



UNIVERSIDADE  
**CATÓLICA**  
PORTUGUESA

DISSERTAÇÃO DE TESE DE MESTRADO EM DIREITO PÚBLICO,  
INTERNACIONAL E EUROPEU

**“ANTITRUST PRIVATE ENFORCEMENT:  
PASSING-ON DEFENCE”**

**Noémie Pinto Antunes**

PORTO

maio 2014



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

ESCOLA DE DIREITO DO PORTO

MESTRADO EM DIREITO PÚBLICO, INTERNACIONAL E EUROPEU

**“ANTITRUST PRIVATE ENFORCEMENT:  
PASSING-ON DEFENCE”**

Noémie Pinto Antunes

Trabalho realizado sob a orientação científica da

Professora Doutora Sofia Oliveira Pais

PORTO

maio 2014

Aos meus Pais, a quem tudo devo,

dedico esta obra.

Aos meus Professores<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Em primeiro lugar, um profundo agradecimento à Universidade Católica Portuguesa, Porto e à Professora Doutora Sofia Pais pela ajuda e orientação científica, *conditio sine qua non* para que esta nova etapa da minha vida se concretizasse. Em segundo lugar, um especial agradecimento ao Professor Pierre Larouche pela atenção depositada no desenvolvimento deste trabalho. Do mesmo modo, agradeço à Universidade de Tilburg pelo apoio institucional, onde tive o privilégio de criar laços de amizade, designadamente, expresso o meu profundo agradecimento à Sofia Ranchordás, pela preocupação, amizade e simpatia.

# Índice

<b>ÍNDICE</b>	<b>5</b>
<b>LISTA DE ABREVIATURAS</b>	<b>7</b>
<b>INTRODUÇÃO</b>	<b>9</b>
<b>CAPÍTULO I</b>	<b>11</b>
<b><i>I - ANTITRUST PRIVATE ENFORCEMENT</i></b>	<b>12</b>
<b>1.1. <i>ACQUIS COMMUNAUTAIRE</i></b>	<b>13</b>
1.1.1. A CONSAGRAÇÃO DO PRINCÍPIO DA REPARAÇÃO INTEGRAL DOS DANOS PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA	13
1.1.2. A LIMITAÇÃO DO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PROCESSUAL PELOS PRINCÍPIOS DA EQUIVALÊNCIA E DA EFETIVIDADE	15
<b>1.2. BREVE ANÁLISE DO PAPEL DA COMISSÃO</b>	<b>18</b>
<b>1.3. <i>PASSING-ON DEFENCE</i> OU ARGUMENTO DE <i>PASSING-ON</i>?</b>	<b>20</b>
<b>1.4. AS VÍTIMAS: DO RECONHECIMENTO DA POSIÇÃO PROCESSUAL ATIVA DOS CONSUMIDORES INDIRETOS À RELEVÂNCIA DO ARGUMENTO DE REPERCUSSÃO DOS SOBRECUSTOS NO ÂMBITO DAS AÇÕES DE RESPONSABILIDADE CIVIL</b>	<b>22</b>
<b>CAPÍTULO II</b>	<b>26</b>
<b><i>II - O ALCANCE DO DIREITO À REPARAÇÃO INTEGRAL DOS DANOS EM PORTUGAL: A ADMISSIBILIDADE DO ARGUMENTO DE <i>PASSING-ON</i></i></b>	<b>27</b>
<b>2.1. O QUADRO JURÍDICO-SUBSTANTIVO APLICÁVEL ÀS AÇÕES CÍVEIS DE INDEMNIZAÇÃO <i>ANTITRUST</i></b>	<b>28</b>
<b>2.2. A RELEVÂNCIA DA PRESUNÇÃO ESTABELECIDADA PELO ART. 17.º, N.º 2 NA PROVA DA EXISTÊNCIA DE DANOS</b>	<b>32</b>
<b>2.3. A DINÂMICA DO ARGUMENTO DE <i>PASSING-ON</i></b>	<b>36</b>
2.3.1. O ARGUMENTO DE REPERCUSSÃO DOS SOBRECUSTOS INVOCADO PELO DEMANDADO	36
2.3.2. O ARGUMENTO DE REPERCUSSÃO DOS SOBRECUSTOS INVOCADO PELO ADQUIRENTE INDIRETO	38
<b>CONCLUSÃO</b>	<b>47</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b>	<b>50</b>
<b>LEGISLAÇÃO EUROPEIA</b>	<b>58</b>
<b>JURISPRUDÊNCIA</b>	<b>60</b>
<b>ANEXOS</b>	<b>63</b>

## **Resumo**

Com a recente Proposta de Diretiva relativa a certas regras que regem as ações de indemnização *antitrust*, a regra de *Courage* e *Manfredi*, que reconhece o direito à reparação a qualquer lesado, é expressamente consagrada e é introduzido o mecanismo da defesa baseada na repercussão.

Este estudo pretende, à luz da Proposta, analisar este mecanismo no âmbito do nosso ordenamento jurídico.

Palavras-chave: direito à reparação integral dos danos; aplicação privada das regras de concorrência; repercussão dos sobrecustos.

## **Abstract**

With the recent proposal for a Directive on certain rules governing antitrust damages actions, the rule of *Courage* and *Manfredi*, which recognizes full compensation to any injured person, is expressly recognized and the passing-on defence mechanism is introduced.

This study aims, in light of the proposal, to analyse this mechanism in our legal system.

Keywords: full compensation; antitrust private enforcement; passing-on of overcharges.

## **Lista de abreviaturas**

<b>Ac.</b>	<i>Acórdão</i>
<b>AdC</b>	<i>Autoridade da Concorrência</i>
<b>Art./Arts.</b>	<i>Artigo/Artigos</i>
<b>CC</b>	<i>Código Civil</i>
<b>CDFUE</b>	<i>Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia</i>
<b>Cfr.</b>	<i>Confrontar</i>
<b>CRP</b>	<i>Constituição da República Portuguesa</i>
<b>DUE</b>	<i>Direito da União Europeia</i>
<b>EM</b>	<i>Estados Membros</i>
<b>LdC</b>	<i>Lei da Concorrência de 9 de maio de 2012</i>
<b>N.º/N.ºs</b>	<i>Número/Números</i>
<b>Para./Paras.</b>	<i>Parágrafo/Parágrafos</i>
<b>Pg./Pgs.</b>	<i>Página/Páginas</i>
<b>PT</b>	<i>Portugal Telecom</i>
<b>RC</b>	<i>Responsabilidade Civil</i>
<b>RCE</b>	<i>Responsabilidade Civil Extracontratual</i>
<b>Ss</b>	<i>Seguintes</i>
<b>TCL</b>	<i>Tribunal de Comércio de Lisboa</i>
<b>TCRS</b>	<i>Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão</i>

<b>TFUE</b>	<i>Tratado de Funcionamento da União Europeia</i>
<b>TJFA</b>	<i>Tribunal de Justiça Federal da Alemanha</i>
<b>TJL</b>	<i>Tribunal Judicial de Lisboa</i>
<b>TJUE</b>	<i>Tribunal de Justiça da União Europeia</i>
<b>TRL</b>	<i>Tribunal da Relação de Lisboa</i>
<b>TUE</b>	<i>Tratado da União Europeia</i>
<b>V.g.</b>	<i>Verbi gratia</i>
<b>Vide</b>	<i>Veja-se</i>

## Introdução

Testemunho da importância do denominado *private enforcement*, embora com especial enfoque nas ações de indemnização *antitrust*<sup>2</sup>, o *passing-on defence* tem sido objeto de análise legislativa e jurisprudencial consistindo, ao abrigo recente da Proposta de Diretiva<sup>3</sup>, numa questão essencial.<sup>4</sup>

Para efeitos de estudo do presente tema tomaremos como ponto de partida a análise da jurisprudência do Tribunal de Justiça, nomeadamente de *Crehan* e *Manfredi*, o papel desenvolvido pela Comissão desde a publicação do Livro Verde até às recentes alterações levadas a cabo pelo Parlamento Europeu à Proposta de Diretiva da Comissão<sup>5</sup> e, passando por uma breve abordagem da posição adotada pelos ordenamentos jurídicos francês e alemão, procuraremos enquadrar este mecanismo no seio do nosso regime geral de responsabilidade civil.

A Proposta, por ser o diploma mais atual no domínio *antitrust* cuja aprovação por parte do Conselho de Ministros da União obrigará os EM a adotar as medidas necessárias para a verificação dos resultados nela estabelecidos, será a pedra angular do presente trabalho.

Deste modo, o primeiro capítulo do nosso estudo versará, de forma genérica, sobre alguns dos tópicos centrais do *private enforcement*, cujo enfoque residirá na consagração e reconhecimento do direito à reparação integral dos danos aos particulares alegadamente lesados em virtude de acordos de fixação de preços

---

<sup>2</sup> Não obstante a existência de outras vias de reação.

<sup>3</sup> Proposta de diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a certas regras que regem as ações de indemnização no âmbito do direito nacional por infrações às disposições do direito da concorrência dos Estados-Membros e da União Europeia, COM(2013) 404 final, 11-6-2013. Página consultada em 23 de maio de 2014, <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2013:0404:REV1:PT:HTML>>.

<sup>4</sup> Também as regras sobre a divulgação dos documentos e a responsabilidade limitada à participação do(s) denunciante(s) no cartel são matérias sublinhadas pelo diploma.

<sup>5</sup> O Parlamento Europeu adotou, no dia 17 de abril de 2014, o texto da Proposta da Diretiva tendo procedido a algumas alterações que se encontram devidamente identificadas a negrito e a itálico. Esta versão, que foi enviada ao Conselho de Ministros da União para aprovação final, está disponível, em inglês, em <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+AMD+A7-2014-0089+002-002+DOC+PDF+V0//EN>>. [Consultado em 24 de maio de 2014]. Doravante, designaremos este diploma por Proposta.

celebrados por cartéis, na autonomia concebida aos EM no desenvolvimento dos seus sistemas *antitrust*, nomeadamente face ao acolhimento do *passing-on defence* tendo por base o efeito direto e a primazia do DUE, e na sua conseqüente limitação através dos princípios da equivalência e da efetividade.

No segundo capítulo, orientados pela Proposta, procuraremos estabelecer o alcance daquele direito no nosso ordenamento jurídico tendo por base o regime geral da responsabilidade civil, nele enquadrando o argumento e a dinâmica da repercussão dos sobrecustos. Por razões de exigência de esforço sintético, não visaremos a dissecação dos obstáculos que surgem no âmbito do *private enforcement*, nem uma apreciação jurídico substantiva e processual dos vários pressupostos do regime da RC.

Por fim, por tratarmos de uma questão jurídica, económica e política deveras complexa, várias serão as dificuldades encontradas, o que exigirá, por nossa parte, um esforço crítico - assente na interpretação dos artigos propostos - para a extração de uma possível solução no campo jurídico.

# CAPÍTULO I

## I - *Antitrust Private Enforcement*

O DUE cria direitos e obrigações cuja fiscalização incumbe às autoridades administrativas<sup>6</sup> e aos tribunais<sup>7</sup> de cada EM, à luz da sua ordem jurídica interna.

Os particulares alegadamente lesados por práticas anticoncorrenciais<sup>8</sup> podem reagir judicialmente tendo por base a violação de regras *antitrust*<sup>9</sup> para fazer valer o seu direito subjetivo, garantido pelo DUE, junto de um tribunal nacional competente.<sup>10</sup> Falamos, pois, da aplicação da legislação *antitrust* pelos particulares - *private enforcement* - ou, nas palavras Gorjão-Henriques e Anastácio, da “*aplicação do direito da concorrência independente das autoridades administrativas competentes para a sua garantia específica.*”<sup>11</sup> Deste modo, visando a reparação dos danos causados em virtude de condutas anticoncorrenciais, as ações de indemnização *antitrust* garantem a plena eficácia das normas de concorrência e contribuem, de forma substancial, para a efetividade do sistema de concorrência na União Europeia.

---

<sup>6</sup> Vide ac. *Kühne & Heitz*, n.º 20.

<sup>7</sup> Vide ac. *Tetra Pak Rausing*, n.º 42.

<sup>8</sup> Os particulares são entendidos em sentido geral, isto é, a noção abrange as pessoas singulares, coletivas e as entidades públicas. Veja-se a decisão da Comissão de 21 de fevereiro de 2007, COMP/38.823, *Elevators and escalators*, cujo resumo é publicado no Jornal Oficial da União Europeia (OJ 2008 C 75, p. 19). Página consultada em 20 de maio de 2014, <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=OJ:C:2008:075:TOC>>.

<sup>9</sup> Vide arts. 6.º e 7.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho de 16 de dezembro de 2002 relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81.º e 82.º do Tratado. De agora em diante, Regulamento.

Interessante é a questão de saber se a responsabilidade dos particulares também é referente ao direito derivado. Não sendo pacífica a solução, seguimos Sofia Pais que responde afirmativamente tomando como exemplo o ac. *Antonio Munoz*, de 17 de outubro de 2002, proc. C-253/00. Cfr. Pais, Sofia (2012), “Princípio do efeito direto”, in idem (org.), *Princípios fundamentais de Direito da União Europeia – Uma abordagem jurisprudencial* (2ª ed.). Coimbra: Almedina, 147-150.

<sup>10</sup> O Tribunal teve já oportunidade de reconhecer o efeito direto horizontal das normas do TFUE. Para mais desenvolvimentos, vide ac. *BRT c. SABAM I* e ac. *Guérin automobiles*.

<sup>11</sup> Gorjão-Henriques et al., 2013: 101. Sobre a natureza e objetivos do *private enforcement*, vide Komninos, 2012: 23-26.

## 1.1. *Acquis communautaire*

### 1.1.1. A consagração do princípio da reparação integral dos danos pelo Tribunal de Justiça

Partilhando a ótica de Prieto<sup>12</sup>, a reparação dos danos levanta duas problemáticas distintas: por um lado, o conceito de vítimas que, pela indissociabilidade da questão, nos conduzirá ao *passing-on defence* e, por outro lado, a quantificação e função dos danos que, por razões de insuficiência de espaço, não será abordado neste trabalho<sup>13</sup>.

Tendo por base a jurisprudência do Tribunal de Justiça, o direito à reparação integral dos danos causado em virtude de um contrato ou de uma conduta que viole obrigações contidas nas disposições dos Tratados ou delas decorrentes<sup>14</sup> é diretamente garantido pelo DUE<sup>15</sup>, tendo reconhecido no caso *Crehan*<sup>16</sup> que “(...) qualquer particular tem o direito de, em juízo, invocar a violação do artigo 85.º, n.º 1 (atual 101.º) do Tratado”, cabendo aos tribunais nacionais, na aplicação do DUE, “garantir

---

<sup>12</sup> Prieto, 2008: 50.

<sup>13</sup> No intuito de facilitar aos tribunais nacionais na quantificação dos danos, a Comissão fornece orientações sobre esta matéria na “Comunicação da Comissão sobre a quantificação dos danos nas ações de indemnização que tenham por fundamento as infrações aos artigos 101.º e 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia”, 2013/C 167/07. A comunicação é acompanhada de um documento de trabalho dos serviços da Comissão sob a forma de um guia prático sobre a quantificação dos danos em ações de indemnização com base em violações do direito de concorrência da UE. Para efeitos do presente estudo, não serão alvo de análise. Ambos os documentos estão disponíveis, respetivamente, em português, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2013:167:0019:0021:PT:PDF> e [http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification\\_guide\\_pt.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_guide_pt.pdf). [Consultado em 22 de maio de 2014].

<sup>14</sup> Com base nos arts. 103.º e 114.º do Tratado e visando a aproximação das regras nacionais, a Proposta de diretiva estabelece que deve entender-se por direito nacional da concorrência as “disposições do direito nacional que perseguem predominantemente o mesmo objetivo que os artigos 101.º e 102.º do Tratado e que são aplicadas ao mesmo processo e em paralelo com o direito da concorrência da União, nos termos do artigo 3.º, n.º 1 do Regulamento (CE) n.º 1/2003”. Cfr. nota n.º 3, art.4.º, n.º 2.

<sup>15</sup> O TJ estabeleceu no n.º 16 do ac *BRT c. SABAM I* que os arts. 101.º e 102.º do TFUE criam direitos e obrigações aos particulares que os tribunais devem tutelar. O advogado-geral Van Gerven reconheceu, nas suas conclusões ao caso *Banks* (n.ºs 43 e ss) a existência de um direito de indemnização garantido pela Comunidade Europeia [atual União Europeia] e que a violação lesiva de uma obrigação imposta pelo direito comunitário justifica a aplicação do princípio da efetividade às relações horizontais.

<sup>16</sup> Ac. de 22 de outubro de 2001, *Crehan*, proc. C-453/99.

*a plena eficácia destas normas e proteger os direitos que as mesmas conferem aos particulares.*”<sup>17</sup>

O Tribunal esclareceu, posteriormente, que o direito à reparação integral dos danos é também conferido aos adquirentes indiretos <sup>18</sup> e, confirmando a jurisprudência *Crehan*<sup>19</sup>, estabeleceu as condições constitutivas deste direito<sup>20</sup>, a saber: i) a existência de dano; ii) a violação do direito da concorrência e, por último; iii) a verificação de um nexo de causalidade entre estes.

Não obstante a sua indubitável importância e a alusão feita a certos elementos a que o tribunal nacional deverá atender na apreciação da ação de responsabilidade civil<sup>21</sup>, a jurisprudência de *Crehan* e de *Manfredi* poderão ser vistas como ambíguas e geradoras de incerteza jurídica<sup>22</sup> por não terem estabelecido as condições para a efetivação da responsabilidade dos particulares por violação do DUE<sup>23</sup>, optando antes por remeter tal competência para os EM, ao abrigo do princípio da autonomia processual.

Todavia, estes marcos jurisprudenciais vieram consagrar este direito a um nível europeu e, reforçando a operatividade das normas da União e sublinhando o caráter fundamental das normas *antitrust*, criam um desincentivo à celebração de acordos e práticas anticoncorrenciais - frequentemente disfarçados<sup>24</sup> - contribuindo, assim, “*para a manutenção de uma concorrência efetiva na (União).*”<sup>25</sup>

Desta forma, concluímos, com Sofia Pais<sup>26</sup>, que:

*“Permitir a vigilância do cumprimento do direito da concorrência também pelos particulares apresenta, assim, várias vantagens: os*

---

<sup>17</sup> Vide nota *supra*, n.º 25.

<sup>18</sup> Ac. de 13 de julho de 2006, *Manfredi c. Lloyd Adratico*, proc. apensos C-295/04 a C-298/04, n.º 60.

<sup>19</sup> O TJ teve a oportunidade de afirmar a existência do direito à reparação integral do dano em vários acórdãos, v.g., *Crehan*, n.ºs 26, 27; *Manfredi*, n.º 20 e *City Motors*, n.º 39.

<sup>20</sup> Vide nota 16, n.ºs 25-27 e nota 18, n.ºs 60, 61, 63-64 e 89-91.

<sup>21</sup> Pais, 2012: 149. Sobre um possível “*private Francovich*”, vide Dashwood et al., 2011: 315. Apesar da similitude (veja-se, os n.ºs 26 e 27 do ac. *Crehan* são muito similares aos n.ºs 33 e 34 do ac. *Francovich*), não nos parece adequado adaptar a jurisprudência de *Francovich* nesta questão. Cfr., Tridimas, 2006: 545.

<sup>22</sup> Cfr. Waelbroeck & Slater, 2007: 425.

<sup>23</sup> Vide nota 16, n.º 29 e nota 18, n.ºs 58-64.

<sup>24</sup> V.g., os cartéis.

<sup>25</sup> Vide nota 16, n.º 27. Para um estudo mais aprofundado, vide Komninos, 2002: 458.

<sup>26</sup> Pais, 2012: 148.

*tribunais nacionais podem conceder indemnizações e proteger, dessa forma, os direitos individuais dos particulares; as jurisdições nacionais devem pronunciar-se sobre os litígios que conheçam, garantindo que as ‘denúncias’ são analisadas; e, finalmente, é preciso não esquecer que as ações civis podem ter um efeito dissuasor em relação a potenciais infratores da proibição de cartéis e, como tal, contribuir para o desenvolvimento de uma cultura de concorrência nos Estados-membros.”*

### **1.1.2. A limitação do princípio da autonomia processual pelos princípios da equivalência e da efetividade**

O princípio da interpretação conforme do direito nacional<sup>27</sup> inerente ao sistema dos Tratados, garante a plena eficácia do DUE por parte dos órgãos jurisdicionais nacionais quando, no âmbito das suas competências, decidem de litígios que lhes são apresentados<sup>28</sup>, respeitando todas as normas de direito nacional - sejam anteriores ou posteriores à norma da União em questão.

A aplicação descentralizada do DUE por parte das autoridades e dos tribunais nacionais constitui uma das suas principais características. Como explica Martins<sup>29</sup>, tal é verificável porque “*a União tem a capacidade de produzir normas que, por força da aplicabilidade direta e do efeito direto, são suscetíveis de ser invocadas nos tribunais nacionais, podendo inclusivamente afastar as normas nacionais contrárias.*”

Em matéria de concorrência, as normas dirigem-se diretamente aos particulares sendo suscetíveis de possuir efeito direto horizontal.<sup>30</sup> Assim, por força do princípio

---

<sup>27</sup> Reconhecido no ac. de 13 de novembro de 1990, *Marleasing*, proc. C-106/89, na linha dos acórdãos *Van Colson, Kamann e Harz*, este princípio impõe uma interpretação do direito nacional em conformidade com as diretivas comunitárias. Assim, quando uma norma nacional for ambígua e conferir uma margem de apreciação ao tribunal ou às autoridades nacionais, estes deverão interpretar e aplicar a norma de acordo com as exigências do direito comunitário.

<sup>28</sup> Para mais desenvolvimentos vide ac. de 9 de março de 1978, *Simmenthal* proc. 106/77 e ac. de 19 de junho de 1990, “*Factortame*”, proc. C-213/89.

<sup>29</sup> Martins, 2014: 517. Também neste ponto, a distinção entre a aplicabilidade direta e o efeito direto. Verifica-se a operatividade deste “*ao nível da sua invocabilidade*”.

<sup>30</sup> O TJ estabeleceu o efeito direto em relação às disposições em matéria de concorrência nos acórdãos de 19 de dezembro de 1968, *Salgoil*, proc. 13/68 e de 10 de Julho de 1980, *Marty c. Lauder*, proc. 37/79. Ou seja, conferiu a possibilidade de os particulares as invocarem nos litígios entre eles.

do efeito direto do DUE<sup>31</sup>, os cidadãos europeus transformam-se em guardiões do direito comunitário nas relações horizontais e verticais, podendo acionar o direito à reparação integral garantido pelo DUE através de meios processuais reais, adequados, efetivos e não discriminatórios.<sup>32</sup> Desta forma, uma limitação na admissibilidade deste direito não é compatível com o DUE, pondo em risco a própria efetividade das disposições dos Tratados.<sup>33</sup>

Na ausência de uma disciplina processual e não sendo os Tribunais da União competentes para conhecer de questões de *private law damages claims*, o Tribunal entendeu que os EM são soberanos na definição das condições substantivas e processuais para a aplicação do direito da União. Falamos, pois, do princípio da autonomia processual nacional<sup>34</sup> que, no âmbito da sua própria limitação, vem complementar o princípio do primado.<sup>35</sup>

Não obstante a incumbência na tarefa de “*determinação das vias de recurso e meios de tutela*”<sup>36</sup> para a garantia dos direitos substantivos garantidos pelo DUE (tendo por base o efeito direto e o primado), o Tribunal impõe uma limitação ao princípio da autonomia processual nacional através dos princípios da equivalência e da efetividade.<sup>37</sup>

---

<sup>31</sup> A ideia de aplicabilidade direta (apesar de hoje o TJ distinguir este conceito do conceito de efeito direto, na altura não o fazia) de uma norma da UE e de que um tratado internacional pode, pela sua própria natureza, atribuir direitos aos particulares já foi afirmada, respetivamente, no caso *Groupement des Industries* e no caso *Jurisdiction of the Courts of Danzing*. De cariz fundamental para a garantia da eficácia do DUE, o efeito direto e o primado do direito da União estão estritamente relacionadas. Vide Pais, 2012: 17 e Martins, 2012: 47.

Enquanto juizes de direito comum do direito da União, os nossos juizes estão obrigados a assegurar o pleno efeito das normas da União e a tutelar os direitos que estas conferem aos particulares, sendo competentes para a apreciação dos pedidos de indemnização por violação de normas *antitrust*. Referimo-nos, em particular, aos tribunais comuns propriamente ditos: os tribunais de primeira instância, da Relação e o Supremo Tribunal de Justiça. Cfr., ac. de 9 de março de 1978, *Simmenthal II*, proc. 106/77, n.ºs 21; 24.

<sup>32</sup> Vide Burca, 2003: 234 e ss.

<sup>33</sup> Vide Hartkamp, 2011: 140 e Jones, 2000: 188-189.

<sup>34</sup> Cfr., nota 16, n.º 29; nota 18, n.ºs 62, 71-72, 77 e 81. Contudo, nem sempre o TJ faz referência a este princípio, como são exemplos os casos C-201/02, *The Queen ex parte Delena Wells*, n.º 70; 212/04, *Konstantinos Adelenor et al.*, n.º 95; C-53/04, *Cristiano Marroscu e Gianluca Sardin*, n.º 52; C-180/04, *Andrea Vassallo*, n.º 37 e o caso C-1/06, *Bonn Fleisch*, n.º 41.

<sup>35</sup> Martins, 2012:71-74.

<sup>36</sup> *Idem*, n.º 71.

<sup>37</sup> Estas condições derivam da própria obrigação geral decorrente do art. 4.º, n.º 3 do TUE. Vide, v. g., ac. *Rewe-Zentralfinanz eG e Rewe-Zentral AG c. Landwirtschaftskammer fuer das Saarland* (Rewe I), proc. 33/76, n.º 5; ac. *San Giorgio*, proc. 199/82, n.º 12; ac.

Relativamente ao princípio da equivalência, restringe-se a atuação dos EM no sentido de submeter as regras processuais e as sanções que os tribunais nacionais aplicam na execução do DUE, a um regime não menos favorável do que àquele que seria aplicável na execução de legislação nacional equivalente. Assim, assente num plano de igualdade, este princípio visa integrar aqueles direitos na ordem jurídica interna e assegurar que as normas aí existentes sejam alargadas ao âmbito do direito europeu<sup>38</sup>.

No que ao princípio da efetividade diz respeito – “*in its guise of ‘principle of effective judicial protection’*”<sup>39</sup> -, estabelece-se que os EM devem prever vias de recurso judiciais, não podendo as modalidades nem as normas processuais tornar “*praticamente impossível ou excessivamente difícil*”<sup>40</sup> o exercício dos direitos conferidos pelo DUE, quer num plano abstrato, que num plano concreto, estando aqueles - por força do art. 4.º, n.º 3 do TUE - obrigados a garantir a plena aplicabilidade do direito da União.

Em suma, ancorado nos princípios da efetividade das normas da União e da tutela efetiva dos direitos subjetivos dela decorrentes, bem como nas obrigações resultantes do art. 4.º, n.º 3 do TUE<sup>41</sup>, vinga o princípio *ubi ius, ibi remedium* que

---

*Palmisanim*, Proc. C-261/95, n.º 27. Agora expressamente consagrados no art. 3.º e referenciados no ponto 41 das considerações iniciais da Proposta. Para uma análise crítica da posição do TJ, vide Okeoghene & James, 2002: 327; Reich, 2005: 53 e Dashwood et al., 2011: 841. Sobre uma função corretiva ou de correção do princípio, vide Hartkamp, 2011: 143-144. Como bem refere o autor: “*And if it’s true that the infringement of a Treaty provision may lead to liability in tort or to the possibility of a private enforcement action, the same it’s true for the violation of the general principle of EU law.*” Cumpre salientar que os princípios gerais da União que se aplicam no âmbito do direito privado gozam de efeito direto horizontal, no mesmo sentido do que as normas do Tratado.

<sup>38</sup> O princípio da equivalência, assim como o da efetividade, foram introduzidos pela primeira vez em 1976, pelo Tribunal de Justiça [à data TJCE] nos casos *Rewe*, proc. 33/76 e *Comet*, proc. 45/76.

<sup>39</sup> Cfr., Hartkamp, 2011: 143. Nota Sofia Pais que este princípio é aplicável “*sobretudo no domínio da concorrência, pois as normas que visam a defesa da concorrência têm geralmente efeito direto e atribuem direitos aos particulares.*” Pais, 2012: 147.

<sup>40</sup> Cfr., nota 15, n.º 29. Para sermos mais precisos, os acórdãos *Rewe* e *Comet* utilizaram a expressão “*virtually impossible*” tendo, adicionalmente, surgido o termo “*or excessively difficult*” no ac. *San Giorgio*.

<sup>41</sup> Cfr., ac. de 5 de março de 1996, *Brasserie du Pêcheur SA*, proc. apensos C-46/93 e C-48/93, n.º39.

impõe uma tutela jurídica adequada dos direitos garantidos pelo DUE<sup>42</sup>, designadamente, o direito à reparação integral dos danos.<sup>43</sup>

## 1.2. Breve análise do papel da Comissão

Ao longo dos anos, a Comissão tem vindo a considerar o *private enforcement* como uma boa via para a dissuasão de práticas anticoncorrenciais<sup>44</sup>.

Delegando competências nos tribunais nacionais e nas autoridades responsáveis em matéria de concorrência na aplicação direta e global<sup>45</sup> dos arts. 101.º e 102.º do TFUE, ao abrigo dos arts. 5.º e 6.º do Regulamento<sup>46</sup>, esta instituição comunitária, enquanto órgão executivo por excelência<sup>47</sup> e guardião dos Tratados<sup>48</sup>, mostra-se preocupada com a ausência de um sistema de reparação judicial harmonizado no âmbito do direito *antitrust*.<sup>49</sup>

Face a uma “*enorme diversidade e subdesenvolvimento*”<sup>50</sup> do *private enforcement* na União, a Comissão procurou, através da publicação do Livro Verde<sup>51</sup>,

---

<sup>42</sup> Cfr. Pliakos, 1997: 141 e ss.

<sup>43</sup> Sobre a imposição constitucional da tutela jurisdicional efetiva concluiu o nosso TC que: “*Embora o legislador disponha de liberdade de conformação quanto à regulação dos requisitos e graus de recurso, ele não pode regulá-lo de forma discriminatória, nem limitá-lo de forma excessiva (...)*.” Vide ac. de 28 de março de 2012, Proc. n.º 83/2012, 3ª Secção. Página consultada em 25 de Maio de 2014, <[http://www.pgdlisboa.pt/jurel/cst\\_busca\\_palavras.php?buscajur=164%2F2012&ficha=27&pagina=1&exacta=&nid=10462](http://www.pgdlisboa.pt/jurel/cst_busca_palavras.php?buscajur=164%2F2012&ficha=27&pagina=1&exacta=&nid=10462)>.

<sup>44</sup> Para uma análise desta evolução, vide Pais, 2011: 436 e ss.

<sup>45</sup> Porém, a apreciação de um pedido de reparação é da exclusiva competência dos tribunais nacionais. Recordamos que a aplicabilidade direta das proibições contempladas nos arts. 101.º e 102.º pelos tribunais nacionais foi estabelecida no ac. *BRT e SABAM I*. Vide Woods et al., 2004: 31.

<sup>46</sup> Vide ponto 7 das considerações iniciais do Regulamento. Cfr., Wils, 2003: 473; Jones, 2004: 13.

<sup>47</sup> Apesar do Conselho e das autoridades nacionais também executarem o direito comunitário.

<sup>48</sup> Vide art. 17.º do TUE.

<sup>49</sup> Face às divergências existentes no direito de responsabilidade civil entre os EM, as normas concorrenciais mostram-se cada vez mais convergentes. Cfr., Marcos & Graells, 2008: 472-473. Note-se, ainda, a cooperação entre a Comissão e os tribunais nacionais prevista no art. 15.º, n.º 1 do Regulamento e art. 4.º, n.º 3 do TUE.

<sup>50</sup> O relatório elaborado pela Ashurst identificou sessenta ações judiciais no domínio *antitrust*, tendo 18 delas como base normas *antitrust* e apenas seis com obtenção de ganho de causa até à data do relatório (31 de Agosto de 2004). Como iremos ver adiante, apenas alguns casos levaram os tribunais nacionais a lidar com o *passing-on defence*. (Tradução nossa). Vide Ashurst (2004), “*Study on the Conditions of Claims for Damages in Case of Claims for Damages of EC Competition Rules. Comparative Report*”. Consultado em 20 de Janeiro de

impulsionar as ações de indemnização junto dos tribunais nacionais por se tratar de uma forma de melhorar a eficiência e efetividade das regras da concorrência<sup>52</sup>.

Contudo, a diversidade de normas legais e processuais vigentes nas diversas ordens jurídicas internas dos EM gera insegurança jurídica que, para além de constituir um dos maiores entraves ao desenvolvimento do *private enforcement* no âmbito *antitrust*, obsta à efetividade do direito à reparação integral dos danos.<sup>53</sup>

Posteriormente, assentando na jurisprudência do Tribunal, a Comissão instituiu o princípio da reparação integral como o princípio orientador do *antitrust private enforcement*<sup>54</sup> e, no intuito de promover a criação de mecanismos de compensação mais eficazes<sup>55</sup>, ofereceu uma série de medidas<sup>56</sup> que intimam os EM na reforma dos seus processos civis, merecendo particular atenção a garantia da legitimidade para agir dos adquirentes indiretos e a admissibilidade do *passing-on defence*.

Em 2013, a comissão apresentou um conjunto de propostas<sup>57</sup> com vista a facilitar e estimular a aplicação da legislação *antitrust* pelos particulares, tendo sido a Proposta de Diretiva adotada de 11 de junho de 2013 e aprovada, embora com algumas alterações, pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho, no dia 17 de abril de

---

2014,

[http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/comparative\\_report\\_clean\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/comparative_report_clean_en.pdf)

<sup>51</sup> Comissão Europeia (2005), “Livro Verde: Ações de indemnização devido à violação das regras comunitárias no domínio antitrust”. COM(2005) 672, 19.12.2005. Página consultada em 25 de Maio de 2014, <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52005DC0672&from=EN>>. Para uma abordagem geral sobre as quatro opções relativas ao tratamento legal do *passing-on* e da legitimidade dos adquirentes indiretos, vide Petrucci, 2008: 34-35.

<sup>52</sup> Cfr. Jenny, 2012: 25.

<sup>53</sup> Neste sentido, vide Cseres, 2011: 228-230; Livro Branco, ponto 3.1.

<sup>54</sup> Comissão Europeia (2008) “*Commission Staff Working Paper Accompanying the White Paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules*”. SEC(2008) 404. Página consultada em 25 de Maio de 2014, <[http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/files\\_white\\_paper/working\\_paper.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/files_white_paper/working_paper.pdf)>.

<sup>55</sup> Como se pode ler no ponto 1.2 do Livro Branco: “*Mecanismos de compensação mais eficazes significa que os custos das infrações no domínio antitrust deverão ser suportados pelos infratores e não pelas vítimas e pelas empresas que cumprem a lei.*”

<sup>56</sup> Comissão Europeia (2008), “Livro Branco: Ações de indemnização por incumprimento das regras comunitárias no domínio antitrust”. COM(2008) 165, 2.4.2008. Página consultada em 25 de Maio de 2014, <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008DC0165&from=PT>>.

<sup>57</sup> Um acesso geral aos documentos relativos à iniciativa legislativa da Comissão no âmbito das ações de indemnização *antitrust* é disponibilizado em <<http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/documents.html>>. [Consultado em 28 de maio de 2014].

2014. Espera-se a aprovação final pelo Conselho de Ministros para a vigência do diploma no ordenamento jurídico comunitário.

Em síntese, a Comissão tem vindo a gerar uma atmosfera propícia a reformas legislativas nacionais, marcando uma posição favorável face às vítimas de condutas anticoncorrenciais, quer pela admissibilidade do argumento de *passing-on*, quer pelo esforço desenvolvido na facilitação de proposituras de ações cíveis de indemnização no âmbito *antitrust* visando, para tal, a harmonização das regras processuais a elas aplicáveis.

### 1.3. *Passing-on defence* ou argumento de *passing-on*?

A faculdade de uma empresa infratora, membro de um cartel, invocar *passing-on defence* é expressamente reconhecida e contemplada no art. 13.º da Proposta, tendo como base de justificação o artigo precedente, ou seja, a repercussão dos sobrecustos e a efetividade do direito à reparação integral dos danos.<sup>58</sup>

Desde logo, é preciso esclarecer que não existe uma repercussão de danos, mas antes uma repercussão dos sobrecustos. Enquanto aqueles ficam na esfera jurídica do adquirente direto (v.g., os lucros cessantes), motivo pelo qual lhe será concedida uma indemnização, os sobrecustos ou o aumento anticoncorrencial dos preços poderão ser objeto de repercussão o que, por sua vez, provocará danos na esfera jurídica do adquirente indireto.<sup>59</sup>

---

<sup>58</sup> É feliz a noção de repercussão do aumento de custos dada por Gonçalves Pereira, Castelo Branco & Associados (2006) “Documentos publicados pela Comissão Europeia relativos à política de concorrência”. Consultado em 23 de Abril de 2014, <[http://www.cuatrecasas.com/media\\_repository/docs/por/newsletter\\_societario\\_janeiro\\_2006.pdf](http://www.cuatrecasas.com/media_repository/docs/por/newsletter_societario_janeiro_2006.pdf)>. A possibilidade de invocar o *passing-on* como meio de defesa não é recente. Cfr., nota 16, n.º 30. O ac. de 4 de outubro, *Iresk-Arkady c. Conselho e Comissão*, proc. 238/78, é um exemplo da sua alegação no âmbito de uma ação de responsabilidade extracontratual da União, artigo 288.º, TCE [atual art. 340.º, TFUE]. O ac. de 27 de fevereiro de 1980, *Hans Just I/S c. Danish Ministry for Fiscal Affairs*, proc. 68/79, n.º 26 trata da cobrança de impostos pelo Estado Dinamarquês na importação de vinho, considerando-a compatível com as normas da DUE. Havendo violação do DUE [à data DCE], os particulares lesados reagiram judicialmente contra o Estado, junto dos tribunais nacionais, no intuito de reaver os montantes pagos, podendo a lei nacional atender não só à repercussão daquele encargo fiscal a outras partes, mas também à perda de vendas na quantificação do dano. Ainda, sobre a incerteza associada ao *passing-on* no ac. *San Giorgio*, vide Petrucci, 2008: 40.

<sup>59</sup> Consultar anexo 1.

O argumento de *passing-on* é dotado de uma dinâmica própria cuja operatividade é verificável em dois campos distintos mas indissociáveis: se por um lado pode ser invocada pelo demandado enquanto mecanismo de defesa a fim de afastar a alegação de danos por parte do adquirente direto<sup>60</sup>, por outro, poderá ser aproveitada pelos adquirentes indiretos como elemento de base na reivindicação da existência de danos.<sup>61</sup>

Desta forma, parece-nos conveniente optar pela expressão argumento de *passing-on* (ou, preferindo, o argumento de repercussão dos sobrecustos) em vez de *passing-on defence* precisamente por esta transmitir a ideia de que só poderá ser invocada em sentido defensivo quando, como vimos, também pode ser alegada em sentido ofensivo, ou seja, como base à pretensão indemnizatória dos adquirentes indiretos.<sup>62</sup>

Para a análise deste argumento, importa ter em atenção as seguintes considerações prévias<sup>63</sup>: se, por um lado, a proibição da invocação do argumento de *passing-on* pelo demandado é contrária ao princípio da compensação no sentido de atribuir ao demandante uma indemnização superior ao dano realmente sofrido, por outro lado, a adoção deste argumento adiciona uma significativa complexidade às ações, mormente no âmbito da avaliação dos prejuízos, pois é árdua a prova da repartição dos danos ao longo da cadeia de distribuição, o que acentua a assimetria da informação entre as partes, principalmente dos adquirentes indiretos quando lhes é exigida a prova da existência de danos e o nexo de causalidade entre estes com o facto ilícito. Por outro lado, se a negação da legitimidade de agir dos consumidores indiretos implica um enriquecimento sem causa dos autores da infração, já a sua permissão

---

<sup>60</sup> Por exemplo, alegando que o aumento dos preços foi provocado pelo próprio adquirente direto e que esta é causa adequada da redução no volume de vendas. Note-se, entretanto, que a repercussão também poderá ser verificada a montante na cadeia de abastecimento se os danos resultarem de uma conduta anticoncorrencial relativa a um fornecimento à empresa infratora.

<sup>61</sup> A dinâmica do argumento de *passing-on* será desenvolvida no próximo capítulo, no ponto 2.3.

<sup>62</sup> Consultar anexo 2.

<sup>63</sup> Siragusa, Mario (2011) "Private Damages Claims: Questions Relating to the Passing-on Defence". Consultado em 4 de Janeiro de 2014, <[http://www.oxera.com/Oxera/media/Oxera/downloads/Agenda/Private-damages-claims-\(Mario-Siragusa\)\\_1.pdf?ext=.pdf](http://www.oxera.com/Oxera/media/Oxera/downloads/Agenda/Private-damages-claims-(Mario-Siragusa)_1.pdf?ext=.pdf)>.

envolve o criação de meios efetivos de coordenação de ações contra o mesmo autor da infração (v.g, as ações coletivas)<sup>64</sup>.

Apresentando como principais vantagens a reparação integral dos danos efetivamente sofrido e a dissuasão de potenciais práticas lesivas da concorrência e dos interesses jurídicos dos particulares<sup>65</sup>, o argumento de repercussão, cumprindo os princípios do contraditório e da igualdade de armas, reveste-se de justeza por conferir a possibilidade de os demandados contraditarem danos que, na realidade, foram repercutidos e que não constituem, por isso, um prejuízo na esfera jurídica do demandante. Se vedada lhes fosse esta possibilidade, incorreríamos, nomeadamente, numa violação ao princípio da proibição do enriquecimento sem causa<sup>66</sup>.

Como reverso da medalha, vem legitimar a atuação processual dos adquirentes indiretos<sup>67</sup> que, enquanto partes lesadas, buscam a reparação dos seus danos. Contudo, o principal inconveniente reside, como veremos nos próximos pontos, na complexidade que vem aditar às ações judiciais *antitrust*.<sup>68</sup>

#### **1.4. As vítimas: do reconhecimento da posição processual ativa dos consumidores indiretos à relevância do argumento de repercussão dos sobrecustos no âmbito das ações de responsabilidade civil**

Apesar de o reconhecimento da legitimidade processual ativa dos adquirentes indiretos ser jurisprudência vigente na União, parte da doutrina americana<sup>69</sup> entende

---

<sup>64</sup> Sobre a admissibilidade das ações coletivas entre nós, vide Rossi & Ferro, 2013: 46 e ss. Apesar da relevância destas no desenvolvimento do *antitrust private enforcement* e da sua relação de complementaridade com as ações de indemnização nesta matéria, este ponto não será considerado no presente estudo.

<sup>65</sup> Rossi & Ferro, 2013: 72.

<sup>66</sup> Vide nota 51, ponto 2.6.

<sup>67</sup> Como sublinha Petrucci (2008: 41): “*Since Courage seems to grant standing to indirect purchasers, an equal treatment between plaintiff and defendant requires the admission of the passing-on defence.*”

<sup>68</sup> Cfr., Organização de Cooperação e Desenvolvimento Económico (2006), “Roundtable Discussion on Private Remedies: Passing on Defence; Indirect Purchaser Standing; Definition of Damages”. DAF/COMP/WP3/WD(2006)9, 2. Consultado em 20 de Maio de 2014, <[http://ec.europa.eu/competition/international/multilateral/2006\\_feb\\_private\\_remedies.pdf](http://ec.europa.eu/competition/international/multilateral/2006_feb_private_remedies.pdf)>.

<sup>69</sup> Em termos de direito comparado, não podemos negligenciar o valioso contributo e influência do sistema jurídico norte-americano neste domínio. Tanto a doutrina de *Illinois Brick* (n.º 741) como a de *Hanover Shoe* (n.º 493) apontam para a extrema complexidade

que a posição processual ocupada pelos adquirentes diretos outorga um melhor acesso à informação requerida para fundamentar os factos alegados e a um custo inferior<sup>70</sup>.

Seguindo de perto o entendimento de Lands e Posner, afirma Petrucci que “*the paradox is that more potential enforcers would bring less enforcement*”<sup>71</sup>.

No entanto, também este ponto é questionável: serão os adquirentes diretos os *enforcers* mais eficientes das regras *antitrust*?<sup>72</sup>

Por nossa parte, entendemos que, neste domínio, não devemos estabelecer uma distinção entre adquirentes diretos e indiretos pois, enquanto partes lesadas, ambos poderão acionar o seu direito subjetivo propondo uma ação contra os infratores para a indemnização de perdas e danos, o que conduz à tutela de uma concorrência efetiva

---

inerente ao argumento de *passing-on*, que reside, sobretudo, na necessidade de provar se e como a repercussão condicionou o preço do produto. Além disso, procurando evitar uma litigância massiva por parte dos adquirentes indiretos, não encontram benefícios no reconhecimento da legitimidade processual ativa destes: “*Allowing indirect purchasers to recover using pass-on theories, (...) would transform treble-damages actions into massive multiparty litigations (...)*” (*Illinois Brick*, n.º 740).

Assentando numa análise económica, a Escola de Chicago defende esta doutrina. Ou seja, numa situação de conflito entre a dissuasão das práticas anticoncorrenciais e da compensação das vítimas é dada preferência à última que será maximizada através da legitimidade processual única do adquirente direto. Cfr. Posner & Landes, 1979: 602.

Assim, incorreríamos num raciocínio erróneo se afirmássemos que a jurisprudência de *Crehan* permite o *passing-on* pelo fato de procurar desincentivar as práticas anticoncorrenciais, quer através do direito a exigir uma indemnização, quer através da legitimação processual dos adquirentes indiretos, uma vez que, como vimos, esta questão não é pacífica. Neste sentido, vide Petrucci, 2008: 40-41. Aliás, como entende o autor, apesar de a possibilidade de qualquer individual exigir a reparação do prejuízo em virtude da violação do art. 101.º, n.º 1 decorrer explicitamente da jurisprudência de *Crehan* (note-se, os n.ºs 24 e 28), a admissibilidade de alegação de *passing-on* pelo demandante resulta da sua *ratio decidendi* (nomeadamente, do n.º 26).

<sup>70</sup> Cfr., Posner & Landes, 1979a: 605. Também, cfr. Anderson & Cuff, 2011: 416. Como afirmam os autores: “*(...) direct purchasers are currently the key players in civil suits and that a focus needs to be placed on incentivizing such potential plaintiffs by putting them in a strong position procedurally*”.

Já em sentido diverso e demonstrando que não podemos afirmar em termos empíricos a preferência dos adquirentes diretos face aos indiretos, vide Harris & Sullivan, 1979: 349-354. Em resposta às críticas avançadas por estes autores, vide Posner & Landes, 1979b: 1274 e ss. Por outro lado, Cooter vem adicionar relevância ao fator substituição no comportamento do mercado. Dependendo da facilidade na substituição de bens ou produtos objeto de um aumento anticoncorrencial considera o autor “*Factor substitution, therefore, is one determinant of the extent to which a price increase will be passed on to indirect purchasers.*” E acrescenta: “*The Supreme Court’s formula is incorrect because it does not take account of factor substitution.*” Vide Cooter, 1980: 1523-1524.

<sup>71</sup> Petrucci, 2008: 36.

<sup>72</sup> Considerando os adquirentes diretos como “*the most eficiente enforcers*” ou “*better detectors*” vide Carli et al., 2007: 467-470.

perante os órgãos jurisdicionais nacionais.<sup>73</sup> Neste sentido, verifica-se uma aplicação eficiente das normas de concorrência por ambos.

À luz da jurisprudência do Tribunal, o direito à reparação integral dos danos garantido pelo DUE é reconhecido a *qualquer pessoa lesada*<sup>74</sup>, incluindo os consumidores (intermediários ou finais) que sofram um prejuízo em virtude de uma violação ao direito da concorrência<sup>75</sup>, desde que façam prova suficiente das condições constitutivas do seu direito.<sup>76</sup>

Adotando a jurisprudência de *Crehan*, a Comissão sugeriu uma presunção ilidível de repercussão do aumento de custos na esfera jurídica dos adquirentes indiretos<sup>77</sup>, tendo mantido a mesma posição na recente Proposta, ou seja, verificados os requisitos contidos no art. 14.º, n.º 2, propõe a Comissão “(...) o *adquirente indireto será considerado como tendo provado que foi alvo de uma repercussão dos custos adicionais (...)*.”<sup>78</sup>

Tal entendimento poderá parecer contraditório, uma vez que o art. 13.º atribui ao demandado o ónus de provar a repercussão dos sobrecustos. Contudo, é preciso não esquecer que a proposta assenta na jurisprudência do Tribunal. Aliás, como concluem Ashton & Henry<sup>79</sup>, o art. 14.º respeita o art. 2.º do Regulamento, nomeadamente se recorrermos à sua aplicação analógica, isto é, preenchidas todas as condições do art. 14.º, n.º 2, operará a favor do adquirente indireto uma presunção, estabelecida pelo mesmo preceito, de que os danos lhe foram repercutidos.

---

<sup>73</sup> Vide nota 16, n.º 27.

<sup>74</sup> Vide nota 16, n.ºs 23 e 24; tendo sido reiterado em *Manfredi*, n.º 59. Também o n.º 26 daquele ac. foi repetido no n.º 60 do ac. *Manfredi*, n.º 28 do ac. *Pfleiderer* e, recentemente, no n.º 41 do ac. *Otis*.

<sup>75</sup> Cfr., art. 4.º, n.º 6 da Proposta.

<sup>76</sup> Vide nota 18, n.ºs 60, 61 e 63. Numa ótica de direito comparado, verificamos que no direito *antitrust* americano, em *Hanover Shoe, Inc. c. United Shoe Machinery Corp.* o Supremo Tribunal entendeu que o infratores não podiam invocar *passing-on defence* quando acionados pelos adquirentes diretos e, em *Illinois Brick Co c. Illinois* rejeitou o reconhecimento da legitimidade de agir dos adquirentes indiretos face aos infratores. Cfr. Parlak *apud* decisões *Hanover Shoe* e *Illinois Brick*, 2010: 34.

<sup>77</sup> Vide *supra* nota 51, ponto 2.4; nota 55, seção 2.6.

<sup>78</sup> Tradução nossa. Como iremos ver no capítulo seguinte, no ponto 2.3.2.3., levanta-se a este propósito uma dúvida quanto ao *interplay* desta presunção com a presunção de dano proposta pelo art. 17.º, n.º 2.

<sup>79</sup> Ashton & Henry, 2013: 47 e 52.

Em suma, concluímos pela indissociabilidade existente entre a legitimidade de agir dos adquirentes indiretos e o argumento de *passing-on* no âmbito das ações de indemnização *antitrust*. Ou seja, ao ónus de invocar a repercussão dos sobrecustos por parte do demandado opõe-se a faculdade de o adquirente indireto contraditar tal alegação exigindo uma indemnização, precisamente pelos danos que alegadamente lhe foram repercutidos na sua esfera jurídica.

## **CAPÍTULO II**

## II - O alcance do direito à reparação integral dos danos em Portugal: a admissibilidade do argumento de *passing-on*

Entrando no âmago do nosso estudo, focaremos a nossa atenção para os factos constitutivos do regime geral de RC, relevantes para a análise do argumento de repercussão dos sobrecustos e, por fim, procuraremos apurar a conformidade do nosso regime à luz da Proposta.

Apesar não ser clara a natureza da indemnização<sup>80</sup>, incidiremos a nossa abordagem no âmbito das ações de RCE por factos ilícitos, designadamente, por violação do direito da concorrência no domínio *antitrust*.

---

<sup>80</sup> A Proposta não vem harmonizar esta área. Apesar de a solução não ser nítida, alguns autores apontam para uma natureza obrigacional. Vide Ashton & Henry, 2013: 32-34; nota *supra* nota 51, secção 2.8; Comissão Europeia (2008) “*Commission Staff Working Paper Annex to the Green Paper*”. SEC(2005) 1732, para. 242. Página consultada em 25 de Maio de 2014, <[http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/sp\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/sp_en.pdf)>.

## 2.1. O quadro jurídico-substantivo aplicável às ações cíveis de indemnização *antitrust*

O exercício do direito fundamental de acesso à tutela judicial efetiva<sup>81</sup> contemplado no art. 47.º da CDFUE, nos arts. 19.º, n.º 1, 242.º e 243.º do TUE e, entre nós, no art. 20.º da CRP coloca à disposição dos particulares<sup>82</sup> uma organização judiciária e vias de reação que garantem o pleno exercício do direito à reparação integral dos danos<sup>83</sup>, por força dos princípios do efeito direto, da aplicabilidade direta e do primado<sup>84</sup>.

Os nossos tribunais cíveis de primeira instância são competentes<sup>85</sup> para conhecerem de pretensões indemnizatórias que se fundam na violação de regras *antitrust*<sup>86</sup>, tendo o *private enforcement* acolhimento, embora não em termos expressos, no âmbito do n.º 2 do art.º 9.º da LdC.<sup>87</sup>

Não existindo, contudo, normas especiais na nossa ordem jurídica para a “*aplicação privada do direito da concorrência*”<sup>88</sup>, o direito europeu vem ao encontro do nosso regime geral de RC – que atua através do surgimento da obrigação de

---

<sup>81</sup> Pese embora as primeiras formulações do princípio no final da década de 60, o Tribunal qualificou-o como direito fundamental no ac. de 15 de maio de 1986, *Johnston*, proc. 222/84.

<sup>82</sup> Entendidos, pois, enquanto partes alegadamente lesadas. Ou seja, não existem entre nós requisitos específicos para que o adquirente direto possa reagir junto de um tribunal nacional competente (vide art. 26.º do Código do Processo Civil). Deverá, tal como os adquirentes diretos, verificar as condições previstas no art. 483.º, n.º 1 do CC.

<sup>83</sup> Canotilho & Moreira, 2007: 416.

<sup>84</sup> Por força do art. 8.º, n.º 4 da CRP, o direito originário e o direito derivado da UE prevalecem, em caso de conflito, sobre as normas internas. Esta cláusula constitucional respeita o primado do DUE sobre o direito nacional. O Tribunal estabeleceu, no ac. *Costa c. E.N.E.L.* que, em caso de contradição, o direito comunitário prevalece sobre o direito nacional ainda que tal implique a desaplicação de normas nacionais não obstante a sua dignidade formal. Como afirma Patrícia Fragoso Martins, numa análise a este acórdão, o princípio da primazia ou do primado é um princípio de origem jurisprudencial que “*não encontra base formal nos Tratados*.” Martins, 2012: 43. Também o TJUE veio reconhecer a aplicação do primado às diretivas, nomeadamente no ac. de 7 de dezembro de 1981, *Rewe-Markt Steffen*, Proc. 158/80, e no ac. de 10 de abril de 1984, *Von Colson*, Proc. 14/83.

<sup>85</sup> A estrutura e organização dos tribunais judiciais é especialmente regulada no Título V da Lei da Organização do Sistema Judiciário, Lei n.º 62/2013, de 26 de Agosto, nos arts. 31.º e ss.

<sup>86</sup> Ao abrigo do art. 15.º, n.º 1 do Regulamento, os tribunais poderão pedir informações à Comissão ou mesmo a sua opinião em certas questões relativas ao direito da concorrência.

<sup>87</sup> Gorjão-Henriques & al., 2013: 33.

<sup>88</sup> Morais, 2009: 123; Silva, 2008: 189 e ss.

indenização ou de reparação dos danos<sup>89</sup> -, sendo aplicáveis os arts. 483.º e ss e 562.º e ss. do CC.<sup>90</sup>

Segundo o princípio geral da reconstituição natural consagrado no art. 562.º, sempre que alguém está obrigado a reparar um dano sofrido por outrem deve reconstituir a situação que existiria se não se verificasse o dano, optando-se, segundo o art. 566.º, n.º 1, pela fixação da indenização em dinheiro quando aquela forma de compensação não for possível ou não reparar integralmente os danos ou, ainda, for excessivamente onerosa para o devedor.

No domínio das práticas anticoncorrenciais observadas no seio de relações horizontais onde o infrator, membro de um cartel, provoca uma série de efeitos no mercado quer a montante, quer a jusante, não nos parece que a restituição natural ou a mera compensação por danos não patrimoniais (que, pela sua gravidade, mereçam tutela do direito, art. 496.º, n.º 1 do CC) tenham aqui saliência. Estamos, pois, perante verdadeiras pretensões indemnizatórias.<sup>91</sup>

Impõe-se a seguinte questão: que danos são postos a cargo do autor do fato constitutivo da responsabilidade, sendo certo que apenas estarão por conta dos responsáveis aqueles causados e resultantes do fato, segundo o art. 483.º, n.º 1?

Enquanto fonte das obrigações regulada pelo CC, a RC abarca quer a RC contratual (ou obrigacional), com previsão nos arts. 798.º e ss. que resulta do não cumprimento *lato sensu* das obrigações (principais e acessórias) decorrentes dos contratos ou dos negócios jurídicos unilaterais, quer a RCE (ou delitual) que, por sua vez, resulta da violação (ilícita ou não, por ação ou omissão) de deveres genéricos de abstenção ligados aos direitos absolutos, causando sempre prejuízo a outrem (art. 483.º e ss.)<sup>92</sup>.

---

<sup>89</sup> Pinto, 2005: 128; Leitão, 2009: 283.

<sup>90</sup> Peres & Cadete, 2010: 203 e 204.

<sup>91</sup> Como sustenta Mota Pinto (2005: 129): “O ressarcimento por equivalência dos danos patrimoniais é uma verdadeira indenização, dada a identidade de natureza entre o carácter patrimonial dos bens lesados e uma dada soma pecuniária.”

<sup>92</sup> Neto, 2013: 474, ponto 33.

Não obstante as diferenças, o regime próprio da obrigação de indemnizar (art. 562.º e ss.) é comum a ambas as RC, podendo resultar do mesmo facto e envolver os dois tipos de RC para o agente.<sup>93</sup>

Os pressupostos da verificação de um fato voluntário do lesante e da ilicitude não oferecem dúvidas. *In casu*, tratamos de acordos de fixação de preços cuja Comissão qualifica como restritivos da concorrência por objeto<sup>94</sup>, podendo ser dispensada a verificação de qualquer comportamento concreto das partes no mercado.<sup>95</sup>

A ilicitude do fato é, assim, verificável, no âmbito da RCE, perante a violação de “*direitos subjetivos ou interesses alheios tutelados por uma disposição legal*”<sup>96</sup>, ou seja, a variante ou forma da ilicitude em causa é a da violação da lei que protege interesses alheios (segundo o art. 483.º, n.º 1, parte final, “*qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios*”) é reportada à atuação do agente e não ao efeito danoso que dele provém.

Segundo a nossa jurisprudência, para a aplicação da lei da concorrência, um acordo deverá compreender “*um qualquer comportamento coordenado de empresas, sob qualquer forma jurídica, em que pelo menos uma se obriga a uma determinada prática ou em que se elimina a incerteza do comportamento da outra; seja ele expresso ou tácito, simétrico ou assimétrico*”<sup>97</sup>, sendo a proibição da fixação de preços fundamentada, desde logo, por constituir uma “*limitação ao funcionamento do mercado, vinculando os agentes económicos a praticar preços pré-determinados, não vinculando a discussão entre os intervenientes negociais e não permitindo o livre jogo da oferta e da procura (...)*”<sup>98</sup>

---

<sup>93</sup> Por exemplo, um cartel poderá ser contratualmente responsável perante o retalhista e extracontratualmente responsabilizado perante os consumidores finais, na medida dos danos causados.

<sup>94</sup> Vide Comunicação da Comissão – Orientações sobre a aplicação do artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos acordos de cooperação horizontal, JO C n.º 11, de 14 de Janeiro de 2011, paras. 24 e 25.

<sup>95</sup> Gorjão-Henriques & al., 2013: 27.

<sup>96</sup> Pinto, 2005: 130.

<sup>97</sup> Vide Sentença proferida pelo TCL, “*AERNORTE – Transportes Áreas, S.A. e HELISUL – Sociedade de Meios Aéreos, Lda.*”, proc. n.º 48/08.7TYLSB.

<sup>98</sup> Vide Sentença proferida pelo TCL em 18 de janeiro de 2007, “*Ordem dos Médicos*”, proc. n.º 851/06.2TYLSB, n.º37. Trata-se de uma decisão judicial condenatória em infração por objeto.

Na apreciação da exigência da ilicitude é muito importante ter em conta a distinção entre as ações de seguimento (*follow-on actions*) das ações independentes (*stand-alone actions*). Face às assimetrias da informação, é mais fácil a verificação da ilicitude no âmbito das ações de seguimento.<sup>99</sup> Nestas, instauradas na sequência de uma decisão de infracção por parte da Comissão ou da AdC, o demandante, enquanto detentor do ónus da prova nos termos do art. 342.º do CC e do art. 2.º do Regulamento, aproveitará a decisão para fazer prova da conduta anticoncorrencial.<sup>100</sup>

Já nas ações independentes, precisamente por carecerem de uma decisão *a priori*, o autor deverá provar todos os elementos que compõem a existência de um acordo anticoncorrencial, nomeadamente o da ilicitude do facto.

À luz do nosso regime geral, para além da prática do facto prejudicial aos interesses de outrem, o demandante deverá provar a desconformidade da ação do agente perante a lei concorrencial ao não verificar a obrigação do tipo *non facere*, presente, designadamente, no art. 101.º, n.º 1 do TFUE e no art. 9.º, n.º 1 da LdC.

Quanto ao requisito da imputação do fato ao lesante é consabido que, enquanto credor do direito à indemnização, recai sobre o demandante o ónus de provar a culpa do demandado, segundo os arts. 342.º, n.º 1 e 487.º, n.º 1,<sup>101</sup> cumprindo-se a exigência presente no art. 483.º, isto é, o agente deve ter agido com culpa - seja com dolo ou com mera culpa.<sup>102</sup>

---

<sup>99</sup> Correia, 2010: 115 e 116.

<sup>100</sup> Vide art.º 9.º n.º 1 da Proposta; art. 16.º do Regulamento e ac. *Otis*, n.º 65. Não está em causa uma diminuição da tutela jurídica das empresas em juízo, uma vez que estas vêm os seus direitos de defesa garantidos pelo art. 48.º, n.º 2 da CDFUE e as decisões de infração definitivas das autoridades nacionais da concorrência são passíveis de controlo jurisprudencial. Cfr. ac. *Otis*, n.º 57; nota 3, ponto 4.3.1.

Sobre a distribuição do ónus da prova vide, entre outros, ac. do STJ de 02 de novembro de 2010, proc. 2290/04 – 0TBCL.G1.S1, alínea c) das conclusões.

<sup>101</sup> Sobre o requisito de culpa, vide Neto, 2013: 474, ponto 50; Costa, 2009: 578 e ss.

<sup>102</sup> Salienta Mota Pinto (2005: 130): “*Embora a responsabilidade civil deva conduzir à reconstituição da situação que existiria se não se tivesse produzido o evento que obriga à reparação (art. 562.º), a nossa lei admite uma limitação equitativa de indemnização quando a responsabilidade se funde em mera culpa (art. 494.º).*” Assim, como nota Sofia Pais em rodapé, tendo por referência os n.ºs 31 a 36 do ac. *Crehan*: “(...) o direito da União não se opõe a que uma legislação nacional impeça o pedido de indemnização por uma das partes no acordo, se esta tem uma responsabilidade significativa na distorção da concorrência.” Vide Pais, 2011: 436.

Tem a doutrina afirmado que o art. 487.º, n.º 2 consagra a tese da culpa em abstrato<sup>103</sup> nos moldes de um homem-tipo («*bonus pater familiar*»), sendo censurável a conduta do agente se se concluir que, considerando a sua capacidade e as circunstâncias concretas do caso, poderia e deveria ter agido de outro modo.

Feita esta breve abordagem aos três primeiros pressupostos da RCE (facto voluntário, ilicitude da conduta e culpa) concluímos que a problemática da admissibilidade da repercussão dos sobrecustos e consequente legitimação ativa dos consumidores indiretos levanta-se, precisamente, na verificação dos restantes requisitos, isto é, na existência de danos e no estabelecimento do nexo de causalidade.

## **2.2. A relevância da presunção estabelecida pelo art. 17.º, n.º 2 na prova da existência de danos**

À luz do art. 564.º, n.º 1 do CC entendemos que o nosso regime jurídico observa a regra *Manfredi*<sup>104</sup> expressamente consagrada no n.ºs 1 e 2 do art. 2.º da Proposta.

Correspondendo à lesão do interesse tutelado, o dano real compreende a perda *in natura* que o lesado sofreu em consequência da prática anticoncorrencial, enquanto que o dano patrimonial abarca não só o dano emergente (*damnum emergens*) que, consistindo no “*prejuízo imediato sofrido pelo lesado*” nos bens ou direitos já existentes, se traduz na diferença entre o preço ideal do mercado e o preço pelo qual o bem foi vendido ao lesado, mas também o lucro cessante (*lucrum cessans*) que, por sua vez, traduzirá os benefícios ou vantagens que o lesado deixou de obter em consequência da lesão, como por exemplo, a perda de vendas.<sup>105</sup>

Entre nós, nos termos do art. 342.º, n.º 1, o autor da ação deve alegar e provar os danos sofridos. Porém, é sugerida uma presunção ilidível no artigo 17.º, n.º 2 da Proposta quanto à existência de danos resultantes de um cartel<sup>106</sup> o que, na análise da

---

<sup>103</sup> Neto, 2013: 498, pontos 1 a 5.

<sup>104</sup> Vide, nota 16, n.ºs 95 e 100. Consagramos, pois, o princípio da *restitutio in integrum*, Este princípio, acolhido pela Proposta no art. 2.º, n.º 2 também é contemplado pela Comunicação da Comissão sobre a quantificação dos danos no para. 6.

<sup>105</sup> Pinto, 2005: 129.

<sup>106</sup> A *ratio* desta presunção parece assentar no princípio da efetividade e na prejudicialidade dos cartéis no bom funcionamento do mercado concorrencial, designadamente pelo carácter

questão vertida, significará que o cartel provocou um aumento anticoncorrencial dos preços. Porém, esta presunção poderá ser afastada pelo demandado, segundo o art. 344.º, n.º 1, sob pena de se ter como provado o fato presumido.<sup>107</sup>

Qualificadas como “*as mais gravosas a nível nacional e internacional*”<sup>108</sup>, parece-nos que a presunção estabelecida no art. 17.º, n.º 2 da Proposta é adequada, visto o impacto que estas restrições horizontais provocam no mercado concorrencial, nomeadamente o dano económico estimado pela nossa AdC no caso do cartel farmacêutico<sup>109</sup> em, aproximadamente, 3,2 milhões de euros ou, no caso do cartel do sal<sup>110</sup>, em sensivelmente 5,6 milhões de euros. Demonstrando o potencial impacto negativo para os consumidores, indústria e empresas concorrente explica a AdC:

*“Ao disporem de um conhecimento perfeito do comportamento das outras empresas participantes no cartel, as empresas repartem os clientes, cristalizam situações adquiridas e privam os clientes da possibilidade real de beneficiar de condições mais favoráveis que lhes seriam oferecidas num mercado em normal funcionamento”, acrescentando que “os danos resultam, sobretudo, da redução da oferta no mercado e da manutenção de preços artificialmente elevados, com a perda de bem-estar social e conseqüente a transferência (ilícita) de rendimento dos consumidores para as empresas participantes no cartel.”*<sup>111</sup>

Neste sentido, é notória a relevância da previsão do art. 17.º, n.º 3 da Proposta na aferição dos danos nas ações de indemnização *antitrust*.

---

secreto que apresentam o que agrava a assimetria de informações estruturais entre os sujeitos da relação processual. Cfr., ponto 42 das considerações iniciais da Proposta. Para mais desenvolvimentos neste ponto, vide um estudo preparado para a Comissão, Oxera (2009) “*Quantifying antitrust damages - Towards non-binding guidance for courts*”, pgs. 88-92. Página consultada em 25 de Maio de 2014, <[http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification\\_study.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_study.pdf)>.

<sup>107</sup> Neto, 2013: 321.

<sup>108</sup> Comunicado da Autoridade Nacional da Concorrência n.º 1/2008. Página consultada em 14 de Maio de 2014, <[http://www.concorrenca.pt/vPT/Noticias\\_Eventos/Comunicados/Paginas/Comunicado\\_AdC\\_200801.aspx](http://www.concorrenca.pt/vPT/Noticias_Eventos/Comunicados/Paginas/Comunicado_AdC_200801.aspx)>. Sobre os prejuízos e a incerteza jurídica vide Howard 2013:1.

<sup>109</sup> Vide nota *supra*.

<sup>110</sup> Vide Comunicado da Autoridade Nacional da Concorrência n.º 17/2006. Página consultada em 14 de Maio de 2014, <[http://www.concorrenca.pt/vPT/Noticias\\_Eventos/Comunicados/Paginas/Comunicado\\_AdC\\_200617.aspx](http://www.concorrenca.pt/vPT/Noticias_Eventos/Comunicados/Paginas/Comunicado_AdC_200617.aspx)>.

<sup>111</sup> Vide nota *supra*.

Por outro lado, seguindo Ashton & Henry<sup>112</sup>, a presunção estabelecida pelo art. 17.º, n.º 2 terá um impacto significativo na dinâmica das ações *antitrust* uma vez que, para refutar a presunção, o demandado é encorajado a proceder a uma análise substancial dos danos provocados. Aliás, como decorre do art. 566.º, n.º 3 do CC, o demandado terá todo o interesse em aplicar os seus conhecimentos no momento do contraditório pois, se não conseguir averiguar o valor exato dos danos, o tribunal julgará equitativamente dentro dos limites que tiver por provados.

Pugnamos, portanto, pela eficiência desta presunção, na medida em que coloca sobre o demandado o encargo de provar a existência e a inexistência de danos. Assumindo uma posição processual favorável (leia-se, a mais favorável) quanto à obtenção de provas, o demandado saberá canalizar o conhecimento sobre os efeitos que o cartel provocou no mercado a jusante para, por um lado, face à alegação de danos pelo adquirente direto, provar que estes foram, na realidade, repercutidos nos seus clientes (adquirentes indiretos) e, por outro lado, perante a alegação de danos por parte dos adquirentes indiretos, negar a repercussão dos sobrecustos nas suas esferas jurídicas alegando, por exemplo, que estes sofreram danos em virtude de um aumento de preços provocado pelo próprio adquirente direto.<sup>113</sup>

Deste modo, a presunção do art. 17.º, n.º 2, enquanto numa norma dissuasora de práticas anticoncorrenciais, tutela a concorrência e, simultaneamente, cria um estímulo ao *private enforcement*, pois a operatividade do argumento de repercussão dos sobrecustos obedece e suporta um dos princípios basilares do nosso direito processual civil - o princípio do contraditório, previsto no art. 517.º do Código Processo Civil - e, ao identificar quais os danos que foram repercutidos aos adquirente indiretos e quais os que foram absorvidos pelo adquirente direto, auxilia na plena efetividade do direito à reparação integral dos danos.

Ao abrigo do art. 17.º, n.º 1 da Proposta, os nossos tribunais deverão proceder à avaliação dos danos.<sup>114</sup> Entre nós, tal será feito com recurso à teoria da diferença, contemplada no art. 566.º, n.º 2, isto é, limitando-se a indemnização a uma relação de

---

<sup>112</sup> Ashton & Henry, 2013: 105.

<sup>113</sup> Chegados a este ponto, percebemos a importância da verificação do nexo de causalidade entre o fato e o dano e a complexidade que lhe está subjacente.

<sup>114</sup> Sobre os tipos de danos a serem ressarcidos, vide Ashton & Henry, 2013: 104 e 105. Os autores identificam, essencialmente, o dano pecuniário resultante do aumento anticoncorrencial dos preços e o dano sob a forma de *efeito de enércia* na perda de vendas.

condicionalidade, o montante da indemnização deverá ser avaliado através da diferença entre a situação real atual (na data mais recente que puder ser atendida pelo tribunal) em que o fato deixou o lesado e a situação hipotética atual em que o lesado se encontraria (nessa data) sem o dano sofrido<sup>115</sup>, abrangendo “*todos os danos emergentes (directos e indirectos), bem como os lucros cessantes relacionados com o facto que obriga a indemnizar.*”<sup>116</sup>

Deste modo, é nossa convicção que, no campo da fixação do *quantum* indemnizatório<sup>117</sup>, a presunção de dano provocado por um cartel prevista no art. 17.º, n.º 2, não se revestirá de grande utilidade prática, tratando-se antes de um mero impulso probatório a favor da parte lesada, pois os tribunais não veem a sua tarefa de aferição do montante indemnizatório facilitada.

Concluimos então que, tendo por base a presunção do art. 17.º, n.º 2, conjugada com o recurso à teoria da diferença e, se necessário for, a critérios de equidade<sup>118</sup>, a nossa ordem jurídica mostra-se ajustada à Proposta, e idónea para alcançar os resultados nela propostos.<sup>119</sup>

---

<sup>115</sup> A doutrina parece ser unânime. Vide, entre outros, Costa, 2009: 770-781; Correia, 2010: 113. Todavia, esta teoria não está isenta de críticas, designadamente, por “*tornar o montante do dano dependente do acaso*”. Cfr. Costa, 2011: 878, seguindo de perto Serra, 1959: 73.

<sup>116</sup> Varela, 1972: 32.

<sup>117</sup> Para mais desenvolvimentos, vide Parlak, 2010: 37. Sobre uma adequação do *passing-on* às várias circunstâncias concorrenciais, vide Verboveny & Dijk, 2009: 5 e ss.

<sup>118</sup> Isto é, sempre que “*não puder ser averiguado o valor exacto dos danos*” (art.566.º, n.º 3).

<sup>119</sup> Vide arts. 2.º; 12.º, n.ºs 1, 2, 3, 5 e 16.º da Proposta.

### 2.3. A dinâmica do argumento de *passing-on*

Não existindo normas especiais nem jurisprudência nacional onde possamos fundar a nossa posição<sup>120</sup>, o enquadramento do argumento de repercussão dos sobrecustos na nossa ordem jurídica interna será fruto de uma interpretação jurídica do mais recente diploma nesta matéria: a Proposta de Diretiva com as alterações de 17 de Abril de 2014<sup>121</sup>.

#### 2.3.1. O argumento de repercussão dos sobrecustos invocado pelo demandado

Sob a epígrafe “*Passing-on defence*”, o art. 13.º da Proposta vem legitimar o recurso a este mecanismo de defesa por parte do demandado, por forma a contraditar a pretensão indemnizatória do adquirente direto<sup>122</sup>, recaindo sobre ele o ónus da prova da verificação da repercussão dos sobrecustos nos clientes do adquirente direto.

Podendo haver repercussão total ou parcial<sup>123</sup> dos sobrecustos, tal significará que houve, respetivamente, anulação ou redução dos danos emergentes na esfera patrimonial do adquirente direto.<sup>124</sup> Saliente-se que a invocação deste argumento pelo demandado não constitui qualquer causa de justificação nem anula o direito ou os efeitos jurídicos da reparação integral: visa tão-somente afastar a existência de danos.<sup>125</sup>

Assim, os danos no domínio *antitrust* do demandante englobarão, no caso de repercussão parcial, os danos emergentes que não foram repercutidos e os lucros cessantes. Caso a repercussão seja total, o demandante poderá sempre ser ressarcido

---

<sup>120</sup> No melhor do nosso conhecimento, não existem registos de nenhuma decisão judicial que verse sobre a repercussão dos sobrecustos ou que indemneze os adquirentes indiretos. Sobre os casos pendentes nos nossos tribunais por violação das regras *antitrust*, vide, *infra* nota 125. No ac. de 24 de novembro de 2005, *Carrefour v. Orex Dois*, proc. 6882/2005-8, o TRL, tendo por base o enriquecimento sem causa, veio conceder uma indemnização a um particular lesado em virtude de uma nulidade contratual. Para uma breve análise do caso, vide Rossi & Ferro, 2013: 45; Rossi & Ferro, 2012: 112-113.

<sup>121</sup> Vide nota 5.

<sup>122</sup> Vide nota 16, n.º 30; nota 18, n.º 94.

<sup>123</sup> O TJ reconheceu a possibilidade de repercussão parcial dos sobrecustos nos casos *Comateb*, n.ºs 27-28 e *Michailidis*, n.º 33. Vide, também, a opinião do Advogado-Geral Van Gerven no caso *Banks*, n.ºs 48 e 51. A Comissão prevê esta modalidade de repercussão nos n.ºs 2 e 5 do art. 12.º da Proposta.

<sup>124</sup> Consultar anexo 1.

<sup>125</sup> Vide art. 12.º, n.º 3 da Proposta.

pelos lucros cessantes<sup>126</sup>. Numa última hipótese, quando não se verifique a repercussão dos sobre custos, significa que o demandante os reteve devendo, por isso, ser ressarcido na sua totalidade pelos danos emergentes e lucros cessantes.<sup>127</sup> Ou seja, não obstante a existência de adquirentes mais a jusante na cadeia de distribuição, estes não serão indenizados por não serem “parte lesada”, no sentido de não poderem invocar um direito de indemnização.<sup>128</sup> Note-se, entretanto, que em qualquer dos casos o pagamento de juros será incluído na operação de quantificação dos danos *antitrust*.

Face à presunção da existência de danos proposta pelo art. 17.º, n.º 2, convirá a mobilização de modelos económicos para sustentar a verificação da repercussão dos sobre custos aos adquirentes indiretos, sendo reconhecida a possibilidade de o demandado requerer ao demandante e a terceiros a divulgação de material com peso probatório.<sup>129</sup>

Entretanto, como recentemente afirmou o TJFA<sup>130</sup>, é necessário proceder a uma análise casuística do caso concreto. Acolhendo a regra *Crehan/Manfredi* veio o TJFA reconhecer o argumento de repercussão do aumento de custos e a legitimidade processual dos adquirentes indiretos que, *in casu*, tinham adquirido bens por um preço mais elevado de uma empresa, também ela vítima do acordo de fixação de preços celebrado pelos membros do cartel.

Admitindo o argumento de repercussão invocado pelo demandado, considerou necessária a demonstração de que o demandante não sofrera danos em virtude da

---

<sup>126</sup> Cfr., ponto 35 da Proposta. Por regra, o demandante sofre lucros cessantes, na medida em que o aumento do preço pelo adquirente direto é suscetível de levar a uma redução do volume de vendas o que conduz a uma privação dos lucros.

<sup>127</sup> Cfr. ponto 29 da Proposta. Como expressamente exigem os arts. 2.º, n.º 2 e 14.º, n.º 1, haverá reparação dos lucros cessantes, existindo ou não repercussão dos sobre custos.

<sup>128</sup> Cfr. art.4.º, n.º 6 da Proposta.

<sup>129</sup> Ganha particular relevância a ciência económica, nomeadamente a microeconomia e os estudos de *marketing*. Para uma abordagem geral sobre os fatores económicos que condicionam o efeito de repercussão no aumento dos custos no preço final do produto vide Petrucci, 2008: 37-39. Sobre a importância da economia na compreensão deste mecanismo, vide Kosicki & Cahill, 2006: 560 e ss.; e, no campo da prova, vide Camacho & Rodrigues: 299.

<sup>130</sup> *Bundesgerichtshof* de 28 de junho de 2011. Disponível, em alemão, em: [http://ec.europa.eu/competition/antitrust/national\\_courts/1367230.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/national_courts/1367230.pdf). [Consultada a 21.05.2014]. Para uma breve análise desta decisão, vide Ashton & Henry apud decisão do TJFA, 2013: 58-59. Seguindo o autor, se confrontarmos esta decisão com a decisão proferida no caso do cartel das vitaminas, percebemos que o tribunal deixou de considerar inilidível a presunção do aumento de preços pelo cartel para a estabelecer *in iuris tantum*. Cfr. Landgericht Dortmund de 1 de abril de 2004, *Kart Vitaminkartell III*, n.º 26.

conduta lesiva por eles originada, mas antes que “o custo adicional provocado pelo cartel e pago pelo demandante foi repercutido para os seus clientes no mercado a jusante.”<sup>131</sup>

Deste modo, incumbe ao demandado<sup>132</sup>:

*“descrever os condicionalismos concorrenciais existentes no mercado onde o demandado vende os seus produtos, incluindo a elasticidade da oferta e da procura, a durabilidade do cartel e as características relevantes do produto. Para além disso, os demandados que invocam o passing-on defence devem evidenciar que a repercussão dos custos adicionais não conduziram a outras desvantagens para o demandante, por exemplo uma diminuição na procura.”*

### **2.3.2. O argumento de repercussão dos sobrecustos invocado pelo adquirente indireto**

Relativamente aos adquirentes indiretos, tendo a Proposta consagrado a regra *Crehan/Manfredi* no art. 12.º, n.º 1, importa enquadrar no âmbito do nosso regime geral de RCE a outra face do argumento de repercussão dos sobrecustos: quando é alegada pelo adquirente indireto.<sup>133</sup>

Tratando-se de um domínio complexo cuja solução não é nítida entre nós, são possíveis duas soluções: por via da ilicitude da conduta ou por recurso ao nexo da causalidade desta com o dano. Porque é reconhecida a legitimidade dos adquirentes indiretos na medida em que apresentam uma ligação causal do dano que alegam ter suportado com o fato, inclinamo-nos para a segunda opção.<sup>134</sup>

---

<sup>131</sup> Jenny *apud* decisão do TJFA, 2012: 31. (Tradução nossa).

<sup>132</sup> Vide nota *supra*, tradução nossa.

<sup>133</sup> Vide Howard, 2013: 456.

<sup>134</sup> Vide nota 18, n.º 61; Ac. *Otis*, n.º 43; ponto 110 da Proposta.

### 2.3.2.1. *Status quo*

O art. 483.º, n.º 1 do CC é, nas palavras de Antunes Varela, “*a trave mestra de toda a construção legislativa sobre a responsabilidade civil*”<sup>135</sup>, estando o juiz impedido de ressarcir, ao abrigo do art. 563.º do CC, as partes lesadas por danos que não tenham sofrido em virtude do fato ilícito.<sup>136</sup> Não bastando a verificação desta condicionalidade em termos concretos, é ainda necessário que, num plano abstrato, “*essa condição (o fato), no momento em que se pratique, se apresente idóneo para determinar aquele resultado.*”<sup>137</sup>

A verificação da existência denexo de causalidade é levada a cabo pelos nossos tribunais, o que se prende com a interpretação e aplicação do art. 563.º do CC. Reportando a previsibilidade do agente ao fato e não aos danos<sup>138</sup>, segundo a doutrina da causalidade adequada, na sua formulação negativa,<sup>139</sup> o fato que atuou como condição do dano só não será causa adequada do mesmo se, através de um juízo de prognose póstuma - isto é, depois da verificação do fato danoso - o juiz considerar que o fato se mostra inidóneo ou indiferente para a produção do dano, dada a sua natureza geral e em face das regras da experiência comum.

Apesar de se tratar de uma questão controversa, tem sido este o entendimento do nosso STJ.<sup>140</sup>

Todavia, o nexode causalidade, entendido enquanto relação de causa-efeito entre o fato e o dano, “*tornou-se no regime jurídico da concorrência um requisito secundário, que não exige prova direta e que até mesmo pode ser dispensado nas*

---

<sup>135</sup> Varela, 2013: 926.

<sup>136</sup> Como vimos, os critérios para a sua aferição devem ser estabelecidos pelos EM à luz dos princípios da equivalência e da efetividade. Vide nota 16, n.º 61; nota 18, n.ºs 60 e 71.

<sup>137</sup> Costa, 2011: 856.

<sup>138</sup> Como refere Abílio Neto (2013: 314, par. 58), tal significa que “*(...) o agente será sempre responsável por danos que jamais previu, desde que provenham de um facto – condição deles – que ele praticou e que visualizou. Assim, um facto é causal de um dano quando é uma de entre várias condições em as quais o dano não se teria produzido.*”

<sup>139</sup> Cumpre ressaltar que esta orientação não é nítida, sendo fruto de uma interpretação da lei dentro o espírito do sistema (art.10.º, n.º 3 do CC). Como salienta Almeida Costa (2011: 862): “*(...) segue-se, tendencialmente, formulação negativa (Ennecerus-Lehmann) como posição, em princípio, adoptada no nosso sistema de direito constituído.*” Segundo os ensinamentos de Ennecerus-Lehmann, “*a condição deixará de ser causa do dano sempre que seja de todo indiferente para a produção deste e só se tenha tornado condição dele, em virtude de outras circunstâncias extraordinárias.*” Vide Neto, 2013: 501, par. 35.

<sup>140</sup> Vide, entre outros, ac. do STJ de 2 de novembro de 2010, proc. 2290/04 – OTBBCL.G1.S1, alíneas g) a i) das conclusões.

*situações de cabal e inequívoca subsunção dos factos à norma legal.*»<sup>141</sup>

Contudo, sendo a alegação da repercussão dos sobrecustos por parte do adquirente indireto o fator que lhe confere legitimidade para reagir face à infração, é necessário produzir prova da efetiva repercussão dos sobrecustos.

Estudos empíricos demonstram que os quadros teórico e prático do exercício do direito à reparação integral se mostram desfasados.<sup>142</sup>

Em Portugal, apesar da falta de registos de jurisprudência nesta matéria<sup>143</sup>, acreditamos que os pedidos de indemnização por danos resultantes de práticas anticoncorrenciais se traduzirão num dos principais cenários de aplicação do direito da concorrência pelos nossos tribunais.<sup>144</sup>

---

<sup>141</sup> Silva, 2013: 32. O autor refere, em nota de rodapé, os acórdãos “*Polipropileno*” de 24 de outubro de 1991, 17 de dezembro de 1991 e 10 de março de 1992.

<sup>142</sup> É significativa o contributo dado pelo estudo “*Comparative Competition Law Private Enforcement and Consumer Redress in the EU 1999-2009*”, sob coordenação de Barry Rodger. A nossa análise jurisprudencial terá por base o relatório, incluído neste estudo, elaborado por Leonor Rossi e Miguel Sousa Ferro, disponível em <<http://www.clcpecreu.co.uk/pdf/final/Portugal%20report.pdf>>. [Consultado em 2-03-2014]. A jurisprudência, embora não exaustiva, é analisada pelos autores em Rossi & Ferro (2012).

<sup>143</sup> Vide nota *supra*, pg.52 do relatório. Por contraste, vide: Europeu, 2009: 621; Peres & Cadete, 2009: 138; Correia, 2010: 85; Peres & Cadete, 2010: 202; Peres & Cadete, 2011: 260; Abreu, 2011: 101.

<sup>144</sup> Identificamos três processos pendentes junto dos nossos tribunais cujo pedido é a indemnização por danos causados em virtude da violação das regras *antitrust*: o caso *TV TEL c. PT, S.A.*; o caso *Optimus & Oni c. PT e*; o caso *Interlog c. Apple*.

No primeiro caso, a TV TEL Grande Porto – Comunicações, S.A instaurou, em março de 2004, uma ação contra a PT junto do TJL reclamando, aproximadamente, 15 milhões de euros por danos e perdas alegadamente causadas. As práticas em questão foram apreciadas pela AdC que, em Agosto de 2007, decidiu aplicar uma multa à PT no valor de 38 milhões de euros. Insatisfeita, a PT recorreu desta decisão tendo o TCL, 2.º juízo, em 2 de março de 2010, proc. 1065/07.0TYLSB, anulado tal decisão. Esta posição foi confirmada, em sede de recurso, pelo TRL, 5.ª Secção, em 20 de dezembro de 2010, proc. 1065/07.0. O julgamento foi concluído em 2011 e as partes aguardam pela decisão judicial. Sobre a decisão da AdC e para um comentário sobre estas decisões judiciais vide, respetivamente, <[http://www.concorrenca.pt/vPT/Noticias\\_Eventos/Comunicados/Paginas/Comunicado\\_AdC\\_200713.aspx?lst=1&pagenr=2&dat=01-08-2007&txt=pt+comunica%C3%A7%C3%B5es](http://www.concorrenca.pt/vPT/Noticias_Eventos/Comunicados/Paginas/Comunicado_AdC_200713.aspx?lst=1&pagenr=2&dat=01-08-2007&txt=pt+comunica%C3%A7%C3%B5es)> e <[http://www.institutoeuropeu.eu/images/stories/PTC\\_Condutas.pdf](http://www.institutoeuropeu.eu/images/stories/PTC_Condutas.pdf)>. [Consultado em 19-05-2014].

O segundo caso trata de uma ação de seguimento da decisão da AdC de 28 de agosto de 2009, relativa ao processo de contra-ordenação n.º 05/03, que impôs à PT uma coima no valor aproximado de 45 milhões de euros. Cfr. <[http://www.concorrenca.pt/vPT/Praticas\\_Proibidas/Decisoes\\_da\\_AdC/Abuso\\_de\\_posicao\\_dominante/Documents/DecisaoPRC200305.pdf](http://www.concorrenca.pt/vPT/Praticas_Proibidas/Decisoes_da_AdC/Abuso_de_posicao_dominante/Documents/DecisaoPRC200305.pdf)>. [Consultado em 19-05-2014]. Apesar do recurso desta decisão para o TCL, a PT acabou por ver a decisão anulada em 2011 por efeitos de prescrição. Ainda nesse ano, em março, a Optimus- Comunicações S.A tentou uma ação contra a PT no TJL para o pagamento aproximado de 11 milhões de euros. Em outubro de 2011, a Onitelecom – Infocomunicações, S.A juntou-se ao pleito reclamando, aproximadamente, 1,5 milhões de euros. Vide <<http://economico.sapo.pt/noticias/pt-reserva->

### 2.3.2.2. *A problemática do nexo de causalidade*

A questão do nexo de causalidade apresenta uma importância basilar nas ações de indemnização *antitrust*<sup>145</sup>, tendo sido sublinhado tanto pelo Tribunal de Justiça como pela Comissão.<sup>146</sup>

Se, por um lado, a regulação das modalidades do exercício do direito à reparação integral incluindo as da aplicação do conceito jurídico de nexo de causalidade cai na esfera de competência da ordem jurídica interna de cada EM<sup>147</sup>, por outro, “(...) *o conceito jurídico de nexo de causalidade, tal como desenvolvido pela jurisprudência nos Estados-Membros, não deve constituir um grande obstáculo para os requerentes.*”<sup>148</sup>

No entanto, são várias as questões e dificuldades encontradas no estabelecimento deste pressuposto processual, particularmente para os adquirentes indiretos.<sup>149</sup> Aliás, a complexidade desta área jurídica é patente, desde logo, pelo facto de a Comissão, na atual Proposta de Diretiva, não a ter harmonizado, optando antes pela vigência dos princípios da equivalência e da efetividade na apreciação concreta levada a cabo pelos órgãos jurisdicionais nacionais, o que pode resultar numa

---

[24-mil-milhoes-para-eventuais-perdas-de-processos-judiciais\\_143064.html](#)>. [Consultado em 19-05-2014].

Por último, no caso *Interlog c. Apple*, a Interlog propôs, em fevereiro de 2012, uma ação judicial no Tribunal do Funchal contra a APPLE, por perdas e danos invocando a violação dos arts.102.º, TFUE, 6.º, n.º 1, LdC [atual 11.º, n.º 1], e do art. 7.º, LdC [atual art.12.º]. Vide Varas de Competência Mista, 1ª Secção, *Interlog c. Apple Sales International*, proc. 135/12.7TCFUN.

Para uma melhor abordagem, vide Rossi & Ferro: 2012: 120-121; 2013: 46.

<sup>145</sup> Segundo a afirmação de Eger & Weise (2012: 153): “*Interdependencies and indirect effects are of crucial importance when analysing the consequences of infringements of antitrust law.*” Não descurando a importância do artigo na sua totalidade, preste-se particular atenção ao ponto “*Problem of Causation*” onde o autor analisa os principais efeitos indiretos que parte da literatura normalmente negligencia. Como foi dito na parte introdutória do presente trabalho, não serão aprofundadas quaisquer análises económicas, bastando-se aqui a mera referência para a relevância daqueles no estabelecimento do nexo causal neste domínio.

<sup>146</sup> Vide ponto 110 da Proposta. Nesta, é patente o acolhimento da regra de *Manfredi*, n.ºs 63 e 64.

<sup>147</sup> Vide nota 18, n.º 64.

<sup>148</sup> Vide nota 51, ponto 2.9; nota 55, ponto 2.6. Estabelece o TJ que a verificação da existência do dano e a sua avaliação devem ser feitas à luz do curso normal dos eventos e das probabilidades concretas. Cfr. ac. *Pitsiorlas /Conselho e BCE*, n.º 300.

<sup>149</sup> Neste sentido, vide, Cseres, Katalin (2011: 229): “*Measuring the amount of such indirect harm considerably complicates the exercise of damages claims especially with regard to proof of fault and causation as a result of the complex passing-on issues.*”

violação dos princípios da efetividade e da tutela jurisdicional efetiva dos direitos dos particulares<sup>150</sup>.

No entanto, parece existir uma tendência, a nível europeu, para considerar que a causalidade exige que os danos resultem da conduta anticoncorrencial, no sentido de que não teriam ocorrido na ausência desta<sup>151</sup>. Segundo Patrão, também se verifica uma aproximação da teoria da causalidade na jurisprudência do TJ, em sede de RCE das instituições europeias.<sup>152</sup>

O Tribunal foi feliz na sua decisão<sup>153</sup> ao considerar que, no âmbito de práticas concertadas proibidas pelo art. 101.º, n.º 1 do TFUE, mesmo que não apresentem efeitos anticoncorrenciais no mercado, recai sobre o juiz nacional a obrigação de, sem prejuízo da prova em contrário que cabe às empresas infratoras, aplicar a presunção de causalidade, a saber, que empresas que participam na concertação e que continuam ativas no mercado atendem às informações trocadas com os seus concorrentes para determinar o seu comportamento nesse mercado.

Nas suas conclusões, estabelece a Advogada-geral Kokott que as condições para o estabelecimento de uma presunção de existência de um nexo de causalidade (*in casu*, entre uma concertação e uma atuação no mercado) é uma questão relativa à prova.<sup>154</sup>

Atendendo, pois, ao artigo 2.º do Regulamento em conjugação com o seu preâmbulo, percebemos que a regulação do nível da prova cai na competência do EM, devendo o juiz valer-se no direito nacional. Todavia, como vimos, vingam nesta

---

<sup>150</sup> Neste sentido, Anagnostaras, 2002: 663 e ss.

<sup>151</sup> Como afirmam Ashton & Henry (2013: 102): “nas poucas decisões proferidas no âmbito antitrust, os tribunais tendem para a utilização do critério do caso-contrário.” (Tradução nossa). Ou, seguindo a expressão original do texto, “to use a but-for test”.

Verifica-se, podemos dizer, uma noção tendencialmente harmonizada. Cfr. Komninos (2012: 44): “National laws employ various notions in dealing with causation, but they all tend to procedure similar outcomes.” Fazendo referência a algumas teorias: “the equivalentt causation theory (causa adequada) (...), the adequate causation theory (...) and the theory of imputation (...)”. Entre nós, para uma breve abordagem das várias doutrinas jurídicas do nexo de causalidade, vide Costa, 2011: 850-860.

<sup>152</sup> Patrão, 2008: 485.

<sup>153</sup> Ac. *T-Mobile Netherlands BV*, n.ºs 51 - 53.

<sup>154</sup> Conclusões da advogada-geral Juliane Kokott, apresentadas em 19 de Fevereiro de 2009, n.ºs 77, 76, 80.

matéria os princípios da equivalência e da efetividade, bem como os princípios gerais do direito comunitário<sup>155</sup>. Em particular,

“(…) os tribunais nacionais não podem ignorar as especificidades da produção de prova relativamente às infracções às regras da concorrência e devem permitir apreciar uma sucessão típica de eventos a partir de regras da experiência.”<sup>156</sup>

Numa ótica de direito comparado, não obstante a consagração do argumento de repercussão pela jurisprudência francesa<sup>157</sup>, não é nítida a posição do STJ Francês quanto à existência de uma presunção de repercussão.<sup>158</sup> No caso *Gouessant*, o STJ entendeu que vinga no ordenamento jurídico francês uma presunção de que as alegadas vítimas diretas de práticas anticoncorrenciais repercutem de forma sistemática o aumento anticoncorrencial dos preços (os custos adicionais) aos seus clientes.

Já o TJFA, sublinhando a importância de atendermos ao casuismo do caso concreto, entendeu que os adquirentes indiretos devem demonstrar que o aumento de custos no mercado a jusante do produto lhes foi causado pelo cartel e não por outros fatores (por exemplo, a elasticidade da oferta e da procura ou a própria atuação do consumidor direto).<sup>159</sup> Desta forma, negando a existência de uma presunção de causalidade entre o acordo sobre o preço e o preço cartelizado, os adquirentes indiretos devem provar a celebração de um acordo pelo cartel e a posterior fixação de um preço superior ao preço ideal de mercado que, por consequência, se traduziu num aumento anticoncorrencial dos preços repercutido no mercado a jusante, onde o próprio adquirente indireto adquiriu o produto.

---

<sup>155</sup> Vide nota *supra*, n.º 82.

<sup>156</sup> *Idem*, n.º 87.

<sup>157</sup> Tribunal de Commerce de Nanterre, 6ème Chambre, de 11 de maio de 2006, *SA Laboratoires Arkopharma c. Sté Roche e Sté F. Hoffmann La Roche*, proc. 2004F02643; La Cour de Cassation, Chambre Commercial, de 15 d junho de 2010, *Doux Aliments c. Ajinomoto Eurolysine*, proc. 09-15.816; La Cour de Cassation, Chambre Commercial, de 15 de maio de 2012, *Les Sociétés Coopérative Le Gouessant et Sofral*, proc. 11-18.495.

<sup>158</sup> Apesar de no caso *SA Laboratoires Arkopharma* o tribunal ter fundado a sua decisão na existência de uma presunção de repercussão, no caso *Ajinomoto Eurolysine*, o STJ francês, apreciando a decisão proferida pelo Tribunal da Relação de Paris (la Cour d’appel de Paris, Pôle 5, Chambre 4, de 10 de junho de 2009), veio considerar que, para decidir sobre a atribuição de uma indemnização ao lesado, o juiz deve, numa análise casuística, verificar se houve ou não repercussão dos sobrecustos. Cfr., Cardonnel & Lemaire, 2010: 205-207; Ashton & Henry, 2013: 60.

<sup>159</sup> Vide nota 130.

Seguimos Richter<sup>160</sup>, para quem a precisão do preço ideal de mercado e o preço efetivamente pago coloca o acento tónico na dificuldade do campo probatório e Schreiber<sup>161</sup>, que identifica a determinação do hipotético preço ideal (“*hypothetical competitive price*”) do mercado, do bem ou serviço em causa como o principal desafio.

Creemos, em todo o caso, que o legislador nacional deverá, no exercício da sua esfera de autonomia processual, respeitar os princípios da equivalência e da efetividade na aplicação do conceito jurídico de nexo de causalidade. Todavia, enquanto não houver iniciativa por parte do legislador nacional, do Tribunal de Justiça ou da Comissão, esta tarefa caberá ao juiz, tendo em conta a análise casuística.

### ***2.3.2.3. O interplay das presunções contidas nos artigos 14.º, n.º 2 e 17.º, n.º 2 da Proposta no estabelecimento da repercussão dos sobrecustos por parte dos adquirentes indiretos***

Tendo já sido sugerida uma presunção ilidível de repercussão dos sobrecustos na esfera patrimonial dos adquirentes indiretos<sup>162</sup>, parece que a Proposta vem facilitar a prova da existência de dano e de nexo de causalidade por parte dos adquirentes indiretos, através da conjugação da presunção estabelecida no art. 17.º, n.º 2 com o art. 14.º, n.º 2 que, na sua verificação, demonstrará que os sobrecustos foram repercutidos na sua esfera jurídica.<sup>163</sup>

Verificando-se a condição presente no art. 14.º, n.º 1, isto é, quando o pedido ou o montante da indemnização depender da verificação de repercussão dos sobrecustos

---

<sup>160</sup> Richter, 2013: 145.

<sup>161</sup> Schreiber, 2010: 1167-1168.

<sup>162</sup> Vide, nota 54, paras. 218 - 220, pgs. 66-67. Tendo o Parlamento Europeu sugerido, no ponto 18:“(…) Os tribunais poderão recorrer a regras nacionais de validade comprovada em termos de causalidade e imputação para garantir uma justa aplicação da lei em cada caso concreto; sugere que sejam propostas orientações relativas à possibilidade de o adquirente indireto, em particular o último adquirente indireto, invocar a presunção ilidível da repercussão da totalidade dos custos adicionais ilegais até ao seu nível.” V. Parlamento Europeu (2009), “Resolução do Parlamento Europeu sobre o Livro Branco sobre as acções de indemnização por incumprimento das regras comunitárias no domínio antitrust”. (2008/2154(INI). Página consultada em 26 de maio de 2014, <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+TA+P6-TA-2009-0187+0+DOC+PDF+V0//PT>>.

<sup>163</sup> Consultar anexo 2.

nos adquirente indiretos, estes detêm o ónus de provar não só a existência mas também o grau dessa repercussão. Deste modo, no intuito de reclamar a existência de danos na sua esfera jurídica, poderão contraditar o argumento de *passing-on* invocado pelo demandado, através da alegação, por seu turno, da existência de repercussão do aumento de custos.

Contudo, a alegação de *passing-on* por parte do demandante não terá lugar se o demandado tiver convencido o juiz que, com um elevado índice de probabilidade, não houve repercussão dos custos adicionais para os adquirentes indiretos ou que, havendo, estes não foram totalmente repercutidos.<sup>164</sup>

No sentido de estabelecerem prova sobre a repercussão dos sobrecustos imposta pelo art. 14.º, n.º 1, os adquirentes indiretos devem verificar as condições contempladas no n.º 2 do presente artigo de forma cumulativa, a saber: 1) a ilicitude da conduta do demandado através da violação de normas de direito da concorrência; 2) tal prática originou um aumento anticoncorrencial dos preços (*overcharge*) suportado pelo adquirente direto e, por último; 3) que adquiriu ao adquirente direto bens ou serviços objeto dessa infração.

Creemos que a segunda condição será a mais difícil de estabelecer, na medida em que requer a prova de um nexo causal entre a infração e a *overcharge* suportada pelo adquirente direto. Uma vez que, na verificação da existência de danos por parte do adquirente direto operará a presunção contida no art. 17.º, n.º 2<sup>165</sup>, também o adquirente indireto poderá lançar-mão desta presunção de dano por estar em causa um cartel e, na demonstração do nexo de causalidade, apoiar-se no fundamento da própria existência de dano para demonstrar, em concreto, a idoneidade do aumento anticoncorrencial dos preços na verificação do dano e que este não teria ocorrido se não se tivesse verificado o fato, ou seja, que o aumento anticoncorrencial é não só *conditio sine qua non* do dano (designadamente, por via do aumento dos preços), mas também a sua causa adequada.<sup>166</sup>

---

<sup>164</sup> Art. 14.º, n.º 2, último parágrafo da Proposta.

<sup>165</sup> Como ficou dito *supra*, no presente capítulo, no ponto 2.2.

<sup>166</sup> Pavimentando uma noção de causalidade, o European Group on Tort Law estabelece a noção de *conditio sine qua non*: “Uma actividade ou conduta (doravante: ‘actividade’) é causa do dano se, na ausência dessa actividade, este não tivesse ocorrido.” European

Dispõe-se, assim, do que consideramos ser, na prática, uma dupla presunção de causalidade pois, num primeiro momento, para verificar a segunda condição do art. 14.º, n.º 2, o adquirente indireto poderá recorrer à presunção de dano estabelecida no art. 17.º, n.º 2 para provar a existência de dano na esfera jurídica do adquirente direto<sup>167</sup> e, num segundo momento, verificadas cumulativamente as três condições do art. 14.º, n.º 2, determina o mesmo preceito que “*the indirect purchaser shall be deemed to have proven that a passing-on to him occurred*”<sup>168</sup>, ou seja, deverá considerar-se que o adquirente indireto provou que os sobrecustos lhe foram repercutidos, sem prejuízo do demandado apresentar provas em contrário.<sup>169</sup>

Em suma, tendo por base o texto da Proposta, é nossa convicção que o estabelecimento da prova da existência de dano fundamentará a existência de um nexo de causalidade entre o fato e o dano pois, estando em causa um cartel, significa a presunção do art. 17.º, n.º 2 que o cartel provocou um aumento anticoncorrencial dos preços.<sup>170</sup>

Não podendo a aplicação do requisito de causalidade “*impedir que as vítimas de danos provocados por uma infracção à legislação antitrust sejam ressarcidos de tais danos*”<sup>171</sup>, sob pena de violação do princípio da efetividade, cremos, em todo o caso, que o nosso legislador será feliz se transpuser na íntegra o art. 14.º por se encontrarem já definidas as condições pelas quais se considera que o adquirente indireto, na verificação cumulativa das condições previstas pelo n.º 2, estabeleceu a prova *prima facie* de repercussão ao seu nível.

---

Group on Tort Law, “Principles of European Tort Law”. Pesquisado em 26 de abril de 2014. Disponível em <http://www.egtl.org/>.

<sup>167</sup> Art. 17.º, n.º 2, b) da Proposta.

<sup>168</sup> (Sublinhado nosso).

<sup>169</sup> Decerto, o demandado procurará apresentar várias razões para justificar a existência do dano na esfera jurídica do adquirente indireto e tentar quebrar uma qualquer conexão causal por exemplo, ligadas ao próprio funcionamento do mercado ou ainda, alegar que, mesmo na inexistência do cartel, o demandante iria sempre pagar um preço mais elevado por motivos inerentes à adaptação inteligente do mercado.

<sup>170</sup> Cfr., Proposta, n.º 42, pg. 30.

<sup>171</sup> Vide nota 51, pg. 13, ponto 2.9.

## Conclusão

Neste entrelaçar de mãos entre o direito civil e o direito da concorrência seguimos o entendimento de Rossi e Ferro ao conluirem que “*existe uma fenda entre a teoria do direito da concorrência e a sua aplicabilidade na prática jurídica, particularmente quanto à expetável profundidade na análise e o nível da prova.*”<sup>172</sup>

Se a consagração do direito à reparação integral dos danos e o reconhecimento do argumento de *passing-on* e conseqüente legitimação processual ativa dos adquirentes indiretos se tornou inquestionável com a fixação da jurisprudência do Tribunal e da legislação *antitrust* proposta pela Comissão, já o estabelecimento do alcance deste direito subjetivo mostra-se uma tarefa particularmente difícil que os EM, ao abrigo do princípio da autonomia processual, deverão executar.

Enquanto concretização das várias medidas de incentivo à aplicação privada das regras *antitrust*, cremos a Proposta, quando aprovada, desempenhará um papel fundamental no desenvolvimento do *private enforcement*, pavimentando o caminho certo para a simplificação da propositura de ações cíveis de indemnização neste domínio. Em particular, os EM deverão olhar para os artigos propostos como um modelo normativo na reforma das suas medidas nacionais.

Numa visão global consideramos que a nossa ordem jurídica se mostra ajustada à aplicação de legislação *antitrust* por parte dos particulares<sup>173</sup>. Porém, quanto à questão específica do *passing-on defence*, é imperativa uma adequação das normas nacionais relativas ao procedimento.

Na prática, os cidadãos europeus que se sentem lesados em virtude de práticas anticoncorrenciais não recorrem aos nossos tribunais o que demonstra que o nosso sistema não é juridicamente apetecível<sup>174</sup>. Cremos, portanto, que o desenvolvimento

---

<sup>172</sup> Tradução nossa. Rossi & Ferro, 2012: 129.

<sup>173</sup> Neste sentido, Correia, 2010: 113.

<sup>174</sup> As ações de indemnização são uma mais valia económica pois, para além de promover a própria atividade económica, implica uma menor despesa para o Estado. Assim, um sistema jurídico atrativo torna os particulares nos principais guardiões das normas *antitrust* zelando, deste modo, por uma concorrência mais justa e eficiente.

do nosso sistema de *antitrust* consistirá não apenas na criação de incentivos mas, sobretudo, na redução dos desincentivos presentes, pois, não obstante a existência de um *private enforcement*, não haverá *effective enforcement* das regras *antitrust* se não houver atribuição de indemnizações.

São de aplaudir as várias iniciativas tomadas no sentido de especialização dos nossos juízes e advogados neste domínio<sup>175</sup>, bem como a promoção de uma cultura de concorrência<sup>176</sup>. Contudo, não nos parece suficiente.

O facto da competência residir em qualquer tribunal cível suscita um problema: a falta de especialização para o tratamento de questões concorrenciais. Não podemos esperar que os juízes de primeira instância consigam vencer todas as dificuldades que se levantam com as ações de indemnização *antitrust*, sob pena violarmos o princípio da efetividade. Como vimos, são inúmeras as complexidades jurídico, económicas e políticas que residem no âmbito destas ações, designadamente, quanto à alegação do argumento de *passing-on*, o que requer uma preparação jurídico específica<sup>177</sup>.

Por isso, somos levados a concluir pela centralização de matérias jurídicas ligadas ao direito *antitrust* em tribunais de competência especializada<sup>178</sup>, o que também contribuirá para um escoamento processual, evitando-se assim uma excessiva sobrecarga e conseqüente morosidade judicial.

Em suma, a efetivação da responsabilidade por práticas anticoncorrenciais dependerá, “*numa medida significativa, das opções do legislador nacional*”<sup>179</sup>, devendo os órgãos jurisdicionais, na sua atuação, ser “*suficientemente criativos para*

---

<sup>175</sup> Designadamente a “Conferência Internacional: Antitrust Private Enforcement”, organizada pela Professora Doutora Sofia Pais, Escola de Direito do Porto da Universidade Católica Portuguesa em 29 e 30 de março de 2014.

<sup>176</sup> Para garantir, nomeadamente, uma maior agnição de assuntos do foro concorrencial, a AdC e o CEJ assinaram um Protocolo de Cooperação recíproca. V. Comunicado nº 11/2006 disponível em [http://www.concorrencia.pt/vPT/Noticias\\_Eventos/Comunicados/Paginas/Comunicado\\_AdC\\_200611.aspx](http://www.concorrencia.pt/vPT/Noticias_Eventos/Comunicados/Paginas/Comunicado_AdC_200611.aspx). [Consultado em 26-05-2014].

<sup>177</sup> Na mesma linha, Rossi & Ferro, 2012: 135.

<sup>178</sup> Como aconteceu com a recente criação do TCRS. Neste sentido, Gorjão-Henriques & Vaz, 2004: 638; Moniz & Fonseca, 2008: 763-764; Correia, 2010: 110, 114.

<sup>179</sup> Machado, 2010: 476

*garantirem a efetividade do direito comunitário, embora sem comprometerem a segurança jurídica e a proteção da confiança.*”<sup>180</sup>

Apenas a prática jurídica nos poderá responder às questões suscitadas pela recente legislação *antitrust*, nomeadamente sobre os benefícios do *interplay* das presunções, sendo certo que esta realidade tomará o seu tempo até que se sintam, sobretudo entre nós, desenvolvimentos favoráveis ao *antitrust private enforcement*.

---

<sup>180</sup> Machado, 2010: 496; Burca, 2003: 242.

## Referências bibliográficas

- Abreu, J.M.Coutinho de (2011), “Private Enforcement of Competition Law in Portugal”, in VV.AA, *Private Enforcement of Competition Law*. 1ª ed. Valladolid: Lex Nova, 101-13.
- Anagnostaras, Georgios (2002), “Not as a Problematic as You Might Think: the Establishment of Causation in Governmental Liability Actions”. *European Law Review*, 27, 6, 663-676.
- Anderson, D. & Cuff, R. (2011) “Cartels in the European Union: Procedural Fairness for Defendants and Claimants”. *Fordham International Law Journal*, 385-430. Pesquisado em 22 de janeiro de 2014. Disponível em Social Science Research Network.
- Ashton, D. & Henry, D. (2013). *Competition Damages Actions in the EU: Law and Practice*. Edward Elgar Publishing Limited.
- Burca, Paul Craig & Grainne de (2003). *EU Law: Text, Cases and Materials*. 3ª ed. Oxford.
- Camacho, C. & Rodrigues, J. (2011). “Using Economic Evidence in Cartel Cases: A Portuguese Case Study”. *Revista de Concorrência e Regulação*, abril/junho, 297-314.
- Canotilho, G. & Moreira, V. (2007), *Constituição da República Portuguesa Anotada artigos 1.º a 107.º*. Coimbra: Coimbra Editora.
- Cardonnel, P. & Lemaire, C. (2012), “Procédures”. *Concurrences*, 3, 192-211.
- Carli, L.G., Studies, Center for European Policy & Rotterdam, E.U. (2007) *Making Antitrust Damages Actions More Effective in the EU: Welfare Impact and Potential Scenarios*. Pesquisado em 23 de fevereiro de 2014. Disponível em <[http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/files\\_white\\_paper/impact\\_study.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/files_white_paper/impact_study.pdf)>.

- Coelho, Francisco Miguel Pereira (1990), *O problema da causa virtual na responsabilidade civil*. Coimbra: Coimbra Editora.
- Cooter, R. (1980), “Passing on the Monopoly Overcharge: A Further Comment on Economic Theory”. Pesquisado em 15 de março de 2014. Disponível em <[http://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4734&context=penn\\_law\\_review](http://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4734&context=penn_law_review)>.
- Correia, J.M.S. (2010), “The Effectiveness and Limitations of the Portuguese System of Competition Law Enforcement by Administrative and Civil Procedural Means”, in A.M. Mateus & T. Moreira, eds. *Competition Law and Economics Advances in Competition Policy Enforcement in the EU and North America*. Cheltenham/Southampton: Edward Elgar, 85-122.
- Costa, Mário Júlio de Almeida (2009), *Direito das Obrigações*. 12<sup>a</sup> ed. Coimbra: Almedina.
- Costa, Inês Almeida (2011), “O nexo de causalidade e o problema da causa virtual: à luz do actual código civil português”. *Boletim da Faculdade de Direito (Universidade de Coimbra)*, 87, 2, 839-95.
- Cseres, K. (2011), “Competition and Contract Law”, in Arthur S. Hartkamp (orgs.) et al., *Towards a European Civil Code*. 4.<sup>a</sup> ed, Kluwer Law International, 228-30.
- Dashwood, A. et al. (2011), *Wyatt and Dashwood's European Union Law*. 6<sup>a</sup> ed. Hart Publishing.
- Eger, T. & Weise, P. (2012). “Some Limits to the Private Enforcement of Antitrust Law: a Grumbler's View on Harm and Damages in Hardcore Price Cartel Cases”. *Global Competition Litigation Review*, 152-160. Pesquisado em 6 de fevereiro de 2014. Disponível em Social Science Research Network.
- EGTL (2011), “Principles of European Tort Law”. Página consultada em 26 de abril de 2014, <<http://www.egtl.org/>>.
- Europeu, Associação Portuguesa de Direito (2009), *Estudos de Direito Europeu: Congressos da FIDE: relatórios portugueses - 1990-2008*. Principia.

Gonçalves Pereira; Castelo Branco & Associados (2006), "Documentos publicados pela Comissão Europeia relativos à política de concorrência". Página consultada em 29 de abril de 2014, <[http://www.cuatrecasas.com/media\\_repository/docs/por/newsletter\\_societario\\_janeiro\\_2006.pdf](http://www.cuatrecasas.com/media_repository/docs/por/newsletter_societario_janeiro_2006.pdf)>.

Gorjão-Henriques, M. Et al. (2013), *Lei da concorrência: comentário conimbricense*. Coimbra: Almedina.

Harris, R.G. & Sullivan, L.A. (1979), "Passing On the Monopoly Overcharge: A Comprehensive Policy Analysis". Pesquisado em 3 de fevereiro de 2014. Disponível em <[http://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4780&context=penn\\_law\\_review](http://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4780&context=penn_law_review)>.

Hartkamp, Arthur. S. (2011), *Towards a European Civil Code*. 4ª ed. Kluwer Law International.

Howard, Anneli (2013), "Too Little, Too Late? The European Commission's Legislative Proposals on Anti-Trust Damages". *Journal of European Competition Law & Practice*, 4, 6, 455-64.

Jenny, Frédéric (2012), "A Survey of the Main Economic and Legal Issues". *Concurrences*, 4, 25-29.

Jones, Alison (2000), *Restitution and European Community Law*. London: Mansfield Press.

Jones, Clifford A. (2004), "Private Antitrust Enforcement in Europe: A Policy Analysis and Reality Check". *World Competition*, 27, 1, 13-24.

Komninos, Assimakis P. (2002), "New Prospects for Private Enforcement of EC Competition Law: Courage v. Crehan and the Community Right to Damages". *Common Market Law Review*, 3, 447-87. Pesquisado em 22 de janeiro de 2014. Disponível em Westlaw.

- Komninos, Assimakis P. (2012), “Private Antitrust Damages Actions in the EU: Second Generation Questions”. *Revista de Concorrência e Regulação*, janeiro-março, III, 9, 21-72.
- Kosicki, G. & Cahill, M.B. (2006), “Economics of Cost Pass Through and Damages in Indirect Purchaser Antitrust Cases”. *The Antitrust Bulletin*, 50, 3, 599-630.
- Leitão, Luís Menezes (2009), *Direito das Obrigações*. 8ª ed. Coimbra: Almedina.
- Machado, Jónatas E. M. (2010), *Direito da União Europeia*. Coimbra: Walter Kluwer Portugal sob a marca Coimbra Editora.
- Marcos, F. & Graells, A.S. (2008), “Towards a European Tort Law? Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules: Harmonizing Tort Law Through the Back Door?”. *European Review of Private Law*, 16, 3, 459-88.
- Martins, Patrícia Fragoso (2012), “Princípio do Primado do Direito da União”, in Pais, Sofia Oliveira (org.), *Princípios Fundamentais de Direito da União Europeia: uma abordagem jurisprudencial*. 2ª ed. Almedina, 39-89.
- Martins, Ana Maria Guerra (2014), *Manual de Direito da União Europeia*. Almedina.
- Mendes, Paulo de Sousa (2012), “O contencioso da concorrência: balanço e perspectivas em função da reforma do direito da concorrência português”. *Revista de Concorrência e Regulação*, abril/junho, III, 10, 235-49.
- Moniz, Carlos Botelho & Fonseca, Margarida Rosado da (2008), “Portuguese Report to FIDE Congress XXIII - The Modernization of European Competition Law - First Experiences with Regulation 1/2003”, in APDE, *Estudos de Direito Europeu: Congressos da FIDE - Relatórios Portugueses 1990-2008*.
- Moniz, Carlos Botelho & Fonseca, Margarida Rosado da (2009), “Portuguese Report”, in APDE, *Estudos de Direito Europeu: Congressos da FIDE - Relatórios Portugueses 1990-2008*. Príncipe Editora, 736-74.
- Morais, Luís (2009), *Direito da Concorrência - Perspectivas do seu Ensino*. Coimbra: Almedina.

- Neto, Abílio (2013), *Código Civil Anotado*. 18ª ed. Lisboa: Ediforum.
- Okeoghene, O. & James, E. (2002), “Compensatory Damages for Breach of Article 81.º”. *European Law Review*, 27, 3, 327-39.
- Pais, Sofia Oliveira (2011), *Entre inovação e concorrência: a defesa de um modelo europeu*. Lisboa: Universidade Católica Editora.
- Pais, Sofia Oliveira (org.) (2012), *Princípios Fundamentais de Direito da União Europeia: uma abordagem jurisprudencial*. 2ª ed. Almedina.
- Parlak, Süleyman (2010), “Passing-on Defence and Indirect Purchaser Standing: Should the Passing-on Defence Be Rejected Now the Indirect Purchaser Has Standing after Manfredi and the White Paper of the European Commission?” *World Competition*, 33, 1, 31-53. Pesquisado em 14 de novembro de 2013. Disponível em HeinOnline.
- Patrão, Afonso Nunes de Figueiredo (2008), *Responsabilidade Extracontratual da Comunidade Europeia*. Almedina
- Peres, J.V. & Cadete, E.M. (2009), “Portugal” in Gotts, Ilene Knable (org.), *The Private Competition Enforcement Review*. 2ª ed. Law Business Research, 138-46. Pesquisado em 17 de novembro de 2013. Disponível em <<http://www.mlgs.pt/xms/files/Publicacoes/Artigos/573.pdf>>.
- Peres, J.V. & Cadete, E.M. (2010), “Portugal”, ” in Gotts, Ilene Knable (org), *The Private Competition Enforcement Review*. 3ª ed. Law Business Research, 202-11. Pesquisado em 17 de novembro de 2013. Disponível em <[http://www.mlgs.pt/xms/files/Publicacoes/Artigos/2010/Private\\_Competition\\_Enforcement\\_Review.pdf](http://www.mlgs.pt/xms/files/Publicacoes/Artigos/2010/Private_Competition_Enforcement_Review.pdf)>.
- Peres, J.V. & Cadete, E.M. (2011), “Portugal”, in Gotts, Ilene Knable (org), *The Private Competition Review*. 4ª ed. Law Business Research, 260-69. Pesquisado em 21 de novembro de 2013. Disponível em <[http://www.mlgs.pt/xms/files/Publicacoes/Artigos/2011/The\\_Private\\_Competition\\_Enforcement\\_Review\\_-\\_Portugal.pdf](http://www.mlgs.pt/xms/files/Publicacoes/Artigos/2011/The_Private_Competition_Enforcement_Review_-_Portugal.pdf)>.

- Petrucci, C. (2008), “The Issues of the Passing-on Defence and Indirect Purchasers' Standing in European Competition Law”. *European Competition Law Review*, 29, 1, 33-42. Pesquisado em 22 de janeiro de 2014. Disponível em Westlaw.
- Pinto, Carlos Alberto Mota Pinto (2005), *Teoria Geral do Direito Civil*. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora.
- Pliakos, A.D. (1997), *Le Principe Général de la Protection Juridictionnelle Efficace en Droit Communautaire*. Atenas: Sakkoulas.
- Posner, Richard A. & Landes, William M. (1979):
- a) “Should Indirect Purchasers Have Standing To Sue Under the Antitrust Laws? An Economic Analysis of the Rule of Illinois Brick”. Pesquisado em 3 de janeiro de 2014. Disponível em [http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2549&context=journal\\_articles](http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2549&context=journal_articles);
  - b) “The Economics of Passing On: A Reply to Harris and Sullivan Discussion”. Pesquisado em 3 de janeiro de 2014. Disponível em [http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2552&context=journal\\_articles](http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2552&context=journal_articles).
- Prieto, Catherine (2008), “Les Enseignements de L’experience Americaine em Matière de Private Enforcement”. *Concurrences*, 4, 50-63.
- Reich, Norbert (2005), “The “Courage” Doctrine: Encouraging or Discouraging Compensation for Antitrust Injuries?”. *Common Market Law Review*, 42, 1, 35-66. Pesquisado em 1 de março de 2014. Disponível em Westlaw.
- Rossi, Leonor & Ferro, Miguel Sousa (2012), “Private Enforcement of Competition Law in Portugal (I): an Overview of Case-Law”. *Revista de Concorrência e Regulação*, abril/junho, III, 10, 91-141;
- Rossi, Leonor & Ferro, Miguel Sousa (2013), “Private Enforcement of Competition Law in Portugal (II): Actio Popularis - Facts, Fictions and Dreams”. *Revista de Concorrência e Regulação*, janeiro/março, IV, 13, 37-85.

- Richter, M. (2013), “Standing Under the Umbrella? The Standing of Umbrella Plaintiffs”. *Global Competition Litigation Review*, 6, 3, 143-148. Pesquisado em 13 de janeiro de 2014. Disponível em HeinOnline.
- Schreiber, Till (2010), “Private Antitrust Litigation in the European Union”. *The International Lawyer*, 44, 4 , 1157-72.
- Silva, André Miguel dos Santos Lopes (2013), “O Regime Jurídico da Concorrência: Atuações e Práticas”, Tese de mestrado em Direito. Porto: Faculdade de Direito da Universidade do Porto.
- Silva, Moura e (2008), *Direito da Concorrência - Uma Introdução Jurisprudencial*. Coimbra: Almedina.
- Tridimas, Takis (2006), *The General Principles of EU Law*. 2ª ed. Oxford European Community Law Library.
- Varela, João de Matos Antunes (1972), “Rasgos inovadores do Código civil português de 1966 em matéria de responsabilidade civil”. *Separata Boletim da Faculdade de Direito (Universidade de Coimbra)*, 48, 77-106.
- Varela, Fernando Pires de Lima & João de Matos Antunes (1987), *Código civil anotado*. 4ª ed. revista e atualizada, com a colaboração de Henrique Mesquita, Coimbra: Coimbra Editora.
- Varela, João de Matos Antunes (2013), *Das Obrigações em Geral - Vol. I*. 10ª ed., Almedina.
- Verboveny, F. & Dijk, T.V. (2009), “Cartel Damages Claims and the Passing-on Defense”. Pesquisado em 8 de dezembro de 2013. Disponível em <<https://lirias.kuleuven.be/bitstream/123456789/224099/1/Cartel>>.
- Vilaça, José Luís da Cruz et al. (2004), “Study on the Conditions of Claims for Damages in Case of Infringement of EC Competition Rules.” Pesquisado em 2 de abril de 2014. Disponível em <[http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/comparative\\_report\\_clean\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/comparative_report_clean_en.pdf)>.

Wils, W.P.J. (2003) “Should Private Enforcement Be Encouraged in Europe?”. *World Competition*, 26, 3, 473–88. Pesquisado em 19 de fevereiro de 2014. Disponível em Social Science Research Network.

Woods, D., Sinclair, A. & Ashton, D. (2004), “Private Enforcement of Community Competition Law: Modernisation and the Road Ahead”. *Competition Policy Newsletter*, 2, 31-37. Pesquisado em 6 de dezembro de 2013. Disponível em <[http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/2004\\_2\\_31\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/2004_2_31_en.pdf)>.

## Legislação Europeia<sup>181</sup>

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

Comissão Europeia (2005), “Livro Verde: Ações de indemnização devido à violação das regras comunitárias no domínio antitrust”. COM(2005) 672, 19 de dezembro de 2005.

Comissão Europeia (2005) “*Commission Staff Working Paper Annex to the Green Paper*”. SEC(2005) 1732.

Comissão Europeia (2008), “Livro Branco: Ações de indemnização por incumprimento das regras comunitárias no domínio antitrust”. COM(2008) 165, 2 abril de 2008.

Comissão Europeia (2008) “*Commission Staff Working Paper Accompanying the White Paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules*”. SEC(2008) 404.

Parlamento Europeu (2009), “Resolução do Parlamento Europeu sobre o Livro Branco sobre as ações de indemnização por incumprimento das regras comunitárias no domínio antitrust”. (2008/2154(INI)).

Comunicação da Comissão – Orientações sobre a aplicação do artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos acordos de cooperação horizontal, JO C n.º 11, de 14 de janeiro de 2011.

Proposta de diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a certas regras que regem as ações de indemnização no âmbito do direito nacional por infrações às disposições do direito da concorrência dos Estados-Membros e da União Europeia, COM(2013) 404 final, 11 de junho de 2013.

---

<sup>181</sup> Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/>; [http://europa.eu/index\\_pt.htm](http://europa.eu/index_pt.htm) e [http://ec.europa.eu/competition/index\\_en.html](http://ec.europa.eu/competition/index_en.html).

Comunicação da Comissão sobre a quantificação dos danos nas ações de indemnização que tenham por fundamento as infrações aos artigos 101.º e 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, 2013/C 167/07.

## Jurisprudência

### Tribunal de Justiça<sup>182</sup>

*Costa c. E.N.E.L.*, de 15 de julho de 1964 , Proc. 6/64

*BRT/SABAM*, de 30 de janeiro de 1974, Proc. 127/73

*Comet*, de 16 de dezembro de 1976, Proc. 45/76

*Rewe*, de 16 de dezembro de 1976, Proc. 33/76

*Simmenthal*, de 9 de março de 1978, Proc. n.º 106/77

*Rewe-Markt Steffen*, de 7 de dezembro de 1981, Proc. 158/80

*San Giorgio*, de 9 de novembro de 1983, Proc. 199/82

*Von Colson*, de 10 de abril de 1984, Proc. 14/83

*Factortame*, de 19 de junho de 1990, Proc. C-213/89

*Banks*, de 13 abril 1994, Proc. C-128/92

*Comateb*, de 14 de janeiro de 1997, Processos apensos C-192/95 a C-218/95

*Guérin automobiles*, de 18 de março de 1997, Proc. C-282/95

*Palmisanim*, de 10 de julho de 1997, Proc. C-261/95

*Michailidis*, de 21 de setembro de 2000, Processos apensos C-441/98 e C-442/98

*Crehan*, de 20 de setembro de 2001, Proc. 453/99

*Kühne & Heitz NV*, de 13 janeiro de 2004, Proc. C-453/00

*Manfredi c. Lloyd Adratico*, de 13 de julho de 2006, Processos apensos C-295/04 a C-298/04

---

<sup>182</sup> Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/pt> e <http://curia.europa.eu/>.

*Pitsiorlas /Conselho e BCE*, de 27 de novembro de 2007, Processos apensos T-3/00 e T-337/04

*Viking*, de 11 de dezembro de 2007, Proc. C-438/05

*T-Mobile Netherlands BV*, de 4 de junho de 2009 , proc. C-8/08

*Pfleiderer*, de 14 junho de 2011, Proc. C-360/09

*Otis*, de 6 de novembro de 2012, Proc. C-199/11

### **Nacional**<sup>183</sup>

Tribunal da Relação de Lisboa, 24 de novembro de 2005, *Carrefour c. Orex Dois*, Proc. 6882/2005-8

Tribunal de Comércio de Lisboa, 18 de janeiro de 2007, “*Ordem dos Médicos*”, Proc. 851/06.2TYLSB

Tribunal do Comércio de Lisboa, 2.º Juízo, 2 de maio de 2007, Proc. 965/06.9TYLSB

Tribunal de Comércio de Lisboa, 2.º juízo, *AERNORTE – Transportes Áreas, S.A. e HELISUL – Sociedade de Meios Aéreos, Lda.*, 1 de abril de 2008, Proc. 48/08.7TYLSB

Supremo Tribunal de Justiça, 2 de novembro de 2010, Proc. 2290/04 – 0TBBCL.G1.S1

Tribunal da Relação de Lisboa, 5.ª Secção, 20 de dezembro de 2010, Proc. 1065/07.0

### **Americana**

*Hanover Shoe, Inc. c. United Shoe Machinery Corp.*, de 17 de junho de 1968, 392 U.S. 481

*Illinois Brick Co c. Illinois*, de 9 de junho de 1977, 431 U.S. 720

---

<sup>183</sup> Disponível em <http://www.dgsi.pt/> e <http://www.concorrencia.pt/>.

## **Alemã**

Bundesgerichtshof, de 28 de junho de 2011, KZR 75/10, (WuW 2012, 57; NJW 2012, 928)

Landgericht Dortmund, de 1 de abril de 2004, O 55/02 (WuW 2004, 1182)

## **Francesa**

Tribunal de Commerce de Nanterre, 6ème Chambre, de 11 de maio de 2006, *SA Laboratoires Arkopharma c. Sté Roche e Sté F. Hoffmann La Roche*, Proc. 2004F02643.<sup>184</sup>

La Cour de Cassation, Chambre Commercial, de 15 de junho de 2010, *Doux Aliments c. Ajinomoto Eurolysine*, Proc. 09-15.816.<sup>185</sup>

La Cour de Cassation, Chambre Commercial, de 15 de maio de 2012, *Les Sociétés Coopérative Le Gouessant et Sofral*, Proc. 11-18.495.<sup>186</sup>

---

<sup>184</sup> Disponível em <[http://ec.europa.eu/competition/antitrust/national\\_courts/court\\_2007\\_21\\_fr.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/national_courts/court_2007_21_fr.pdf)>. [Consultado em 20-05-2014].

<sup>185</sup> Disponível em <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT00022371861>>. [Consultado em 20-05-2014].

<sup>186</sup> Disponível em <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT00025899026&fastReqId=73689534&fastPos=1>>. [Consultado em 20-05-2014].

## **ANEXOS**

## Anexo I.

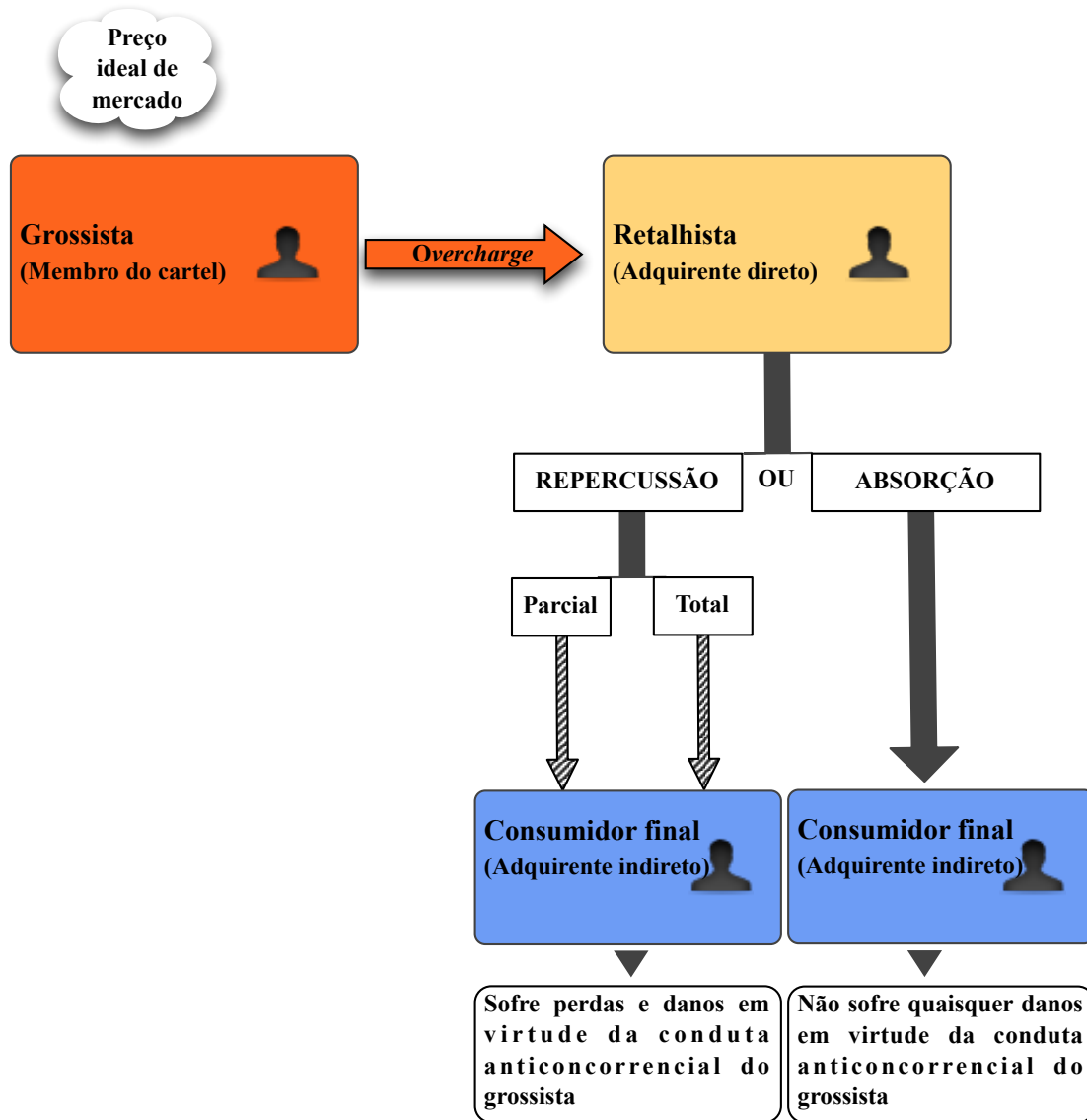


Figura 1 - A repercussão dos sobrecustos na esfera jurídica dos adquirentes indiretos.

## Anexo II.

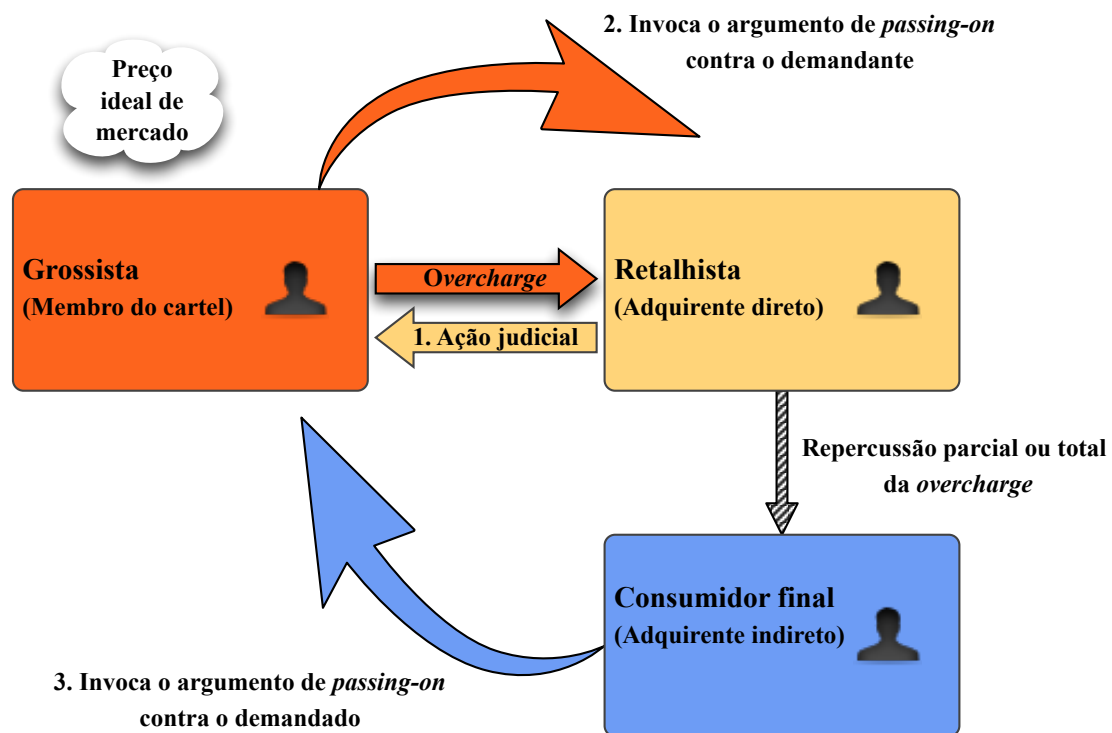


Figura 2 - A dinâmica do argumento de repercussão dos sobrecustos.

### Anexo III.

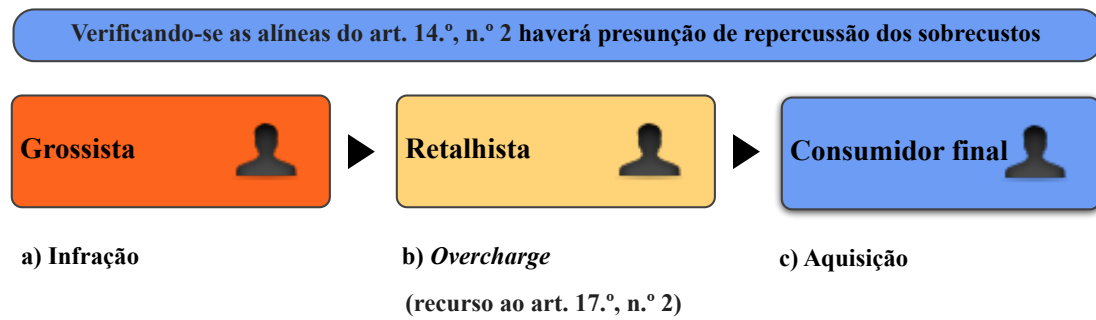


Figura 3 - O *interplay* das presunções na invocação do argumento de repercussão dos sobrecustos ao abrigo do artigo 14.º, n.º2.