

**Faculdade de Direito da Universidade Católica de  
Lisboa**

**Mestrado em Direito e Gestão**

**Enforcement da Concorrência: Enforcement  
Privado na União Europeia**



UNIVERSIDADE  
CATÓLICA  
PORTUGUESA

31 de Março de 2012

Investigação elaborada por: Pedro Rosa Fernandes  
Orientação por: Professor João Confraria

*Enforcement da Concorrência: Enforcement Privado na União Europeia*

# Índice

1. Introdução ao Tema-----	pág. 4
2. <i>Enforcement</i> -----	pág. 5
2.1. Objetivos -----	pág. 5
3. <i>Enforcement</i> Privado -----	pág. 8
3.1. <i>Enforcement</i> : Privado vs Público -----	pág. 10
3.2 Complementariedade -----	pág. 11
3.3. Utilização de Informações Públicas em Processos Privado-----	pág. 14
4. Modalidades de <i>Enforcement</i> Privado -----	pág. 16
4.1 <i>Stand alone e follow on Actions</i> -----	pág. 16
4.2. Incentivos às <i>Stand Alone Actions</i> -----	pág. 18
4.3. Precauções a Observar -----	pág. 22
5. Efeito Vinculativo -----	pág. 23
6. Defesa de uma Análise Económica dos Comportamento (Potencialmente Restritivos)-----	pág. 27
7. Peritos económicos – A Assistência Necessária-----	pág. 30
8. Custos Judiciais da Ação-----	pág. 33
8.1. Mecanismos de Seguro-----	pág. 34
8.2. Procedimentos-----	pág. 35
8.3 Possibilidade de Limitação de Custos por Decisão do Tribunal-----	pág. 37
8.4.Estimates of Costs-----	pág. 37
8.5. <i>Cost Capping</i> - -----	pág. 38
9. Financiamento Externo-----	pág. 39
9.1. Responsabilidade. Deverá o Financiador ser Responsabilizado?-----	pág. 40
10. Conclusão-----	pág. 41
11. Bibliografia -----	pág. 44

## **1. Introdução ao Tema**

As Leis da Concorrência têm como escopo fundamental a defesa do mercado livre e da concorrência entre os intervenientes nesse mesmo mercado.

Estas normas encontram a sua raiz no Sherman Act Norte- Americano, sistema legal onde se regista uma experiência na sua aplicação superior a um século.

Da efetiva aplicação (*Enforcement*) das normas concorrenciais, da adequação dessas normas ao contexto comercial e às práticas restritivas da concorrência que se verificam depende o sucesso de toda a edificação do sistema capitalista. De facto, o capitalismo e o seu propalado mercado livre dependem, em qualquer aceção do conceito, da livre iniciativa dos agentes económicos.

Revela-se, portanto, essencial fortalecer as ferramentas de aplicação das Leis Concorrenciais, como bem fizeram notar Segal e Whinston<sup>1</sup> “*The goal of an “enforcement system” is to provide incentives to comply with laws by detecting violations and sanctioning the violators.* “

O *Enforcement* das normas concorrenciais pode ser prosseguido por dois meios, um *Enforcement* Público levado a cabo por entidades públicas ao abrigo de uma prerrogativa de defesa do interesse público, ou um *Enforcement* Privado através de uma procura de ressarcimento e indemnização por danos sofridos na sequência de práticas restritivas da concorrência pelos sujeitos prejudicados.

Os dois tipos de *Enforcement* são utilizados nas diferentes jurisdições mas em graus completamente distintos, nos países de base legal anglo-saxónica, é dada uma maior

---

<sup>1</sup> Ilya R. Segal & Michael D. Whinston, “ Public vs. Private Enforcement of Antitrust Law: A Survey”, December 2006, Working Paper No. 335

## Enforcement da Concorrência: Enforcement Privado na União Europeia

relevância às ações privadas<sup>2</sup>, ao passo que nos ordenamentos de base civilística, como o são muitos na Europa continental, incluindo Portugal, o *Enforcement* público foi sempre privilegiado até porque nesses países foram criadas diversas autoridades administrativas, nos diversos países, a quem é confiada a missão de assegurar a livre concorrência no mercado.

Nos EUA, por razões constitucionais existem relativamente poucas autoridades públicas com funções de assegurar a concorrência<sup>3</sup>, falta essa que é compensada como veremos mais à frente com fortes incentivos às ações privadas.

O verdadeiro busílis da política concorrencial começa após a provação da legislação, na sua aplicação à realidade que visa tutelar. Os recursos para aplicação das normas da Concorrência são escassos e o levantamento de dados sobre violações concorrenciais dispendioso, pelo que aqueles devem ser tanto quanto possível eficientemente aproveitados por forma a desincentivar as violações da concorrência.

A presente contribuição pretende aferir as analisar os pontos mais controversos e essenciais à política de *Enforcement*, com especial enfoque no possível florescimento de ações privadas que a União Europeia tem vindo a fomentar.

---

<sup>2</sup> Nos EUA o rácio de ações privadas para ações públicas situa-se entre 10 para 1 e 20 para 1

<sup>3</sup> Komninos, Assimakis P., “Relationship between Public and Private Enforcement: quod Dei Deo, quod Caesaris Caesari”, 2011

## **2. Enforcement**

O que é o *Enforcement* das Leis concorrenciais? Seguindo a definição de Joseph E. Harrington, Jr., é “(...)o processo pelo qual um ambiente mais competitivo é criado através da proibição de certas práticas consideradas ilegais pelas Leis Concorrenciais”<sup>4</sup>

### **2.1. Objetivos**

Cumpra então analisar os objetivos do *Enforcement* das Leis da Concorrência.

Wills, identifica dois objetivos primordiais do *Enforcement* das Leis Concorrenciais, são eles a prevenção e a prossecução da justiça corretiva através de da compensação dos lesados<sup>5</sup>.

A prevenção é atingida através da ameaça de uma ação eficaz e punitiva contra os perpetradores de restrições à concorrência, que alguns já argumentam merecer uma tutela mais agressiva do Direito Penal contra os titulares de órgãos sociais (nos EUA existem já casos de pesadas penas de prisão por violações deste tipo, numa política que antevemos de maior dificuldade de imposição no Continente Europeu). De facto, letra de lei que não é aplicável, ou cuja aplicação não compensa a sociedade pelas violações cometidas, não constitui senão um incentivo à violação dessas ditas Leis.

No âmbito desta vertente punitiva as medidas mais aptas a prevenir comportamentos anticoncorrenciais variam consoante o comportamento que se pretende prevenir. Por exemplo a ameaça de acusação criminal parece ser a mais apta a prevenir cartéis assim

---

<sup>4</sup> Harrington, Joseph E., “Antitrust Enforcement”, September 2005

<sup>5</sup> Wils, Wouter P. J., “Should Private Enforcement be Encouraged in Europe?” pp. 16 e ss.

## Enforcement da Concorrência: Enforcement Privado na União Europeia

como as multas e danos reputacionais surgem como mais adequados para os casos de abuso de posição dominante<sup>6</sup>.

O segundo objetivo apontado por Wills é a prossecução da justiça corretiva através de compensação. Como argumenta o Autor dificilmente a prevenção eliminará completamente as violações às normas concorrenciais. Em primeiro lugar por razões económicas, o custo da prevenção e deteção de comportamentos concorrenciais é elevado, o que dada a escassez de recursos dificilmente comporta um nível ótimo de prevenção. Em segundo lugar por razões psicológicas em que se aponta o efeito efémero de condenações bem sucedidas, defendendo o Autor<sup>7</sup> que ainda que algum dia um número elevado de condenações previna a ocorrência de comportamentos restritivos, esse efeito verá o seu poder desvanecido com a passagem do tempo, criando novamente no espírito dos agentes o vislumbre de comportamentos restritivos eventualmente enriquecedores e impunes.

A razão psicológica sugerida apresenta-se como demasiado enleada em recurso à ciência da Psicologia, acredito que é mais sustentável pelo vislumbre de sucesso e a possibilidade de enriquecimento puro e simples que sempre moveu o espírito daqueles que acreditam poder escapar (e por vezes escapam) incólumes.

Em publicação posterior<sup>8</sup> este autor acrescentou a estes objetivos, o próprio desenvolvimento e clarificação das normas concorrenciais. Como reforça o autor as decisões das AC's assim como as decisões dos Tribunais e opiniões expressas por peritos vão condicionar a atuação dos agentes no mercado. Na verdade, em minha opinião, toda a aplicação da lei tem como condão adaptar a norma escrita a factos ocorridos, ou seja, fazer a subsunção da realidade fáctica à previsão legal e por essa forma contribuir para um melhor entendimento da Lei, pelo que não se vislumbra aqui uma qualquer

---

<sup>6</sup> “The deterrent effect of competition enforcement by OFT” A report prepared for OFT by Deloitte, Novembro, 2007

<sup>7</sup> Wils, Wouter P. J., “Should Private Enforcement be Encouraged in Europe”, WC 26 (3), p. 478

<sup>8</sup> Wils, Wouter P. J., “The Relationship between Public Antitrust Enforcement and Private Actions for Damages”, pp. 13 e ss.

## Enforcement da Concorrência: Enforcement Privado na União Europeia

especialidade da aplicação das normas concorrenciais pelo que se não compreende este destaque.

A Wills é apontada uma possível obnubilação do objetivo de reposição da situação ótima de concorrência<sup>9</sup>. De facto o Autor não enquadra dentro da justiça corretiva o objetivo de reposição da situação concorrencial ótima que acreditamos deverá ser o fim essencial do *Enforcement*, porventura aquele admitirá que com punições adequadas os comportamentos não se voltarão a repetir.

Assimakis Kominos não diverge em grande medida, mas na verdade não releva nem faz referência ao objetivo de clarificação das normas concorrenciais, divide os objetivos do *Enforcement* em injuntivos, compensatórios e punitivos<sup>10</sup>, parecendo enquadrar dentro da vertente injuntiva a possibilidade de reposição da situação ótima da concorrência através da imposição de condutas a observar.

De minha parte, acredito que verificada e provada uma prática restritiva e os meios pelos quais a mesma foi efetivada, devem usar-se os remédios necessários à reposição da situação que previsivelmente existiria em concorrência ótima o que por vezes não se atingirá com a punição só por si.<sup>11</sup>

Merece assim que se diga que os principais objetivos do *Enforcement* são: a prevenção, a punição e compensação e a reposição da situação de concorrência ótima.

---

<sup>9</sup> Jones, Cliff A., “Private Antitrust Enforcement in Europe: A Policy Analysis and Reality Check” WC, 27 (1), p. 15

<sup>10</sup> Kominos, Assimakis P., “Relationship between Public and Private Enforcement: *quod Dei Deo, quod Caesaris Caesaris*” p. 2

<sup>11</sup> Para mais desenvolvimentos, Van Gerven, Walter, “*Substantive Remedies for the private enforcement of EC antitrust rules before National Courts*”, Leuven, Belgium

### **3. Enforcement Privado**

Delineado em traços gerais o tema que nos move, devemos começar a debruçar-nos sobre o nosso objeto essencial, o *Enforcement Privado*.

Os artigos 101º e 102º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), contêm as provisões comunitárias sobre as práticas proibidas aos sujeitos do mercado. Como já supra referido, o clima de *Enforcement* na Europa é dominado pelas agências públicas, que prosseguem a sua função através de da imposição de multas e injunções várias, no entanto registaram-se já, inclusivamente através de intervenções dos comissários europeus para a concorrência<sup>12</sup>, apelos ao desenvolvimento de um efetivo regime de ações privadas por danos.

As ações por danos causados tendem a compensar os prejudicados com as práticas restritivas da concorrência e simultaneamente aumentam o efeito preventivo, uma vez que aumentam significativamente o n.º de processos judiciais a temer por parte dos agentes no Mercado.

Aliás este efeito preventivo, embora de difícil medição, é efetivamente sustentado por dados estatísticos. Comparando dados estatísticos de verbas recuperadas através de ações por danos com ações prosseguidas por agências governamentais nos Estados Unidos entre 1990 e 2010 podemos verificar que nas ações privadas se recuperaram \$ 18.006 biliões enquanto nas últimas o total de multas imposto resultou em cerca de \$ 4.232 biliões.<sup>13</sup> É necessário referir que os *Enforcement* público sentenciou também certos agentes a penas de prisão e essa prevenção será difícil de quantificar, no entanto dada o enorme valor de danos resultantes de ações privadas não se poderá negar um substancial efeito dissuasor.

---

<sup>12</sup> nomeadamente Monti, Kroes e almunia

<sup>13</sup> Lande & Davis, Un. Of San Francisco Law Review 2010

## Enforcement da Concorrência: Enforcement Privado na União Europeia

Um primeiro passo no sentido de estabelecer um campo fértil às ações por danos foi o Regulamento EC No 1/2003 onde se prevê que os Tribunais nacionais têm o poder de aplicar os artigos 101º e 102 do TFUE, ainda que como nota Wils,<sup>14</sup> não contenha provisões expressas sobre o *Enforcement* privado.

Também o Tribunal da comunidade Europeia (TCE) contribuiu para esta construção através das muito citadas decisões proferidas no casos *Courage* e *Manfredi*<sup>15</sup>.

Na decisão proferida no caso *Courage* inclusivamente coloca-se em causa o efeito prático das restrições a comportamentos considerados anticoncorrenciais caso não se considerassem reparáveis os danos individuais sofridos, “*The full effectiveness of Article 81 of the treaty and, in particular, the practical effect of the prohibition laid down in article 81 (1) would be put at risk if it were not open to any individual to claim damages for loss caused to him by a contract or by conduct liable to restrict or distort competition*”<sup>16</sup>

Reforço da admissibilidade das ações privadas por danos causados por práticas anticoncorrenciais, é o Princípio Comunitário do Efeito Direto, reconhecido na Jurisprudência comunitária desde o acórdão *Van Gend en Loos*<sup>17</sup>, descrito como um dos pilares da do sistema legal Comunitário<sup>18</sup>. Este princípio confere a abrangência das Leis Comunitárias a todos os cidadão Europeus permitindo que estes invoquem a sua proteção diretamente sem a necessidade da efetiva transposição para os quadros legislativos nacionais.

Reconhecendo todos estes clamores a comissão organizou diversos estudos e debates para fomentar o desenvolvimento do *Enforcement* privado, das quais avultam o Ashurst Report em 2004, Green Paper on Damages publicado em 2005, o White Paper em 2008.

---

<sup>14</sup> Wils, Wouter P. J., “Should Private Enforcement be Encouraged in Europe?” p. 5

<sup>15</sup> Ver Processo C-453/99, *Courage*, Coletânea. 2001, p. I-6297, n.º 26; processos apensos C-295/04 aC-298/04, *Manfredi*, Coletânea 2006, p. I-6619, n.º 60. Estes processos incidem diretamente sobre o artigo 101.º do TFUE (ex-artigo 81.º do Tratado CE), sendo todavia aplicáveis os mesmos princípios no que respeita ao artigo 102.º do TFUE (ex-artigo 82.º do Tratado CE)

<sup>16</sup> vide nota 7

<sup>17</sup> Case 26/62, *Van Gend en Loos vs. Nederlandse* [1963] ECR I.

<sup>18</sup> vide Wyatt, D. e Dashwood, A., “European Community Law”, 3ª Ed., Londres 1993), p. 53

## Enforcement da Concorrência: Enforcement Privado na União Europeia

Todos estes documentos visam dialogar sobre a criação de medidas que favoreçam a instauração de ações por danos emergentes de violações dos artigos 101º e 102º do TFEU.

Resulta, portanto, claro que além de um direito consagrado aos particulares de se verem ressarcidos por danos infligidos na sequência de violação das normas comunitárias, a Comissão Europeia encontra-se a promover ativamente o *Enforcement* privado, num esforço cujas causas escarpelizamos infra. Nomeadamente e entreabrindo a porta do que será o núcleo da nossa discussão, pretende-se atrair recursos privados para a investigação, acusação e condenação por práticas anticoncorrenciais que de outra forma estarão confinadas às possibilidades das Autoridades da Concorrência.

Será efetivamente desejável promover o *Enforcement* Privado? Em que moldes? As dificuldades? Os objetivos? A análise a estas perguntas constituirá o âmago da pesquisa apresentada.

### **3.1. Enforcement: Privado vs Público**

O debate acerca da aplicação das leis da concorrência e da dicotomia entre o *Enforcement* privado e público não se cinge apenas a qual destas formas poderá ser a mais desejável ou privilegiada e os direitos que protegem, mas enquadra-se também sobre que objetivos dos acima mencionados se encontram cada uma delas mais aptas a prosseguir.

Alguns Autores traçam a linha da seguinte forma: o *Enforcement* privado defende o interesse privado de concorrentes e consumidores e o *Enforcement* público confinar-se-ia à proteção do mercado.

Defende-se por exemplo que têm funções distintas e são aplicáveis em objetivos diferentes. Segundo Wills<sup>19</sup>, o *Enforcement* Privado aplicar-se-ia ao objetivo de restituição e compensação prosseguindo assim os objetivos para os quais estaria mais

---

<sup>19</sup> Wils, Wouter P. J., “The Relationship between Public Antitrust Enforcement and Private Actions for Damages”, pp. 15 e ss.

## Enforcement da Concorrência: Enforcement Privado na União Europeia

apto e o *Enforcement* Público seria aplicado em todos os restantes objetivos que definiu (vide supra p. 4)

A construção de Wills tem os seus méritos uma vez que considerando a moldura ótima de *Enforcement* seria a aplicação de cada uma das vertentes aos tipos de violação e objetivos de ação em que melhor se enquadram. Esta construção defende que para além dos óbvios ganhos de eficiência, favorece-se naturalmente uma libertação de recursos alocados ao *Enforcement* Público para a quantificação de danos a conferir a agentes privados. Contudo e dado os sempre limitados recursos, nunca poderiam as AC's detetar e prosseguir grande parte dos comportamentos restritivos, se o seu campo delimitado fosse tão amplo quanto pretende Wills e esse mesmo campo fosse vedado às ações privadas.

Ainda que na realidade sejam conferidos a agentes privados alguma tutela por parte de entidades públicas, como em França ou nos Estados Unidos, não creio que este seja o objetivo desejável do *Enforcement* público<sup>20</sup>, uma vez que o mesmo praticamente manter-se-ia como a grande fonte da aplicação das normas concorrenciais.

Parece, por isso, difícil negar o efeito substancial que a possibilidade de ações por danos pode desempenhar na prevenção, ainda que o autor defenda que esse não é o objetivo principal daquelas ações, com o que se concorda. No entanto a verdade é que em primeiro ou segundo plano essa ação acaba por ocorrer e não de forma despicienda, como já se apontou por referência ao montante de indemnizações concedido nos EUA.

O autor defendeu acerrimamente o *Enforcement* Público como o mais desejável e em todos os aspetos superior, apelidando-o de "inerentemente superior"<sup>21</sup>.

Entre as vantagens apontadas ao *Enforcement* Público encontram-se, o superior poder de investigação e poderes para sancionar, os custos reduzidos devido à superior especialização das AC's e a divergência entre o interesse público e privado, uma vez que

---

<sup>20</sup> Em Portugal através da figura do Lesado em Processo Penal é permitido a um terceiro reclamar danos por procedimentos criminais artigo 73º do Código de Processo Penal. O mesmo acontece em França.

<sup>21</sup> Wills, Wouter P.J., "Should Private Antitrust Enforcement be Encouraged in Europe?", p. 480

## Enforcement da Concorrência: Enforcement Privado na União Europeia

como fez notar Shavell (1982), os privados não prosseguirão ações privadas mesmo que socialmente benéficas se o seu ganho for inferior aos custos da ação.

Em relação a estes apontamentos, e uma vez que os mesmos foram superiormente contraditados por Clifford A. Jones<sup>22</sup>, diremos apenas que facilmente se expõe a sua vulnerabilidade, vejamos:

Não é pelo facto de os privados não terem poderes sancionatórios que as suas ações não podem servir para penalizar os perpetradores de comportamentos restritivos da concorrência. Assim como não é por não poderem promover diligências investigatórias que os privados não poderão obter, por meios diversos, informações bastante relevantes sobre comportamentos restritivos.

Em segundo lugar, ainda que os custos sejam inferiores, as ações privadas deverão consumir reduzidos recursos públicos e podem ainda atrair recursos privados para uma tarefa que é em primeiro lugar pública.

Finalmente, o facto de as ações por danos terem como primeiro intuito o interesse no ressarcimento do ente privado não impede um efeito positivo na política concorrencial. A existência de *Enforcement Privado* ainda que, com incentivos puramente económicos, tem, como já vimos, efeitos benéficos em termos de prevenção. Nem mesmo o facto, apontado, de poderem atingir-se acordos durante o processo judicial que embora favoreçam os litigantes não favorecem a limitação da prática restritiva serve de argumento contra as ações privadas porquanto não se antevê como é que a situação do prevaricador sairia beneficiada em relação à situação de violação em que se encontrava antes da ação privada que culminou num acordo. Acrescente-se também que um acordo de âmbito privado limitará a ação futura da AC, que pode acusar o prevaricador pelos comportamentos restritivos alvo da negociação.

### **3.2. Complementariedade**

---

<sup>22</sup> Jones, Clifford A., 2004

## Enforcement da Concorrência: Enforcement Privado na União Europeia

A litigância privada, até pelo Princípio da Publicidade do Processo, propicia a possibilidade de descoberta indícios de práticas restritivas da concorrência.<sup>23</sup> Aliás a contribuição de entidades privadas, nomeadamente concorrentes pode revelar-se de grande valia neste aspeto, pois encontram-se mais aptos a conhecer estatísticas determinantes como estrutura de custos, mercados relevantes entre outros que podem beneficiar a descoberta de um comportamento restritivo da concorrência.

Outros aspetos em que as duas modalidades se entrecruzam é a possibilidade de elaboração de recomendações endereçadas ao tribunal pelas AC's, como acontece com os *Amici Brief* Norte-Americanos. Este tipo de intervenção das AC's junto dos tribunais revela a necessária ponderação do interesse público que os Tribunais também devem ter em conta nas suas decisões<sup>24</sup>.

Independentemente da existência de considerações submetidas pela AC ou de questão levantada pelos litigantes em juízo, o Tribunal nas suas decisões deve ter sempre em consideração o interesse público. Esta preocupação justifica que os tribunais, ainda que no âmbito de uma ação privada, podem olhar para além do Princípio do Dispositivo e em alguns ordenamentos levantar por iniciativa própria a questão de ilegalidade de certos acordos<sup>25</sup>.

O Regulamento 1/2003, no seu parágrafo 3 garante o direito a intervenções escritas por parte das AC's em ações pendentes em Tribunal, confinando as intervenções orais a casos em que o Tribunal a permita.

A intervenção das AC's pode ter um efeito benéfico mas inspira também certos cuidados. Pelo lado favorável confere-se aos Tribunais, mormente os menos preparados, aquela que pode ser uma preciosa assistência na análise de efeitos de uma prática restritiva no

---

<sup>23</sup> Mcfee et Al., 2005

<sup>24</sup> Kominos, Assimakis P., "Relationship between Public and Private Enforcement: *quod Dei Deo, quod Caesaris Caesari*" p. 5

<sup>25</sup> Kominos, Assimakis, "Public and Private Antitrust Enforcement in Europe: Complement? Overlap?", 2006

## Enforcement da Concorrência: Enforcement Privado na União Europeia

mercado. A especialidade da AC será o elemento com maior peso para que se registre a sua participação.

No entanto os perigos não são de menor monta, desde logo é grande o risco de um Tribunal recolher-se na sombra de uma posição da AC e assumi-la como sua, furtando-se a um esforço de apuramento da verdade material do caso.

Por outro lado, a obrigatoriedade de intervenção em todos os processos gerará uma dispersão de recursos e mais uma fonte de sobre carregamento destas agências enleando-se a AC em todos os processos em que sejam levantadas questões de concorrência, envolve-se a AC também em verdadeiras bagatelas jurídicas onde a sua intervenção é desnecessária.

Por forma-a mitigar estes problemas Dan Wilsher<sup>26</sup> sugere que se criem guias de intervenção para as AC's limitando-se a sua intervenção aos casos em que i) sejam suscitadas novidades e problemas de Princípios, ii) quando uma das partes em juízo desafia entendimentos publicados da AC, e iii) quando se tratem de práticas restritivas com grande alcance na Economia. A política de guias é uma efetivamente uma solução, mas como de minha parte, talvez demasiado otimista, confio no bom senso e aplicação sensata de recursos, defendo que a intervenção deve ser restringida aos casos em que a própria AC manifesta intenção de participar, sendo que nessa ponderação existirá um reflexo do Guia de Atuação da AC para o ano em curso. Em caso de serem suscitadas novidades poderia também conceder-se ao Tribunal a prerrogativa de solicitar a intervenção da AC.

Um aspeto final em que é notória esta complementaridade, como explicaremos adiante, é a possibilidade de as decisões das AC's e processos públicos impulsionados por estas, serem depois decisivos para que se prossigam as designadas *follow-on actions*, em que privados utilizam os dados divulgados pelas AC's para exigirem *à posteriori*

---

<sup>26</sup> Wilsher, Dan, 2006

## Enforcement da Concorrência: Enforcement Privado na União Europeia

compensações por danos sofridos (aliás como mesmo Wills admite, *vide ob. Cit.* Pag. 19).

### **3.3. Utilização de Informações Públicas em Processos Privados**

Já nos Estados Unidos através do *Clayton Act* se havia concedido aos privados a possibilidade de utilização como prova bastante as decisões e condenações em processos impulsionados por AC's, direito esse que foi reforçado pela decisão do Supremo Tribunal no caso *Emich Motors vs General Motors*<sup>27</sup>.

Este efeito resulta inclusivamente do artigo 16º do Regulamento n.º 1/ 2003, que estabelece que um Estado Membro não pode decidir contra decisões prévias da Comissão Europeia. O que implica que alegando-se em juízo uma decisão prévia da Comissão deverá conseguir-se uma condenação no mesmo sentido.

Tem vindo a ser sugerido um efeito vinculístico de decisões das AC's no âmbito da comunidade europeia em moldes acentuados, cuja discussão, pela relevância da mesma, abordaremos separadamente infra.

O facto de as decisões das AC's poderem fornecer, mediante publicitação dos seus processos, de documentos privados e de decisões em processos por infrações às Leis da Concorrência, uma grande assistência aos privados gera a necessidade de se estabelecerem claros e forte mecanismos de independência. O perigo de captura das AC's existe e pode ser maior quando os privados tentam aproveitar-se de procedimentos das AC's para a prossecução posterior dos seus próprios objetivos (nomeadamente para *follow-on actions*). Este perigo pode desviar as AC's do seu objetivo primacial que é a promoção de uma situação de concorrência ótima. Nas palavras de Dan Wilsher “ *Public*

---

<sup>27</sup> Wilsher Dan, 2006

## Enforcement da Concorrência: Enforcement Privado na União Europeia

*Enforcers could become too ‘Plaintiff-led’ in their activities to the detriment of the wider public interest.”<sup>28</sup>*

No sentido de mitigar este perigo, defende-se que as AC’s devem publicitar anualmente os objetivos e ações em que se encontram focadas e onde concentrarão a maior parte dos seus recursos de forma fundamentada e sujeita a escrutínio do público, seguida do óbvio relatório anual de atividades como já acontece na maioria dos ordenamentos incluindo o Português.

Resulta assim notório que as modalidades de *Enforcement* não são propriamente herméticas e que são muitas vezes complementares uma à outra providenciando uma aplicação mais eficaz das regras da concorrência.

Não obstante a defendida complementaridade entre os dois tipos de *Enforcement*, há que referir que nenhum deles se submete ao outro, mesmo a prova reforçada de que as ações privadas podem beneficiar ancorando-se em decisões prévias das AC’s para sustentar *follow on Action*, não deverá ser tomada acriticamente pelos Tribunais. Estas são efetivamente modalidades separadas, que se podem beneficiar mutuamente mas em que nenhuma delas deve ser entendida como sucedânea ou subsidiária da outra.

Há assim complementariedade mas também independência entre o *Enforcement* privado e o *Enforcement* público.

---

<sup>28</sup> Wilsher, Dan, “The Public Aspects of Private enforcement in EC law: Some Constitutional and Administrative Challenges of a Damages Culture” V.3, 1, The competition Law Review, p.28, 2006

#### **4. Modalidades da Enforcement Privado**

O *Enforcement* privado assume essencialmente duas modalidades de prossecução, ou seja duas formas através das quais os entes privados podem tentar prosseguir uma ação judicial contra um prevaricador das regras da concorrência.

##### **4.1 *Stand alone e follow on Actions***

São essas duas modalidades as designadas *follow-on Actions* e as *stand-alone Actions*. Enquanto as primeiras se caracterizam por serem ações em que se aproveitam condenações anteriores e a prova produzida no âmbito de uma ação prosseguida por um entidade pública para, na sua sequência exigirem os danos sofridos em consequência do comportamento restritivo, as segundas caracterizam-se por serem em tudo semelhantes a qualquer ação por danos privada. Nesta última, uma parte que reputa ter sofrido prejuízos na sequência de um comportamento restritivo intenta uma ação propondo-se a provar a prática restritiva do réu.

Nota-se desde logo, pela sucinta definição, que as *stand-alone actions* têm um potencial acrescido para a revelação de nova informação, para a prevenção de comportamentos restritivos da concorrência e para a captura de recursos privados que assistam a tarefa das AC's e o objetivo geral da prossecução de uma economia com regras justas de concorrência.

Vejam os em maior pormenor. No que concerne à revelação de informação ambas as modalidades fornecem novos dados sobre comportamentos restritivos, pois em ambas os

## Enforcement da Concorrência: Enforcement Privado na União Europeia

autores serão compelidos a demonstrar todos os danos sofridos e a sustentá-los e fundamentá-los com toda a informação que detenham ao seu alcance<sup>29</sup>. Simplesmente no caso das *stand alone actions* existe uma barreira superior porquanto o autor terá de confiar apenas nas informações que logra obter e não poderá lançar mão das provas já feitas em processos administrativos ou judiciais anteriores. Já as *follow-on actions*, baseando-se em procedimentos anteriores, têm um menor potencial para revelar informação, nomeadamente informação que exponha uma nova prática restritiva.

Quanto a prevenção, naturalmente as *follow-on actions* sendo ações que nascem de prévias condenações ou de prévios processos por práticas restritivas acabam por não ter papel relevante dado que os casos que prossegue foram já punidos noutras sedes. Assim os prevaricadores não têm motivos de precaução adicionais, pois só os casos que são já alvo da atenção das AC's poderão depois dar origem a estas ações por danos. As *follow-on actions* podem, ainda assim, contribuir para a prevenção<sup>30</sup> através do aumento das indemnizações a pagar pelo prevaricador, isto porque o pedido de indemnização acresceria às multas impostas no processo administrativo ou num anterior processo judicial.

Neste aspeto as *stand alone actions* podem desempenhar um papel substancial dado que aumentam não só o montante que os prevaricadores podem temer vir a pagar, mas também aumentam substancialmente a possibilidade de um comportamento vir a ser contestado e escrutinado em Tribunal através de um controlo difuso (os seja levado a cabo por diversas entidades) das normas concorrenciais.

Já na desejada atração de recursos privados para a prossecução dos fins do *Enforcement* da concorrência, as duas anteriores observações culminam na constatação de que as *stand alone actions* por exigirem um maior investimento na prossecução da produção de prova e por desempenharem um papel mais relevante na prevenção acabam por canalizar bastante mais recursos para a prossecução de um mercado mais justo.

---

<sup>29</sup> cfr. Harker, Michael e Hviid Morten Competition Law Enforcement and Incentives for Revelation of private information, WC 31 (2) pp. 281 e ss .

<sup>30</sup> cfr: Making antitrust damages actions more effective in the EU: welfare impact and potential scenarios, Final Report December 2007 p. 70

Naturalmente que a necessidade de maiores recursos e a maior incerteza das *stand alone actions* torna as follow-on actions bastante mais apelativas, ao que acresce ainda que as *follow on actions* podem envolver problemas de *free riding*, porquanto, um eventual concorrente com informações sobre comportamentos restritivos pode, no lugar de intentar uma ação, fornecer esses mesmos elementos a uma AC na esperança de que a mesma seja investigue e acuse o prevaricador e posteriormente venha a poder instruir uma *follow on action*<sup>31</sup>. Resulta daqui a necessidade do estabelecimento de mecanismos que favoreçam as *stand alone actions*.

Para os entes privados as *stand alone actions* terão como principal incentivo a celeridade. Retomando o exemplo anterior, aguardar que a AC instaure uma ação, que a mesma de origem a processo administrativo, a condenação em processo administrativo e finalmente uma possível impugnação judicial, transmite todas as ideias menos a de celeridade. Será, portanto, esta característica tão mais essencial quanto em maiores dificuldades se encontrar o concorrente prejudicado e maiores possibilidades de ser afastado do mercado enfrentar.

#### **4.2. Incentivos às *Stand Alone Actions***

Exposta a desejabilidade das *stand alone actions*, avulta a necessidade de as incentivar. Algumas pistas para atingir este objetivo podem ser encontradas no sistema norte-americano, bem hábil, como sabemos, a proporcionar estímulos económicos para que se atinjam os fins pretendidos.

Em primeiro lugar caberia limitar, senão mesmo afastar por completo a possibilidade de **pass on defence**. Esta defesa consiste na alegação por parte dos réus de que o autor não sofreu efetivamente danos com a conduta restritiva uma vez que os repercutiu nos seus clientes (o que é comum em cadeias de distribuição). Como fim último, esta defesa

---

<sup>31</sup> cfr. Harker, Michael e Hviid Morten, Competition Law Enforcement and Incentives for Revelation of Private Information, EC 31 (2), p. 282

## Enforcement da Concorrência: Enforcement Privado na União Europeia

pretende evitar que lhe sejam exigidos avultados danos que na verdade estariam a avantajá-lo economicamente o autor dado que não teria sofrido danos. Os danos, a existir, teriam sido suportados pelos compradores indiretos.

O argumento da *Pass on defence* e os efeitos dispersivos dos comportamentos restritivos da concorrência são inclusivamente usados pelos detratores do *enforcement* privado, argumentando que os verdadeiros prejudicados não observam qualquer compensação, nas palavras de Wills “...*identifying the real victims of anticompetitive of anticompetitive behaviour and the true extent of their loss is a very difficult task. The victims most deserving of compensation would be those consumers who have been priced out of the market as a result of the antitrust violation. But determining who would have purchased the good or service if its price had been lower, is exceedingly difficult*”<sup>32</sup>.

A opor aos detratores, em primeiro lugar cabe dizer que as dificuldades de identificação dos lesados não é uma especificidade da concorrência, elas são transversais às ações por danos<sup>33</sup> e as dificuldades de identificação dos factos podem ser mitigadas por presunções e análise económica<sup>34</sup>.

Esta linha de defesa, relaciona-se intimamente com o conceito de legitimidade, referindo-se ao mesmo ao conceito de legitimidade para prosseguir ações por danos provocados por práticas restritivas da concorrência. Com a negação desta modalidade de defesa, nega-se também a legitimidade para litigar a vários lesados.

Conceder legitimidade envolve uma ponderação entre o custo de ações mal sucedidas devido à sua prossecução por lesados indiretos com dificuldade em provar a sua lesão, ou o comportamento restritivo, e a perspectiva de compensação do litigante e

---

<sup>32</sup> Wills, P.J. Wouter, *Should Private Enforcement be Encouraged in Europe?* WC 26(3), p. 487

<sup>33</sup> ver K. Roach, M.J. Trebilcock, *The Efficacy of the Tort System and its alternatives: A Review of Empirical Evidence*

<sup>34</sup> cfr. Harker, Michael e Hviid Morten *Competition Law Enforcement and Incentives for Revelation of private information*, WC 31 (2) p.470

## Enforcement da Concorrência: Enforcement Privado na União Europeia

consequentemente o contributo dessa instância para o *Enforcement* das leis da concorrência<sup>35</sup>.

O conceito de legitimidade, na vertente em que é aqui mencionado, pretende concentrar e confiar o *Enforcement* Privado aos atores com maiores probabilidades de sucesso.

Limita-se assim a ação principalmente dos compradores indiretos que têm um fraquíssimo incentivo económico em prosseguir estas ações. Estes fracos incentivos prendem-se com o facto de normalmente suportarem danos muito reduzidos, as ações envolverem custos elevados e usualmente enfrentarem entidades com poder económico muito superior, o que é sempre temerário. Acresce que ações prosseguidas por compradores indiretos tornariam o processo moroso e dispendioso mesmo com o recurso a análise económica e a presunções como defendido por alguns. Tudo somado teríamos grandes entraves à litigância em processos por práticas restritivas da concorrência diminuindo assim o seu potencial de prevenção.

Foi com estes pressupostos em mente que o Supremo Tribunal negou a compradores indiretos o direito à litigância nos processos *Hanover shoe, Inc. v. United Shoe Machinery Corp.*, 392 U.S. 481 (1968) e *Illinois Brick Co. V. Illinois*, 431 U.S. 720 (1977). Por oposição vários estados norte-americanos concederam indemnizações aos compradores indiretos, como no caso *Califórnia v ARC America* 490, US 93, 1989.

Cabe tomar posição. Parece-nos difícil conjugar a negação do direito aos compradores indiretos de reclamar indemnizações, com a possibilidade de ações coletivas. Estas existem precisamente para dar uma voz conjunta e mais forte a litigantes em situação semelhante. Ora estas ações e os poderes consagrados a instituições representativas de consumidores podem representar os compradores indiretos estabelecendo uma força conjunta que os favorecerá. Ao mesmo tempo será difícil defender que uma empresa não poderá usar a *pass on defence* quando se verificou a repercussão dos danos e, por esse facto, possa vir a ser sujeita ao pagamento dos mesmos danos também aos litigantes que

---

<sup>35</sup> Mackenrodt, 2008

## Enforcement da Concorrência: Enforcement Privado na União Europeia

comparecem como compradores diretos e aos compradores indiretos. Tal possibilidade seria claramente contrária ao Princípio *ne bis in idem*.

Um mecanismo de incentivo mais consentâneo com os valores jurídicos em presença será a concessão de *treble damages* nas ações *stand alone*, este mecanismo permite ao Tribunal triplicar o valor dos danos por forma a punir o prevaricador que conscientemente violou normas legais. Aqui sim, estamos em pleno acordo com o mecanismo de incentivo, vigente na cultura norte Americana.

Os *treble damages* são aptos a premiar um litigante que com sucesso demonstrou e expôs um comportamento restritivo da concorrência (beneficiando através dessa conduta todo o mercado) e ainda serve de mecanismo de punição que normalmente não é associado às ações privadas.

A posição das entidades Europeias expressa por exemplo no White paper on damages actions, publicado pela comissão europeia, acaba por concluir que deve ser permitida a *passing on defence* para depois admitir a possibilidade de opor a esta defesa<sup>36</sup> o facto de ao aumento de preço repercutido corresponderem eventuais quebras de vendas, o que constituiria um efeito pernicioso da prática restritiva em prejuízo do Autor. É uma pequena porta de fuga que visa adequar a *passing-on defence* às efetivas consequências económicas geradas pelo comportamento restritivo e como veremos adiante a comissão vem também privilegiando uma visão económica dos comportamentos restritivos.

Registe-se sucintamente apenas que alguns autores consideram justo o enriquecimento adveniente do facto de o comprador direto conseguir passar as suas perdas para terceiro e mesmo assim devido, ao seu justo esforço na demonstração de uma prática restritiva, merecer o ganho adveniente da ação.<sup>37</sup> Esta ideia não me merece defesa porquanto contribui para um incentivo económico ganancioso e mesmo eticamente reprovável para a prossecução destas ações por quem não sofreu qualquer prejuízo. Poderia aqui

---

<sup>36</sup> White Paper on Damages actions for breaches of the EC antitrust rules, p. 8, Brussels 2008

<sup>37</sup> Mackenrodt, 2011

## Enforcement da Concorrência: Enforcement Privado na União Europeia

promover-se um *venire contra factum proprio*, na medida em qualquer agente do mercado pode beneficiar do facto de contratar numa situação inicial de desvantagem sabendo que pode repercutir a perda em terceiros e no futuro beneficiar duplamente através de uma ação por danos.

Em jeito de conclusão parece-nos que à luz do preceitos legais (Regulamento CE 1/2003) e casos julgados [ndr.caso Manfredi e Courage] seria impossível negar o direito a reparação dos compradores indiretos e a proteção contra o enriquecimento sem causa resultando na consequência quase óbvia da admissibilidade da *Pass on defense*. No entanto, a adoção de mecanismos como a *treble-damages rule* é de todo bem-vinda e indicada a favorecer não só a prevenção mas também o desejável aumento de *stand alone actions* que, como supra defendemos, deve ser incentivada.

### **4.3. Precauções a observar**

Nas últimas linhas tem-se demonstrado a necessidade e desejabilidade de promoção de *stand alone actions*, mas o desenho de incentivo das mesmas deve ser cuidadosamente abordado. Em primeiro lugar as empresas podem ser levadas a usar estas ações como mecanismo de sinalização de preço ao mercado e mesmo como mecanismo de obtenção e até de partilha de informação que de outra forma seria proibida pelas regras da concorrência<sup>38</sup>.

De facto, nos procedimentos previstos neste tipo de ações deve existir um especial cuidado nas regras de publicidade da informação requerida, do nível de prova exigido e da sua relevância de documentos ou informação solicitada em cada caso. De outra forma uma empresa pode ver nestas ações o incentivo necessário à “pesca” de informação sobre uma concorrente que de outra forma não teria acesso.

---

<sup>38</sup> Harker, Michael, Hviid Morten, “Competition Law Enforcement and Incentives for Revelation of Private Information”

## **5. Efeito vinculativo**

O *White Paper on damages Actions* sugere no corpo do seu texto que:

*“national courts that have to rule in actions for damages on practices under Article 81 or 82 on which an NCA in the ECN has already given a final decision finding an infringement of those articles, or on which a review court has given a final judgment upholding the NCA decision or itself finding an infringement, cannot take decisions running counter to any such decision or ruling.”*

O excerto transcrito dificilmente poderia ser mais elucidativo, demonstrando a convicta intenção da Comissão Europeia em estabelecer um forte efeito vinculativo das decisões tomadas por AC's na sua tarefa decisória em relação a processos por violações às Leis da Concorrência. Entendo que se pretende aqui estabelecer um verdadeiro Princípio do Precedente.

Argumenta o mesmo documento que o estabelecimento de um efeito vinculístico introduziria não só uma eficácia e eficiência processual acrescida, como também uma segurança jurídica que naturalmente se revelaria importante para todos aqueles que atuam no mercado da União Europeia, seja em todos os seus países ou em alguns deles como cada vez mais acontece.

A vinculação dos Tribunais nacionais a uma decisão prévia gera a mencionada segurança jurídica mas também poupa o lesado ao custo de “re-litigar” com base nos mesmos fundamentos e de proceder à repetição desse procedimento em tantos países quanto aqueles em que se tenha repercutido o comportamento restritivos.

É referido ainda que o Processo Administrativo normalmente introduz mais garantias que o tradicional Julgamento Civil, pelo que também os réus não sairiam prejudicados<sup>39</sup>, o

---

<sup>39</sup> Wills, Woutter P.J. “The Relationship between Public Antitrust Enforcement and Private Actions for Damages”, pp. 19

## Enforcement da Concorrência: Enforcement Privado na União Europeia

que nos causa algum receio uma vez que nem todos os países observam o mesmo grau de garantia.

A verdade é que este mecanismo parece ter sido desenhado tendo em mente apenas as decisões da Comissão Europeia com profissionais bem treinados e com experiência, rodeados de todos os meios necessários e com garantias de imparcialidade, o que pode não se verificar em todas as AC's Nacionais.

No entanto é necessário um cuidado elevado com a excitação à volta do efeito vinculativo, não pode este apenas ser encarado como a visão de um oásis, onde se poderá finalmente pegar numa decisão e correr Europa fora a exigir todos os danos que supostamente se sofreram por conta de uma prática julgada restritiva. Exemplo deste âmbito, quanto a nós, demasiado alargado é a secção 33(4) da Lei da Concorrência Alemã que não só reconhece as decisões da sua própria AC como aceita as decisões de qualquer AC Nacional.

Ora como aponta Kominos,<sup>40</sup> a previsão de um efeito vinculístico muito alargado subjugaria o *Enforcement Privado* ao Enforcement Público, geraria uma desigualdade de aplicação de tal forma desnivelada que dificilmente se conseguiria implementar, como se pretende o *Enforcement Privado* na Europa.

Tornar-se-iam os Tribunais em meros quantificadores de danos não lhes atribuindo um poder de controlo do mérito que é uma das suas funções. A discricionarietà dos poderes públicos não deve nunca significar que o Tribunal ficará reduzido a conferir se as formalidades da tomada de decisão foram prosseguidas.

Reconhecendo já que os efeitos vinculativos de uma decisão, mesmo que tomada pela Comissão Europeia, não podem ser abrangentes ao ponto de todas as decisões seguintes se limitarem a contabilizar danos, os Tribunais Ingleses decidiram no caso *Crehan*<sup>41</sup> que

---

<sup>40</sup> Vide Kominos, Assimakis, 2011

<sup>41</sup> *Inntrepreneur Pub Company and others vs Crehan*, 2006, UKHL, 38

## Enforcement da Concorrência: Enforcement Privado na União Europeia

o efeito vinculativo se deve verificar apenas a circunstâncias exatamente iguais às verificadas no caso julgado (como o sejam os intervenientes, o mercado atingido, os concorrente afetados).

A nosso ver pouco ou nada referido como problema potencial deste efeito vinculativo, é o facto de ele constituir um gigantesco incentivo económico à caça de uma decisão favorável, promovendo potencialmente um *fórum shopping* nada desejável. Já é bem conhecido, comentado e debatido o problema da captura do regulador,<sup>42</sup> agora a essa discussão junte-se o benefício económico potencial de caça à indemnização por toda a União Europeia sustentada apenas na decisão porventura de uma qualquer recôndita e pouco preparada Autoridade da Concorrência

Ainda que por ingenuidade não se queira duvidar das motivações dos homens que dirigem as AC's nacionais, será inegável que em certos países, mormente aqueles que se juntaram mais recentemente ao mercado único, aquelas estarão deficientemente preparados para julgarem casos com implicações tão sérias, e em abono da verdade diga-se também que normalmente são países que se debatem com problemas de índices de corrupção superiores à média da união europeia.

Quererá isto dizer que o efeito vinculativo deve ser definitivamente afastado?

Penso que resposta será negativa, tanto quanto apreendo do problema a mim parece-me que deve ser colocado como obra em construção que necessitará, como todas, de uma base sólida em que se sustentar, sob pena de desabar com estrondo em cima anos de construção do sistema de concorrência.

Certas precauções e fases transitórias devem ser tomadas em consideração:

- Em primeiro lugar caberá constituir uma rede de AC's europeias sob controle da comissão o que até nem choca visto que o regime legal já é bastante semelhante;

---

<sup>42</sup> Vide Confraria, João, 2011

## Enforcement da Concorrência: Enforcement Privado na União Europeia

-Em alternativa a criação da figura de auditores da concorrência pertencentes ao quadro da Comissão Europeia e que exerceriam rotativamente as suas funções em diversos países (note-se que nem todos os lugares da AC seriam preenchidos por estes profissionais, estes funcionariam mais com um elemento dissuasor ocupando alguns postos importantes no governo de uma AC nacional;

- Numa primeira fase apenas as decisões da Comissão Europeia se revestiriam do efeito vinculístico, evitando-se assim o aproveitamento de AC's nacionais mais vulneráveis;

- A criação de critérios e requisitos a cumprir por todas as AC's com o intuito de as homogeneizar, através de modelos de governo, políticas de prossecução de práticas restritivas e fortes garantias de independência comuns a todos os países;

- Por outro lado a instituição de procedimentos chave nos tribunais para que as suas decisões também possam fundar pedidos de indemnização subsequentes em foros nacionais diversos. Procedimentos entre os quais se incluiria o recurso à assistência de peritos económicos independentes ou a criação da figura do Juiz especializado.

O efeito vinculístico é, quanto a nós, uma arma poderosa, que tal como todas as armas poderosas e potencialmente destrutivas, deve ser manejada com muito cuidado até que a sua utilização seja efetivamente segura.

**6. Defesa de uma Análise Económica dos Comportamentos (Potencialmente Restritivos)**

A Comissão Europeia tem vindo a privilegiar nos últimos anos uma análise das práticas restritivas da concorrência baseada no seu impacto económico, ou seja no seu efetivo efeito pernicioso à concorrência e potencialidades para o provocar por oposição a uma análise puramente formalista.

É a sobreposição da “*effects-base approach*” à “*forms-based approach*”. Pretende-se com esta mudança de paradigma, para além do objetivo de administração elementar de justiça, introduzir segurança jurídica adicional à atuação dos agentes de mercado.

De facto nos termos do paradigma formalista, uma empresa que se enquadrasse numa situação formalmente reputada como violadora dos artigos 101º ou 102º do TFEU, ver-se-ia em apuros. Veja-se os exemplos das transcrições infra de casos importantes na construção da política concorrencial Europeia:

Caso T-203/1, Michelin vs CE “*For the purposes of establishing an infringement of article 82 EC, it is sufficient to show that the abusive conduct of the undertaking in a dominant position tends to restrict competition or, in other words, that the conduct is capable of having that effect*”.<sup>43</sup>

Caso T- 201/04, Microsoft Corp vs CE “*(...)the fact remains that, in principle, conduct will be regarded as abusive only if it is capable of restricting competition.*”<sup>44</sup>

Os trechos transcritos são bem demonstrativos do tipo de aplicação das Leis da Concorrência que à data grassava na europa. Numa aplicação puramente formalista basta ao aplicador que, por exemplo, um agente seja de dimensão suficiente para poder abusar

---

<sup>43</sup> Case T-203/1, Michelin vs Commission, [2003] ECR II - 4071

<sup>44</sup> Case T- 201/04, Microsoft Corp vs CE, [2007] ECR II - 3601

## Enforcement da Concorrência: Enforcement Privado na União Europeia

da sua posição para que seja merecedor da aplicação de sanções, ou pelo menos de um processo de averiguação, como se de um efetivo transgressor se tratasse.

Uma abordagem formalista como a que se verificava, criava o efeito perverso de afastar ações potencialmente de salutar concorrência e dispersava os recursos da Comissão e das AC's que perseguiram meras condutas potencialmente restritivas.<sup>45</sup>

Numa metáfora tão elucidativa quanto feliz A. Heimler expôs a situação no seguintes termos, a abordagem formalista é apta a “banir a venda de Ferraris, porque é altamente provável que os seus condutores desrespeitarão os limites de velocidade”<sup>46</sup>.

O foco de uma abordagem económica será a defesa do consumidor, a conduta reputada de restritiva da concorrência sê-lo-á na medida em que prejudique efetivamente o mercado e/ou o consumidor, destringendo-se as ações restritivas das legítimas pela existência de um dano provocado à concorrência que não possa ser coberto pelos ganhos observados com essa mesma ação.<sup>47</sup>

A introdução desta análise de impacto económico por via de uma abordagem mais centrada nos efeitos verificados é um factor relevante para as ações privadas, que não nos esqueçamos, são o centro da nossa análise.

O próprio *Green Paper* sobre ações privadas por danos no âmbito das normas concorrenciais faz referência a esta análise económica sugerindo a aplicação daquelas

---

<sup>45</sup> Petit, Nicolas, “From Formalism to Effects? The Commission’s Communication on Enforcement Priorities in Applying Article 82” WC 2008

<sup>46</sup> Heimler, A., “Pricing below Costs and Loyalty Discounts: Are They Restrictive and If So, When?”, *Competition Policy International*, 1, 2005, p. 149

<sup>47</sup> Veja-se o caso das “*price matching clauses*”, ações de empresas em que garantem o preço mais baixo senão devolvem a diferença. Estas ações têm gerado muita discussão porque podem ser entendidas como um aviso à concorrência que igualarão qualquer descida de preço e como uma discriminação de consumidores onde se oferece o preço mais baixo apenas aos consumidores mais informados. Por outro lado são aparentemente e já comprovadamente ações que estimulam a concorrência porque só são normalmente oferecidas por agentes que efetivamente têm o preço mais baixo. Naturalmente esta discussão abordada formalisticamente gera demasiada controvérsia mas o seu impacto económico é facilmente analisável.

## Enforcement da Concorrência: Enforcement Privado na União Europeia

regras através de uma base mais Económica, “*This means that the legality of unilateral competitive conduct is to be assessed with regard to its effect on competition.*”<sup>48</sup>

Se efetivamente já a comissão teve dificuldades em alterar este paradigma de aplicação formalista, em face dos recursos disponíveis será de supor uma dificuldade acrescida das AC's Nacionais e sobretudo dos Tribunais que julgarão o (desejavelmente) crescente número de ações privadas por violações de regras da concorrência.

Se a Comissão e as AC's contam desde logo com peritos económicos, o mesmo não se poderá dizer dos Tribunais Nacionais. Assim, estes devem estar melhor municiados para o julgamento destes casos, devem nomeadamente contar com a assistência de peritos económicos independentes que o assistam na formação da sua convicção.

Além da assistência mencionada devem ainda ser criados Tribunais especializados, o que já aconteceu em Portugal através da Lei n.º 46/2011 que criou o Tribunal da Concorrência.

Ainda assim, creio que a instituição de um mecanismo de consulta de peritos independentes é essencial. Aqui referimo-nos a independência das partes, não que se queira duvidar da independência dos renomados académicos que emprestam o seu nome a pareceres apresentados por estas, mas a verdade é que é bem conhecida a notável coincidência entre o sentido do parecer e as motivações que o financiaram.

---

<sup>48</sup> Mackenrodt, Mark-Oliver “Public vs. Private Enforcement of Antitrust Law in unilateral conduct cases – The interaction of between the Economic review of the Prohibition of Abuses of Dominant Positions and Private Enforcement” p. 5, Paper Series n.º 09-11

## **7. Peritos Económicos – A Assistência Necessária**

A existência de pareceres económicos independentes ao processo em causa numa determinada litigância, permitiria a conceder ao Juiz uma base de análise mais ampla que obviamente um Licenciado em Direito dificilmente poderá apreender *per si*.

Mais se diga, ainda que, por felicidade, o Juiz fosse também ele ainda um especialista em assuntos económicos da concorrência dificilmente poderia em todos os casos despende o tempo necessário para elaborar, de sua exclusiva iniciativa e esforço, o estudo de impacto de mercado necessário.

Com recurso a peritos económicos, floresce a ciência forense económica. Como qualquer ciência forense, esta é a aplicação de disciplinas científicas ao processo legal, no caso da ciência económica o seu objetivo é, como o expuseram John Wald e Gerald Olson “ *The primary focus of the forensic economists is the measurement of market loss (damages) arising from market failures, contract disputes or torts*”.<sup>49</sup>

Os Peritos económicos Forenses terão uma primeira função importante no estabelecimento da causalidade entre os factos imputados ao Réu e os danos alegadamente provocados ao mercado. Esta função é de substancial importância porque nas Ações Privadas, não existirão multas a aplicar ao Réu em virtude de um comportamento ilícito mas apenas uma indemnização pelos danos causados ao(s) Autor(es) e possivelmente danos punitivos, como já defendido aqui.

Resulta assim essencial esta função de conexão entre a ação e um dano sem a qual não existirá direito à indemnização. Entre nós vigorará o critério da Causalidade Adequada, causalidade essa que dificilmente um Tribunal poderá estabelecer apenas com recurso às regras da experiência.

---

<sup>49</sup> Wald, J. & Olson, G., Journal of Forensics and Economics, 1987, p.2

## Enforcement da Concorrência: Enforcement Privado na União Europeia

John M. Connor<sup>50</sup>, embora referindo-se a situações a situações de cartéis, estabeleceu três momentos de intervenção dos Peritos económicos, sucintamente i) interviriam no estabelecimento das multas sempre que a sua aplicação fosse requerida no caso concreto, ii) interviriam no âmbito de defesa das partes como perito solicitado pelo Autor ou Réu (obviamente que aqui não estaríamos a falar dos peritos independentes a que me referi supra e que defendo como essenciais à aplicação das regras da concorrência pelos Tribunais), iii) uma vez estabelecida a ilicitude de uma conduta seria necessário o contributo de peritos para estabelecer os danos provocados.

Mais elaboradamente, podemos encontrar no trabalho de **Maarten P. Schinkel**, que para além da já mencionada intervenção no estabelecimento da causalidade defende que o contributo dos Peritos Económicos é essencial também na deteção e investigação, aqui atuando decisivamente a soldo de Concorrentes que se acham prejudicados e recorrem a estes Peritos para que se estabeleça efetivamente a existência ou não de um dano ou de um comportamento que provoca perdas ao mercado. Neste âmbito a Economia Forense pode ser útil também ao estabelecer padrões de comportamentos restritivos e catalogando os diversos tipos, até porque a constante perscrutação e escrutínio do mercado no âmbito do desenvolvimento de trabalhos académicos o propicia.

Refere ainda o reputado Autor os benefícios da intervenção de Peritos para a construção do caso em si, atribuindo ao comportamento uma racionalidade e lógicas económicas que assistem o Tribunal na formação da sua convicção.

A participação de Perito contribuirá ainda para uma apreensão do caso submetido e das provas e pareceres apresentados pelos Peritos apresentados pelas partes., servindo aqui como um escudo à tentativa de manipulação de dados económicos submetidos ao Tribunal.<sup>51</sup>

---

<sup>50</sup> Connor, John M., “Forensics Economics: An Introduction Whith Special Emphasis On Price Fixing”, 2007

<sup>51</sup> Vide Segal,

## Enforcement da Concorrência: Enforcement Privado na União Europeia

Schinkel atribui ainda um papel relevante ao Perito na fase de Decisão e Litigância nos termos já referidos como interpretação de provas e estabelecimento dos danos.

Mesmo neste âmbito o *Enforcement* privado é favorecido por contraposição com o *Enforcement* público, uma vez que se defende ainda que um processo totalmente público, como o será o processo de de Ações por Danos interposto em Tribunal, primeiro reduz o apelo a influências externas (lobby, etc...), em segundo lugar permite a aprendizagem e desenvolvimento da disciplina através da análise dos casos por terceiros e, finalmente, uma vez que os casos podem ser livremente consultados incentiva os Peritos a realizarem uma análise sustentada e bem fundamentada pois a mesma pode e deverá ser sujeita à crítica dos seus pares.<sup>52</sup>

Obviamente a estatuição de obrigatoriedade de assistência dos casos por Peritos Económicos terá de ser acompanhada de algumas preocupações éticas, entre elas o estabelecimento de um poder disciplinar que seria melhor entregue a uma ordem à qual deveriam pertencer aqueles que se quisessem candidatar a estas tarefas.

Os Peritos Económicos devem ser vistos não como uma entidade que instrui o Tribunal, mas sim como uma muleta de que este se socorrerá à conveniência do Juiz em certos e determinados aspetos da apreciação de um caso.

Acho essencial que numa fase de crescimento de ações privadas por infrações às Leis da Concorrência, com Tribunais ainda pouco experimentados, seja atribuída ao Tribunal esta verdadeira ferramenta de trabalho que contribuirá para o crescimento desta Disciplina em maior segurança e para que as ações privadas sejam vistas com menor desconfiança pelos agentes.

---

<sup>52</sup> Schinkel, Pieter Maarten, “Forensic Economics in Competition Law Enforcement”, 2007

## **8. Custos Judiciais da Ação**

Defendeu-se já, no curso deste texto, a implementação de medidas para um crescimento do número de ações privadas no âmbito da concorrência, as suas virtudes e os especiais cuidados a observar na construção de um regime favorável e seguro à sua aplicação.

No entanto estas não se bastam com meros valores jurídicos e de justiça, é necessário um controle dos riscos a suportar pelo litigante Autor por forma a não afastá-lo da instância judicial. Neste campo desempenham um papel crucial as regras de suporte dos custos da ação.

Uma Ação Judicial cujo pedido se centra num comportamento restritivo da concorrência por parte do réu comportará custos avultados. Por um lado os autores têm de se socorrer de um apoio jurídico altamente especializado, apoio esse que pela sua atual escassez comporta em si há um custo assinalável. A estes somar-se-ão os custos com o levantamento de provas, levantamento de informações sobre o mercado relevante e acima de tudo o custo com especialistas económicos que terão sobre os seus ombros a fatia de leão na quantificação da infracção, definição de mercado relevante, demonstração dos efeitos perniciosos da conduta do alegado infrator.

Uma vez que aos Advogados, e por semelhança de motivos aos peritos, não é permitido o estabelecimento de honorários numa base exclusivamente conexa com o sucesso da demanda<sup>53</sup>, ficam os advogados impossibilitados de promover este tipo de acções visando o lucro a final.

Os custos são assim um possível entrave ao florescimento de uma cultura de “*Private Enforcement*”, até porque na perspectiva de uma derrota em Tribunal o derrotado enfrenta a possibilidade de suportar todas as custas do processo, que tendo em conta a participação de peritos qualificados e as mais que prováveis substanciais diligências de prova situar-se-ão facilmente na casa dos milhares de euros.

---

<sup>53</sup> Cfr.: artigo 101º, n.ºs 1 e 2 do EOA

## Enforcement da Concorrência: Enforcement Privado na União Europeia

Existem, no entanto alguns métodos que podem contribuir para a diminuição deste risco financeiro, entre eles contam-se mecanismos de seguro, regras sobre os Procedimentos e outros que passamos agora a escarpelizar.

### **8.1. Mecanismos de Seguro:**

Em teoria seria possível que um mecanismo de seguro que na maior parte das ocasiões destinar-se-ia a cobrir apenas os custos da parte contrária em caso de decaimento, suportando o segurado os seus próprios custos.

Este tipo de seguros designados pela sigla *ATEI* (*after the event insurance*), são disponibilizados vulgarmente em ações por danos em desastres de automóveis em cadeias com um risco disperso por vários litigantes<sup>54</sup>.

Em casos de violação de normas da concorrência, as seguradoras provavelmente terão tendência a mostrar-se avessas ao risco que estas representam não disponibilizando produtos que cubram este tipo de riscos ou na melhor das hipóteses estabelecendo um prémio baseado numa análise de risco muito conservadora tornando esta proteção excessivamente onerosa.

Os receios manifestados pelas companhias seguradoras fundam-se essencialmente no escassa previsibilidade do resultado final desta ação o que se revela compreensível, dada esta ser uma matéria ainda pouco desenvolvida principalmente nos Tribunais Nacionais dos diversos países com uma Jurisprudência ainda em fase de desenvolvimento inicial o que origina uma volatilidade acrescida no resultado final da ação.

A complexidade e imprevisibilidade do resultado de uma ação indemnizatória por violação de normas da concorrência foi destacada como um dos principais desincentivos

---

<sup>54</sup> “Litigation Funding” Law Society, August 2006

## Enforcement da Concorrência: Enforcement Privado na União Europeia

ao florescimento das ações privadas no “*Ashurst Report*”<sup>55</sup>, pelo que a visão das Seguradoras é provavelmente sustentada.

### **8.2. Procedimentos:**

É possível favorecer as ações indemnizatórias, através de regras procedimentais, a mais eficiente das quais tem origem nos EUA onde se possibilita a condução de “*Class Actions*”, com opção de escusa pelos membros da classe que não se desejam ver representados pela ação. Nestas ações um grupo relativamente pequeno de litigantes pode requerer ao Tribunal que lhe conceda o benefício de representação de uma classe que se reputa prejudicada por ações ilícitas, ainda que muitas vezes se aponte a estas ações o defeito de produzirem grandes ganhos para os Advogados ao mesmo tempo que poucas vantagens para os Autores.<sup>56</sup>

No procedimento em análise, os custos serão suportados pelos litigantes iniciais, e muitas vezes por grandes firmas de advogados empresariais<sup>57</sup> com grande capacidade económica, a quem é atribuída uma significativa parte dos danos atribuídos à classe que representam.

Outra possibilidade são as designadas “*opt in Actions*”, nestas ações tanto os Autores como os Réus partilham todos os custos da ação, sendo que os membros a fazer parte da ação e por essa via a suportar respetiva parte dos custos e também dos eventuais ganhos, deverão expressamente aderir à ação.

Este tipo de ação encontra-se em vigor por exemplo na Suécia, onde é possível atribuir individualmente aos diversos membros compensação pelos danos sofridos<sup>58</sup>

---

<sup>55</sup> “*Study on the Conditions of claims for damages in case of EC Competition Rules - Comparative Report*”, 2004, p. 10

<sup>56</sup> Steltzer, Irwin, 2006

<sup>57</sup> Peysner, “*Costs Financing in Private Third Party Competition Damages Actions*”, p. 100, *Comp. L. Review*, v.3, Issue 1

<sup>58</sup> Ashurst Report, p 45

## Enforcement da Concorrência: Enforcement Privado na União Europeia

Estas ações, por se basearem sistema de compensação de danos individuais, fornecem um fraco incentivo económico, uma vez que representará um risco enorme dar início a uma ação deste género sem saber quantos ou quais os membros que, ao se juntarem à ação, participarão nas despesas. Sendo os danos calculados individualmente com base nas partes que se fizeram representar no processo.

Por outro lado, afigura-se pouco apelativo aos restantes membros da classe juntarem-se a uma ação em que não têm o poder de decisão e a condução do processo, porque esse é concedido aos impulsionadores do processo, são responsáveis por partes dos custos e só podem recuperar os danos que efetivamente sofreram. Ou seja, excetuando em casos de economia de escala por partilha de despesas, revela-se racional à parte intentar ela própria nova ação. Ainda assim a comissão recomenda a adoção deste procedimento no seu *White Paper on Damages Actions*.

Como aponta *Mildred*<sup>59</sup> sobre o regime aqui em crise, “*The regime is therefore expensive and individual claim-based and unlikely to provide cost-effective resolution of smaller damage claims*”.

O sistema de “*Class- Actions*” Norte- Americano por sua vez fornece um verdadeiro incentivo económico pois uma vez garantida a representação de toda uma classe, os Autores podem reclamar todos os danos causados a essa classe com um *quantum* naturalmente elevado e muito mais facilmente quantificável. Acresce que a simplicidade do sistema, veja-se que cabe ao Juiz logo *ab initio* conceder a representação da classe, simplifica significativamente o procedimento e as diligências necessárias.

A Comissão Europeia releva os custos destas ações como um obstáculo a ultrapassar e sugere no seu *White Paper on Damages Actions*<sup>60</sup> a adoção de diversas medidas de limitação de custos. Entre aquelas encontram-se o estabelecimento de mecanismos que favoreçam acordos entre as partes por forma a abreviar o processo, limitação das custas

---

<sup>59</sup> “Consumer Claims Under The Enterprise Act 2002” (2004) 3 (1) Comp. LJ 46

<sup>60</sup> White Paper on Damages actions for breaches of the EC antitrust rules, p. 9, Brussels 2008

## Enforcement da Concorrência: Enforcement Privado na União Europeia

judiciais e ainda a promoção de normas de alocação de custos que confirmam a previsibilidade, desaconselhando o princípio vigente em muitos ordenamento comunitários em que o perdedor suporta os custos do vencedor.

### **8.3. Possibilidade de limitação de custos por decisão do Tribunal**

No supra citado documento a Comissão recomenda, ainda, que se conceda ao Tribunal a faculdade de derrogar as normas sobre custas judiciais por forma a que nenhum litigante suporte custas que o impeçam de prosseguir a ação.

Ainda que se conceda que a possibilidade de derrogação recomendada seja feita logo no início do processo, esta recomendação específica não deixa de merecer uma crítica negativa. Parece difícil que Leis necessariamente abstratas e generalistas possam manter estas duas características quando são potencialmente derogáveis por um Juiz, mais, não se concebe como seria possível estabelecer um justo valor ou limitação *ab initio* num processo por restrição da concorrência em que é sempre expectável uma especial complexidade, e ainda, antevemos que dificilmente se compaginam os interesses da boa justiça com a previsibilidade pela qual se clama quando se permite a alteração das normas em função de um caso. Note-se que também os Réus devem poder garantir uma previsibilidade dos custos que recuperarão ao serem demandados sem mérito, o que não acontecerá quando se concede ao Juiz o poder de estabelecer caso a caso os custos totais a suportar.

### **8.4. *Estimates of Costs***

Um método a saudar é o denominado *Estimates of Costs* em que se requer às partes em litigância uma estimativa dos seus custos e despesas perspetiváveis em várias fases do processo<sup>61</sup>. Este regime permite a cada uma das partes um certo controle e sindicância dos custos em que a contraparte incorre prevenindo assim que um Litigante com grande

---

<sup>61</sup> Peysner, “*Costs Financing in Private Third Party Competition Damages Actions*”, p.107, *Comp. L. Review*, v.3, Issue 1

## Enforcement da Concorrência: Enforcement Privado na União Europeia

poder económico possa por esta via condicionar o seu adversário na ação com receio dos custos a suportar em caso de derrota.

### **8.5. Cost Capping**

Expostas diversas alternativas, cumpre defender aquele que me parece o método mais adequado a conferir a saudável previsibilidade dos custos é o método de *Cost Capping*, onde os custos recuperáveis pelo Réu são limitados a uma percentagem de um valor que, na minha visão, deverá ter por referência i) o montante do pedido, ii) as diligências de provas requeridas e provas juntas no articulado inicial e iii) o valor da causa.

Aqui a previsibilidade fica garantida pela fase inicial em que se estabelece o montante máximo e adequa-se ao valor alegado de danos causados.

Note-se que esta limitação é coerente com o critério promovido no caso Arkin, aqui também se promove um balanço entre o incentivo económico, a limitação da responsabilidade e o mérito intrínseco da ação., senão vejamos.

Quanto mais convencido do seu mérito se encontrar um litigante, maior segurança terá do seu ressarcimento encontrando-se numa posição mais confortável para dimensionar o seu pedido, assumindo em contrapartida um risco superior em caso de decaimento. À contraparte assiste a certeza de que em caso de mérito da sua defesa pode recuperar um valor tão mais elevado quanto o pedido efetuado pela contraparte e que levará em conta os meios de prova, muitos deles dispendiosos, que os Autores pretendem apresentar para que se respeite o Princípio de Igualdade de Armas a este possam responder com diligências de provas semelhantes.

Estabelecendo-se uma fórmula matemática nos moldes aqui referidos ficariam garantidas as doses corretas de previsibilidade, incentivos e segurança no processo.

## **9. Financiamento externo**

O financiamento externo das ações privadas é outra das alternativas possíveis para promover o recurso aos Tribunais, nomeadamente através de Apoio Judiciário ou financiamento privado através de recurso a investidores privados.

No caso do apoio judiciário, tudo o que ficou dito quanto à necessidade de recurso a Advogados especializados (supra *in* Mecanismos de Seguros) em matéria de concorrência obsta a que se recorra a este sistema que indica um Advogado oficioso constante de uma lista aleatória para a representação do lesado.

Mais se acrescente que o apoio judiciário, pelo menos em Portugal destina-se a pessoas de tão periclitante situação económica que dificilmente lançariam mão de mecanismos judiciais para se verem ressarcidos de danos que muito provavelmente os afetaram indiretamente como consumidores.

Nestes casos será essencial facilitar a representação por associações de consumidores que atuariam por queixa apresentada à associação por aqueles, em coerência com a recomendação da comissão<sup>62</sup>.

No que se refere ao financiamento por investidores privados mais propriamente, o recurso a esta fonte de financiamento pode ser apto a facilitar o aumento de ações privadas. Aqui um qualquer investidor privado, avança com os fundos necessários às diligências de recolha de prova, pareceres de peritos e honorários de advogados em troca de uma fatia da indemnização concedida.

Este tipo de financiamento, levanta a questão controversa da responsabilidade do financiador em caso de decaimento na demanda, quando o litigante que financiou não tenha património passível de responder pelas custas que deve suportar.

---

<sup>62</sup> Relatório cit. White Paper, p. 4

**9.1. Responsabilidade. Deverá o financiador ser responsabilizado?**

Em minha opinião o financiador deve enfrentar uma responsabilização limitada. De facto seria um incentivo pernicioso permitir a um litigante economicamente frágil fazer a contraparte incorrer custos avultados com a sua defesa, sendo que depois não seria responsabilizado pelos danos provocados. Por outro lado o financiador dificilmente terá um conhecimento adequado do caso, até porque o mesmo é-lhe filtrado pelo litigante financiado que obviamente os condiciona ao seu objetivo que é seguir com a ação, sendo pois necessário pesar os interesses em presença.

Eximir o financiador de qualquer responsabilidade extra, limitaria a sua análise aos custos que efetivamente observa com a ação, reduzindo assim a diligência necessária para se inteirar da bondade da ação. Em segundo lugar cingiria a preocupação do litigante à obtenção de financiamento, motivando a corrida à “lotaria” a cada mínimo vislumbre de eventual sucesso de uma ação privada. E por último exporia o Réu, retirando-lhe qualquer possibilidade de se ver ressarcido.

Revela-se assim do maior acerto, em minha opinião, a posição assumida pelo *Court of Appeal* Inglês no caso *Arkin vs Borchard Lines Ltd*<sup>63</sup>, que estabeleceu um critério que pesa o incentivo ao financiamento e a segurança na quantificação das perdas eventuais e a defesa dos interesses dos Réus que devem ser ressarcidos por custos com uma defesa meritória. Assim estabeleceu aquele Tribunal que por cada 1£ financiado, o financiador é responsabilizável por 1 £ dos custos da contraparte.

---

<sup>63</sup> EWCA Civ 655, [2005] WLR 3055, [2005] 3 All ER 613. também disponível em <http://www.simic.net.cn/upload/2008-05/20080509104227068.pdf>

## **10. Conclusão**

Não cabe agora, em sede de conclusões, uma extensa análise do que se extraiu do estudo da temática dado que as mesmas foram sendo expostas ao longo do texto em lugar que se julgou mais apropriado.

Cumpre, isso sim, demonstrar o percurso que se fez ou tentou fazer.

Expostos contornos do *Enforcement* Privado e da dicotomia que gera discussão acesa em relação ao *Enforcement* Público, pretendi, mais do que demonstrar que aquele tem lugar em qualquer regime que se quer eficiente, demonstrar que na sua fase inicial o mesmo deve ser aplicado rodeado de especiais cuidados.

O *Enforcement* Privado é uma modalidade que complementa a imposição das leis da concorrência pelos entes públicos, ele tem (ou melhor poderá ter no caso da UE) um desempenho importante quanto à prevenção, revelação de práticas restritivas e principalmente atração recursos privados para a causa pública e para a proteção do mercado e do consumidor.

Mais se diga, como julgo ter demonstrado, o reconhecimento e indemnização por danos privados não poderia deixar de ser reconhecido face às leis em vigor. De facto, em todas as legislações é reconhecida a atribuição de ressarcimento a suportar pelo responsável pelos danos causados, desde que a existência e extensão dos danos, causados voluntariamente através de comportamentos ilícitos, sejam provados em Tribunal. Assim, é apenas natural que as violações as Leis da Concorrência e os prejudicados por infrações cometidas à luz daquela não seja exceção.

Ainda assim todos os Princípios Jurídicos precisam de uma aplicação apta a implementá-los. São necessários não só os incentivos adequados, nomeadamente através da atribuição de *Treble damages* ou decisões e processos céleres, mas também cuidados acentuados

## Enforcement da Concorrência: Enforcement Privado na União Europeia

com a possibilidade de aplicação infrutífera e injusta destes preceitos porquanto as mesmas podem provocar resultados contrários à salutar concorrência.<sup>64</sup>

Propõe-se então, que a aplicação das Leis da Concorrência por entidades que pouca experiência podem ter para o efeito, sejam por um lado acompanhadas de uma implementação europeia homogênea, por outro que o efeito vinculativo seja mitigado na fase inicial de implementação, (cingindo-se as decisões da Comissão) e que os Tribunais Nacionais a julgar casos de Concorrência se encontrem munidos de pareceres emitidos por peritos económicos independentes.

Finalmente, os custos das ações devem ser limitados para permitir que exista verdadeiramente um sistema de aplicação privada que possa assistir a todos os prejudicados e não só aqueles com meios avultados nomeadamente através de financiamento externo, sempre com a conta e peso necessárias a uma correta salvaguarda dos interesses em presença.

Resultou da minha pesquisa a percepção de que os (inúmeros) apelos para a aplicação de um sistema privado de *Enforcement* das Leis da Concorrência, não tem sido acompanhado das necessárias chamadas de atenção quanto aos perigos à espreita.

A sensação patente é a de que a excitação com esta nova fase cega alguns dos seus defensores podendo estar a prejudicar o sistema pelo qual pugnam.

Atente-se agora à aplicação eficiente do sistema mais do que a sua justificação e incentivo, esses tanto quanto me parece já se encontram bem defendidos e estabelecidos, agora resta não deixar que a inexperiência provoque danos superiores à emenda que se pretende.

---

<sup>64</sup> Schinkel, Maarten Pieter e Tuinstra, Jan, *Imperfect Competition Law Enforcement*, 2004

## *Enforcement da Concorrência: Enforcement Privado na União Europeia*

Relembre-se, nesta fase, que a aplicação privada é um pequeno rebento a dar os primeiros passos e que por isso ainda precisa de que se lhe amparem as primeiras quedas para que não se provoquem danos irreversíveis.

## Enforcement da Concorrência: Enforcement Privado na União Europeia

### Bibliografia:

- **Confraria João**, Regulação e Concorrência Desafios do Século XXI, 2011
- **Davis, Peter e Garcés, Eliana**, Quantitative Techniques for Competition and Antitrust Analysis, Princeton University Press, 2010
- **Harker, Michael e Hviid, Morten**, Competition Law Enforcement and Incentives for Revelation of Private Information WC 31 (2), 2008
- **Harrington Jr., Joseph E.**, Antitrust Enforcement, 2005
- **Jones, Clifford A.**, Private Antitrust Enforcement in Europe: A policy Analysis and Reality Check, WC 27 (1), 2004
- **Komninos, Assimakis P**, Public and Private Antitrust Enforcement in Europe: Complement? Overlap?, CLR 3 (1), 2006
- **Komninos, Assimakis**, Relationship between Public and Private Enforcement: quod Dei Deo, quod Caesaris Caesari, 16th Annual EU Competition Law and Policy Workshop, 2011
- **Lande, Rober H., e Davis, Joshua P.**, An Evaluation of Private Antitrust Enforcement: 29 case Studies, 2006
- **Lande, Rober H., e Davis, Joshua P.**, Benefits from Private Antitrust Enforcement: An Analisis of Forty Cases, University of San Francisco Law Research Paper No. 2010-07
- **Mackenrodt, Mark-Oliver**, Pubic vs Private Enforcement of Antitrust Law in Unilateral Conduct Cases – The Interaction Between the Economic Review of the Prohibition of Abuses of Dominant Positions and Private Enforcement, Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition and Tax Law, Research Paper series No. 09-11
- **Magney, John S. e Anderson, C.**, Recent Developments in Criminal Enforcement of US Antitrust Laws, WC 27 (1), 2004
- **Petit, Nicolas**, From Formalism to Effects? The Comission’s Communication on Enforcement Priorities I Applying Article 82 EC, WC 2010
- **Peysner, John**, Costs and Financing in Private Third Party Competition Damages Actions, CLR 3 (1), 2006

## Enforcement da Concorrência: Enforcement Privado na União Europeia

- **Roach, Kent e Trebilcock, Michael J.**, Private enforcement of competition Laws, Osgoode Hall Law Journal, 24 (3)
- **Saavedra, Alberto**, The Relationship Between the Leniency Programme and Private Actions for damages at the EU Level, C&R, 2011
- **Schinkel, Maarten Pieter e Tuinstra, Jan**, Imperfect Competition Law Enforcement, 2004
- **Schinkel, Maarten Pieter**, Forensic Economics in Competition Law Enforcement, ACLE, 2007
- **Schinkel, Maarten Pieter**, Bargaining In The Shadow of the European Settlement Procedure for Cartels, ACLE 2010
- **Segal, Ilya R. e Whinston, Michael D.**, Public vs Private Enforcement of Antitrust Law: A Survey, John M. Olin Program in Law and Economics Stanford Law School, Working Paper No. 335, 2006
- **Stephenson, M.C.** Public Regulation of Private Enforcement: The Case for expanding the Role of Administrative Agencies, Virginia Law Review 91, 2005
- **Wils, Wouter P. J.**, Should Private Antitrust Enforcement Be Encouraged in Europe?, WC 26 (3), 2003
- **Wils, Wouter P. J.**, The Relationship between Public Antitrust Enforcement and Private Actions for Damages
- **Wilsher, Dan**, The Public Aspects of Private enforcement in EC Law: Some Constitutional and Administrative Challenges of a Damages Culture, CLR 3 (1), 2006

## Estudos e Documentos Institucionais de referência

- Enforcement, Understanding competition Law, Office of Fair Trading, 2004
- Green Paper: Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules, 2005
- Quantifying Antitrust Damages Towards non-Binding Guidance for Courts, Study Prepared for the European Commission, Led by Assimakis Komninos, 2009
- White Paper On Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules, 2008