

LAW FIRM GOVERNANCE:
INTERNAL COMMUNICATIONS

Melanie Lima Ferreira

CAPITAL DE RISCO E FINANCIAMENTO BANCÁRIO:
CUSTOS E BENEFÍCIOS JURÍDICO-ECONÓMICOS
PARA AS EMPRESAS PORTUGUESAS

Marta Fernandes Ramos

AS REGRAS ANTITRUST E O DIREITO
A UMA REPARAÇÃO EFETIVA

O ACESSO ÀS DECLARAÇÕES DE CLEMÊNCIA

Sílvia Bessa Venda

O CONTRATO DE CEDÊNCIA DE DIREITOS
SOBRE A HISTÓRIA DE VIDA

Sofia Peixoto Duarte

DO EQUILÍBRIO CONTRATUAL NA RELAÇÃO
DE CRÉDITO: A POSIÇÃO JURÍDICA DO GARANTE
NO ÂMBITO DAS PME

António de Araújo Costa

Colecção Estudos

Instituto do Conhecimento AB

N.º 6

2017

Melanie Lima Ferreira
Marta Fernandes Ramos
Sílvia Bessa Venda
Sofia Peixoto Duarte
António de Araújo Costa



As regras *antitrust* e o direito a uma reparação efetiva O acesso às declarações de clemência*

SÍLVIA BESSA E VENDA

*Mestre em Direito, Escola do Porto da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa
Advogada Estagiária AB*

O tema abordado pela presente obra encontra-se em constante desenvolvimento, já que versa sobre a (já não tão) recente Diretiva 2014/104/EU, formalmente adotada a 26 de novembro de 2014 e que deveria ter sido transposta pelos Estados Membros até ao passado dia 27 de dezembro de 2016. No caso português, o Governo solicitou à Autoridade da Concorrência a apresentação de uma proposta de transposição. Nessa sequência, a reguladora consultou os interessados de diversas formas (designadamente, através de um *workshop*

* O trabalho ora publicado corresponde, salvo as necessárias atualizações e adaptações, à dissertação de Mestrado em Direito, apresentada à Escola do Porto da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, em junho de 2015, sob a orientação da Senhora Professora Doutora Sofia Oliveira Pais. Foi discutida publicamente e aprovada a 10 de setembro do mesmo ano, perante um Júri composto pela mencionada Orientadora, pelo Senhor Professor Doutor Manuel Fontaine Campos e pelo Senhor Mestre Nuno Castro Marques (Arguente).

consultivo e de uma consulta pública) e entregou o projeto preliminar de transposição a 24 de junho de 2016.

O objetivo da Diretiva é assegurar a aplicação eficaz das regras *antitrust*, *i.e.*, garantir que as aplicações pública e privada atuam numa relação de complementaridade. Uma das medidas adotadas foi a criação da chamada lista negra (*blacklist*) dos elementos de prova que, para efeitos de ações de indemnização, não podem ser divulgados, na qual se incluem as declarações de clemência. Até ali, a Comissão Europeia e as Autoridades Nacionais da Concorrência tinham vindo a recusar a divulgação das mesmas, com fundamento no seu carácter confidencial. No entanto, a jurisprudência da União Europeia afirmou a existência de um direito de acesso, em determinadas circunstâncias, sendo que a mais recente entendeu mesmo que a recusa total viola o Direito da União Europeia. É entre estas duas posições que se situa esta obra, que esperamos constituir um instrumento útil à discussão e aplicação das inovações trazidas pela Diretiva.

Sem mais delongas, devo agradecer aos meus pais, à minha família, ao meu tio António, que foi para junto do meu avô António, ao Filipe e aos meus Professores, em particular, à Senhora Professora Doutora Sofia Oliveira Pais, por ter sido o meu norte nesta viagem pela Concorrência. E por me ter ensinado a apreender, a questionar e a argumentar o Direito. Agradeço, igualmente, à Universidade Católica Portuguesa, firmamento do meu crescimento, académico e pessoal, e à Dra. Nina Ferreira, pelo apoio. Finalmente, agradeço ao Instituto do Conhecimento Abreu Advogados, por me proporcionar a presente publicação, que muito me honra, e pelo seu contributo para o pensamento, em geral, e do direito, em particular.

Deixo-vos com uma frase proferida por José Manuel Durão Barroso, enquanto Presidente da Comissão Europeia: “*A Europa ganha importância quando falamos firmemente a uma só voz. Quando o interesse europeu está claramente definido e é vigorosamente defendido. É o que se passa, por exemplo, na área do comércio e da política de concorrência*”¹.

¹ *In Falar a uma só voz: Definir e Defender o Interesse Europeu*, Bruxelas, 9.2.2010, http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-10-21_pt.pdf.

Lista de Abreviaturas

Ac.	Acórdão
ACP	Autoridade da Concorrência Portuguesa
AI	Ação de Indemnização
ANC	Autoridade Nacional da Concorrência
Ap.	Apenso
Art.	Artigo
CAJ	Comissão dos Assuntos Jurídicos
CECA	Comunidade Europeia do Carvão e do Aço
Cfr.	Conforme
CMIPC	Comissão do Mercado Interno e da Proteção dos Consumidores
Cons.	Considerando
DC	Declaração/Declarações de Clemência
DCUE	Direito da Concorrência da União Europeia
DUE	Direito da União Europeia
EM	Estados Membros
ETJ	Estatuto do Tribunal de Justiça
EUA	Estados Unidos da América
Ex.	Exemplo
I.e.	Isto é
JU	Jurisprudência da União
JO	Jornal Oficial da União Europeia
LU	Legislador da União
NC	Normas da Concorrência
Nº	Número
Nt.	Nota de Rodapé
Ob. cit.	Obra Citada
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico
P./Ps.	Página/Páginas
PE	Parlamento Europeu
PME	Pequena ou Média Empresa
Proc.	Processo
Pt./Pts.	Ponto/Pontos
RC	Regime de Clemência
Ss.	Seguintes
TFUE	Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia
TG	Tribunal Geral
TJ	Tribunal de Justiça
TN	Tribunal Nacional/Tribunais Nacionais

TPI	Tribunal de Primeira Instância
TRL	Tribunal da Relação de Lisboa
UE	União Europeia
V.	Ver
Vol.	Volume
Vs	Versus

Introdução

A presente dissertação pretende estudar o conflito, que se pensa existir, entre as aplicações pública e privada das NC, em torno da divulgação das DC aos lesados pelos cartéis, que pretendam instaurar uma AI. Com efeito, o RC, enquanto mecanismo de deteção e punição de cartéis, criado e aplicado, no âmbito da UE, pela Comissão², concede imunidade (ou redução de coima) aos membros do cartel que o denunciarem, *maxime*, por meio de uma “declaração da empresa”³ (também denominada DC). Estes acordos entre empresas (*latu sensu*) são considerados a violação mais gravosa do art. 101.º TFUE, uma vez que potenciam a fixação e o aumento dos preços⁴ (prejudicando, em última instância, o consumidor final), e têm como característica essencial a confidencialidade na troca de informações, realizada mediante formas de comunicação cada vez mais complexas.

O RC tem-se afigurado um aliado fundamental na aplicação pública da proibição dos acordos anti concorrenciais (pela Comissão, pelas ANC e, quando reexaminam decisões das primeiras, pelos Tribunais). A eficácia deste regime poderá, porventura, ser posta em causa com a divulgação das DC, instrumentais ao exercício do direito à reparação, emergente das regras *antitrust*⁵ (enquanto elementos de prova). Não obstante, a aplicação privada daquelas disposições (*i.e.* o exercício dos direitos e obrigações por aquelas atribuídos aos particulares, junto dos TN) deverá ser preterida quando em colisão com a pública? Como alertou o TG, no Acórdão *CDC Hydrogene Peroxide*⁶, “os programas de clemência e de colaboração cuja eficácia a Comissão procura proteger não constituem os únicos meios de garantir o respeito das regras da concorrência da União. Efectivamente, as acções de indemnização por perdas e danos junto dos órgãos jurisdicionais nacionais são susceptíveis de contribuir substancialmente para a manutenção de uma concorrência efectiva na União”. Veremos se foi esse o entendimento plasmado na recente Diretiva 2014/104/EU do PE e do Conselho,

² Comunicação da Comissão relativa à imunidade em matéria de coimas e à redução do seu montante nos processos relativos a cartéis, 2006/C 298/11, JO de 8.12.2006.

³ Pt. 9 (a) da Comunicação 2006/C 298/11.

⁴ Art. 101.º n.º 1 a) TFUE.

⁵ Arts. 101.º e 102.º TFUE.

⁶ Ac. de 15.12.2011, Proc. T-437/08, *CDC Hydrogene Peroxide vs Comissão*, p. 77.

de 26.11.2014⁷, relativa a certas regras que regem as ações de indemnização no âmbito do direito nacional por infrações às disposições do direito da concorrência dos Estados Membros e da União Europeia (de acordo com o proposto pela Comissão,⁸ em junho do ano anterior).

Capítulo I – Aplicação Privada do Direito da Concorrência contra Cartéis

1.1 Aplicação Pública *versus* Privada

As regras *antitrust*, um pouco à semelhança do que acontece nos EUA⁹, integram a nossa “*Constituição Europeia*”¹⁰. Com efeito, o TFUE, nos seus arts. 101.º e 102.º, proíbe os acordos entre empresas restritivos da concorrência, assim como, os abusos de posição dominante. A aplicação destas proibições, de efeito e aplicabilidade diretos¹¹, geradores de direitos e obrigações, quer

⁷ JO de 5.12.2014.

⁸ Proposta de Diretiva do PE e do Conselho, relativa a certas regras que regem as ações de indemnização no âmbito do direito nacional por infrações às disposições do direito da concorrência dos Estados-Membros e da União Europeia, de 11.6.2013, COM(2013) 404 final 2013/0185 (COD) C7-0170/13.

⁹ Segundo Miguel Moura e Silva, “*Podemos (...) dizer que elas integram a constituição económica material dos Estados Unidos*” in *Direito da Concorrência – Uma introdução Jurisprudencial*, Almedina, 2008, p. 32. A política da concorrência que hoje conhecemos teve origem nos EUA, com a adoção do *Shreman Act* (secções 1 e 2) em 1890, embora o Canadá já tivesse aprovado algo semelhante em 1889. Já os primórdios do DC na Europa remontam ao Tratado de Paris, que criou a CECA, em 1951. Para mais desenvolvimentos v. Massimo Motta, *Competition Policy – Theory and Practice*, Cambridge University Press, 2004, ps. 1 e ss.

¹⁰ Conceito material, vertido nos Tratados. Sobre esta concepção operativa, v. Rui Manuel Moura Ramos: “é inegável a existência de uma realidade *organizatória que foi constituída*”, in *Constituição Europeia e Constituição da República Portuguesa, A Europa e os Desafios do Século XXI – Conferência Internacional*, Almedina, 2008, p. 187. Com efeito, para Guy Guillermin, “le retrait de la notion de constituion du traite de Lisbonne a une signification essentiellement politique”, in *Un Traité en Trompe L’ŒIL, Le Traité de Lisbonne – Reconfiguration ou Déconstitutionnalisation de l’Union Européenne?*, Bruylant, 2009, p. 18.

¹¹ Podem ser invocados pelos particulares em contextos nacionais (quer contra o Estado, quer contra outros particulares – aplicabilidade direta vertical e horizontal, respetivamente) e não necessitam de transposição para os ordenamentos jurídicos internos dos EM. V. Acs. Van Gend en Loos e Defrenne, assim como, João Mota de Campos e João Luiz Mota de Campos, *Manual de Direito Comunitário*, Coimbra Editora, 5ª Edição, 2007, ps. 359 e ss.

para os EM, quer para os particulares, encontra-se prevista no Regulamento 1/2003¹². Este atribui competência à Comissão, às ANC e aos TN, para aplicarem as disposições *supra* referidas, de modo a garantirem o seu cumprimento. Aliás, sempre que as ANC ou os TN apliquem NC internas, deverão aplicar, em simultâneo, estes normativos do DCUE¹³. Como afirma Wouter PJ Wils¹⁴, “*under Regulation 1/2003, the European Commission (...) and the competition authorities (...), together forming a network of competition authorities, have the task of detecting and punishing violations*”. Assim, estes garantes devem desempenhar papéis complementares, em torno de um objetivo comum.

Partindo da sistematização empregue por Miguel Moura e Silva¹⁵: quanto à “*natureza*” (e para além dos instrumentos regulamentares), importa distinguir, como instrumentos de aplicação das regras *antitrust*, as decisões administrativas da Comissão e das ANC (designadamente, em processos sancionatórios) das decisões judiciais, quer “*dos tribunais da Comunidade Europeia, seja em resposta a questões prejudiciais suscitadas perante os tribunais nacionais seja no âmbito do contencioso da legalidade das decisões tomadas pela Comissão ou mesmo da responsabilidade extracontratual da Comunidade relativa a essas decisões ou omissões*”, quer dos TN, de reapreciação de decisões administrativas das ANC ou no âmbito de litígios entre particulares (em especial, nas AI por danos causados por infrações ao DC); quanto à “*competência*”, incumbem às ANC, à luz do Regulamento (art. 5.º)¹⁶, as decisões sobre os processos individuais e de alcance intracomunitário – exigir que seja posto termo à infração, ordenar medidas provisórias, estabelecer compromissos obrigatórios para as empresas e aplicar sanções (como

¹² Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho, de 16.12.2002, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81.º e 82.º do Tratado, JO de 4.1.2003. Cfr. dispõe o seu considerando 1, esta regulação tem como finalidade uma “*aplicação eficaz e uniforme*”, para assegurar “*a não distorção da concorrência no mercado comum*”.

¹³ Art. 3.º n.º 1 do Regulamento 1/2003. A não ser que “*tenham essencialmente um objectivo diferente*” – n.º 3 do mesmo art.. Sobre a “*obrigatoriedade de aplicação simultânea do direito comunitário e do direito nacional*”, v. Miguel Moura e Silva, *in ob. cit.* p. 66. Note-se que, por força do princípio do primado, em caso de contradição entre as normas de direito nacional e comunitário, as segundas deverão prevalecer. Neste sentido, João Mota de Campos e João Luiz Mota de Campos, *in ob. cit.*, p. 603.

¹⁴ *In Efficiency and Justice in European Antitrust Enforcement*, Hard Publishing, 2008, p. 1.

¹⁵ *In ob. cit.*, p. 77.

¹⁶ Sem prejuízo das competentes disposições internas, cfr. art. 35.º n.º 1.

coimas e sanções pecuniárias)¹⁷, ou mesmo tomar a decisão de que o comportamento da(s) empresa(s) não requer a sua intervenção. São, ainda, competentes para proceder a inspeções (ou exercer outro poder de inquérito, igualmente atribuído à Comissão) e para retirar o benefício da aplicação (pela Comissão) de um regulamento de isenção, cfr. os arts. 22.º e 29.º do Regulamento¹⁸. Relativamente à Comissão, esta dispõe de todas as prerrogativas enunciadas no Regulamento (arts. 4.º, 7.º e ss), detendo competência exclusiva no domínio das decisões de não aplicabilidade, emissão de regulamentos e inquéritos setoriais, nos termos dos arts. 10.º, 29.º n.º 1 e 17.º. O controlo das decisões administrativas da Comissão e das ANC é exercido pelos tribunais da UE e pelos TN, respetivamente. Nos termos do art. 263.º TFUE, o TJ fiscaliza a legalidade dos atos da Comissão (que não sejam recomendações ou pareceres¹⁹), “*conhecendo com plena jurisdição dos recursos [denominados de anulação – art. 264.º] interpostos das decisões em que tenha sido fixada pela Comissão uma coima ou uma sanção pecuniária compulsória*” (art. 31.º do Regulamento). É, também, competente para decidir, a título prejudicial, sobre a interpretação das disposições do Tratado, nomeadamente, dos arts. 101.º e 102.º, e sobre a interpretação e validade²⁰ dos próprios atos da Comissão (nos termos do art. 267.º TFUE), bem como, para conhecer dos litígios relativos à reparação de danos causados pela Comissão, no exercício das suas funções (arts. 268.º e 340.º TFUE). Finalmente, os TN constituem os órgãos de recurso das decisões das ANC²¹ e decidem sobre a concessão, aos lesados das práticas anti concorrenciais, de indemnizações.

A partir desta rede de intervenientes e instrumentos, estabelecida pelo Regulamento 1/2003²², tornou-se mais perceptível a distinção entre aplica-

¹⁷ Segundo Wouter PJ Wils, *in. ob. cit.*, ps. 55 e 65: “*Fines are (...) an importante instrument in the prevention of violations. (...) antitrust fines should in principle exceed the expected gain from the violation multiplied by the inverse of the probability of a fine being effectively imposed*”. Pensamento que o autor apelida de “*proportional justice*”.

¹⁸ Caso a Comissão não abra, ela própria, um processo.

¹⁹ Ou outros que não constituam decisões definitivas e obrigatórias para os seus destinatários.

²⁰ Desde que não disponha de legitimidade ativa para interpor recurso de anulação, nos termos do art. 263.º TFUE, cfr. o entendimento plasmado no Ac. do TJ de 09/03/1994, Proc. C-188/92, TWD vs República Federal da Alemanha, ps. 17 e 18.

²¹ O regime de recuso das decisões da ACP encontra-se previsto nos arts. 83.º e ss da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio.

²² “*This Regulation eliminated the Commission’s monopoly on exemptions under (current) Art. 101(3) TFUE and explicitly empowered national judges to apply Arts. 101 and 102 TFUE in their entirety*”,

ção pública e privada da DC²³. A primeira constitui a aplicação das proibições (estabelecidas nos arts. 101.º e 102.º TFUE) por parte da Comissão e das ANC (e ainda, em certa medida, pelos Tribunais, quando reexaminam decisões daquelas, nos moldes *supra* referidos). Enquanto que a segunda versa sobre os direitos e obrigações nascidos, na esfera jurídica dos particulares, das regras *antitrust* e opera através da tutela dos TN²⁴. Lenor Rossi e Miguel Sousa Ferro²⁵ afirmam que a atenção dada à aplicação privada tem vindo a crescer no seio da UE, embora a diferença para com os EUA seja, todavia, enorme: “*the vast majority of cases arise from privat enforcement, while in the EU this figure is marginal*”²⁶. Com efeito, o trabalho da Comissão, que culminou na recente diretiva, é reflexo de que se encontra em ascendência a visão de que “*proteger as empresas e os consumidores destas práticas e de quaisquer danos por elas causados*” é tão imprescindível como impedir as violações das regras *antitrust*, para a “*plena eficácia*” das mesmas²⁷.

1.2 O Cartel enquanto Violação das Regras *Antitrust*

O art. 101.º TFUE proíbe os acordos entre empresas restritivos da concorrência. Como afirma Sofia Oliveira Pais²⁸, “*o direito antitrust foi criado com*

Leonor Rossi e Miguel Sousa Ferro, *in Private Enforcement of Competition Law in Portugal (I): An Overview of Case-law*, Revista de Concorrência e Regulação, Ano III, Nº 10, abril/junho 2012, Almedina, p. 92.

²³ V. Livros Verde (2005) e Branco (2008) sobre as acções de indemnização devido às violações comunitárias no domínio *antitrust*, [SEC(2005) 1732], Bruxelas, 19.12.2005, COM(2005) 672 final e [SEC(2008) 404, 405, 406], Bruxelas, 2.4.2008, COM(2008) 165 final, respetivamente. V., igualmente, a Proposta C7-0170/13 e o Resumo da Avaliação de Impacto que a acompanha, acções de indemnização por violações das regras da EU no domínio *antitrust*, Estrasburgo, 11.6.2013, SWD(2013) 204 final (e a própria Diretiva 2014/104/EU).

²⁴ V. cons. 2 e 3 da Diretiva 2014/104/EU. Segundo Richard Whish e David Bailey, os litigantes, frequentemente, recorrem antes à arbitragem, *in Competition Law*, Oxford University Press, 2012, p. 295.

²⁵ *In ob. cit.*, p. 91 e 92.

²⁶ Neste sentido, v. igualmente Richard Whish e David Bailey, *ob. cit.*, p. 295.

²⁷ V. pt. 1.1 do Livro Verde e cons. 3 da Diretiva 2014/104/EU.

²⁸ *In Entre Inovação e Concorrência – Em Defesa de um Modelo Europeu*, Universidade Católica Editora, 2011, p. 196. Considera, ainda, que “*neste momento, a protecção dos consumidores deve ser vista como um objetivo prioritário da política da concorrência da União*”, em consonância com as NC vigentes e as atuações das instituições europeias – *ob. cit.* ps. 195 e 200. Quanto à liberdade que

uma finalidade política que ainda hoje se mantém: garantir que o processo de concorrência seja livre e leal por forma a que as práticas empresariais no mercado (realizadas designadamente em benefício dos consumidores²⁹) sejam socialmente aceites". Bem se compreende que os acordos entre empresas, em especial os horizontais³⁰, contrariem a livre concorrência³¹, uma vez que são suscetíveis de alterar o desenvolvimento natural do comércio³². Segundo Richard Whish e David Bailey³³, sobre o conceito de concorrência³⁴, "*competitors are meant to compete with one another for the business of their customers, and not to cooperate with one another to distort the process of competition*".³⁵ Em 1º lugar, a aplicação deste art.

deve pautar a atuação das empresas no mercado, v. também Maher M. Dabbah, *International and Comparative Competition Law*, Cambridge University Press, ps. 20 e 21, segundo o qual a liberdade de competir está no coração do conceito de concorrência.

²⁹ Com efeito, à semelhança do defendido por Ioannis Kokkoris e Rodrigo Olivares-Caminal, *in Antitrust Law amidst Financial Crises*, Cambridge University Press, 2010, p. 397, o DCUE visa prevenir (e, como veremos, reparar) dois danos: os infringidos aos consumidores e ao processo de concorrência.

³⁰ Porém, entendeu o TJ, no seu Ac. de 13.7.1966, Procs. Ap. 56/64 e 58/64, *Établissements Consten SARL vs Grundig-V.kaufs-GmbH*: "O artigo 85.º, ao referir-se de forma geral a todos os acordos que falseiem a concorrência no interior do mercado comum, não procede a qualquer distinção entre esses acordos conforme sejam celebrados entre operadores concorrentes na mesma fase da produção [horizontais] ou entre operadores não concorrentes situados em fases diferentes [verticais]."

³¹ Segundo Alison Jones e Brenda Sufrin, o melhor ambiente para assegurar a alocação de recursos e continuar o progresso económico, *EC Competition Law*, Oxford University Press, 3ª Edição, 2008, p. 859.

³² V. Comunicação da Comissão (2004/C 101/07), Orientações sobre o conceito de afetação do comércio entre Estados-Membros previsto nos artigos 81.º e 82.º do Tratado, JO de 27.4.2004, p. 34.

³³ *In ob. cit.*, p. 513.

³⁴ No seu sentido literal: competição, disputa, rivalidade... Não obstante, como relembra Miguel Moura e Silva, *in ob. cit.* ps. 7 e 8, o bem jurídico que as NC visam proteger é um conceito predominantemente económico. Segundo Friedrich A. Hayek, *Individualism and Economic Order*, The University Of Chicago Press, 1948, p. 104, a concorrência perfeita pressuporia a livre entrada no mercado (sem restrições à movimentação de preços e recursos), produtos semelhantes, oferecidos e exigidos por pequenos vendedores e compradores e participantes conhecedores dos fatores relevantes do seu mercado. Já para Massimo Motta, *ob. cit.* prefácio e p. 18, a política da concorrência deve ser definida como "*the set of policies and laws which ensure that competition in the marketplace is not restricted in such a way as to reduce economic welfare*".

³⁵ Podem existir acordos horizontais, economicamente, benéficos (como são ex. as chamadas "*Joint Ventures*") que justifiquem a aplicação da exceção prevista no n.º 3 do art. 101.º (ou mesmo que não se enquadrem no art. 101.º n.º 1). Para mais desenvolvimentos, v. Alison Jones e Brenda Sufrin, *ob. cit.*, ps. 1091 e ss.

pressupõe duas ou mais empresas a atuar no mercado, *i.e.*, unidades económicas organizadas, que prosseguem, de forma independente e duradoura, um determinado objetivo económico, assumindo o respetivo risco³⁶. Em 2º lugar, importa referir que a JU interpreta o conceito de “*acordo*” de uma forma ampla, de modo a abranger qualquer manifestação fiel de vontades, tendente a um comportamento comum no mercado (independentemente do seu carácter vinculativo)³⁷. Assim, encontram-se abrangidos pela disposição, não só os contratos *stricto sensu*, mas também, decisões de associações de empresas e práticas concertadas. Segundo a jurisprudência assente, as primeiras constituem manifestações de vontade coletiva, efetivamente cumprida pelos membros³⁸. Já as segundas correspondem a uma cooperação de facto, entre empresas. Desta feita, há que ter em conta a política das mesmas no mercado (o paralelismo comportamental constitui um forte indício) e a verificação de contactos, ainda que indiretos. Por fim, há que estabelecer um nexo de causalidade entre tais contactos e o comportamento das empresas³⁹.

³⁶ V. Ac. do TPI, de 12.1.1995, Proc. T-102/92, Viho Europe BV vs Comissão, ps. 50 e 51. Este Ac. esclarece que o determinante não é a autonomia jurídica mas a económica, enquanto poder de decisão no mercado.

³⁷ V. Ac. do TPI, de 26.10.2000, Proc. T-41/96, Bayer AG vs Comissão, pts. 67 a 69.

³⁸ Incluindo meras recomendações. V. Ac. do TPI, de 15.9.2005, Proc. T-325/01, Daimler-Chrysler AG vs Comissão, pt. 210.

³⁹ Neste sentido, V. os seguintes Acs. do TJ: de 14.07.1972, Proc. 48/69, Imperial Chemical Industries Ltd vs Comissão, pts. 65 e 66; e de 16.02.1975, Procs. Aps. 40 e ss., Suilker Unie vs Comissão, pts. 173 a 175. Este último esclareceu que o Tratado não se opõe à reação inteligente dos operadores económicos face aos comportamentos no mercado dos seus concorrentes, mas aos contactos que tenham como objetivo ou efeito afetar a autonomia de cada operador na determinação do seu comportamento, nesse mesmo mercado. Questão diferente são os chamados conluíus tácitos, *i.e.*, quando as empresas presentes num determinado mercado (designadamente, num mercado oligopólio, onde operam poucos agentes económicos) se apercebem, sem o estabelecimento de contactos, que se igualarem o seu comportamento aumentarão os lucros. Assim, a alteração do comportamento de uma (modificando a tabela de preços, por ex.) conduz à de outra, diminuindo, conseqüentemente, os níveis de concorrência. Neste sentido, Alison Jones e Brenda Sufrin, *in ob. cit.*, ps. 872 e 911 e ss. A propósito, v. Ac. do TJ, de 31.3.1993, Procs. Aps. C-89/85 e ss., Ahlström Oy vs Comissão, ps. 64 e 65, no âmbito do qual se entendeu que anúncios de preços, aos utilizadores, não infringiam, por si só, o art. 101.º TFUE, uma vez que não reduziam “*a incerteza de cada empresa quanto à atitude futura das suas concorrentes*”.

A constituição de cartel representa uma violação específica das regras *antitrust*, cujo conceito o LU não definiu⁴⁰. No entanto, este tem vindo a ser desenvolvido, em particular, pela Comissão, pelo que podemos defini-lo como um acordo (*latu sensu*) particular⁴¹, entre concorrentes (*i.e.* horizontal⁴²), que tem como objeto definir a sua atuação (no mercado e face às restantes empresas), designadamente, no que concerne à fixação de preços e quotas de produção e de venda, repartição de mercado e clientes ou quaisquer outros fatores que influenciem os “*parâmetros relevantes da concorrência*”⁴³. Esta distorção da concorrência atrasa os avanços tecnológicos e a melhoria dos produtos, fazendo com que os consumidores, sob a aparência de uma concorrência virtual, fiquem limitados na oferta e subjugados a preços tendencialmente mais altos⁴⁴. Por estas razões, o cartel é considerado a forma mais gravosa de violação das NC⁴⁵. É, igualmente, difícil de detetar, devido ao secretismo que lhe é intrínseco. Como refere Wouter PJ Wils⁴⁶, construir um cartel bem-sucedido requer esforço e dedicação. Há que estabelecer as condições de entrada, o modo de distribuição do lucro e um eficaz sistema de prevenção de traições: construindo laços de confiança fortes ou punindo de forma eficiente os

⁴⁰ Como não estabeleceu, taxativamente, o conteúdo dos acordos proibidos. Desta forma, as NC não se fecham à imaginação dos concorrentes (solução semelhante à adotada no *Sherman Act, code § 1*). Neste sentido, Miguel Moura e Silva, *in ob. cit.*, p. 332. Não obstante, autores há que qualificam de cartel a totalidades dos acordos abrangidos pelo art. 101.º TFUE, como por ex., João Mota de Campos e João Luiz Mota de Campos, *in ob. cit.*, ps. 605 e ss.

⁴¹ Maurice Guerrin e Georgios Kyriazis referem-se aos cartéis como “*arbitrary coalitions that, in the name of private, hardly legitimate or outright illegal interests, modify to their profit the natural balance of goods and prices*”, *in Cartels: Proof and Procedural Issues, Fordham International Law Journal*, Vol. 16, 2ª Edição, 1992, p. 274.

⁴² A admitir que o conceito de cartel pode ser aplicado a um acordo vertical, v. Maurice Guerrin e Georgios Kyriazis, *in ob. cit.*, p. 275.

⁴³ Pt. 1 da Comunicação 2006/C 298/11. V. Maurice Guerrin e Georgios Kyriazis, *ob. cit.*, ps. 280 e ss, sobre tipologias de cartéis, consoante o seu objeto.

⁴⁴ Neste sentido, Alison Jones e Brenda *in ob. cit.*, ps. 858 e 859: “*the objective of a cartel is to maintain the parties’ respective positions on the market and to achieve pricing stability or an increase in prices*”.

⁴⁵ “*Of all limitations or distortions of competition, the process of creating a cartel is the one that contradicts most radically all principles of free market economy.*”, Maurice Guerrin e Georgios Kyriazis *in ob. cit.*, p. 274.

⁴⁶ *In ob. cit.*, p. 68.

desertores (sistema familiar aos cartéis que dispõem de empresas líder, que influenciam, de forma determinante, a vontade do coletivo⁴⁷).

Como afirmam Richard Whish e David Bailey⁴⁸, “*cartels appear to be alive and kicking throughout the world*”. Efetivamente, apesar do avançar dos tempos ter camuflado o comportamento dos cartéis, tal apenas significa, exatamente, que a tecnologia e o conhecimento das NC permitem uma troca de informações cada vez mais discreta. Com efeito, os meios tradicionais (reuniões, cartas e telefonemas) foram substituídos por telefones descartáveis, correios eletrônicos anônimos, discos de memória externos, linguagem codificada... No entanto, as estatísticas da Comissão demonstram que o valor das coimas por si aplicadas (e ajustadas pelo Tribunal), entre 2010 e princípios de 2015, equivale a cerca de 43% do valor total das coimas aplicadas desde 1990⁴⁹.

1.3 Regime de Clemência e suas Declarações

A prova da violação do art. 101.º n.º 1 TFUE incumbe, segundo o art. 2.º do Regulamento 1/2003, à autoridade ou parte que a alega⁵⁰ e é dificultada pelo carácter secreto dos cartéis. É, também, particularmente exigente⁵¹, mesmo com o amplo espectro de poderes de inquérito, atribuídos à Comissão, pelo Regulamento 1/2003⁵². Não obstante, como se pôde verificar *supra*, o número de cartéis, afetivamente, punidos, tem vindo a aumentar e, em grande medida,

⁴⁷ Os oligopólios são mercados propícios à formação de cartéis, pois há uma grande “dependência” entre os agentes. Neste sentido, v. Alison Jones e Brenda, *ob. cit.*, ps. 859 e ss, sobre os mercados mais favoráveis ao sucesso dos cartéis.

⁴⁸ *In ob. cit.*, p. 513.

⁴⁹ Cfr. *Cartel Statistics*, <http://ec.europa.eu/competition/cartels/statistics/statistics.pdf>.

⁵⁰ V. António Goucha Soares, *A Aplicação Descentralizada das normas Comunitárias da Concorrência: o sistema de competências paralelas estabelecido pelo Regulamento n.º 1/2003*, in *Concorrência – Estudos*, Almedina, 2006, ps. 187 e 188.

⁵¹ No Ac. do TJ, de 28.3.1984, Procs. 29 e 30 / 83, *Compagnie Royale Asturienne des Mines SA e Rheinzink GmbH vs Comissão*, p. 20, entendeu-se que uma decisão da Comissão baseada na suposição de que o paralelismo de comportamentos entre as empresas não era explicável de outra forma que não a verificação de um cartel pecava por uma prova insuficiente precisa e coerente, uma vez que basta à outra parte provar outras circunstâncias que tenham podido conduzir à igualdade de atuações.

⁵² Por ex., por via do disposto no art. 20.º, as empresas e associações de empresas são obrigadas a sujeitar-se às inspeções da Comissão (que podem incluir aposição de selos nas instalações, retirada de cópias de documentos e solicitação de explicações).

devido ao RC⁵³, aplicado pela Comissão desde 1996⁵⁴, mas que encontra o seu regime atual na Comunicação 2006/C 298/11⁵⁵. Este RC apela à colaboração das empresas infratoras e atribui imunidade, no que respeita à coima aplicável, ao 1º membro de um cartel a denunciá-lo. Segundo os requisitos vertidos no pt. 8 da Comunicação, para tal, a empresa tem que fornecer à Comissão informações e provas que, no entender desta, permitam a realização de uma inspeção ou a determinação da existência de uma violação do art. 101.º TFUE. Ou seja, os elementos fornecidos têm que ser uma novidade para a Comissão, nos termos dos pts. 10 e 11. A denunciante tem, ainda, que colocar-se à disposição, nomeadamente, para responder a pedidos de informação e participar em inquirições, respeitar o segredo relativo ao processo de investigação em curso e não destruir ou manipular provas (pt. 12). Também não pode ter coagido os demais membros a participarem no cartel (pt. 13)⁵⁶. Mesmo que apenas preencham os requisitos do pt. 12, as empresas que revelem a sua participação num cartel, fornecendo provas que “*apresentem um valor acrescentado relativo aos elementos de prova já na posse da Comissão*”, verão a sua coima reduzida, nos termos do disposto nos pts. 23 e ss. Deste feita, o RC privilegia o desmantelamento dos cartéis⁵⁷, em detrimento da aplicação de coimas ou

⁵³ Neste sentido, Richard Whish e David Bailay, *ob. cit.*, ps. 517 e ss. Também Wouter PJ Wils, *in ob. cit.*, ps. 127 e 128, afirma que a monitorização do mercado pela Comissão não tem sido muito eficaz no que toca à deteção de cartéis, considerando as empresas que cometeram a violação a melhor fonte de informação. V., ainda, Christopher R Leslie, Editorial – Antitrust Leniency Programmes, *The Competition Law Review*, Vol. 7, Issue 2, Julho 2011, p. 175.

⁵⁴ Comunicação relativa à não imposição ou redução das coimas nos processos relativos a cartéis, JO de 18.7.1996.

⁵⁵ Relativa à imunidade em matéria de coimas e à redução do seu montante nos processos relativos a cartéis, JO de 19.2.2002. Inspirada no sistema dos EUA – v. *Corporate Leniency Policy*, Department of Justice, 10.8.1993. Neste sentido, Wouter PJ Wils, *in ob. cit.*, p. 70. No entanto, difere do sistema americano, desde logo, porque não prevê a responsabilidade do beneficiário da clemência, no quadro de uma AI. V. Alberto Saavedra, *The Relationship Between the Leniency Programme and Private Actions for Damages at the EU Level*, *in Revista de Concorrência e Regulação*, 1.12.2010, ps. 13 e ss.

⁵⁶ V., ainda, pt. 17 e Wouter PJ Wils, *ob. cit.*, p. 70

⁵⁷ Com efeito, a cooperação das empresas infratoras permitiu o desmantelamento de cartéis com várias décadas de existência, como foi o caso dos *Fosfatos para Alimentação Animal*, Decisão de 20.7.2010, Proc. COMP/38.866, síntese (2011/C 111/10) publicada no JO de 9.4.2011: Kemira apresentou o seu pedido de imunidade em 28.11.2003, mas ficou provado que o cartel operou desde 19.3.1969 até, pelo menos, 10.2.2004. V. Richard Whish e David Bailay, *ob. cit.*, ps. 517 e 518.

do seu valor⁵⁸, atacando o elo de confiança estabelecido entre os seus membros e reduzindo o seu número. Assim, permite uma recolha de provas que, de outra forma, não seria possível, nem pela Comissão, nem, por maioria da razão, pelos lesados, que não dispõem de poderes de investigação.

Também os EM têm vindo a adotar RC. No entanto, nem todos constituem uma cópia fiel do modelo da União. A título de exemplo, no modelo húngaro o membro imune poderá não responder pelos danos causados pelo cartel, se estes forem satisfeitos pelos demais membros. Já em Portugal, o RC não se limita aos cartéis, podendo dele beneficiar qualquer empresa participante de um acordo proibido à luz do art. 9.º da Lei 19/2012, de 8 de maio (e, se igualmente aplicável, do art. 101.º TFUE)⁵⁹.

As DC encontram-se previstas no pt. 9 a) e no capítulo IV da Comunicação. São apresentadas pela empresa, por escrito ou oralmente, e têm como finalidade o pedido de imunidade, permitindo à Comissão inspecionar o cartel⁶⁰. Por meio da mesma, o membro faculta à Comissão, voluntariamente e em apoio ao seu requerimento, as informações que dispõe relativamente ao cartel (objetivo, modo de funcionamento, membros e respetivos contactos, mercado afetado...) e o papel que desempenhou no mesmo. Estas declarações encontram-se, especialmente, protegidas, sendo apenas divulgadas aos destinatários das objeções. Também não podem ser copiadas e devem ser utilizadas, exclusivamente, em processos judiciais ou administrativos, que apliquem as NC, nos termos do pt. 34 da Comunicação.

1.4 O Direito à Reparação dos Danos causados por Cartéis

Da mesma forma que o princípio da efetividade fundamenta a responsabilidade do Estado, a aplicação eficaz das normas que produzem efeitos diretos

⁵⁸ Segundo Wouter PJ Wils, a imunidade ou a redução de coimas têm efeitos negativos no que toca à dissuasão e à mensagem moral que transmite às empresas cumpridoras da lei, *in* ob. cit., ps. 134 e 139.

⁵⁹ V. Paolo Buccirossi, Catarina Marvão e Giancarlo Spagnolo, *Leniency and Damages*, Working Paper N.º 32, Stockholm Institute of Transition Economics, fevereiro 2015, p. 3. É, pois, objetivo da *European Competition Network* harmonizar os diferentes regimes. V. Tine Carmeliet, *How lenient is the European leniency system? An overview of current (dis)incentives to blow the whistle*, *Jura Falconis* Jg. 48, 2011-2012, N.º 3, ps. 473 e ss.

⁶⁰ Nos termos do pt. 8 a) da Comunicação.

nas relações entre particulares, como é o caso do art. 101.º TFUE, exige um tratamento semelhante⁶¹.

1.4.1 Os Acórdãos Courage e Manfredi

Em 2001, o TJ afirmou, no Ac. Courage, pela primeira vez, o direito de “qualquer pessoa reclamar a reparação do prejuízo que lhe houvesse sido causado por um contrato ou um comportamento susceptível de restringir ou falsear o jogo da concorrência”⁶², ainda que tenha sido parte no referido contrato, como *in casu*. Não obstante, em nenhum momento o TJ disciplinou os requisitos do exercício desse direito, antes entendeu que, na ausência de DUE sobre a questão, cabia aos EM a sua efetivação, no respeito pelos princípios da equivalência e da efetividade. Ou seja, estas AI não devem estar sujeitas a modalidades menos favoráveis do que as aplicáveis às ações análogas internas e não devem tornar o exercício do direito à reparação impossível ou excessivamente difícil para as vítimas⁶³. Assimakis P. Komnimos⁶⁴ refere-se a um sistema de responsabilidade civil por violações do DUE. No entanto, como veremos, estamos longe dessa realidade.

No Ac. Manfredi⁶⁵, o TJ frisou que os EM devem garantir condições de igualdade e de exercício efetivo do direito à reparação. Mais esclareceu que, para tal, se exige o estabelecimento de umnexo de causalidade entre o dano e a ilegalidade. Finalmente, afirmou que a reparação de facto dos danos não seria possível com a exclusão absoluta do lucro cessante, sem prejuízo do DUE não obstar a que os EM tomem medidas contra o enriquecimento sem causa. Este caso foi particularmente importante, na medida em que, estavam em

⁶¹ V. Sofia Oliveira Pais, *Princípio da Responsabilidade Civil dos Estados por Violação do Direito da União, Ac. do Tribunal de Justiça de 30 de setembro de 2003 – Proc. C-224/01 Gerhard Köbler c. Republik Österreich, Princípios Fundamentais de Direito da União Europeia – Uma Abordagem Jurisprudencial*, 2ª Edição, Almedina, 2012, p. 149.

⁶² Ac. do TJ, de 20.9.2001, Proc. C-453/99, *Courage Ltd vs Bernard Crehan*, pt. 26.

⁶³ V. pt. 29.

⁶⁴ *In Private Antitrust Damages Actions in the EU: Second Generation Questions*, *Revista de Regulação e Concorrência*, Ano III, Nº 9, janeiro/março 2012, Almedina, p. 31.

⁶⁵ Ac. do TJ, de 13.7.2006, Procs. Aps. C-295/04 e ss, *Vincenzo Manfredi e Outros vs Outros*.

causa consumidores, evidenciando que o referido direito assiste a “*qualquer pessoa*”⁶⁶.

1.4.2 Exercício Efetivo do Direito à Indemnização

Apesar do passo de gigante dado pelo TJ, mais de uma década volvida, o exercício do direito à reparação ainda é inacessível para a maior parte dos lesados, que não têm outra alternativa senão arcar com os danos. Efetivamente, a Comissão estima que, todos os anos, as vítimas sejam prejudicadas em € 23.000.000,00 e aponta a dificuldade de acesso aos elementos de prova como uma das principais causas do insucesso da aplicação privada na UE⁶⁷.

Capítulo II – Acesso dos Lesados às Declarações de Clemência na posse da(s) Comissão/Autoridades Nacionais da Concorrência para efeitos de Ações de Indemnização

2.1 A Prova da Infração

A parte que pede uma indemnização ao TN tem o ónus de alegar os factos constitutivos do seu direito, *in casu*, a violação das NC, os danos que sofreu e o nexo de causalidade entre a primeira e os segundos⁶⁸. Ora, conforme referido *supra*, os números relativos à aplicação privada, na UE, são bastante diminutos, relativamente à pública – questão que tem merecido a atenção da Comissão (e que esteve na base da sua proposta e da recente diretiva)⁶⁹. Com

⁶⁶ Pts. 61 e 92 a 96.

⁶⁷ V. Resumo da Avaliação de Impacto. Quanto ao carácter crucial do acesso à prova da infração, v. David Ashton e David Henry, *Competition Damages Action in the EU – Law and Practice*, Elgar Competition Law and Practice, 2013, p. 69.

⁶⁸ V. David Ashton e David Henry, *ob. cit.*, p. 69 e Ac. Mafredi, pt. 61.

⁶⁹ V. p. 9, bem como, nts. 5, 6 e 24. Neste sentido, v. Fernando Peña Lopez, *Issues and Problems Regarding E.U. Competition Law Private Enforcement: Damages and Nullity Actions*, in *The USV Annals of Economics and Public Administration*, 13^o Vol., Edição 1(17), 2013, ps. 230 e 231. Efetivamente, já há sensivelmente 10 anos um estudo comparado, elaborado em 2004, detetava (mediante relatórios fornecidos pelos EM) apenas 60 AI instauradas nos TN, sendo que em quase dois terços dos casos não houve lugar ao pagamento de qualquer indemnização, Denis

efeito, a necessidade da criação de um RC⁷⁰ é prova bastante da dificuldade da atuação contra cartéis.

O lesado, seja ele empresa ou consumidor, poderá recorrer à tutela judicial, anteriormente ou após já ter sido proferida uma decisão de uma autoridade de aplicação pública das NC⁷¹ (*follow-on action*⁷²). Nesta última opção, pode dizer-se que, mesmo antes da Diretiva 2014/104/EU, a prova do autor já se encontrava facilitada, tendo em conta o art. 16.º do Regulamento 1/2003, segundo o qual, os TN e as ANC não podem tomar decisões contrárias às da Comissão⁷³. Assim, o TN está obrigado a concluir pela existência de um cartel. No entanto, como sublinhado no Acórdão Otis⁷⁴, os TN terão sempre de apreciar os danos sofridos por aquele autor, assim como, o nexo de causalidade entre estes e o cartel, pelo que o ónus da prova da vítima será sempre exigente. Desde logo, pelo carácter económico desta matéria. Daí o interesse desta em aceder aos documentos na disposição da Comissão ou das ANC, a propósito da implementação de RC⁷⁵.

2.2 Regime de Acesso anterior à Diretiva 2014/104/EU

Como pudemos observar nos Acs. Courage e Manfredi, anteriormente à diretiva *supra* referida, o DUE não regulava a matéria relativa às AI por danos causados por violações das NC, muito embora admitisse a existência

Waelbroeck, Donald Slater e Gil Even-Shoshan, *in Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules*, p. 1.

⁷⁰ Que, segundo Yves Botteman e Paul Hughes, *in Access to File: Striking the Balance Between Leniency and Private Enforcement Tools, The European Antitrust Review*, Global Competition Review, 2003, p. 3., se tornou o meio de investigação de eleição da Comissão, na sua cruzada contra os cartéis.

⁷¹ Podendo, ele próprio, formular a denúncia, “provocando” a abertura do processo.

⁷² V. Gianni de Stefano, *Access of Damage Claimants to Evidence Arising out of EU Cartel Investigations: A Fast-evolving Scenario*, *Global Competition Litigation Review*, 3ª Edição, 2012, p. 108.

⁷³ V. Ac. do TJ, de 6.11.2012, Proc. C-199/11, Comunidade Europeia vs Otis NV e Outros, pts. 50 a 54. Assim como, segundo Gianni de Stefano, *ob. cit.*, p. 108, os TN não podem ir contra as decisões das ANC, sendo que “*in some Member States, damage claimants can rely on the NCA decision also in respect of the quantification of the damage*”.

⁷⁴ Pts. 65 e 66.

⁷⁵ V. Gianni de Stefano, *ob. cit.*, p. 108.

de um direito à reparação, com fundamento no princípio da eficácia⁷⁶ das mesmas.

As decisões da Comissão publicadas, quer no JO (em cumprimento do disposto no art. 30.º do Regulamento 1/2003), quer no seu *website* (versão mais alargada), não contêm informações ditas confidenciais, *i.e.*, segredos de negócio, dados pessoais ou outras, cuja divulgação a Comissão entenda poder comprometer as suas investigações, em geral. Como exemplo, a Comissão refere, precisamente, as DC⁷⁷. Para além do seu conteúdo restrito, estas publicações não obedecem a um prazo determinado. Com efeito, Gianni de Stefano⁷⁸ chama a atenção para o extenso lapso temporal que, por vezes, sucede entre a tomada da decisão e a divulgação da sua versão pública. A versão fornecida ao denunciante é, também ela, não confidencial⁷⁹.

2.2.1 Legislação e Jurisprudência – o Acórdão Pfleiderer AG

Os lesados têm invocado o direito de acesso público aos documentos das instituições, órgãos e organismos da União, estabelecido no art. 15.º TFUE e

⁷⁶ Como refere Roberto Cisotta, *in Some Considerations on the Last Developments on Antitrust Damages Actions and Collective Redress in the European Union, The Competition Law Review*, 10º Vol., 2014, p. 88.

⁷⁷ V. Manual de procedimentos internos da Direção-Geral da Concorrência para a aplicação dos arts. 101.º e 102.º TFUE, módulo 28, ps. 3 e 15. Sobre o acesso aos segredos de negócio e à informação considerada confidencial pela ACP, v. Linhas de orientação sobre a instrução de processos relativos à aplicação dos arts. 9º, 11º e 12.º Lei 19/2012 e 101.º e 102.º TFUE, ps. 191, 192 e 199. Também esta última publica as suas decisões no respetivo *website*, em versão não confidencial.

⁷⁸ *In ob. cit.* p. 96.

⁷⁹ Cfr. Comunicação da Comissão sobre boas práticas para a instrução de processos de aplicação dos art. 101.º e 102.º TFUE, ps. 148 e 149, segundo a qual, as versões públicas deverão demorar pouco tempo a serem publicadas. Importa, ainda, referir que o TJ tem sido particularmente exigente quanto aos pedidos das vítimas para se constituírem intervenientes em processos pendentes desta matéria, como se pode retirar do Despacho do Presidente, de 8.6.2012, no âmbito do caso KLM – Koninklijke Luchtvaart Maatschappij vs Comissão, Procs. T-28/11 e C-596/11 P(I), recorrente Schenker AG, pts. 22 a 24, no qual considerou que um eventual lesado por um cartel, ainda que consumidor direto, não tem um interesse na resolução da causa na acessão do art. 40.º ETJ. Com efeito, segundo o TJ, “*recognise that each physical or legal person who could potentially bring a civil action for damages for loss resulting from the anti-competitive conduct of an undertaking has a direct and existing interest in the result of a case for the purposes of Article 40 of the Statute of the Court of Justice would risk seriously undermining the effectiveness of the procedure*”.

disciplinado no Regulamento 1049/2001⁸⁰. Este direito é aplicável a todos os cidadãos da União (e a todas as pessoas, singulares ou coletivas, que residam ou tenham a sua sede num EM) e diz respeito a todos os documentos, sendo que, como refere Caroline Cauffman⁸¹, os requerentes não necessitam de fundamentar o seu pedido (art. 2.º do Regulamento). Efetivamente, o art. 4.º do Regulamento estabelece as exceções à regra da abertura aos documentos. Assim, o acesso poderá ser negado – na ausência de interesse público superior que exija a sua divulgação –, nomeadamente, para proteção de interesses públicos, de dados pessoais, de interesses comerciais, de direitos de propriedade intelectual e de procedimentos sancionatórios (objetivos da investigação e processo decisório) e processos judiciais.

A Comissão tem negado o acesso à grande maioria dos documentos relativos ao RC, designadamente, às DC, que considera confidenciais. Para tal, tem invocado o art. 4.º, mais precisamente, a necessidade de proteger os interesses comerciais das empresas, o objeto⁸² das suas atividades de investigação (inspeção, inquérito e auditoria) e o seu processo decisório, em procedimentos ativos (ou, no caso dos documentos que contenham pareceres para uso interno da Comissão, mesma após a decisão)⁸³, como se pode observar na jurisprudência que se segue.

No caso CDC Hydrogene Peroxide, estava em causa o acesso ao índice dos documentos do processo da Comissão (e não aos próprios documentos),

⁸⁰ Relativo ao acesso do público aos documentos do Parlamento Europeu, do Conselho e da Comissão, de 3.5.2001. Muito embora o propósito deste diploma seja a transparência pública e não a facilitação da obtenção de documentos por partes dos litigantes civis, segundo David Ashon e David Henry, ob. cit., p. 71. No sentido de que esta legislação poderá legitimar pedidos de acesso a documentos, dirigidos à Comissão, v. Alberto Saavedra, *Access by National Courts and Private Plaintiffs to Leniency Documents Held by the Commission*, in *Revista de Concorrência e Regulação*, Nº 10, 3º Ano, abril – junho 2012, p. 73.

⁸¹ *In The Interaction of Leniency Programmes and Actions for Damages*, *The Competition Law Review*, Vol. 7, Issue 2, julho 2011, p. 184.

⁸² Segundo o TG, Ac. de 15.12.2011, Proc. T-437/08, CDC Hydrogene Peroxide vs Comissão, p. 59: “o qual consiste, no caso de um processo em matéria de concorrência, em verificar se foi cometida uma infração ao artigo 81.º CE ou ao artigo 82.º CE e, sendo esse o caso, em punir as sociedades responsáveis”. Assim, entendeu o Tribunal que a proteção pode ir para além da investigação, até o seu objetivo ser atingido.

⁸³ V. Sofia Oliveira Pais, *Entre clemência e responsabilidade – Uma história de sucesso? – Ac. do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 14.06.2011*, Proc. C-360/09, *Cadernos de Direito Privado*, Nº 37, janeiro/março, 2012, ps. 6 e 7.

os quais, segundo o TG, apenas permitiriam à vítima identificar aqueles que poderiam fundamentar uma eventual AI. Desta feita, e contrariamente às alegações da Comissão, entendeu que o interesse de uma sociedade, membro de um cartel, de não ficar mais vulnerável a ações civis por danos não era um interesse comercial, à luz do Regulamento, nem era digno de proteção, reafirmando o direito à reparação⁸⁴. Mais concluiu o Tribunal que, tendo já a Comissão decidido pela existência de um cartel e aplicado as devidas coimas, já não havia necessidade de proteger o objeto da investigação, dado que este já cumprira a sua função. Ou seja, o TG afirmou que o entendimento da Comissão, de que o art. 4.º não se reporta a uma investigação concreta, mas à generalidade das atividades contra cartéis, “*é inconciliável com o princípio segundo o qual, devido ao objectivo do Regulamento n.º 1049/2001 que visa, em conformidade com o seu quarto considerando, «permitir o mais amplo efeito possível do direito de acesso do público aos documentos», as exceções visadas no artigo 4.º deste Regulamento devem ser interpretadas e aplicadas de forma estrita*”⁸⁵.

No caso EnBW Energie⁸⁶, a empresa que se considerava vítima do cartel requereu o acesso a vários documentos, nos quais se incluíam a DC, provas fornecidas pela declarante, elementos apreendidos e relatórios internos. Segundo o TG, a recusa da Comissão baseou-se, fundamentalmente e sem uma análise casuística, no argumento de que a publicidade às informações prestadas por requerentes de clemência enfraqueceria o seu programa e a impediria de exercer a sua função, com eficácia. Assim, decidiu pelo mesmo entendimento que vimos *supra*⁸⁷.

No seguimento do acima exposto, a Comissão recorreu para o TJ. Este aplicou a presunção geral de que a divulgação de documentos, parte de um processo de aplicação do art. 101.º, prejudica, em princípio, a proteção dos interesses comerciais das empresas envolvidas e os objetivos de atividades de inquérito⁸⁸. No entendimento do Tribunal, só dessa forma haveria uma

⁸⁴ Pt. 49.

⁸⁵ Pts. 60 a 68 e 71.

⁸⁶ Ac. do TG, de 22.5.2012, Proc. T-344/08, EnBW Energie Baden-Württemberg AG vs Comissão.

⁸⁷ Pts. 72 e ss.

⁸⁸ Ac. do TJ, de 27.2.2014, Proc. C-365/12 P, Comissão vs EnBW Energie Baden-Württemberg AG, pts. 80, 81 e 93.

aplicação do Regulamento 1049/2001 de harmonia com os Regulamentos 1/2003 e 773/2004⁸⁹ (na ausência de disposições que estabeleçam uma hierarquia e dado o elevado número de documentos), “*que não preveem um direito de acesso ao processo a favor de terceiros que não sejam queixosos*”⁹⁰. Também segundo o TJ, as atividades de inquérito só poderiam dar-se por concluídas com a decisão definitiva, sendo que, *in casu*, haviam recursos pendentes⁹¹. Finalmente, e não obstante a *supra* referida presunção poder ser ilidida ou cair perante um interesse público que imponha a divulgação dos documentos (art. 4.º n.º 2 *in fine* Regulamento 1049/2001), entendeu o Tribunal que o interesse em propor uma AI não era superior. Só o seria se a vítima, estranha ao processo, provasse a necessidade de obter um determinado documento do mesmo, não se presumindo essa carência, sem mais, o que não veio a suceder⁹².

Com efeito, o Regulamento 773/2004 disciplina o início dos processos da Comissão, bem como, o tratamento das denúncias e dos interessados diretos. Este trata a matéria do acesso ao processo e da divulgação de informações confidenciais de forma restritiva, sendo que, mesmo os queixosos e os interessados diretos podem não ter acesso àquelas, nos termos dos seus arts. 8.º, 15.º e 16.º. Em todo o caso, tais documentos só poderão ser utilizados em processos judiciais ou administrativos, com vista à aplicação das regras *antitrust*.

Verifica-se, portanto, um conflito entre o interesse dos potenciais autores de AI – que pretendem ter acesso aos documentos confidenciais – e os interesses da Comissão e dos membros dos cartéis – desfavoráveis à divulgação dessas informações. Este conflito acentua-se quando estão em causa RC e, em especial, DC, que, como vimos, contêm informação detalhada e, por natureza, altamente confidencial⁹³. A Comissão detém um especial interesse na

⁸⁹ De 7.4.2004, relativo à instrução de processos pela Comissão para efeitos dos arts. 81.º e 82.º do Tratado CE. Efetivamente, segundo o TJ, p. 91, “*a atividade administrativa da Comissão não exige um acesso aos documentos tão alargado como o relativo à atividade legislativa de uma instituição da União*”.

⁹⁰ Pts. 92 a 94.

⁹¹ Pt. 99.

⁹² *I.e.*, que o acesso era imperativo para fundamentar o pedido e que não dispunha de outro meio de obter tais dados. Pts. 106 a 108 e 132. Para mais desenvolvimentos v. Yves Botteman, *Access to DG Competition’s Files Through the Transparency Regulation: An Uphill Battle for Cartel Damage Claimants*, Steptoe & Johnson LLP, 27.3.2014, p. 2.

⁹³ Cfr. realça Alberto Saavedra, *in ob. cit.*, p. 9: “*the leniency mechanism represents the principal source of intelligence and information regarding cartel activities*”.

não divulgação das declarações e documentos relativos à clemência, que é, a proteção da eficácia deste regime⁹⁴.

Por fim, no seu recente Ac. Schenker AG⁹⁵, o TG adotou o entendimento plasmado no anterior caso do TJ, na sequência da Comissão ter declarado um cartel, à escala mundial, relativo a serviços de frete aéreo e aplicado coimas no valor global de € 799.445.000,00. Com efeito, a Schenker AG pediu à Comissão o acesso à totalidade da documentação ou, subsidiariamente, à versão integral da sua decisão ou, pelo menos, à versão não confidencial, fundamentando o seu requerimento com o facto de, alegadamente, os membros do cartel terem pedido uma declaração, em como não estavam obrigados a indemnizá-la, em razão de uma violação das NC e perante um TN. Já a Comissão fundamentou a sua recusa com base nos três regulamentos acima referidos. Para decidir pela verificação da presunção geral, o Tribunal teve em consideração que a divulgação das informações relativas ao programa de clemência “*poderia dissuadir os potenciais requerentes de clemência de fazerem declarações ao abrigo destas comunicações. Com efeito, poderiam encontrar-se numa posição menos favorável do que a das outras empresas participantes no cartel que não tivessem colaborado no inquérito ou tivessem colaborado menos intensamente*”. Finalmente, e quanto à versão não confidencial, o Tribunal entendeu que se encontrava preenchido o requisito do interesse público, do art. 4.º nº 2 *in fine* Regulamento 1049/2001 – conhecer o essencial da informação relativa à atividade da Comissão, no domínio das NC. Se bem que, ao abrigo do art. 30.º do Regulamento 1/2003, a Comissão estaria sempre obrigada a proceder à publicação daquela versão⁹⁶. Desta feita, parece que TJ e TG estão, finalmente, em sintonia.

Resulta evidente a desadequação da legislação vigente, face ao conflito. Efetivamente, o *animus* do Regulamento 1049/2001 reside na transparência da atividade da “administração da União”. No entanto, associamo-nos a Alberto Saavedra⁹⁷, no ponto em que, anteriormente à diretiva, constituía a base legal mais adequada para fundamentar um pedido de acesso dos lesados. No que toca à ilação do Tribunal, retirada ao interpretar os três regulamentos, da existência de uma presunção de preenchimento da exceção prevista no art. 4.º do

⁹⁴ Neste sentido, David Ashon e David Henry, ob. cit., p. 71.

⁹⁵ Ac. do TG, de 7.11.2014, Proc. T-534/11, Schenker AG vs Comissão.

⁹⁶ Tudo segundo os pts. 55 a 57, 85, 92 a 94 e 113 a 117.

⁹⁷ V. p. 25.

primeiro diploma, cumpre-nos acrescentar que se afigura compreensível esta espécie de restrição, tendo em conta o acima referido. Efetivamente, o direito de acesso previsto no Regulamento 1049/2001 é demasiado amplo e as disposições respeitantes à aplicação das regras *antitrust* não devem ser ignoradas. Em todo o caso, dada a natureza da violação, parece-nos que o Tribunal tem sido excessivamente exigente no que respeita ao ónus da prova exigido aos lesados, para ilidirem a aludida presunção e demonstrar um interesse público digno de tutela superior. Como menciona Caroline Cauffman⁹⁸, as DC, particularmente, constituem verdadeiras confissões e, na ausência de uma decisão definitiva, não escassas vezes as vítima ver-se-ão impossibilitadas de provar a existência do cartel, sem tal elemento de prova.

Também a recusa de uma ANC levou o TJ a pronunciar-se, no âmbito de uma questão prejudicial. Estamos a referir-nos ao Ac. Pflaiderer AG⁹⁹, que era cliente das empresas punidas, pela ANC, pela sua participação num cartel, de fixação de preços e limitação de produção no sector decorativo, e pediu o acesso completo ao processo, incluindo aos documentos relativos ao RC, a fim de preparar uma AI. A ANC recusou, ainda que parcialmente, o pedido e o TN condenou-a a conceder-lhe o acesso aos autos, nomeadamente, à prova fornecida pelas empresas requerentes de clemência, na medida em que a sua necessidade de fundamentar o direito à reparação lhe conferia um interesse legítimo, uma vez que se presumia lesado à luz do direito alemão: deduz-se que terá pago preços artificialmente altos, em virtude do acordo anti concorrencial. No entanto, esta decisão foi suspensa e a questão colocada ao TJ – para intentar uma AI, o lesado pelo cartel pode ter acesso às DC e provas fornecidas pelos seus membros, à luz do DCUE? Como pudemos observar, no que toca aos documentos na posse da Comissão, a JU tem sido particularmente exigente, na medida em que tem vindo a considerar que a mera alegação da necessidade de fundamentação de um pedido de indemnização não justifica a indispensabilidade do acesso aos mesmos e, portanto, a existência de um interesse público superior, à luz do art. 4.º nº 2 *in fine* Regulamento 1049/2001. No presente caso, o Tribunal entendeu que o DUE não regulava esta matéria. Assim, e apesar

⁹⁸ *In ob. cit.*, p. 183.

⁹⁹ De 14.6.2011, Proc. C-360/09, Pflaiderer AG vs Bundeskartellamt.

dos TN e ANC estarem obrigados a aplicar os arts. 101.º e 102.º TFUE¹⁰⁰, nem os Tratados, nem o Regulamento 1/2003, estabelecem regras comuns aos EM, quanto aos RC e ao acesso aos seus documentos, na posse de uma ANC. A Comunicação da Comissão relativa ao RC, assim como, a sobre a cooperação entre esta e os TN, na aplicação dos arts. 101.º e 102.º TFUE¹⁰¹, não vinculam os EM, pelo que, segundo o TJ, incumbia a estes regular o direito de acesso, dos lesados por um cartel, aos documentos relativos aos RC. Com sujeição, no entanto, aos seguintes limites, impostos pelo DUE: não tornar a sua aplicação impossível ou excessivamente difícil, nem prejudicarem a aplicação efetiva das regras *antitrust*. Assim, o Tribunal reconheceu relevância, quer aos RC, quer ao exercício do direito à reparação efetiva (que reafirma), sem deixar, no entanto, de mencionar que a eficácia dos primeiros poderia ser afetada pela comunicação dos respetivos documentos às pessoas que pretendam instaurar AI. Assim o DUE não se opõe à divulgação, devendo os EM estabelecer condições que não sejam menos favoráveis do que as aplicáveis a pedidos internos análogos e, no seu exame casuístico, ponderar os interesses protegidos da União, *i.e.*, os que justificam o acesso em detrimento da proteção das informações voluntariamente fornecidas pelos membros dos cartéis¹⁰². Este caso gerou uma grande insegurança jurídica, na medida em que, as condições de divulgação aplicáveis variam, consoante o EM em que o pedido de acesso seja formulado¹⁰³. Por outro lado, e não obstante versar sobre as ANC, parece ser incompatível com a posição da Comissão em não divulgar as DC aos lesados¹⁰⁴. Os RC nacionais têm por base o da Comissão¹⁰⁵ e um lesado por um cartel, declarado pela Comissão, “arrisca-se” a ter um regime de

¹⁰⁰ V. p. 12.

¹⁰¹ Comunicação da Comissão sobre a cooperação entre a Comissão e os tribunais dos Estados-Membros da UE na aplicação dos arts. 81.º e 82.º do Tratado CE (2004/C 101/04), JO de 27.0.2004.

¹⁰² Ps. 19 e ss, em especial, 23 e 30 a 32.

¹⁰³ Neste sentido, Peter Crowther e Michael Holzhäuser, *ECJ Rules on Third Party Access to Leniency Documents: Pfleiderer AG v Bundeskartellamt*, <http://awa2012.concurrences.com/business/article/ecj-rules-on-third-party-access-to>, 20.6.2011, lamentando que o TJ não tenha reforçado o papel da aplicação pública e prevendo efeitos desfavoráveis à cooperação entre a Comissão e as ANC. V., também, Andreas Geiger, *in The end of the EU cartel leniency programme*, <http://www.euractiv.com/future-eu/eu-cartel-leniency-program-analysis-505907>, 2011.

¹⁰⁴ Neste sentido, Caroline Cauffman, *in ob. cit.*, p. 190.

¹⁰⁵ Sobre a influência do DCUE nas NC dos EM v. Maher M. Dabbah, *ob. cit.*, ps. 176 e ss.

difícil acesso aos documentos do programa. No seguimento do caso *Pfleiderer AG*, o TJ tomou a seguinte decisão, no *Ac. Donau Chemie AG*¹⁰⁶: “o princípio da efetividade, opõe-se a uma disposição do direito nacional por força da qual o acesso aos documentos que figuram nos autos respeitantes a um processo nacional relativo à aplicação do artigo 101.º TFUE, incluindo aos documentos comunicados no quadro de um programa de clemência, de terceiros que não são partes nesse processo e que pretendem propor ações de indemnização contra participantes num cartel está subordinado apenas ao consentimento de todas as partes no referido processo, sem que nenhuma possibilidade de ponderar os interesses em presença seja deixada aos órgãos jurisdicionais nacionais”. Assim, ficou claro que a ponderação de interesses deve ser realizada, caso a caso, pelos TN, e não de um modo geral, pelo legislador do EM. Mais esclareceu que, quer a recusa, quer o acesso, totais são suscetíveis de violarem o DCUE: a primeira tornaria o exercício efetivo do direito à reparação impossível ou excessivamente difícil, se o acesso aos documentos na posse da autoridade nacional competente em matéria de concorrência for o único meio de obter a causa de pedir; já o segundo, para além de não ser necessário à luz do princípio da efetividade, contendaria com outros direitos protegidos pelo DUE, como os relativos aos dados pessoais ou aos segredos de negócio. Também nesta última hipótese, segundo o TJ, estariam colocados em causa interesses públicos, designadamente, a proteção dos RC¹⁰⁷. Com esta decisão, o Tribunal reforçou a ideia de que a exposição da empresa que pediu imunidade, face a eventuais AI, é um fator a ser ponderado, aquando da decisão respeitante ao acesso ao processo¹⁰⁸. Fernando Xarepe Silveiro¹⁰⁹ refere que ambos os *Acs. Pfleiderer e Donau Chemie* têm subjacente a tensão entre os lesados e os incentivos indispensáveis para um RC apelativo, sendo que, este conflito deve ser afastado, através da ponderação dos interesses em presença, numa análise casuística, e não recorrendo a soluções extremistas. Acompanhamos esta posição, na medida em que, ambos os interesses, públicos e privados, são tutelados pelo DUE.

¹⁰⁶ De 6.6.2013, Proc. C-536/11, *Bundeswettbewerbsbehörde vs Donau Chemie AG e Outros*.

¹⁰⁷ Ps. 30 a 33, 42, 43 e 49.

¹⁰⁸ V. Sofia Pais, ob. cit., ps. 7 e 10, nt. 78.

¹⁰⁹ *In Comentário de Jurisprudência da União Europeia, Ac. do Tribunal de Justiça da União Europeia de 6 de junho de 2013, no Proc. C-536/11, Donau Chemie, Revista de Concorrência e Regulação*, ano IV, N.ºs 14 e 15, abril/setembro 2013, ps. 453 e 454.

2.2.2 O Trabalho da Comissão

A Comissão tem desempenhado um papel fundamental, não só na aplicação pública das NC relativas aos cartéis, mas também no desenvolvimento da aplicação privada no seio da UE, desde que salvaguardada “*a confidencialidade das declarações das empresas requerentes de clemência*”¹¹⁰.

Em 2005, a Comissão elaborou um Livro Verde¹¹¹ sobre as AI por violação das regras *antitrust*, chamando a atenção para o problema da não efetivação¹¹² do direito à reparação, reconhecido no Ac. Courage¹¹³. Com efeito, identificou como maiores obstáculos as dificuldades de acesso aos documentos que fundamentam o direito à indemnização, apontando várias possibilidades de resolução, entre as quais, a criação de uma obrigação, nomeadamente, para o requerido, de divulgação das provas (“*directamente entre as partes*”¹¹⁴). Não obstante, protegidos que estejam os pedidos de clemência. A Comissão sugeriu, ainda, a suavização do ônus da prova, ou até, a inversão do mesmo, no caso das *follow-on actions*.

O Livro Branco, sobre a mesma tipologia de ações, foi publicado em 2006¹¹⁵. Neste, foi sublinhada, pela Comissão, a necessidade da adoção de medidas, comunitárias e nacionais. Conta, ainda, com propostas várias, entre as quais, a atribuição, aos TN, da faculdade de ordenar a divulgação *inter partis* de documentos, numa dicotomia entre a plausibilidade do pedido de indemnização por danos e a proporcionalidade da tipologia de provas divulgadas. No entanto, o Livro Branco exclui (sem surpresas, de resto) as DC do leque de documentos divulgáveis, ainda que voluntariamente (nesse caso, “*pelo menos até à emissão de uma comunicação de objecções*”¹¹⁶). Com efeito, e como já havíamos observado, a Comissão considera que a divulgação das DC às vítimas poderia prejudicar a eficácia do RC, na medida em que, os requerentes ficariam numa

¹¹⁰ Sofia Oliveira Pais, in “*A União faz a força? Breves reflexões sobre os mecanismos coletivos de reparação no contexto da aplicação privada do direito da concorrência da união*”, *Liber Amicorum em Homenagem ao Prof. Doutor João Mota de Campos*, Coimbra Editora, 2013, p. 880.

¹¹¹ V. p. 14.

¹¹² V. p. 4 do Livro Verde.

¹¹³ V. Wouter PJ Wils, ob. cit., p. 147.

¹¹⁴ V. ps. 5 e 6.

¹¹⁵ V., novamente, p. 14.

¹¹⁶ Livro Branco, ps. 2, 3, 5, 6, 11 e 12 e art. 10.º do Regulamento 773/2004.

posição mais fragilizada e suscetíveis a pedidos de indemnização. Nesse seguimento, as empresas poderiam, não só limitar a informação fornecida, como se abster de recorrer ao programa, continuando a atividade ilegal, o que dificultaria as aplicações pública e privada das NC¹¹⁷. Foi, ainda, proposta a diminuição da responsabilidade civil dos membros dos cartéis que beneficiem de imunidade. Por outro lado, defendeu-se uma regra, semelhando à do art. 16.º do Regulamento 1/2003, comum a todos os EM, relativamente às decisões das ANC e dos TN (de reapreciação das primeiras), que sejam definitivas, *i.e.*, irrecorríveis – irrefutabilidade da declaração da infração. Finalmente, a Comissão sugeriu a combinação dos mecanismos coletivos, de ações representativas e coletivas, para fazer face às dificuldades processuais e ao elevado custo das AI, tendo em conta os pequenos competidores e os consumidores¹¹⁸.

É claro que, para a Comissão, a solução passaria pela adoção de normas comunitárias, que harmonizassem e colmatassem a ausência de regras nacionais apropriadas, que, como refere Assimakis P. Komnimos¹¹⁹, determinem o exercício do direito à reparação, reconhecido pelo DUE. No entanto, somente passados cinco anos desde o Livro Branco, e posteriormente à jurisprudência mencionada *supra*¹²⁰, a Comissão propôs uma diretiva do PE e do Conselho,

¹¹⁷ Posição acompanhada pela ACP, que considera justificável a proteção das DC pelo “*adequado equilíbrio*” das duas formas de aplicação, sem retirar qualquer consequência civil. V. *Comentário da Autoridade da Concorrência Portuguesa ao Livro Branco sobre ações de indemnização por incumprimento das regras comunitárias no domínio Antitrust*, ps. 2 e 3.

¹¹⁸ Ps. 4 e 5. Com efeito, a ausência de mecanismo coletivos eficazes origina a que apenas grandes empresas vejam efetivado o seu direito à reparação. Neste sentido, David Ashon e David Henry, que distinguem várias tipologias de ações coletivas: as propriamente ditas – concentração de pedidos individuais num único pedido, em nome de todos; as *class actions* – interpostas por uma classe de requerente, identificada ou não; as ações representativas – propostas por uma entidade representativa, em nome dos seus membros (por ex. consumidores, no caso de uma associação de consumidores); e as ações ou a ação em grupo, que dizem respeito a um número considerável de indivíduos numa mesma ação ou em várias ações, geridas em grupo, respetivamente, *in ob. cit.*, ps. 128. Podemos ainda distinguir entre dois modelos: *opt-in* e *opt-out actions*. Os indivíduos que quiserem ser parte nas primeira têm que prestar o seu consentimento expresso, enquanto que as segundas são interpostas em nome de indivíduos indeterminados, necessitando estes de tomar medidas para evitar que os efeitos lhes sejam aplicáveis. V. Charlotte Leskinen, *Collective Antitrust Damages Actions in the EU: the Opt-in v. Opt-out Model*, Working Paper IE Law School, 2010, <http://ssrn.com/abstract=1612731>, p. 5.

¹¹⁹ *In ob. cit.*, p. 35.

¹²⁰ V. David Ashon e David Henry, *ob. cit.*, p. 79.

relativa a regras que regem as AI no âmbito do direito nacional por infrações às NC¹²¹. Esta proposta teve três objetivos principais, plasmados no seu art. 1.º: assegurar o exercício efetivo e uniforme do direito à reparação e coordenar as aplicações pública e privada. A Comissão dedicou o capítulo II da proposta à divulgação de elementos de prova¹²², tendo apontado a questão do acesso aos documentos de clemência como a chave da interação das aplicações, no Resumo da Avaliação de Impacto, que acompanhou a proposta de diretiva¹²³. Assim, no art. 5.º desta última, encontrava-se previsto que os TN pudessem ordenar a divulgação, às partes, de documentos na posse da outra ou na de terceiro, desde que, no caso do demandante de uma AI por danos causados por violação das NC, este apresentasse factos e provas à sua disposição, plausíveis de fazer suspeitar que tenha, efetivamente, sido lesado, em consequência de uma conduta ilícita do demandado. A parte que tivesse pedido o acesso teria, sempre, de especificar os documentos e demonstrar a relevância da sua divulgação para a fundamentação do caso. O TN faria um juízo de proporcionalidade, tendo em conta, nomeadamente, os custos que o acesso acarretaria para a outra parte, a probabilidade da existência da violação e o carácter confidencial (ou não) das informações constantes dos elementos de prova. Por fim, a Comissão propôs que os EM pudessem estabelecer regras de acesso mais favoráveis, sem prejuízo dos limites anteriormente referidos, bem como, dos limites, em seguida, expostos. Com efeito, a Comissão estabeleceu duas categorias de documentos inacessíveis ou inutilizáveis¹²⁴ para efeitos de AI: DC e propostas de transação (art. 6.º n.º 2). Mais dispôs, no n.º 3 do art. 6.º, que a informação preparada por uma pessoa, singular ou coletiva, especificamente, para um processo da autoridade da concorrência, bem como, a elaborada por aquela, no âmbito de um determinado caso, apenas poderia ser divulgada após o seu *terminus* e quando vise fundamentar um pedido de indemnização (ainda que a ela tenha acesso, por via do exercício

¹²¹ V. p. 9.

¹²² Que, segundo Fernando Xarepe Silveiro, *in ob. cit.* p. 455, tem uma ligação “umbilical” com a proposta, no tocante à questão do “*melhor modelo de disponibilização dos documentos relacionados com pedidos de clemência*”.

¹²³ V. p. 9 e Resumo da Avaliação de Impacto, p. 5.

¹²⁴ Caso o acesso seja permitido, por via do exercício de direitos de defesa – 27.º Regulamento 1/2003.

de um direito de defesa)¹²⁵. Importa, ainda, referir que a proposta conta com uma disposição referente ao carácter vinculativo das decisões definitivas das ANC e dos TN de recurso (art. 9.º).

A proposta mereceu os pareceres favoráveis da CAJ e da CMIPC, que se congratularam pela regulação da matéria, após dez anos de avanços e recuos¹²⁶. Não obstante, a negação absoluta do acesso, das vítimas, às DC e propostas de transação mereceu as críticas da CAJ – “nenhuma categoria de documentos deverá ser excluída de uma avaliação da possibilidade de divulgação” – segundo a qual, os RC não devem proteger as empresa participantes mais do que o necessário¹²⁷. Já a CMIPC foi do parecer que qualquer elemento de prova fornecido por um requerente de clemência deve estar totalmente protegido. Por outro lado, criticou o facto da proposta não prever a implementação de mecanismos horizontais de ação coletiva: “apenas 25 % de processos de cartéis conduzem a ações de indemnização na União Europeia, há que envidar mais esforços para encorajar os consumidores a exercerem os seus direitos”¹²⁸.

2.2.3 Efeitos da Ausência de Regulação

A ausência de regulação, por parte do DUE, das AI pelos danos causados por violações das regras *antitrust* originou, segundo o diagnóstico realizado pela Comissão, “condições de concorrência desiguais no mercado interno”¹²⁹. Com efeito, se EM há onde os mecanismos, individuais ou coletivos, se afiguram insuficientes para um exercício efetivo do direito à reparação, noutros a regulação é, praticamente, inexistente. De facto, este último cenário constituía o paradigma geral nos anos 90, como refere Assimakis P. Kommninos¹³⁰. Claro está que o desenvolvimento da JU influenciou os ordenamentos jurídicos estaduais, nesta matéria. Alguns EM já possuem, inclusivamente, um

¹²⁵ V. arts. 7.º da Proposta e 27.º Regulamento 1/2003.

¹²⁶ V. Relatório sobre a proposta de diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a certas regras que regem as ações de indemnização no âmbito do direito nacional por infrações às disposições do direito da concorrência dos Estados-Membros e da União Europeia (COM(2013/0404, C7-0170/2013, 2013/0185(COD)), PE, Documento de Sessão, 4.2.2014, ps. 34 e 58.

¹²⁷ Ps. 34 e 35 do Relatório.

¹²⁸ P. 58 do Relatório.

¹²⁹ V. Resumo de Avaliação de Impacto que acompanha a proposta da Comissão (p. 9) e p. 4.

¹³⁰ *In ob. cit.* p. 37.

regime considerado favorável aos demandantes. É o caso do Reino Unido¹³¹, que, por ex., criou um Tribunal de Recurso da Concorrência (CAT), competente para conhecer AI, quando haja uma decisão prévia da ANC (OFT) ou da Comissão, a declarar a infração, sem prejuízo da competência e do direito à tutela dos TN ordinários. Por qualquer das vias, nas *follow-on actions*¹³², o ónus da prova do autor apenas recai sobre o nexo de causalidade e o dano¹³³. Também foi o primeiro EM a regular, especificamente, as ações coletivas em caso de violação das NC – ações representativas perante o CAT¹³⁴. No que toca à divulgação dos documentos de clemência, a ANC vê com resistência esta possibilidade, para efeitos da propositura de ações contra os requerentes, muito embora o regime de divulgação inglês seja, tendencialmente, amplo¹³⁵. No entanto, a jurisprudência britânica tem baseado as suas decisões nas circunstâncias concretas, como indicam Philippe Chappatte e Paul Walter, no caso National Grid¹³⁶. Já em Portugal, a aplicação privada das NC continua a ser uma miragem e o escasso número de AI detetadas é esclarecedor. Com efeito, e em jeito comparativo relativamente aos exs. mencionados acerca do regime britânico, diga-se que a decisão declarativa da infração, no âmbito da aplicação pública, é apreciada livremente pelo Tribunal e o autor tem que alegar e provar todos os requisitos da responsabilidade civil¹³⁷. Portugal dispõe, ainda, de um Tribunal (de competência territorial alargada) da Concorrên-

¹³¹ Neste sentido, v. p. 4 do Resumo de Avaliação de Impacto da Comissão, bem como, Assimakis P. Komninos, *in ob. cit.*, p. 37.

¹³² V. p. 22.

¹³³ V. Philippe Chappatte e Paul Walter, *in The Cartels and Leniency Review*, Law Business Research, Lts., 4ª Edição, 2016, p. 397.

¹³⁴ V. Commission Staff Working Paper, Annex to the Green Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules, COM(2005) 672 final, 2005, p. 55.

¹³⁵ V. Applications for leniency and no-action in cartel cases, OFT's detailed guidance on the principles and process, junho 2013, https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/284417/OFT1495.pdf, ps. 69 e 70; e Enterprise Act 2002, Part 9. Sobre o amplo poder dos Tribunais ingleses para ordenar a apresentação de documentos, v. Denis Waelbroeck, Donald Slater e Gil Even-Shoshanp, Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules – Comparative Report, 2004, p. 4.

¹³⁶ *In ob. cit.*, ps. 391 e 392.

¹³⁷ V. Leonor Rossi e Miguel Sousa Ferro, *ob. cit.*, ps. 127 e 130; Ac. do TRL, de 9.4.2013, Proc. 627/09.5TVLSB.L1-I; e Inês Gouveia e Luís do Nascimento Ferreira, *in The International Comparative Legal Guide to: Cartels & Leniency 2017 – A practical cross-border insight into cartels and leniency*, 10ª Edição, 2017.

cia, Regulação e Supervisão (TCRS), competente para conhecer dos recursos, revisões e execuções das decisões da ANC e das entidades reguladoras sectoriais¹³⁸. Apesar de se verificar uma preferência comunitária pelas *opt-in actions*, este não é o modelo seguido por Portugal, na nossa ação para tutela de interesses difusos, mais conhecida por ação popular¹³⁹. No entanto, como afirmam Leonor Rossi e Miguel Sousa Ferro, em teoria, seria um instrumento eficaz para o exercício efetivo do direito à reparação por danos causados por violação das NC, não fossem as barreiras monetárias, legais e culturais¹⁴⁰. Quanto ao acesso às DC, o art. 85.º Lei 19/2012¹⁴¹ classifica-as como confidenciais e condiciona, à autorização do requerente, a sua divulgação a terceiros¹⁴².

A ausência e/ou a disparidade das regras nacionais da concorrência é, pois, suscetível de gerar desigualdades entre concorrentes e consumidores, que vêm a sua posição reforçada ou fragilizada, consoante as opções legislativas tomadas¹⁴³.

Segundo dados da Comissão¹⁴⁴, entre 2006 e 2012, apenas cerca de 25% das suas decisões foram seguidas de AI que, na grande maioria dos casos, ocorreram no Reino Unido, na Alemanha e na Holanda.

2.3 A Diretiva 2014/104/EU e a Proibição da Divulgação das Declarações de Clemência

A 26 de novembro de 2014, o PE e o Conselho adotaram a diretiva referida em epígrafe – relativa a certas regras que regem as ações de indemnização no âmbito do direito nacional por infrações às disposições do direito da con-

¹³⁸ V. art. 112.º da Lei n.º 62/2013, de 26 de agosto.

¹³⁹ Art. 31.º Código de Processo Civil. V. Commission Staff Working Paper Annex to the Green Paper, p. 56.

¹⁴⁰ Para mais desenvolvimentos, v. *Private Enforcement of Competition Law in Portugal (II): Actio Popularis – Facts, Fictions and Dreams*, in *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano IV, Nº 13, janeiro/março, 2013, Almedina, ps. 74 e ss.

¹⁴¹ V. p. 13.

¹⁴² O que contraria, em certa medida, o plasmado no Ac. Donau Chemie AG, como vimos na p. 28.

¹⁴³ Cfr. Resumo de Avaliação de Impacto da Comissão, p. 4 e parecer da CAJ, constante do Relatório.

¹⁴⁴ *The Commission's proposal for a Directive on Antitrust Damages Actions*, 2013, http://www.bruegel.org/fileadmin/bruegel_files/Events/Presentations/130620_CPL/Carles.pdf.

corrência dos Estados Membros e da União Europeia¹⁴⁵ – cujo conteúdo não difere, substancialmente, da proposta apresentada pela Comissão. Pretende assegurar um exercício efetivo e igualitário às vítimas dos infratores das NC, através da criação de regras articulatórias das aplicações pública e privada. Primeiramente à análise das disposições relativas à divulgação dos elementos de prova, cumpre-nos enunciar as restantes principais previsões desta regulação inovadora: dispõe que o direito à indemnização engloba a reparação integral¹⁴⁶; adota os princípios da efetividade e da equivalência, nos mesmos termos plasmados no Ac. Pflaenderer AG¹⁴⁷ (art. 2.º); estabelece a irrefutabilidade, para efeitos de AI, da decisão definitiva de uma ANC ou TN de recurso, que declare uma infração das NC (art. 9.º); prevê a obrigação dos EM estabelecerem prazos de prescrição para a interposição de AI, com os limites dos arts. 10.º, 11.º e 18.º; e regula a responsabilidade solidária das empresas infratoras, ou seja, a possibilidade dos lesados exigirem, a qualquer um dos infratores, a reparação integral dos seus danos (com exceção das PME, nos termos previstos), sem prejuízo de eventuais direitos de regresso, em função da responsabilidade relativa de cada infrator, e do regime especial das empresas beneficiárias de dispensa de coima, segundo o qual, respondem solidariamente perante os seus adquirentes ou fornecedores, diretos e indiretos (que adquirem através dos primeiros) e só serão responsáveis perante os demais lesados pelo cartel, se os restantes membros estiverem impossibilitados de os reparar, integralmente (responsabilidade subsidiária) – art. 11.º. Com efeito, segundo o art. 12.º n.º 1, tem legitimidade ativa para intentar uma AI quem sofreu dano, independentemente da sua qualidade de adquirente. Mais prevê a diretiva que os EM criem regras processuais que previnam a reparação excessiva, *i.e.*, que ultrapasse o dano de custo adicional¹⁴⁸ – sem prejuízo do direito à reparação dos lucros cessantes devidos à repercussão, total ou parcial, dos custos adicionais –, bem como, a reparação múltipla, obrigando os TN a ter em conta outras AI, interpostas, designadamente, por demandantes de outros níveis da cadeia de abastecimento, sobre a mesma infração, e

¹⁴⁵ V. p. 10.

¹⁴⁶ Posição anterior à infração. Assim, no seu art. 3.º, a diretiva clarifica que as vítimas têm direito a ser indemnizadas pelos “lucros cessantes”.

¹⁴⁷ V. p. 27.

¹⁴⁸ Diferença entre o preço pago e o preço que seria praticada, na ausência da infração.

informações relevantes que, no âmbito da aplicação pública, sejam divulgadas (arts. 12 e 15.º). Facilita o ónus da prova da repercussão dos custos adicionais, ao adquirente indireto, sem prejuízo da prova da repercussão no adquirente direto, podendo “razoavelmente” ser requerida a divulgação de informações, por parte do demandado ou de terceiro (art. 14.º). Atribui relevância à repercussão, total ou parcial, dos custos adicionais, pelo demandado, cabendo-lhe a este alegá-la e prová-la, como meio de defesa (art. 13.º). Estabelece a presunção (ilidível) de que os cartéis geram danos, sendo que, os TN passam a ser competentes para elaborar o respetivo cálculo, se tal for impossível ou excessivamente difícil para as vítimas¹⁴⁹. Finalmente, a diretiva valoriza as transações amigáveis, ou seja, para além da parte do co infrator ser deduzida do pedido de indemnização, os restantes não terão direito de regresso sobre ele, relativamente ao remanescente dos danos.

Como pudemos constatar, o LU, na sequência do proposto pela Comissão¹⁵⁰, teve em especial atenção os beneficiários do RC, limitando a sua responsabilidade civil. Foi, portanto, aberto, ao nível do DUE, um novo paradigma, na medida em que aquele programa deixou de produzir efeitos apenas no âmbito da aplicação pública e passou a influir na indemnização devida às vítimas dos cartéis. Para Christian Kersting¹⁵¹, o facto deste privilégio derivar, automaticamente, da decisão de clemência implica que os afetados negativamente, designadamente, os co infratores e as vítimas, sejam ouvidos, pois têm o direito a uma decisão correta. Não obstante, um regime desta natureza já era aplicado, internamente, pela Hungria e, externamente, pelos EUA. Com efeito, na Hungria, a responsabilidade da empresa imune é subsidiária e, nos EUA, os requerentes de clemência respondem, unicamente, pelos danos que causarem de forma direta¹⁵².

¹⁴⁹ V. Comunicação da Comissão, sobre a quantificação dos danos nas ações de indemnização com base nas infrações aos artigos 101.º e 102.º TFUE.

¹⁵⁰ V. p. 40 da Proposta.

¹⁵¹ *In Practical Difficulties with Privileging the Successful Leniency Applicant in Relation to the Injured Parties, Proposal for a Private Enforcement Directive, COM(2013) 404 final*, Heinrich Heine University, 28.9.2013, ps. 1 e 2.

¹⁵² V. Caroline Cauffman, *in ob. cit.* ps. 203 e 203; e Catarina Marvão e Giancarlo Spagnolo, *On Leniency, Damages and Deterrence*, Forum for Research on Eastern Europe and Emerging Economies Policy Brief Series, 2015, ps. 4 e 5.

Como já foi referido, a diretiva dedica os seus arts. 5.º a 8.º à disciplina das condições de divulgação de elementos de prova. Os nºs 1 a 3 do art. 5.º introduzem a cláusula geral de acesso, ladeada por um juízo de proporcionalidade, proposta pela Comissão¹⁵³. No âmbito deste diploma, os TN deverão ter competência para ordenar a divulgação de informações confidenciais, na medida em que, sejam relevantes para as AI, referindo, expressamente, que “*o interesse das empresas em evitar ações de indemnização na sequência de uma infração ao direito da concorrência não constitui interesse que justifique proteção*”¹⁵⁴. Não obstante, o LU teve em consideração o interesse na salvaguarda dos RC, ao manter a proteção absoluta das DC (art. 6.º nº 6):

“Os Estados-Membros asseguram que, para efeitos de ações de indemnização, os tribunais nacionais não possam em nenhum momento ordenar a uma parte ou a um terceiro a divulgação das seguintes categorias de informação:

- a) As declarações de clemência, e*
- b) As propostas de transação.”*

Assim, os demandantes apenas poderão ter acesso à DC e propostas de transação, exclusivamente, para confirmarem a sua categoria, de acordo com as definições fornecidas pelo art. 2.º da diretiva (nº 7 do art. 6.º). O legislador reforçou, ainda, que a decisão do TN deverá observar a especificidade do pedido, o facto da parte requerer o acesso no âmbito de uma AI e a necessidade de salvaguardar a efetividade da aplicação pública (nº 4 do art. 6.º). No art. 6.º nº 5 encontra-se prevista a chamada lista cinzenta (*gray list*) de documentos, *i.e.*, aqueles que apenas poderão ser divulgados após o *terminus* do processo da autoridade da concorrência, pois dele fazem parte integrante. Apenas a pessoa (ou sua sucessora) que tenha tido acesso a documentos, não incluídos nas referidas listas, poderá utilizá-los numa AI (art 7.º nº 3). Quanto às restantes, a violação das disposições *supra* referidas acarreta a inadmissibilidade, para efeitos de utilização, e sanções, podendo o Tribunal, inclusivamente, dar os factos como provados e julgar improcedentes os pedidos ou os meios de defesa (arts. 7.º e 8.º).

¹⁵³ V. p. 30.

¹⁵⁴ Art. 5.º nº 5 da Diretiva. Em consonância com o caso CDC Hydrogene Peroxide, v. p. 24.

Os EM têm até 27 de dezembro de 2016 (art. 21.º) para transpor a diretiva. Ultrapassado este prazo, os lesados passarão a poder invocá-la perante um TN, contra o Estado (*latu sensu*) e enquanto parâmetro interpretativo da lei nacional, por parte das autoridades do EM, no âmbito de um litígio entre particulares¹⁵⁵.

Procurou-se, assim, resolver o conflito de interesses entre as aplicações pública e privada, estabelecendo uma lista negra de documentos, intimamente ligados ao RC. Esta solução colide com a jurisprudência do TJ (casos *Pfleiderer AG* e *Donau Chemie AG*)¹⁵⁶, na medida em que, segundo a mesma, uma solução desta índole viola o DCUE¹⁵⁷. No entanto, o Tribunal partiu de um quadro de ausência de legislação europeia na matéria. Andreas Schwab fala de um “*trilemma*”¹⁵⁸. Se, por um lado, o direito à reparação é reconhecido pela jurisprudência do TJ (e agora pela Diretiva 2014/104/EU) e o exercício efetivo desse direito é, também ele, necessário à prevenção geral¹⁵⁹, há que proteger a eficácia dos RC e as informações entendidas como confidenciais, fornecidas pelas empresas requerentes, como os segredos do negócio. Efetivamente, já vimos que a clemência é um aliado mais que precioso no que toca à deteção de cartéis. É, portanto, uma aplicação pública que serve a privada (*follow-on actions*). A questão é: foi encontrado o equilíbrio desejável entre estas forças? Uma outra solução seria a alteração do RC, estabelecendo uma relação ainda mais vincada com a questão da responsabilidade, por via da sua isenção total ou, pelo contrário, pela exigência do pagamento de

¹⁵⁵ Efeito direto vertical das diretivas (art. 288.º TFUE e *Acs. Van Duyn e Ratti*) e princípio da interpretação conforme. Para mais desenvolvimentos, V. Sofia Oliveira Pais, *Algumas Reflexões sobre o Princípio da Interpretação Conforme no Contexto da “Transposição Judicial” das Diretivas*, *Revista da Faculdade e Direito da Universidade do Porto*, Ano VII, 2010, ps. 494 e ss, em especial, p. 517.

¹⁵⁶ V. ps. 26 a 28.

¹⁵⁷ Neste sentido, Fernando Xarepe Silveiro, *ob. cit.*, p. 456, que realça o facto da proposta se referir ao princípio da efetividade, quando tem sido esse o fundamento do TJ para condenar as legislações nacionais que recusam o acesso, que agora se consagra da diretiva.

¹⁵⁸ *In Finding the Right Balance – the Deliberations of the European Parliament on the Draft Legislation Regarding Damage Claims*, *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 5, Nº 2, 2014, ps. 65 e ss. Também este autor entende que os TN não devem ser privados de uma ponderação das circunstâncias que justificam ou não a divulgação, caso a caso, igualmente mediante a audição de ambas as partes.

¹⁵⁹ Neste sentido, Sofia Oliveira Pais, *ob. cit.*, p. 148.

parte da indemnização devida aos lesados. Para Joaquín Almunia¹⁶⁰, a proibição da divulgação das DC e a limitação da responsabilidade dos requerentes possibilitam à diretiva atingir o seu objetivo, *i.e.*, o equilíbrio atrás mencionado. Com efeito, o Ex-comissário Europeu para a Concorrência “*do not see why a competition authority should reduce a fine to a company just because the same company may ‘voluntarily’ have paid damages to some victims of its infringement*” e coloca em evidência o facto deste diploma reforçar a atratividade dos RC, sem os quais as vítimas não lograriam um indemnização. O papel daqueles programas, conjugado com o carácter ora irrefutável das decisões definitivas dos aplicadores públicos, facilitarão a efetividade do direito à reparação, por parte dos particulares. Não obstante, limitar o exercício dos lesados às *follow-on actions* pode impossibilitar a reparação. Vejamos o caso de uma PME, cujo balanço total anual pode não exceder os 2 milhões de euros (microempresa)¹⁶¹. Do fornecimento da DC até à decisão definitiva sobre a existência da infração pode haver um grande lapso temporal. E, como já vimos¹⁶², da decisão à respetiva publicação pode durar outro tanto. De acordo com a diretiva, a PME não pode ter acesso à DC, o que dignifica, como admite Joaquín Almunia, que terá de esperar pela decisão final para intentar uma ação pelos danos que tiver sofrido, em consequência do cartel, e apesar de não ter que provar o ilícito, terá sempre que provar o nexo de causalidade e os danos. Este processo, dependendo do EM, poderá demorar, por sua vez, mais ou menos tempo. E, dependendo, ainda, dos danos sofridos, pode nem chegar a ser interposta AI, pois à data da decisão definitiva, a PME já foi “expulsa” do mercado, uma vez que não conseguiu “sobreviver” aos prejuízos. O que pretendemos com isto dizer é que, principalmente para as PME (e para os próprios consumidores, por maioria de razão), o fator tempo pode ser determinante e as soluções exposta na diretiva, que pretendem assegurar a reparação integral, a quaisquer pessoas, podem antes proteger, meramente, os RC. Não por razões de prescrição – aspeto, aliás, resolvido pela diretiva, ao fazer interromper ou suspender

¹⁶⁰ Discurso na College of Europe’s Global Competition Law Centre Annual Conference, de 7.11.2013, sobre *Antitrust damages in EU Law and Policy*, disponível em http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-13-887_en.htm.

¹⁶¹ V. art. 2.º do anexo à Recomendação da Comissão relativa à definição de micro, pequenas e médias empresas de 6.5.2003 (2003/361/CE).

¹⁶² V. p. 24.

o prazo com a abertura de um processo de aplicação pública (art. 10.º n.º 4) – mas por razões económicas. Assim, não nos parece que a diretiva estabeleça um justo equilíbrio entre as aplicações pública e privada. Com efeito, antes faz depender a segunda da primeira. E, se a vertente preventiva da violação é importante, a reparadora afigura-se (cada vez mais, dada a atual conjuntura económica) fundamental. Por esse motivo, não podemos concordar com a afirmação citada *supra*. Não obstante, a redução da responsabilidade civil, acrescida à imunidade de coima, asseguram uma grande apelatividade aos programas, não se afigurando necessário, nem desejável, negar, em absoluto, o acesso das vítimas às DC. Embora detenham um carácter sensível e tendencialmente confidencial, acompanhamos Andreas Schwab, no entendimento segundo o qual nenhum documento deve ser excluído à ponderação, casuística, do conflito de interesses em presença do TN (não excluindo uma eventual audição das partes). O argumento da segurança jurídica não pode, pois, sobrepor-se ao da efetividade, nesta matéria.

Conclusão

Qualquer das soluções alternativas anteriormente apontadas parece inalcançável, talvez porque o LU já tenha ido, ele próprio, longe demais. Com efeito, reduzir o espectro da responsabilidade civil das empresas beneficiárias de clemência e, ao mesmo tempo, colocar na lista negra (do regime de divulgação de informações e documentos) as DC será um golpe duro para a, pouco significativa, aplicação privada da UE. Aliás, esta lista parece contrariar, inclusivamente, a jurisprudência do TJ, que defendeu a ponderação casuística de interesses, em vez de uma regra absoluta, incompatível com o DUE. Para além do que, dado o sucesso já consolidado do RC, associado, a partir de agora, à limitação da responsabilidade civil dos lesantes – que aplaudimos – não se compreende necessária a inacessibilidade total. Também a não introdução de uma ação coletiva, nas AI por danos causados por violações das NC, fará com que as PME e os consumidores, designadamente, que tenham sede ou residam em EM com legislação insuficiente na matéria, continuem a ser prejudicados, face aos restantes. No entanto, dada a diversidade de ordenamentos e tradições jurídicas existentes, entende-se que a criação de meca-

nismos de ação coletiva eficientes fique a cargo dos EM. Finalmente, e na sua globalidade, a adoção desta diretiva é, franca e largamente, positiva para o desenvolvimento da aplicação privada na UE, prevendo-se, em especial, um aumento das *follow-on actions*.

Bibliografia

- ADKINS, BERNARDINE/BEIGHTON, SAMUEL
– *Private Antitrust Litigation – Jurisdictional Comparisons*, European Lawyer Reference, 2013
- ASHTON, DAVID/HENRY, DAVID
– *Competition Damages Action in the EU – Law and Practice*, economics contribution from MAIER – RIGAUD, FRANK/SCHAWALBE, ULRICH, Elgar, Competition Law and Practice, 2013
- BOTTEMAN, YVES
– *Access to DG Competition’s Files Through the Transparency Regulation: An Uphill Battle for Cartel Damage Claimants*, publicação de Steptoe & Johnson LLP, disponível em <http://www.steptoelaw.com/resources-detail-9463.html>, 27.3.2014
- BUCCIROSSI, PAOLO/MARVÃO, CATARINA/SPAGNOLO, GIANCARLO
– *Leniency and Damages*, Working Paper N° 32, Stockholm Institute of Transition Economics, fevereiro 2015
- CAMPOS, JOÃO MOTA DE/CAMPOS, JOÃO LUIZ MOTA DE
– *Manual de Direito Comunitário*, Coimbra Editora, 5ª Edição, 2007
- CAUFFMAN, CAROLINE
– *The Interaction of Leniency Programmes and Actions for Damages*, in *The Competition Law Review*, 7º Vol., Issue 2, julho 2011
- CARMELIET, TINE
– *How lenient is the European leniency system? An overview of current (dis)incentives to blow the whistle*, *Jura Falconis* Jg. 48, 2011-2012, N° 3
- CHAPPATTE, PHILIPPE/WARTER, PAUL
– *United Kingdom*, in *The Cartels and Leniency Review*, Editor Chistine A. Verney, Law Business Research, Lts., 4ª Edição, 2016
- CISOTTA, ROBERTO
– *Some Considerations on the Last Developments on Antitrust Damages Actions and Collective Redress in the European Union*, in *The Competition Law Review*, 10º Vol., 1ª Edição, 2014
- CROWTHER, PETER/HOLZHÄUSER, MICHAEL
– *ECJ Rules on Third Party Access to Leniency Documents: Pfeleiderer AG v Bundeskartellamt*, disponível em <http://awa2012.concurrences.com/business/article/ecj-rules-on-third-party-access-to>, 20.6.2011
- GEIGER, ANDREAS
– *The end of the EU cartel leniency programme*, disponível em <http://www.euractiv.com/future-eu/eu-cartel-leniency-program-analysis-505907>, 24.6.2011
- GOUVEIA, INÊS/FERREIRA, LUÍS DO NASCIMENTO
– *The International Comparative Legal Guide to: Cartels & Leniency 2017 – A practical cross-border insight into cartels and leniency*, 10ª Edição, 2017
- GUERRIN, MAURICE/KYRIAZIS, GEORGIOS
– *Cartels: Proof and Procedural Issues*, in *Fordham International Law Journal*, 16º Vol., 2ª Edição, 2º artigo, disponível em <http://ir.lawnet.fordham.edu/ilj/voll6/iss2/2>, 1992

GUILLERMIN, GUY

- *Un Traité en Trompe L'ŒIL, in Le Traité de Lisbonne – Reconfiguration ou Déconstitutionnalisation de l'Union Européenne?*, Bruylant, 2009

HAYEK, FRIEDRICH A.

- *Individualism and Economic Order*, The University Of Chicago Press, 1948

JONES, ALISON/SUFRIN, BRENDA

- *EC Competition Law*, Oxford University Press, 3ª Edição, 2008

KERSE, C. S.

- *EEC Antitrust Procedure*, 2ª Edição, European Law Centre Ltd., 1988

KERSTING, CHRISTIAN

- *Practical Difficulties with Privileging the Successful Leniency Applicant in Relation to the Injured Parties, Proposal for a Private Enforcement Directive, COM(2013) 404 final*, Heinrich Heine University, 28.9.2013

KOKKORIS, IOANNIS/OLIVARES-CAMINAL, RODRIGO

- *Antitrust Law amidst Financial Crises*, Cambridge University Press, 2010

KOMNIMOS, ASSIMAKIS P.

- *Private Antitrust Damages Actions in the EU: Second Generation Questions*, in *Revista de Regulação e Concorrência*, Ano III, Nº 9, janeiro/março 2012, Almedina

LESKINEN, CHARLOTTE

- *Collective Antitrust Damages Actions in the EU: the Opt-in v. Opt-out Model*, Working Paper IE Law School, 2010, disponível em <http://ssrn.com/abstract=1612731>

LESLIE, CHRISTOPHER R

- *Editorial – Antitrust Leniency Programmes*, in *The Competition Law Review*, 7º Vol., Issue 2, July 2011

LOPEZ, FERNANDO PEÑA

- *Issues and Problems Regarding E.U. Competition Law Private Enforcement: Damages and Nullity Actions*, in *The USV Annals of Economics and Public Administration*, 13º Vol., Edição 1(17), 2013

MOTTA, MASSIMO

- *Competition Policy – Theory and Practice*, Cambridge University Press, 2004

PAIS, SOFIA OLIVEIRA

- *Algumas Reflexões sobre o Princípio da Interpretação Conforme no Contexto da “Transposição Judicial” das Diretivas*, *Revista da Faculdade e Direito da Universidade do Porto*, Ano VII, 2010
- *Entre Inovação e Concorrência – Em Defesa de um Modelo Europeu*, Universidade Católica Editora, 2011
- *Entre clemência e responsabilidade – Uma história de sucesso? – Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 14.06.2011, Proc. C-360/09*, in *Cadernos de Direito Privado*, Nº 37, janeiro/março, 2012
- *Acórdão do Tribunal de Justiça de 30 de setembro de 2003 – Proc. C-224/01 Gerhard Köbler c. Republik Österreich*, in *Princípios Fundamentais de Direito da União Europeia – Uma Abordagem Jurisprudencial*, 2ª Edição, Almedina, 2012
- *Direito da União Europeia – Legislação e Jurisprudência Fundamentais*, 2ª Edição, Quid Juris – Sociedade Editora, 2013
- *“A União faz a força? Breves reflexões sobre os mecanismos coletivos de reparação no contexto da aplicação privada do direito da concorrência da união”*, in *Liber Amicorum em Homenagem ao Prof. Dou-*

- tor João Mota de Campos*, coordenação de Pereira, António Mesquita/Antunes, Henrique Sousa/Ribeiro, Manuel de Almeida/Pais, Sofia Oliveira, Coimbra Editora, 1ª Edição, 2013
- *Estudos de Direito da União Europeia*, 3ª Edição, Almedina, 2014
- RAMOS, RUI MANUEL MOURA
- *Constituição Europeia e Constituição da República Portuguesa*, in *A Europa e os Desafios do Século XXI – Conferência Internacional*, Almedina, 2008
- ROSSI, LEONOR/FERRO, MIGUEL SOUSA
- *Private Enforcement of Competition Law*, in *Portugal (I): An Overview of Case-law*, in *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano III, Nº 10, abril/junho 2012, Almedina
 - *Private Enforcement of Competition Law in Portugal (II): Actio Popularis – Facts, Fictions and Dreams*, in *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano IV, Nº 13, janeiro/março 2013, Almedina
- SAAVEDRA, ALBERTO
- *The Relationship Between the Leniency Programme and Private Actions for Damages at the EU Level*, in *Revista de Concorrência e Regulação*, 1.12.2010
 - *Access by National Courts and Private Plaintiffs to Leniency Documents Held by the Commission*, in *Revista de Concorrência e Regulação*, Nº 10, Ano III, abril/junho 2012
- SCHWAB, ANDREAS
- *Finding the Right Balance – the Deliberations of the European Parliament on the Draft Legislation Regarding Damage Claims*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 5º Vol., Nº 2, 2014
- SILVA, MIGUEL MOURA E
- *Direito da Concorrência – Uma introdução Jurisprudencial*, Almedina, 2008
- SILVEIRO, FERNANDO XAREPE
- *Comentário de Jurisprudência da União Europeia*, Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 6 de junho de 2013, no Proc. C-536/11, *Donau Chemie*, in *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano IV, Nºs 14 e 15, abril/setembro, 2013
- SOARES, ANTÓNIO GOUCHA
- *A aplicação descentralizada das normas comunitárias da Concorrência: o sistema de competências paralelas estabelecido pelo Regulamento n.º 1/2003*, in *Concorrência – Estudos*, sob a sua coordenação e de Marques, Maria Manuel Leitão, Almedina, 2006
- STEFANO, GIANNI DE
- *Access of Damage Claimants to Evidence Arising out of EU Cartel Investigations: A Fast-evolving Scenario*, in *Global Competition Litigation Review*, 3ª Edição, 2012
- WHISH, RICHARD/BAILEY, DAVID
- *Competition Law*, Oxford University Press, 1ª Edição, 2012
- WILS, WOUTER PJ
- *Efficiency and Justice in European Antitrust Enforcement*, Hard Publishing, 2008

Legislação

- Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia
- Sherman Act, 1890

- Comunicação relativa à não imposição ou redução das coimas nos processos relativos a cartéis, JO C 207, de 18.7.1996
- Competition Act, 1998
- Protocolo relativo ao Estatuto do Tribunal de Justiça, anexo (entre outros) ao Tratado da União Europeia, assinado em Nice em 26 de fevereiro de 2001 e publicado no JO de 10.3.2001
- Regulamento (CE) nº 1049/2001, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 30.5.2001, relativo ao acesso do público aos documentos do Parlamento Europeu, do Conselho e da Comissão, JO de 31.5.2001
- Enterprise Act, 2002
- Comunicação da Comissão relativa à imunidade em matéria de coimas e à redução do seu montante nos processos relativos a cartéis, JO C45/3, de 19.2.2002
- Regulamento (CE) nº 1/2003 do Conselho, de 16.12.2002, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81.º e 82.º do Tratado, JO de 4.1.2003
- Recomendação da Comissão Relativa à Definição de Micro, Pequenas e Médias Empresas de 6.5.2003 (2003/361/CE), JO de 20.5.2003, L 124/36
- Regulamento (CE) nº 773/2004, da Comissão, de 7.4.2004, relativo à instrução de processos pela Comissão para efeitos dos artigos 81.º e 82.º do Tratado CE, JO de 27.4.2004
- Comunicação da Comissão (2004/C 101/07), Orientações sobre o conceito de afetação do comércio entre Estados-Membros previsto nos artigos 81.º e 82.º do Tratado, JO de 27.4.2004
- Comunicação da Comissão sobre a cooperação entre a Comissão e os tribunais dos Estados-Membros da UE na aplicação dos artigos 81.º e 82.º do Tratado CE (2004/C 101/04), JO C 101/54, de 27.4.2004
- Comunicação da Comissão Relativa à imunidade em matéria de coimas e à redução do seu montante nos processos relativos a cartéis (2006/C 298/11), JO de 8.12.2006
- Comunicação da Comissão sobre boas práticas para a instrução de processos de aplicação dos artigos 101.º e 102.º do TFUE (2011/C 308/06), JO C 308/6, de 20.10.2011
- Lei nº 19/2012, de 8 de maio
- Comunicação da Comissão, sobre a 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, C(2013) 3440, JO de 13.06.2013, C 167/19
- Código de Processo Civil, Lei nº 41/2013, de 26 de junho
- Lei nº 62/2013, de 26 de agosto
- Diretiva 2014/104/EU do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de novembro de 2014, JO de 5.12.2014

Jurisprudência

- Acórdão do TJ, de 13.7.1966, Procs. apensos 56/64 e 58/64, *Établissements Consten SARL vs Grundig-V.kaufs-GmbH*

- Acórdão do TJ, de 14.7.1972, Proc. 48/69, Imperial Chemical Industries Ltd vs Comissão
- Acórdão do TJ, de 16.2.1975, Procs. apensos 40 a 48/73, 50/73, 54 a 56/73, 111/73, 113 e 114/73, Suilker Unie vs Comissão
- Acórdão do TJ, de 31.3.1993, Procs. apensos C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 e C-125/85 a C-129/85, Ahlström Oy vs Comissão
- Acórdão do TJ, de 9.3.1994, Proc. C-188/92, TWD vs República Federal da Alemanha
- Acórdão do TPI, de 12.1.1995, Proc. T-102/92, Viho Europe BV vs Comissão
- Acórdão do TPI, de 26.10.2000, Proc. T-41/96, Bayer AG vs Comissão
- Acórdão do TJ, de 20.9.2001, Proc. C-453/99, Courage Ltd vs Bernard Crehan
- Acórdão do TJPI, de 15.9.2005, Proc. T-325/01, DaimlerChrysler AG vs Comissão
- Acórdão do TJ, de 13.7.2006, Procs. apensos C-295/04 a C-298/04, Vincenzo Manfredi e Outros vs Outros
- Acórdão do TJ, de 14.6.2011, Proc. C-360/09, Pfeleiderer AG vs Bundeskartellamt
- Acórdão do TG, de 15.12.2011, Proc. T-437/08, CDC Hydrogene Peroxide vs Comissão
- Acórdão do TG, de 22.5.2012, Proc. T-344/08, EnBW Energie Baden-Württemberg AG vs Comissão
- Acórdão do TJ, de 6.11.2012, Proc. C-199/11, Comunidade Europeia vs Otis NV e Outros
- Acórdão do TRL, de 9.4.2013, Proc. nº 627/09.5TVLSB.L1-1
- Acórdão do TJ, de 6.6.2013, Proc. C-536/11, Bundeswettbewerbsbehörde vs Donau Chemie AG e Outros.
- Acórdão do TJ, de 27.2.2014, Proc. C-365/12 P, Comissão vs EnBW Energie Baden-Württemberg AG.
- Acórdão do TG, de 7.11.2014, Proc. T-534/11, Schenker AG vs Comissão.

Decisões da Comissão

- Decisão de 24.1.2007, Proc. COMP/38.899, síntese (2008/C 5/07) publicada no JO de 10.1.2008
- Decisão de 20.7.2010, Proc. COMP/38.866, síntese (2011/C 111/10) publicada no JO de 9.4.2011

Outros Documentos

- Corporate Leniency Policy, Department of Justice, 10.8.1993
- Waelbroeck, Denis/SLATER, Donald/Even-Shoshenp, Gil, Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules – Comparative Report, 2004
- Livro Verde, Ações de indemnização devido às violações comunitárias no domínio anti-trust, apresentado pela Comissão, [SEC(2005) 1732], Bruxelas, 19.12.2005, COM(2005) 672 final

- Commission Staff Working Paper, Annex to the Green Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules, COM(2005) 672 final, 2005
- Livro Branco, Ações de indemnização devido às violações comunitárias no domínio antitrust, apresentado pela Comissão [SEC(2008) 404, 405, 406], Bruxelas, 2.4.2008, COM(2008) 165 final
- Comentário da Autoridade da Concorrência Portuguesa ao Livro Branco sobre Acções de Indemnização por Incumprimento das Regras Comunitárias no Domínio Antitrust
- Barroso, José Manuel Durão, Falar a uma só voz: Definir e Defender o Interesse Europeu, Bruxelas, 9.2.2010, disponível em http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-10-21_pt.pdf
- Manual de procedimentos internos da Direcção-Geral da Concorrência para a aplicação dos artigos 101.º e 102.º TFUE, disponível em http://ec.europa.eu/competition/antitrust/antitrust_manproc_3_2012_en.pdf
- Protection of leniency material in the context of civil damages actions, Resolution of the Meeting of Heads of the European Competition Authorities of 23 May 2012
- Despacho do Presidente do TJ, de 08.06.2012, Procs. T28/11 e C596/11 P(I), Koninklijke Luchtvaart Maatschappij NV contra Comissão, recorrente Schenker AG-
- Linhas de orientação sobre a instrução e processos relativos à aplicação dos arts. 9º, 11º e 12º Lei 19/2012 e 101.º e 102.º TFUE, 5.7.2012
- Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa a certas regras que regem as ações de indemnização no âmbito do direito nacional por infrações às disposições do direito da concorrência dos Estados-Membros e da União Europeia, Estrasburgo, 11.6.2013, COM(2013) 404 final 2013/0185 (COD) C7-0170/13
- The Commission's proposal for a Directive on Antitrust Damages Actions, 2013, disponível em http://www.bruegel.org/fileadmin/bruegel_files/Events/Presentations/130620_CPL/Carles.pdf
- Applications for leniency and no-action in cartel cases, OFT's detailed guidance on the principles and process, junho 2013, disponível em https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/284417/OFT1495.pdf
- Resumo da Avaliação de Impacto que a acompanha, ações de indemnização por violações das regras da EU no domínio antitrust, Estrasburgo, 11.6.2013, SWD(2013) 204 final
- Almunia, Joaquín, Antitrust damages in EU Law and Policy, in College of Europe's Global Competition Law Centre Annual Conference, 7.11.2013, disponível em http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-13-887_en.htm
- Relatório sobre a proposta de diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a certas regras que regem as ações de indemnização no âmbito do direito nacional por infrações às disposições do direito da concorrência dos Estados-Membros e da União Europeia (COM(2013/0404 – C7-0170/2013 – 2013/0185(COD)), Parlamento Europeu, Documento de Sessão, 4.2.2014
- Cartel Statistics, disponível em <http://ec.europa.eu/competition/cartels/statistics/statistics.pdf>.