



FACULDADE DE DIREITO
Universidade de Lisboa

“Private enforcement” do direito da concorrência: enquadramento geral



Miguel Sousa Ferro

Professor Convidado

da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Centro de Estudos Judiciários

30 de janeiro de 2015

1. Possibilidades teóricas do *private enforcement* em Portugal
2. História e realidade do *private enforcement* em Portugal
3. Direito à indemnização decorrente da ordem jurídica europeia
4. Princípio da efetividade
5. Exemplos de questões jurídicas de relevo
 - 5.1. Tipo de responsabilidade
 - 5.2. Prescrição
 - 5.3. Acesso a elementos de prova
 - 5.4. Quantificação dos danos
 - 5.5. Vinculação a decisões / sentenças anteriores
 - 5.6. Custas
6. Diretiva 2014/104/UE: inovações e impacto esperado
7. Sugestões de elementos para maior aprofundamento

1. Possibilidades teóricas do *private enforcement* em Portugal

Qual o direito a aplicar?

- Lei da Concorrência: Lei 18/2003, até 6/7/2012; Lei n.º 19/2012 (continuidade)
 - Acordos / práticas concertadas / decisões de associações de empresas
 - Abuso de posição dominante
 - Abuso de dependência económica
- Artigos 101.º e 102.º TFUE e direito secundário de execução (Reg. 1/2003, Reg. de isenção categorial)
 - Se houver efeito nas trocas entre Estados-membros – ponto que requer especial atenção!
 - Ac. TRL de 09/04/2013, proc. n.º 627/09.5TVLSB.L1-7
 - Tradição de rejeição de pedidos de reenvio prejudicial ao TJUE
 - Possibilidade de pedir parecer à Comissão Europeia - Reg. (CE) 1/2003, Art.º 15.º(1)
 - Obrigatoriedade de transmissão à Comissão de sentenças que aplicam 101.º/102.º TFUE - Reg. (CE) 1/2003, Art.º 15.º(2)
- Normas europeias sobre auxílios de Estado
- e... PIRC (DL 166/2013)

1. Possibilidades teóricas do *private enforcement* em Portugal

Que tribunais e em que contexto?

- Tribunais cíveis
 - Invocação do direito da concorrência como defesa (e.g. para afastar obrigação contratual)
 - Pedidos de indemnização por danos causados por práticas anticoncorrenciais
 - Ações “*follow-on*” / “*stand-alone*” / mistas
 - Providências cautelares para suspender prática restritiva da concorrência
 - Ações populares
 - Recursos de sentenças arbitrais
- Tribunais administrativos
 - Recursos em processos de contratação pública em que se suscite violação do direito da concorrência
 - Recurso contra decisão de autoridade pública que viole obrigações para os Estados-membros decorrentes do direito europeu da concorrência (101.º, 102.º, auxílios de Estado)

E *private enforcement* “indireto” – e.g. contestação de arquivamento de denúncias pela AdC perante o TCRS

2. História e realidade do *private enforcement* em Portugal

30 anos de *private enforcement* em Portugal

(cenário igual em 20 outros EMs)

- 31 casos concluídos (maioria no contexto de relações verticais)
- 15 casos em que o direito da concorrência foi invocado mas não aplicado
- 2 casos pendentes (mudança de paradigma – casos com grande dimensão)
- Nenhuma ação popular (*Deco c. PT*, 2002, foi decidida com base noutras normas)
- Só 2 casos que levaram a (pequena) indemnização
- Atitude muito díspar dos tribunais, desde a completa evasão às normas de concorrência (apego ao direito civil) a análises sofisticadas de questões jurídico-concorrenciais complexas
- Continuada relutância das empresas em iniciarem ações de *private enforcement*
- Muitos poucos exemplos de ações *follow-on*

Estudo da Comissão Europeia (2013) sobre **danos** causados a consumidores e empresas por práticas anticoncorrenciais, **sem indemnização**:

- 23 mil milhões EUR na UE, cada ano
- 300 milhões EUR em Portugal, cada ano

2. História e realidade do *private enforcement* em Portugal

Os únicos 2 precedentes conhecidos que levaram a “indenização”

Carrefour c. Orex Dois (Ac. TRL 24/11/2005, proc. n.º 6882/2005-8)

Carrefour levou fornecedor a tribunal por dívida de EUR 7.000 por serviços promocionais não pagos.

Cliente defendeu-se alegando que imposição de “custos de abertura” e de “referenciamento” de produtos violavam direito da concorrência (Art.º 9.º LdC)

1ª instância e TRL concordaram e concluíram que Carrefour não provara o benefício de isenção individual

Resultado – nulidade contratual e devolução do indevido (pagamentos de EUR 49.000)

Concessionário c. Toyota (Ac. STJ 20/06/2013, proc. 178/07.2TVPR.T.P1.S1)

Pedido de indenização de 1,6 milhões EUR (indenização de clientela, lucros cessantes e danos não patrimoniais). Toyota denunciara, sem fundamento, contrato com concessionário (81% do seu negócio) para o substituir por outro que controlava a 50%.

1ª instância atribuiu indenização de 22.000 EUR (dois anos da média anual do lucro líquido).

STJ confirmou abuso de dependência económica e atribuiu, com base em equidade (por ser impossível averiguar o valor exato dos danos), indenização de 50.000 EUR.

2. História e realidade do *private enforcement* em Portugal

Um precedente que levou a drástica redução de indemnização contratual devida

ANF c. IMS Health (Ac. TRL 03/04/2014, proc. 672/11.OYRLSB)

Contrato de 2008 para fornecimento de informação de mercado pela ANF à IMS, usado por esta para prestar serviços de “*pharma market intelligence*”. Pouco depois, ANF começa a concorrer nesse mercado com a IMS, através da Farminveste, e acaba por suspender transmissão de dados

IMS apresenta queixa na AdC, que corre em paralelo a este processo (TRL confirma esta possibilidade).

ANF pede a tribunal arbitral indemnização de 18,2 milhões EUR por faturas não pagas relativas a três meses de 2009 e lucros cessantes (+ juros de mora)

IMS pede em reconvenção indemnização de 19 milhões EUR por perda de negócio e danos não patrimoniais

TRL inverteu decisão arbitral de admitir pedido reconvenicional, por entender que responsabilidade extracontratual estava fora do âmbito da convenção arbitral

TRL confirmou decisão arbitral que concluiu pela nulidade de cláusula contratual e reduziu indemnização contratual devida à ANF a EUR 887.000, devido a abuso de posição dominante (preço excessivo, sobretudo com base num drástico aumento entre 2003 e 2008 e na comparação com outros mercados)

3. Princípio da efetividade

Direito fundamental de acesso ao direito e à tutela jurisdicional efetiva (Art.º 20.º(1) CRP)

Instrumentalidade do direito processual ao direito substantivo (Art.º 2.º(2) CPC)

Princípio da efetividade no Direito da União Europeia

- Ver Art.º 4.º da Diretiva 2014/104/UE
- TJUE
 - Embora o direito processual aplicável ações de *private enforcement* seja nacional, tem de se respeitar o direito da UE quando forem aplicáveis normas europeias
 - “as regras aplicáveis às ações destinadas a garantir a salvaguarda dos direitos que resultam para os litigantes do efeito direto do direito da União (...) não devem tornar na prática impossível ou excessivamente difícil o exercício dos direitos conferidos pela ordem jurídica da União”

(Acórdãos mais recentes: 06/06/2013, *Donau Chemie*, C-536/11; 14/06/2011, *Pfleiderer*, C-360/09)

4. Exemplos de questões jurídicas de relevo

4.1. Tipo de responsabilidade

Responsabilidade civil extracontratual ou Responsabilidade civil contratual

Cenário A) Empresa/consumidores lesados por fornecedor que abusou de posição dominante ou incluiu num contrato cláusulas proibidas pelo direito da concorrência – *contratual*?

Cenário B) Empresa lesada por potenciais fornecedores que recusaram fornecer (boicote) – *in contraendo*?

Cenário C) Consumidores lesados por abuso de posição dominante de empresa com quem não têm relação contratual (e.g. ativa em mercado a montante) – extracontratual

- Direito da concorrência visa proteger os interesses dos consumidores (normas de proteção) – pacífico q.b.
- Direito da concorrência visa proteger os interesses dos concorrentes... - incerteza doutrinária

Ac. STJ de 21/03/1996, proc. n.º 87823

Ac. STJ de 20/06/2013, proc. n.º 178/07.2TVPRT.P1.S1

Ac. TRL 03/04/2014, proc. 672/11.OYRLSB

4. Exemplos de questões jurídicas de relevo

4.2. Prescrição

Responsabilidade civil contratual

- **20 anos?** (Art.º 309.º CC)

Responsabilidade civil extracontratual

- **3 anos** desde que se tem consciência do direito a ser indemnizado, mesmo que sem quantificação precisa dos danos (Art.º 498.º(1) CC)
- Mas quando é que se tem consciência do direito a ser indemnizado?
 - Estamos muito longe do cenário da árvore que cai em cima da casa do vizinho
 - Direito da concorrência exige juízos extremamente complexos e incertos
 - A denúncia de uma prática implica consciência do direito a ser indemnizado?
 - E os consumidores, têm consciência do direito a serem indemnizados antes de uma Decisão da AdC?
 - Solução da Diretiva 2014/104/UE

A prescrição é o maior potencial problema do *private enforcement* em Portugal

4. Exemplos de questões jurídicas de relevo

4.2. Prescrição

Exemplo: **Acórdão TRL** de 21/10/2013, proc. n.º 2271/11.8TVLSB.L1-8 (*OniTelecom c. PT*)

Ação *follow-on*, após condenação da PT pela AdC

Pedido de 1,5 milhões de EUR de indemnização por danos decorrentes de abuso de posição dominante entre 3.º trim. 2002 e 3.º trim. 2006 (*margin squeeze* na oferta grossista de ADSL)

Conhecimento inicial do facto lesivo na data do anúncio do novo tarifário, maio 2002

Decisão condenatória da AdC – agosto 2009

1ª instância

Prazo começou a contar na data da queixa apresentada à AdC (out. 2003), direito prescreveu em out. 2006

TRL – Argumentos da apelante:

Os termos da queixa eram insuficientes para “*permitir consciência da verificação dos pressupostos da responsabilidade extracontratual*”, havia uma “*mera suspeita dos pressupostos do tipo objetivo de abuso de p.d.*”

“*A consciência da verificação de todos os pressupostos só aconteceu a partir da decisão condenatória da AdC*”

Princípio da efetividade (Ac.s TJUE *Courage* e *Manfredi*) seria violado por outra conclusão, “*posto que se exigiria a propositura de uma ação antes de conhecer todos os seus elementos e pressupostos*”

4. Exemplos de questões jurídicas de relevo

4.2. Prescrição

Exemplo: **Acórdão TRL** de 21/10/2013, proc. n.º 2271/11.8TVLSB.L1-8 (*OniTelecom c. PT*)

TRL – Conclusões do tribunal: Confirma conclusão da 1ª instância

Regra geral, *“prazo de prescrição começa a contar-se a partir do **momento em que o direito pode ser exercido**”*

Não é expectável conhecimento do direito por hipotético lesado com média diligência, mas efetivo conhecimento pelo lesado concreto

Este conhecimento *“**não implica conhecimento jurídico**, bastando um conhecimento empírico dos factos constitutivos do direito, (...) é suficiente que o lesado saiba que foi praticado um ato que lhe provocou prejuízos, e que esteja **em condições de formular o juízo subjetivo que lhe permita qualificar aquele ato como gerador de responsabilidade** pelos danos que sofreu”*

“recurso a regras da vida e experiência comum, de modo a poder ser formulado o juízo sobre o momento em que o concreto lesado teve conhecimento do direito que lhe compete”

TRL não respondeu ao princípio da efetividade (só ao princípio da equivalência)

TRL não colocou questões prejudiciais ao TJUE porque, apesar de ser aplicável o 102.º TFUE, estava em causa uma norma do direito civil interno

Conclusão: Tribunais exigiram que ação fosse intentada mesmo sem certeza da ilicitude e antes do fim de um ilícito permanente

4. Exemplos de questões jurídicas de relevo

4.3. Acesso a elementos de prova

- Inadequação da lógica tradicional de acesso a elementos de prova
- O acesso a elementos de prova para preparar a ação (*discovery*)
 - A teoria e a prática do acesso a documentos administrativos – as ações *follow-on* são bem mais difíceis do que se poderia pensar
 - Regime especial de acesso da LdC v. aplicação subsidiária do RGCO e CPP
 - Inutilidade do Art.º 419.º CPC
 - O esquecido e dúbio mecanismo dos Art.ºs 574.º e 575.º CC e 1045.º a 1047.º CPC (ação especial para apresentação de documentos)
- O acesso a elementos de prova durante a ação
 - Acesso a informação confidencial
 - Princípio da proporcionalidade
 - Justificação

4. Exemplos de questões jurídicas de relevo

4.4. Quantificação dos danos

Reparação integral – reposição da situação que teria existido na ausência do comportamento ilícito (inclui lucros cessantes, danos não patrimoniais...)

Cálculo dos danos em liquidação de sentença (assimetria informativa)

Sendo inviável ou excessivamente difícil quantificação precisa, recurso à equidade

Art.º 566.º(3) CC; Ac. STJ de 20/06/2013, proc. n.º 178/07.2TVPR.T.P1.S1

O problema do *passing-on*

Exemplos:

- Cartel de escolas de condução decide aumento de preços
- Empresa dominante discrimina entre concorrentes, vendendo a um mais caro que a outros
- Empresa recusa venda de produto essencial – bloqueia entrada em mercado ou dificulta concorrência
- Consumidores são impedidos de aceder a um serviço, por ser muito caro ou só ser vendido em pacote
- Empresa limita inovação e desenvolvimento num mercado

4. Exemplos de questões jurídicas de relevo

4.5. Vinculação a decisões / sentenças anteriores

Ausência de vinculação da AdC a análises das mesmas práticas realizadas pelos tribunais cíveis

Sentença do TCL de 15/02/2007 (proc. n.º 766/06.4TYLSB), p. 7 et ss.

Vinculação dos tribunais a decisões da Comissão Europeia

E obrigação de evitar conflitos decisórios, quando a Comissão está a analisar as mesmas práticas (pode ou não exigir suspensão do processo até Decisão da Comissão)

Reg. (CE) 1/2003, Art.º 16.º(1)

Ausência de vinculação dos tribunais cíveis a análises das mesmas práticas pela AdC

Atenção: deixará de ser assim em breve!

Mas... e na prática?

5. Exemplos de questões jurídicas de relevo

4.6. Custas

A importância decisiva duma questão menor

A discricionariedade do julgador

A constitucionalidade de certas interpretações

6. Diretiva 2014/104/UE: inovações e impacto esperado

- Transposição até 27/12/2016
- Mas **efeitos desde 26/12/2014:**
 - Interpretação conforme do direito nacional (limite: interpretação *contra* legem) na medida do necessário para garantir efeito útil da Diretiva
 - Auxílio à interpretação das consequências práticas de obrigações já decorrentes da jurisprudência europeia (*maxime* princípio da efetividade)
- Soluções “velhas”, “novas” e “depende”

6. Diretiva 2014/104/UE: inovações e impacto esperado

- Reafirmação do direito à reparação integral e princípios da efetividade e equivalência
- **Regime de acesso a elementos de prova:**
 - Lesados têm de poder aceder, através dos tribunais, a elementos de prova necessários na posse de terceiros (incluindo AdC), mesmo com informação confidencial (justificação e proporcionalidade)
 - Só têm especial proteção alguns tipos de documentos da AdC:
 - Elementos “cinzentos”: acesso só após conclusão do processo administrativo (informação preparada especificamente para um processo da AdC; propostas de transação revogadas)
 - Elementos “negros”: acesso sempre proibido (declarações de clemência, propostas de transação)
- **Prescrição:**
 - 5 anos
 - Suspensão do início ao fim da investigação da prática pela AdC
 - Suspensão durante tentativa de resolução amigável de litígio
 - Começa a contar quando lesado teve conhecimento (ou se pode razoavelmente presumir conhecimento): (i) do comportamento; (ii) que constitui infração; (iii) que lhe causou dano; e (iv) identidade do infrator

6. Diretiva 2014/104/UE: inovações e impacto esperado

- **Decisão da AdC vincula tribunais** nacionais quanto à existência da infração
- **Responsabilidade solidária** dos infratores (em regra)
- **Quantificação de danos**
 - Exigências não podem tornar exercício do direito à indemnização excessivamente difícil
 - Tem de ser possível calcular montante aproximado de danos quando quantificação precisa for excessivamente difícil (equidade)
 - Presunção ilidível de que os cartéis causam danos
 - Possibilidade de pedir assistência à AdC para quantificação dos danos

7. Sugestões de elementos para maior aprofundamento

- Gorjão-Henriques, M. (dir.), *Lei da Concorrência: Comentário Conimbricense*, Almedina, 2013
- Sérvulo Correia, J. M., “Efetividade e limitações do sistema português de aplicação impositiva do direito da concorrência através de meios processuais administrativos e civis”, in *Estudos em Honra do Professor Doutor José Oliveira de Ascensão*, Volume II, Almedina, 2008, p. 1747
- Rossi, L., Sousa Ferro, M., “Private enforcement of competition law in Portugal (I): an overview of case-law”, 3(2) (2012) *Revista de Concorrência e Regulação* 91
- Rossi, L., Sousa Ferro, M., “Private enforcement of competition law in Portugal (II): actio popularis – facts, fictions and dreams”, 4(1) (2013) *Revista de Concorrência e Regulação* 35
- Sousa Ferro, M., “Práticas restritivas da concorrência: súmula orientada para a prática judicial”, E-book do Curso de Formação para Juizes Nacionais em Direito da Concorrência, Instituto Europeu da Faculdade de Direito de Lisboa, 2010, disponível em: <http://www.institutoeuropeu.eu/images/stories/E-book.pdf>
- Sousa Ferro, M., “A obrigatoriedade de aplicação do Direito Comunitário da Concorrência pelas autoridades nacionais”, (2007) *Revista da Faculdade de Direito de Lisboa*, p. 271
- Comissão Europeia, *Comunicação sobre a cooperação entre a Comissão e os tribunais dos Estados-Membros da UE na aplicação dos artigos 81.º e 82.º do Tratado CE* (JO C 101/54, 27/04/2004)
- Comissão Europeia, *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* (JO C 167/19, 13/06/2013)
- Comissão Europeia, *Guia Prático – Quantificação dos danos nas ações de indemnização com base nas infrações aos artigos 101.º e 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia*, 2013



FACULDADE DE DIREITO
Universidade de Lisboa

Miguel Sousa Ferro

miguelferro@fd.ul.pt

