquirentes indiretos não fosse concedida aquela possibilidade. Além das dificuldades teóricas, cremos que surgirão ainda dificuldades de ordem prática, na medida em que será de difícil concretização nos tribunais a demonstração da repercussão dos sobrecustos invocada com a “*passing-on defence*”, a nível da capacidade de análise e de prova que este mecanismo exige. Acreditamos, por isso, que a desarmonia entre a teoria e a prática no âmbito do *private enforcement* não se encontra ainda, como seria desejável, terminada, sendo que são de aplaudir alguns esforços como os representados pela Diretiva.

Por outro lado, ainda que não seja pacífica a legitimização dos adquirentes indiretos, a opção oposta também não parece ser a que mais se adequa ao *private enforcement* pelo qual se pauta a concorrência na UE¹⁶¹. Assim, conclui-se pela incerteza se, de facto, as soluções propostas pela Diretiva constituirão um grande avanço na matéria da plena efetividade do direito à reparação de danos, na medida em que aquela apenas se verificará se se registar um aumento do recurso aos tribunais em sede de *private damages actions*.

¹⁶¹ LOMBARDI, C., *ob. cit.*, como sugere o A., “*however, because direct purchasers are the more efficient enforcers, they should be prioritized over the indirect purchasers by giving the former an incentive in the form of double or treble damages awards*”. Numa outra perspetiva, DUMBROVSKY, T., *ob. cit.*, p. 21, o A. defende que “*legislators need to understand that by providing for private enforcement of antitrust law they outsource public service to private parties and so the private enforcers must be compensated*”.

V – CONCLUSÃO

Com vista a alcançar um sistema eficaz de aplicação do Direito da Concorrência, há que atingir um equilíbrio entre as vertentes pública e privada. Aqui por sistema eficaz deve entender-se aquele que visa, por um lado, assegurar a existência de um mercado competitivo sem distorções e sem práticas ilícitas que o possam comprometer e, por outro lado, em simultâneo, assegurar ainda que as alegadas vítimas desses ilícitos vejam o seu prejuízo compensado. A base do sistema reside, portanto, na forma equilibrada de interação entre estes dois mecanismos¹⁶². Neste sentido, a Diretiva n.º 104/2014/UE pode ser considerada como um moderado avanço em sede do *private enforcement* na UE, em especial por se positivar, pela primeira vez, o exercício de tal direito previsto, desde logo, no TFUE.

Cumpra, por isso, averiguar se, através destas e das restantes soluções avançadas pela Diretiva e, consequentemente, das soluções adotadas pelos EM aquando da sua transposição, os objetivos de otimizar a interação e equilíbrio entre o *public* e o *private enforcement* do Direito da Concorrência e de assegurar às vítimas a reparação integral dos danos provocados por infrações anti-concorrenciais. Relativamente ao primeiro objetivo, é possível avançar que os resultados ainda não serão os desejáveis. Todavia, esperar-se-ão novos ajustes¹⁶³, tendo sempre presente que “*the best practice in competition policy is the relentless pursuit of better practices*”¹⁶⁴.

No domínio do exercício do direito a reparação integral dos danos causados por uma infração ao Direito da Concorrência, algumas das soluções propostas pela Diretiva são, de facto, relevantes, como por exemplo, o acesso a meios probatórios, as presunções relativas às infrações dos cartéis, o reconhecimento da legitimidade processual ativa aos

¹⁶² ALUMNIA, J. – “Antitrust litigation – The way ahead”, MLex seminar: Damages Litigation: A new frontier for Europe, Londres, 23 de outubro de 2014.

¹⁶³ Em concordância com MORAIS, L., *ob cit.*, p. 39, é de considerar que haverá ainda espaço para a promoção gradual e consistente do *private enforcement* de forma a que tal não se limite às “*follow-on actions*”, tal como a Comissão tem observado.

¹⁶⁴ KOVACIC, W. E. – “Competition Policy in the European Union and the United States: Convergence or Divergence”, in XVives Ed., *Competition Policy in the EU: Fifty Years of the Treaty of Rome*, 2009, p. 27.

adquirentes indiretos e a possibilidade de recurso à *passing-on defence* para estas ações de carácter indemnizatório.

Por um lado, relativamente ao acesso aos meios probatórios, pensamos que a opção da Diretiva e da Proposta de Anteprojeto de Transposição é adequada por atender a ambos os interesses em jogo, designadamente, o interesse público e geral na manutenção da atratividade e do bom funcionamento do mecanismo de clemência, o interesse da proteção de determinadas categorias de documentos em favor dos infratores e o interesse das vítimas que visam obter sustentação e provas das suas pretensões indemnizatórias, com vista, portanto, a exercer o seu direito à reparação integral.

Por outro lado, no que concerne à repercussão de sobrecustos e à admissibilidade da “*passing-on defence*”, cremos que a solução adotada no texto da Diretiva e, outrossim, espelhada na Proposta de Anteprojeto de Transposição não será de todo aceite sem alguma contestação, tendência já refletida por alguma doutrina. Tal como referido anteriormente, julgamos que a inadmissibilidade da “*passing-on defence*” traduzir-se-ia pela impossibilidade do exercício do direito à reparação integral a um conjunto considerável de vítimas dos cartéis – os adquirentes indiretos. À luz da falta de uma solução ideal, acreditamos, por isso, que a solução da Diretiva será a que mais se aproxima do objetivo de garantir a qualquer lesado a reparação integral dos danos, pelo menos no plano teórico.

Já no plano da aplicação concreta destas medidas à realidade da prática jurídica, temos algumas dúvidas que se consiga alcançar, então, a plena efetividade do exercício daquele direito, sendo certo que levará o seu tempo até que se possa responder com um maior grau de certeza e com conhecimentos práticos às questões suscitadas.

Neste sentido, cumpre referir que o *private enforcement* foi, sem dúvida, um dos pontos altos do ano passado, aguardando-se ainda a transposição da Diretiva, cuja data-limite não foi cumprida por Portugal, nem pela maioria dos EM. Tal explica-se, desde logo, pela dificuldade em harmonizar aspetos que são peculiares a alguns EM, o que se afigura, de todo o modo, compreensível, sendo certo que, considerando que cada país tem as suas carências específicas e o seu percurso histórico-institucional, não é, de todo, expectável que se advogue por uma legislação na área da concorrência do tipo “*one size*

*fits all*¹⁶⁵”. Como consequência da não transposição – tempestiva – da Diretiva, aponta-se, desde já, a falta de legislação específica sobre a matéria do *private enforcement*, aplicando-se, por isso, o RJC, o CC e o CPC.

Em suma, sobre o *private enforcement*, a dúvida geral que subsiste prende-se, por isso, com o facto de saber se a tão esperada transposição da Diretiva será então eficaz no que respeita à configuração desta face da moeda que é o *enforcement* do direito da Concorrência, modelada pelo texto da Diretiva e, conseqüentemente, pelos diplomas de transposição nacionais.

¹⁶⁵ LANDE, R. H. – “Benefits of private enforcement: empirical background”, in *The International Handbook on Private Enforcement of Competition Law*, Albert Foer & Jonathan Cuneo (ed.), Cheltenham, Edward Elgar, 2010, pp. 10.

BIBLIOGRAFIA

OBRAS E ARTIGOS

- ALFARO, Jesús e REHER, Tim – “Towards the Directive on private Enforcement of EC Competition Law: is the Time ripe?”, *The European Antitrust Review*, Global Competition Review, 2010.
- BÜYÜKSAGIS, Erdem – “Standing and Passing-on in the New EU Directive on Antitrust Damages Actions”, *Swiss Review of Business Law* 24, Vol. 87, N.º 1, 2015.
- BROKELMANN, Helmut – “La Directiva de Daños y su Transposición en España” in *Revista General de Derecho Europeu*, Vol. 37, 2015.
- CAUFFMAN, Caroline – “The Interaction of Leniency Programmes and Action for Damages”, in *The Competition Law Review*, Vol. 7, 2, 2011.
- CANOTILHO, José Gomes e MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Artigos 1º a 107º, Vol. 1, 4.ª Edição, Coimbra Editora, 2007.
- CAVANAUGH, Edward D. – “The Private Antitrust Remedy: Lessons from the American Experience” 41 *Loy. L.J.* 629, *St. John's Legal Studies Research Paper* No. 15-0012, 2010.
- CISOTTA, Roberto – “Some Considerations on the Last Developments on Antitrust Damages Actions and Collective Redress in the European Union”, in *The Competition Law Review*, Vol. 10, Issue 1, 2014.
- DAVOLA, Antonio – “Empowering consumers through competition: A study on the creation of a European antitrust claims Market”, *Revista de Concorrência e Regulação*, Almedina, Ano VI, n.º 22, 2016.

- DUMBROVSKY, Tomáš – “Passing-on-standing Matrix in Private Antitrust Enforcement: a Reconciliation of Economic and Justice Approaches”, European University Institute, EUI Working Paper MWP 2013/10, 2013.
- FERRO, Miguel Sousa – “EU Law and Interest on Damages for Infringements of Competition Law: A Comparative Report”, ed. G. Monti – EUI DoL Research Paper N.º 11, 2016.
- FREITAS, José Lebre de, *Introdução ao Processo Civil*, 3.^a Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2013.
- GUTTA, Nina Bucan, *The Enforcement of EU Competition Rules by Civil Law*, Maklu-Publishers, 2014, pp. 57-58.
- HERRERO SUÁREZ, Carmen – “La transposición de la Directiva de daños antitrust. Reflexiones a raíz de la publicación de la propuesta de Ley de transposición de la Directiva”, Cuadernos de Derecho Transnacional, Vol. 8, N.º 1, 2016.
- HOVENKAMP, Herbert – “Federal Antitrust Policy. The Law of Competition and its Practice”, West, St. Paul, Minnesota, 2011.
- JONES, Alison – “Private Enforcement of EU Competition Law: A comparison with, and lessons from, the US”, in *Harmonising EU Competition Law: The New Directive and Beyond*, 1.^a Edição, Hart Publishing, 2016.
- JURKOWKA-GOMULKA, Agata – “How to Throw the Baby out with the Bath Water. A Few Remarks on the Currently Accepted Scope of Civil Liability for Antitrust Damages”, in *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, Vol. 8, n.º 12, 2015.
- KOMNINOS, Assimakis P. – “Public and Private Antitrust Enforcement in Europe”, in *The Competition Law Review*, Vol. 3, Issue 1, 2006.

- KOVACIC, William E. – “Competition Policy in the European Union and the United States: Convergence ou Divergence”, in X Vives (ed.), *Competition Policy in the EU: Fifty Years of the Treaty of Rome*, 2009.
- LANDE, Robert H. – “Benefits of private enforcement: empirical background”, in *The International Handbook on Private Enforcement of Competition Law*, Albert Foer and Jonathan Cuneo (editors), Cheltenham, Edward Elgar, 2010.
- LANDE, Robert H. – “New Options for State Indirect Purchaser Legislation: Protecting the Real Victims of Antitrust Violations”, in *Alabama Law Review*, Vol. 61, N.º 3, 2010.
- LANDE, Robert H. e DAVIS, Joshua P. – “The Extraordinary Deterrence of Private Antitrust Enforcement”, University of San Francisco Law Research Paper N.º 2012-24, *The Antitrust Bulletin*: Vol. 58, N.º. 1, 2013.
- LANDES, William M. e POSNER, Richard A. – “Should Indirect Purchasers Have Standing to Sue under the Antitrust Laws? An Economic Analysis of the Rule of Illinois Brick”, in *University of Chicago Law Review*, 46, 1979.
- LOMBARDI, Claudio – “The passing-on of price overcharges in European competition damages actions: A matter of causation and an issue of policy, Discussion Paper, Europa-Kolleg Hamburg, Institute for European Integration, No. 8/15, 2015.
- LOURENÇO, Nuno Calaim - "The European Commission's directive on antitrust damages actions", in *C&R - Revista de Concorrência e Regulação*, Lisboa, Abr-Jun 2014.
- LUNDQVIST, Björn e ANDERSSON, Helene – “Access to Documents for Cartel Victims and Cartel Members – is the System Coherent?”, in *Harmonizing EU Competition Litigation: The New Directive and Beyond*, 1.ª Edição, Hart Publishing, 2016.

MCCARTHY, Eric, MALTAS, Allyson, BAY, Matteo e RUIZ-CALZADO, Javier – “Litigation culture versus enforcement culture. A comparison of US and EU plaintiff recovery actions in antitrust cases”, in Comparison of US and EU Plaintiff Recovery Actions, The Antitrust Review of the Americas, 2007, disponível em: https://www.lw.com/upload/pubContent/_pdf/pub1675_1.pdf.

MORAIS, Luís Silva – “Integrating Public and Private Enforcement of Competition Law in Europe - Legal and Jurisdictional Issues”, Centro de Investigação – Regulação e Supervisão Financeiras, 2015.

NORONHA, João Espírito Santo – "Litigância jurídico-privada e direito da concorrência - a diretiva n.º 2014/104/UE, de 26 de novembro de 2014: divulgação de elementos de prova, efeitos das decisões nacionais, prazos de prescrição e responsabilidade solidária", in C&R - Revista de Concorrência e Regulação, Lisboa, Jul-Set 2014.

OTTANELLI, Marta – “Private Enforcement of EU Antitrust Law: Proposal for Harmonization”, Maastricht University, Faculty of Law, 2012/2013.

PERES, J. V. e CADETE, E. M. – “Chapter 18: Portugal”, in The Private Competition Enforcement Review, Ilene Knable Gotts (ed.), 4.ª Edição, Law Business Research Ltd, 2011.

PEYER, Sebastian. – “Compensation and the Damages Directive”, Centre for Competition Policy – University of East Anglia, Working Paper 15-10, 2015.

ROBLES MARTÍN-LABORDA, Antonio – “La función normativa de la responsabilidad por daños derivados de infracciones del Derecho de la competencia. Incidencia de la Directiva 2014/104/UE en el Derecho español”, Madrid, 2015.

SIRAGUSA, Mario – “Private damages claims: questions relating to the passing-on defence”, in Oxera Agenda, 2011.

SOARES, António Goucha – “A Aplicação Descentralizada das Normas Comunitárias da Concorrência: o sistema de competências paralelas estabelecido pelo Regulamento n.º 1/2003”, in *Concorrência – Estudos* (coord. António Goucha Soares e Maria Manuel Leitão Marques), Almedina, Coimbra, 2006.

SOPEÑA BLANCO, Vera e MARTÍN MARTÍN, Gustavo Andrés – “La transposición de la Directiva europea para la reclamación de daños por infracciones de la competencia en España: mucho ruido, pocas nueces y una oportunidad perdida”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, RDC, 16, 2016.

ROSSI, Leonor e FERRO, Miguel Sousa – “Private Enforcement of Competition Law in Portugal (II): Actio Popularis – Facts, Fictions and Dreams”, *Revista de Concorrência e Regulação*, Almedina, Ano IV, n.º 13, 2013.

SAAVEDRA, Alberto – “Access by National Courts and Private Plaintiffs to Leniency Documents held by the Commission”, *Revista de Concorrência e Regulação*, Almedina, Ano III, n.º 10, 2012.

SAAVEDRA, Alberto – “The relationship between the leniency programme and private actions for damages at the EU level”, *Revista de Concorrência e Regulação*, Almedina, Ano I, N.º 4, 2010.

PAIS, Sofia Oliveira – “Practical Private Enforcement: Perspectives from Portugal”, in Maria Bergström, Marios Iacovides e Magnus Strand (ed.), *Harmonising EU Competition Litigation, The New Directive and Beyond. Swedish Studies in European Law*, 1.ª Edição, Vol. 8, Hart Publishing, 2016.

STEFANO, Gianni De – “Access of Damage Claimants to Evidence Arising out of EU Cartel Investigations: A Fast-evolving Scenario”, Sweet & Maxwell, Reprinted from *Global Competition Litigation Review* Issue 3, 2012.

VERBOVEN, Frank e DIJK, Theon van – “Cartel damages claims and the passing-on defence”, Working Paper – Centre for Economic Policy Research, Londres, 2007

VERBOVEN, Frank e DIJK, Theon van – “The Passing-on defence and the full compensation principle”, in Competition damage evaluation: a short state-of-play, Concurrences n.º 3-2010.

WILS, Wouter P. J. – “Leniency in Antitrust Enforcement: Theory and Practise”, World Competition: Law and Economics Review, Vol. 30, N.º 1, 2007.

WILS, Wouter P. J. – “Should Private Antitrust Enforcement Be Encouraged in Europe?”, in World Competition: Law and Economics Review, Vol. 26, N.º 3, 2003.

WILS, Wouter P. J. – “The Relationship between Public Antitrust Enforcement and Private Actions for Damages”, in World Competition, Vol. 32, N.º 1, 2009.

DISCURSOS

ALUMNIA, Joaquín – “Antitrust litigation – The way ahead”, MLex seminar: Damages Litigation: A new frontier for Europe, Londres, 23 de outubro de 2014.

MONTI, Mario – “Private litigation as a key complement to public enforcement of competition rules and the first conclusions on the implementation of the new Merger Regulation”, IBA – 8th Annual Competition Conference, Fiesole, 17 setembro 2004.

WEBGRAFIA

http://www.concorrenca.pt/vPT/Noticias_Eventos/ConsultasPublicas/Documents/Private%20Enforcement/CSM.Ju%C3%ADzes%20TCRS.pdf., consultado a 18.01.2017.

<https://www.globallegalinsights.com/practice-areas/cartels/global-legal-insights---cartels-5th-ed./germany>, consultado a 02.03.2017.

LEGISLAÇÃO E OUTROS DOCUMENTOS

Decreto, de 10 de abril de 1976, revisto pela última vez pela Lei n.º 1/2005, de 12 de agosto (Constituição da República Portuguesa).

Decreto-Lei n.º 47344/66, de 25 de novembro, revisto pela última vez pela Lei n.º 150/2015, de 10 de setembro (Código Civil).

Comunicação da Comissão sobre a quantificação dos danos nas ações de indemnização que tenham por fundamento as infrações aos artigos 101 e 102 do TFUE, publicada no JOUE a 13 de junho de 2013 – 2013/C 167/07.

Diretiva n.º 2014/104/UE do PE 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 EM e da UE, foi publicada no JOUE de 5 de dezembro de 2014.

Lei n.º 9/2013, de 8 de maio, que aprova o novo regime jurídico da concorrência, revogando as Leis n.ºs 18/2003, de 11 de junho, e 39/2006, de 25 de agosto, e procede à segunda alteração à Lei n.º 2/99, de 13 de janeiro.

Lei n.º 41/2013, de 26 de junho, que aprova o Novo Código de Processo Civil.

Lei n.º 83/95, de 31 de agosto, que define os casos e termos em que são conferidos e podem ser exercidos o direito de participação popular em procedimentos administrativos e o direito de ação popular para a prevenção, a cessação ou a perseguição judicial das infrações previstas no n.º 3 do artigo 52.º da Constituição,

retificada pela Retificação n.º 4/95, de 12 de outubro, e posteriormente alterada pelo Decreto-Lei n.º 214-G/2015, de 2 de outubro.

Livro Branco sobre ações de indemnização por incumprimento das regras comunitárias no domínio antitrust, de 2 de abril de 2008 (165).

Livro Verde sobre ações de indemnização devido à violação das regras comunitárias no domínio antitrust, de 19 de dezembro de 2005 (672).

Recomendação da Comissão, de 11 de junho de 2013, sobre os princípios comuns que devem reger os mecanismos de tutela coletiva inibitórios e indemnizatórios dos Estados-Membros aplicáveis às violações de direitos garantidos pelo direito da União, publicada no JOUE a 26 de julho 2013 – 2013/396/UE.

Regulamento n.º 1/2003 do Conselho, de 16 de dezembro de 2002, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81 e 82 do Tratado.

Tratado para o Funcionamento da União Europeia, publicado no Jornal Oficial da União Europeia n.º C-326 de 26 de outubro de 2012, p. 0001 – 0390 (Tratado de Lisboa).

JURISPRUDÊNCIA

Acórdão do Tribunal de Justiça de 20 de setembro de 2001 – Courage Ltd e Crehan – Processo C-453/99.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 13 de julho de 2006 – Manfredi contra Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA, Cannito contra Fondiaria Sai SpA e Tricarico/Murgolo contra Assitalia SpA – Processos apensos C-295/04, C-296/04, C-297/04 e C-298/04.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de junho de 2011 – Pfeleiderer AG contra Bundeskartellamt – Processo C-360/09.

Acórdão do Tribunal Geral (Terceira Secção) de 14 de maio de 2014 – Donau Chemie
AG contra Comissão Europeia – Processo T-406/09.

Acórdão do Tribunal Geral (Quarta Secção), de 15 de dezembro de 2011, CDC
Hydrogene Peroxide contra Comissão Europeia – Processo T-437-/08.

Clayworth v. Pfizer 49 Cal.4th, at 765, 2010.

Hanover Shoe Inc. v. United Shoe Machine Corp. 392 US 481, 1968.

Illinois Brick Co. v. Illinois 431 US 720, 1977.