



**UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA**

**Regime De Clemência no Direito Da Concorrência Europeu:  
Reflexões quanto ao acesso a documentos em ações de indemnização por  
infrações ao Direito da Concorrência**

**ANA SOFIA MOREIRA MARQUES**

**Faculdade de Direito | Escola do Porto**

**2017**



**UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA**

**Regime De Clemência no Direito Da Concorrência Europeu:  
Reflexões quanto ao acesso a documentos em ações de indemnização por  
infrações ao Direito da Concorrência**

**ANA SOFIA MOREIRA MARQUES**

Dissertação de Mestrado, na área de Direito Público, Internacional e Europeu, sob a orientação da Exma. Senhora Professora Doutora Sofia Oliveira Pais.

**Faculdade de Direito | Escola do Porto**

**2017**

*Aos meus Pais*  
*À minha Irmã*

*Aos meus pais um especial obrigado por todo o apoio e compreensão.*

*À minha irmã por me manter sempre a sorrir.*

*Ao Carlos por toda a paciência.*

*À minha orientadora, a Exma. Senhora Professora Doutora Sofia Oliveira Pais, por toda a disponibilidade e orientações prestadas.*

## Resumo

A presente dissertação tem como objetivo a reflexão sobre o direito de acesso a documentos nas ações de indemnização relativas a infrações às disposições do direito da concorrência, mais concretamente as alterações introduzidas pela Diretiva 2014/104/UE.

De forma a tornar mais perceptível todas as questões levantadas pela nova Diretiva, iniciamos o estudo pela definição de *PRIVATE ENFORCEMENT* e a sua importância para a efetivação do Direito da Concorrência Europeu, realizando de seguida uma análise histórica das decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça e recomendações da Comissão Europeia sobre esta temática.

Por fim, efetuamos uma análise às disposições da Diretiva 2014/104/UE e da sua transposição para o direito interno Português, concluindo que a mesma é um mecanismo essencial para a sistematização do acesso aos documentos, permitindo a harmonização normativa pelos Estados-Membros.

Todavia, não deixa de apresentar certos riscos, tendo em conta que poderá proporcionar uma corrida dos Estados-Membros à instauração de normas internas mais apelativas à persecução destas ações nos seus territórios. Devemos ainda referir que, de forma a evitar tais situações, achamos importante a criação de outras vias de resolução de litígios, que assegurem a compensação total dos lesados, sem ameaçarem o *PUBLIC ENFORCEMENT*.

Palavras-chave: *PRIVATE ENFORCEMENT*; Diretiva 2014/104/UE ou Diretiva sobre os Danos; Direito da Concorrência; Acesso a Documentos; Transposição.

## Abstract

The purpose of this dissertation is to reflect on the right of access to documents in damages actions relating to infringements of the competition law provisions, in particular the amendments introduced by Directive 2014/104/EU.

In order to make all the issues raised by the new Directive more perceptible, we begin the study by defining *PRIVATE ENFORCEMENT* and its importance for the realization of European Competition Law. Thereafter, we provide historical analysis of the decisions of the Court of Justice and recommendations of the European Commission on this subject.

Finally, we analyze the provisions of Directive 2014/104/EU and its transposition into Portuguese national law, concluding that the Directive is an essential mechanism for systematizing access to documents, allowing the harmonization of the legislation in the Member States.

However, it presents certain risks, considering that it can lead to a rush by the Member States to introduce internal rules more attractive to the pursuit of such actions in their territories. We must also note that, in order to avoid such situations, we believe that it's important to create other ways of settling disputes, to ensure the total compensation of the injured, without threatening *PUBLIC ENFORCEMENT*.

Keywords : *PRIVATE ENFORCEMENT*; Directive 2014/104/EU or Damages Directive; Competition Law; Access to Documents ; Transposition.

# Índice

Abreviaturas .....	9
Introdução .....	10
<i>Private Enforcement</i> e o Acesso a Documentos .....	12
1) Ações de Indemnização: EUA vs UE .....	14
2) Evolução Jurisprudencial e as Tentativas de Harmonização Legislativa.....	16
2.1) O Livro Verde e o Livro Branco .....	20
2.2) Caso <i>Pfleiderer</i> .....	23
3) A Diretiva 2014/104/UE .....	26
3.1) A Transposição da Diretiva 2014/104/UE Em Portugal .....	37
Conclusões .....	46
Bibliografia.....	48

## Abreviaturas

AdC – Autoridade da Concorrência

art. (s) – artigo (s)

CDC - CDC Hydrogen Peroxide

CE - Comissão Europeia

EnBW - Gas Insulated Switchgear

EUA – Estados-Unidos da América

n.º - número

p. – página

pp. – páginas

Reg. – Regulamento

RJC – Regime Jurídico da Concorrência

TFUE - Tratado de Funcionamento da União Europeia

TG – Tribunal Geral da União Europeia

TGI - Technische Glaswerke Ilmenau

TN – Tribunais Nacionais

TJUE - Tribunal de Justiça da União Europeia

UE – União Europeia

## Introdução

O Regime de Clemência surgiu de uma necessidade premente da União Europeia de fazer face à crescente violação do art. 101.º do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE), na forma de prática concertada, por empresas que têm uma posição relevante num determinado mercado.

Baseando-se na política Norte-Americana de combate à prática concertada, que encorajava a denúncia por parte das próprias empresas que fazem parte de um cartel<sup>1</sup>, em troca de uma redução nas coimas aplicadas a estas, foi introduzido no direito europeu pela primeira vez em 1996, o Regime de Clemência<sup>2</sup>.

Embora o Regime de Clemência já se encontre sobejamente definido no Direito da União Europeia, levantou outras questões de essencial interesse, tanto para as empresas infratoras, como para as empresas prejudicadas pela prática de concorrência na forma concertada.

Ora, nesta dissertação focar-me-ei quase exclusivamente numa dessas questões essenciais, mais precisamente no *PRIVATE ENFORCEMENT* e na política europeia de divulgação de documentos relacionados com a investigação de cartéis nas ações de indemnização intentadas em Tribunais Nacionais por infrações ao Direito da Concorrência Europeu.

Esta é uma questão essencial para a boa aplicação tanto do *PRIVATE ENFORCEMENT*, como do *PUBLIC ENFORCEMENT*, tendo em consideração que os lesados pretendem o acesso aos documentos para poderem provar os seus danos, mas os infratores não querem que informações cedidas ao abrigo do Regime de Clemência se tornem públicas, retirando a sua atratividade.

---

<sup>1</sup> A Diretiva 2014/104/UE do Parlamento Europeu e do Conselho dá-nos a definição de Cartel no seu art. 2.º, ponto 14, sendo este «um acordo ou prática concertada entre dois ou mais concorrentes com o objetivo de coordenar o seu comportamento concorrencial no mercado ou influenciar os parâmetros relevantes da concorrência, através de práticas tais como, entre outras, fixar ou coordenar os preços de aquisição ou de venda ou outras condições de transação, inclusive em relação aos direitos de propriedade intelectual, atribuir quotas de produção ou de venda, repartir mercados e clientes, incluindo a concertação em leilões e concurso públicos, restringir as importações ou exportações ou conduzir ações anticoncorrenciais contra outros concorrentes.».

<sup>2</sup> 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).

Num primeiro momento, realizarei uma breve exposição sobre o *PRIVATE ENFORCEMENT*, centrando-me no seu surgimento, função e no motivo pelo qual se tornou um foco importante para o legislador europeu.

De seguida, falarei sobre as várias comunicações emitidas pela Comissão Europeia (CE) relativas às ações de indemnização e sobre as várias decisões do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) relativas à divulgação de documentos, dando especial realce ao Caso *PLFEIDERER*<sup>3</sup>.

Por último, centrar-me-ei na Diretiva 2014/104/UE que veio definir regras importantes relativas às ações de indemnização no âmbito de direito nacional por infração às disposições do direito da concorrência dos Estados-Membros e da União Europeia<sup>4</sup>, abordando relativamente a esta as normas que estabelecem o acesso aos documentos respeitantes a processos de clemência e as questões levantadas por estas.

Neste seguimento, referirei brevemente os trabalhos de transposição para o Direito Nacional Português, tendo como objetivo a visualização das mudanças que a Diretiva veio implementar no direito nacional dos 28 Estados-membros da União Europeia.

Posto isto, devo ainda referir que todas as referências realizadas relativamente ao direito europeu deverão ser assumidas como referências ao Direito da União Europeia.

---

<sup>3</sup> Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 14 de Junho de 2011, *Pfleiderer AG contra Bundeskartellamt*, Processo n.º C-360/09.

<sup>4</sup> Diretiva 2014/104/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de Novembro de 2014, também denominada de Diretiva sobre os Danos ou Diretiva Private Enforcement.

## ***Private Enforcement e o Acesso a Documentos***

Todo o direito da concorrência tem por base dois pilares essenciais, o *PUBLIC ENFORCEMENT* e o *PRIVATE ENFORCEMENT*, que têm como objeto num primeiro momento a punição de uma empresa infratora por uma violação de normas concorrenciais e num segundo momento a prevenção de violação posteriores de tais normas.

O *PUBLIC ENFORCEMENT* caracteriza-se por «*as normas anticoncorrenciais serem impostas por autoridades estaduais.*»<sup>5</sup>. Isto quer dizer que são concedidas às autoridades nacionais poderes especiais de investigação, junção de informação e promoção processual para poderem detetar uma possível violação de direito concorrencial.

Através desta concessão, tornou-se mais fácil a deteção de conluíus entre empresas que tivessem como objetivo restringir o mercado e utilizar a sua posição mais favorecida no mesmo para limitar as possibilidades de entrada dos seus concorrentes.

Claro que tal não é tão simples como aparenta ser *a priori*. A violação na forma de prática concertada continua a ser muito difícil de se provar ou de ser detetada sem uma denúncia de um dos seus participantes ao abrigo do Regime de Clemência.

Tal é passível de ser demonstrado estatisticamente, tendo em conta que entre 2011 e 2015, na União Europeia, foram detetados apenas dois cartéis através de informação obtida por meio de outras autoridades ou imprensa especializada, num total de vinte e três cartéis investigados<sup>6</sup>.

Desta forma, é notório o benefício da inserção do Programa de Clemência no Direito Europeu da Concorrência.

Sendo assim, o *PUBLIC ENFORCEMENT* é visivelmente direcionado para a deteção, investigação e punição de cartéis empresariais, utilizando a sanção económica, aplicação de coimas, como ferramenta inibidora de práticas anticoncorrenciais.

---

<sup>5</sup> HÜSCHEL RATH, Kai e PEYER, Sebastian, *Public and Private Enforcement of Competition Law: A Differentiated Approach*, CCP Working Paper 13-5, 2013, p. 3. Tradução nossa. Quando referimos autoridades estaduais, estamos aqui a referir-nos a instituições que foram imbutidas pelo Estado pela tratarem dos processos e casos relativos a violações das normas da concorrência, como por exemplo a AdC em Portugal.

<sup>6</sup> WILS, Wouter P. J., *The Use of Leniency in EU Cartel Enforcement: An Assessment After Twenty Years*, *World Competition* 39, 2016, Issue 3, p. 334 e 351.

Por outro lado, e como referem HÜSCHEL RATH e PEYER, o *PRIVATE ENFORCEMENT* é a «litigação individualmente iniciada, quer sozinho ou através de ação já iniciada, perante um tribunal, de forma a remediar uma infração ao direito da concorrência.»<sup>7</sup>

Ora, na prática este segundo pilar resulta nas ações de indemnização propostas pelas empresas prejudicadas pela atividade anticoncorrencial, que têm em vista a ressarcibilidade dos danos tidos à custa desta.

Além de ser um direito do ofendido obter compensação pelos danos/lucros perdidos no âmbito de uma infração ao direito da concorrência, o *PRIVATE ENFORCEMENT* tem como principal fim «prevenir que o ofendido e outro qualquer potencial infrator violem a lei (outra vez)».<sup>8</sup>

Este terá então uma vertente mais preventiva que o *PUBLIC ENFORCEMENT*. Os Tribunais Nacionais (TN) tendencialmente aumentam o valor da indemnização, de maneira a que o infrator não repita a infração, visto esta ser-lhe extremamente penosa.

Ademais, a imposição de sanções económicas também dissuade outras empresas de indagarem por um caminho que viole o direito da concorrência, na medida em que criam medo de prossecução posterior e das empresas terem uma perda elevada a nível monetário, pois não só serão obrigados a pagar as coimas relativas à violação, como também a indemnizar por danos as empresas prejudicadas.<sup>9</sup>

O efeito dissuasor que advém das ações de indemnizações tornou-se um fator importante na ótica da prevenção de infrações ao direito da concorrência europeu. Contudo, sem o devido contraponto poderá levar a que o Regime de Clemência deixe de resultar.

A utilização do Regime de Clemência preconiza a necessidade de uma denúncia por parte de uma empresa parte do cartel, tal leva a que a mesma seja obrigada a fornecer certas informações e documentos que seriam confidenciais da empresa mas que são obrigados a ser cedidos.

---

<sup>7</sup> HÜSCHEL RATH, Kai e PEYER, Sebastian, *Public and Private Enforcement of Competition Law: A Differentiated Approach*, CCP Working Paper 13-5, 2013, p. 6. Tradução nossa.

<sup>8</sup> HÜSCHEL RATH, Kai e PEYER, Sebastian, *Public and Private Enforcement of Competition Law: A Differentiated Approach*, CCP Working Paper 13-5, 2013, p. 6. Tradução nossa.

<sup>9</sup> WILS, Wouter P.J., *Optimal Antitrust Fines: Theory and Practice*, World Competition, 2006, Issue 2, pp. 183–208.

Tais documentos, que terão aqui como função a confissão da infração, põem o requerente pela imunidade numa posição extremamente frágil. Posição essa, que deverá ser protegida em casos de requisição de documentos nas ações de indemnização posteriormente intentadas.<sup>10</sup>

Será precisamente sobre a posição da União Europeia (UE) relativamente à divulgação de documentos relativos a processos de investigação de cartéis em ações de indemnização que iremos nos focar a partir deste ponto.

### **1) Ações de Indemnização: EUA<sup>11</sup> vs UE**

As ações de indemnização propostas por particulares em TN por infração ao direito da concorrência europeu têm levantado imensas questões ao nível da abertura de documentos obtidos no decurso da investigação do cartel pelas autoridades competentes.

Como *supra* referimos, o Regime de Clemência na UE baseou-se na prática Norte-Americana de descoberta de comportamentos anticoncorrenciais. Assim, não é de admirar que a UE também se baseia-se no sistema Norte-Americano no que concerne as ações de indemnização privadas.

Ora, os EUA são o país das ações litigiosas por excelência. As ações de indemnização privadas têm especial força, principalmente devido ao encorajamento para prossecução particular de ações de indemnização, sob qualquer tipo de forma<sup>12</sup>.

Contudo, e como sublinham MCCARTHY, MALTAS, BAY e RUIZ-CALZADO, a cultura altamente litigiosa Norte-Americana não deixa de ser alvo de críticas. Os autores acreditam que existe um excessivo incentivo por parte do Estado, para que as empresas prejudicadas processem os cartéis. Este excesso de proteção poderá tornar as ações de indemnização num

---

<sup>10</sup> Tal questão vem explanada na Comunicação da Comissão Europeia relativa ao Regime de Clemência.

<sup>11</sup> Estados-Unidos da América

<sup>12</sup> JONES, Alison, *Private Enforcement of EU Competition Law: A comparison with, and lessons from, the US*, in Bergström M., Lacovides M., e Strand M., *Harmonising EU Competition Litigation: The New Directive and Beyond*, Hart Publishing, 2016, p. 6.

«*saco sem fundo*» de ações litigiosas desnecessárias, visto já não visarem o fim pretendido, que é o da dissuasão da prática de atos anticoncorrenciais<sup>13</sup>.

Tal levou à criação, a nível jurisprudencial<sup>14</sup>, de regras que regem o mérito da ação litigiosa de compensação. Regras estas, que atualmente estão tão extremamente dissecadas, que não poderemos ter a certeza de que apenas foram desencorajadas ações com pouco mérito litigioso, ou se existiriam ações com mérito não interpostas<sup>15</sup>.

Todavia é indiscutível o sucesso das ação de indemnização nos EUA, sendo tal apenas possível pelo acesso, quase ilimitado, que as vítimas de cartéis têm a qualquer tipo de documentos relacionados com a investigação deste. O acesso fácil a documentos probatórios permite às empresas prejudicadas que intentem ações de indemnização, mesmo que posteriormente tenham que «*ir à “pesca” de factos que suportem o seu caso*»<sup>16</sup>.

Em contraste à política extremamente litigiosa e aberta em termos de acesso ao documentos do EUA, temos as ações de indemnização por violação de direito da concorrência na UE.

O *PRIVATE ENFORCEMENT* é uma política de prevenção e dissuasão da violação das regras da concorrência muito recente no direito da UE. Logo, encontra-se ainda numa fase precoce relativamente às regras ou normas que regem a sua aplicação.

De facto, as ações de indemnização na UE encontram-se notoriamente subdesenvolvidas. Como refere JONES<sup>17</sup>, um dos pontos principais para este subdesenvolvimento deve-se às ações de indemnização nem sequer virem referenciadas no Tratado da União Europeia ou no TFUE.

---

<sup>13</sup> MCCARTHY, Eric, MALTAS, Allyson, BAY, Matteo e RUIZ-CALZADO, Javier, *Litigation culture versus enforcement culture – A comparison of US and EU plaintiff recovery actions in antitrust cases*, The Antitrust Review of the Americas, Global Competition Review, 2007, p. 38.

<sup>14</sup> US Supreme Court.

<sup>15</sup> JONES, Alison, *Private Enforcement of EU Competition Law: A comparison with, and lessons from, the US*, in Bergström M., Lacovides M., e Strand M., *Harmonising EU Competition Litigation: The New Directive and Beyond*, Hart Publishing, 2016, p. 10.

<sup>16</sup> MCCARTHY, Eric, MALTAS, Allyson, BAY, Matteo e RUIZ-CALZADO, Javier, *Litigation culture versus enforcement culture – A comparison of US and EU plaintiff recovery actions in antitrust cases*, The Antitrust Review of the Americas, Global Competition Review, 2007, p. 38 e 39. Tradução nossa.

<sup>17</sup> JONES, Alison, *Private Enforcement of EU Competition Law: A comparison with, and lessons from, the US*, in Bergström M., Lacovides M., e Strand M., *Harmonising EU Competition Litigation: The New Directive and Beyond*, Hart Publishing, 2016, p. 12.

Tal leva a que «*as ações de indemnização privadas na UE sejam poucas em número e nunca tenham interpretado um papel principal na prevenção de violações das regras de concorrência.*»<sup>18</sup>.

Todavia, e como veremos mais à frente, esta situação tem vindo a sofrer avultadas mudanças, tanto a nível legislativo como a nível jurisprudencial. Existindo uma necessidade premente da UE intervir, tendo em vista a harmonização de decisões em casos de ações de indemnização derivados de violações ao direito da concorrência.

## **2) Evolução Jurisprudencial e as Tentativas de Harmonização Legislativa**

De acordo com STEFANO<sup>19</sup> e CAUFFMAN<sup>20</sup>, o regime de clemência provou ser uma mais-valia na luta contra os cartéis.

Contudo, a cedência de documentos adquiridos durante a investigação no âmbito das ações de indemnização privadas, poderá levar a que no futuro as empresas não se mostrem muito predispostas a denunciarem a existência de cartéis.

Destarte esse risco, o TJ, firmou no Caso *COURAGE & CREHAN*<sup>21</sup> que «*a compensação total deve, em princípio, estar disponível para aqueles que sofreram perdas em consequência de violações aos artigos 101.º ou 102.º*»<sup>22</sup> do TFUE.

O TJ confirma esta decisão no Caso *MANFREDI*<sup>23</sup>, acrescentando que «*resulta do princípio da efectividade e do direito dos particulares a pedirem a reparação do dano causado por um contrato ou comportamento suscetível de restringir ou de falsear o jogo da concorrência que as pessoas que tenham sofrido um dano devem poder pedir a reparação*

---

<sup>18</sup> MCCARTHY, Eric, MALTAS, Allyson, BAY, Matteo e RUIZ-CALZADO, Javier, *Litigation culture versus enforcement culture – A comparison of US and EU plaintiff recovery actions in antitrust cases*, The Antitrust Review of the Americas, Global Competition Review, 2007, p. 39. Tradução nossa.

<sup>19</sup> DE STEFANO, Gianni, *Access of Damage Claimants to Evidence Arisign out of EU Cartel Investigations: A Fast-evolving Scenario*, Global Competition Litigation Review, Issue 3, Sweet & Maxwell, 2012.

<sup>20</sup> CAUFFMAN, Caroline, *Acess to Leniency-Related Documents after Pfeleiderer*, World Competition 34, n.º 4, 2011, Kluwer Law International, p. 598.

<sup>21</sup> Acórdão do Tribunal de Justiça de 20 de Setembro de 2001, *Courage Ltd contra Bernard Crehan e Bernard Crehan contra Courage Ltd e outros*, Processo n.º C-453/99.

<sup>22</sup> JONES, Alison, *Private Enforcement of EU Competition Law: A comparison with, and lessons from, the US*, in Bergström M., Lacovides M., e Strand M., *Harmonising EU Competition Litigation: The New Directive and Beyond*, Hart Publishing, 2016, p. 13.

<sup>23</sup> Acórdão do Tribunal de Justiça (Terceira Secção) de 13 de Julho de 2006, *Vincenzo Manfredi contra Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA (C-295/04)*, *Antonio Cannito contra Fondiaria Sai SpA (C-296/04)* e *Nicolò Tricarico (C-297/04)* e *Pasqualina Murgolo (C-298/04) contra Assitalia SpA*, Processo n.º C-295/04.

*não só do dano real (damnum emergens), mas também os lucros cessantes (lucrum cessans), bem como o pagamento de juros»<sup>24</sup>*

Claro que a questão da disponibilidade total do direito de compensação é muitas vezes limitada pela liberdade de acesso aos documentos probatórios.

O Reg. 1049/2001<sup>25</sup>, denominado de Regulamento da Transparência, define, em conjunto com o art. 15.º, ponto 3 do TFUE, que «*todos os cidadãos da União e todas as pessoas singulares ou colectivas que residam ou tenham a sua sede social num Estado-Membro têm direito de acesso aos documentos das instituições*»<sup>26</sup>.

Sendo assim, as empresas prejudicadas poderiam obter acesso aos documentos, acesso esse relativamente facilitado, através de um pedido efetuado ao abrigo desta norma à CE.

Sucedo que, a CE aplica nos pedidos relativos a infrações de normas da concorrência, principalmente em casos relacionados com cartéis, as exceções previstas no art. 4.º do Reg. 1049/2001<sup>27</sup>, rejeitando todos os pedidos de acesso a documentos relacionados com a investigação do cartel e quanto à denúncia deste.

A sua recusa baseia-se na ponderação realizada entre o direito dos particulares verem ressarcidos os seus danos emergentes e lucros cessantes e a proteção dos interesses comerciais e das próprias investigações.

Neste caso, a CE dá como primária a proteção dos interesses económicos e comerciais da UE e das investigações de cartéis, rejeitando sumariamente o acesso a documentos obtidos em casos de violação das regras da concorrência<sup>28</sup>.

---

<sup>24</sup> Acórdão do Tribunal de Justiça (Terceira Secção) de 13 de Julho de 2006, *Vincenzo Manfredi contra Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA (C-295/04)*, *Antonio Cannito contra Fondiaria Sai SpA (C-296/04)* e *Nicolò Tricarico (C-297/04)* e *Pasqualina Murgolo (C-298/04) contra Assitalia SpA*, Processo n.º C-295/04, parágrafo 100.

<sup>25</sup> REGULAMENTO (CE) N.º 1049/2001 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 30 de Maio de 2001, relativo ao acesso do público aos documentos do Parlamento Europeu, do Conselho e da Comissão

<sup>26</sup> Art. 2.º, n.º 1 do Reg. n.º 1049/2001.

<sup>27</sup> O art. 4.º do Reg. 1049/2001 prevê uma série de exceções ao princípio da transparência dos documentos institucionais da UE. A maioria destas exceções visam principalmente a proteção de interesses público e económicos, que poderiam vir a ser prejudicados pelo livre acesso de particulares a documentação sensível.

<sup>28</sup> DE STEFANO, Gianni, *Access of Damage Claimants to Evidence Arisign out of EU Cartel Investigations: A Fast-evolving Scenario*, Global Competition Litigation Review, Issue 3, Sweet & Maxwell, 2012, p. 97 e 98.

Exemplos desta recusa são o Caso do *CDC HYDROGEN PEROXIDE* (CDC)<sup>29</sup>, o Caso do *GAS INSULATED SWITCHGEAR*<sup>30</sup> (EnBW), o Caso do *TECHNISCHE GLASWERKE ILMENAU*<sup>31</sup> (TGI) e o Caso dos *AUSTRIAN BANKS*<sup>32</sup>.

Todavia, será que poderemos estar aqui perante uma «presunção geral» da CE à recusa de certos documentos em casos anticoncorrenciais?<sup>33</sup>

A resposta a esta questão é dada através do Caso *TGI*. Considera o TJ que, estando os documentos relacionados com o Regime de Clemência, ou seja, adstritos a um regime de acesso especialmente restrito, deverá ser aplicado o Reg. 1049/2001, originando «*uma presunção geral refutável de proteção da confidencialidade*»<sup>34</sup>.

A decisão não exclui, contudo, a possibilidade das partes alegadamente prejudicadas recorrerem da mesma. Aliás, como o próprio TJ indica, a presunção geral da CE é refutável, tendo assim as partes direito a contestarem, arguindo que o seu acesso aqueles documentos é do maior interesse para a preservação e proteção do direito da UE<sup>35</sup>.

Já o Tribunal Geral da União Europeia (TG) adota uma interpretação diferente, anulando por diversas vezes decisões da CE relacionadas com o acesso a documentos relativos a investigações de cartéis, por considerar que não deverá o Reg. ser aplicado indiscriminadamente<sup>36</sup>.

---

<sup>29</sup> Acórdão do Tribunal Geral (Quarta Secção) de 15 de Dezembro de 2011, *CDC Hydrogene Peroxide Cartel Damage Claims (CDC Hydrogene Peroxide) contra Comissão Europeia*, Processo n.º T-437/08.

<sup>30</sup> Acórdão do Tribunal Geral (Quarta Secção) de 22 de Maio de 2012, *EnBW Energie Baden-Württemberg AG contra Comissão Europeia*, Processo n.º T-344/08.

<sup>31</sup> Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 29 de Junho de 2010, *Comissão Europeia contra Technische Glaswerke Ilmenau GmbH*, Processo n.º C-139/07.

<sup>32</sup> Acórdão do Tribunal de Primeira Instância (Primeira Secção Alargada) de 13 de Abril de 2005, *Verein für Konsumenteninformation contra Comissão das Comunidades Europeias*, Processo n.º T-2/03.

<sup>33</sup> BOTTEMAN, Yves, e HUGHES, Paul, *Access to File: Striking the Balance Between Leniency and Private Enforcement Tools*, *The European Antitrust Review Global Competition Review*, 2013, p. 5.

<sup>34</sup> CAUFFMAN, Caroline, *The interaction of leniency programmes and actions for damages*, *The Competition Law Review* 7 (2), 2011, p. 189. Tradução nossa.

<sup>35</sup> CAUFFMAN, Caroline, *The interaction of leniency programmes and actions for damages*, *The Competition Law Review* 7 (2), 2011, p. 190 e BOTTEMAN, Yves, e HUGHES, Paul, *Access to File: Striking the Balance Between Leniency and Private Enforcement Tools*, *The European Antitrust Review Global Competition Review*, 2013, p. 6.

<sup>36</sup> DE STEFANO, Gianni, *Access of Damage Claimants to Evidence Arisign out of EU Cartel Investigations: A Fast-evolving Scenario*, *Global Competition Litigation Review*, Issue 3, Sweet & Maxwell, 2012, pp. 97 e 98. Muitas dessas anulações estão relacionadas com casos de investigação de cartéis bastante controversos e muito conhecidos, como por exemplo o Caso *TGI*, o Caso *CDC* e o Caso dos *Austrian Banks*, em que o TG contrariou a decisão da CE e permitiu o acesso a documentos investigativos a empresas com direito à ressarcibilidade por danos emergentes e lucros cessantes. Mais à frente veremos que esta decisão do TG foi revogada pelo TJ e quais os motivos para esta revogação.

Além do Reg. 1049/2001, as empresas lesadas também tentavam obter acesso aos documentos através do Reg. 1/2003<sup>37</sup>, legislação esta exarada de forma a assegurar uma melhor aplicação das regras da concorrência da EU.

Ora, este diploma exige que a CE publique as decisões relacionadas com infrações aos arts. 101.º e 102.º do TFUE, tendo necessariamente de mencionar as partes interessadas e o conteúdo essencial da decisão<sup>38</sup>.

Tal publicação permitiria às empresas lesadas obter uma variada gama de informações e documentos sobre a atividade do cartel, facilitando a estas a instauração de ações de indemnização e a prova necessária para a sua prossecução.

Sucedo que, a versão da decisão que a CE publica carece de detalhe, sendo o seu teor muitas vezes limitado aos factos indispensáveis, excluindo a maior parte da informação<sup>39</sup>. Apesar destas limitações, as empresas lesadas, reclamantes de direitos de indemnização, tentam mesmo assim obter a informação vedada, através da sua requisição à própria CE, requisição esta categoricamente negada por aquela instituição, que se limita a informar as empresas reclamantes do objeto e natureza do procedimento, negando o acesso a documentos confidenciais<sup>40</sup>.

Como a via europeia se encontrava visivelmente bloqueada, as empresas lesadas recorreram aos TN, requerendo nos próprios processos de indemnização acesso aos documentos confidenciais, chegando alguns Estados-Membros a permitir o acesso ilimitado ao processo de clemência e à informação lá contida<sup>41</sup>.

Relativamente a esta matéria, devemos ainda referir que o Reg. 1/2003 veio desmistificar a dita «presunção geral» gerada pelo Reg. 1049/2001. A publicação da decisão pressupõe uma análise cuidada e detalhada de todos os documentos existentes em cada caso

---

<sup>37</sup> REGULAMENTO (CE) N.º 1/2003 do Conselho, de 16 de Dezembro de 2002, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos art. 81.º e 82.º do Tratado (atualmente art. 101.º e 102.º do TFUE).

<sup>38</sup> Art. 30.º n.º 2.

<sup>39</sup> KELLERBAUER, Manuel, *The recent case law on the disclosure of information regarding EU competition law infringements to private damages claimants*, European Competition Law Review 35, Issue 2, 2014, p. 60.

<sup>40</sup> DE STEFANO, Gianni, *Access of Damage Claimants to Evidence Arising out of EU Cartel Investigations: A Fast-evolving Scenario*, Global Competition Litigation Review, Issue 3, Sweet & Maxwell, 2012, p. 97.

<sup>41</sup> Alguns dos Estados-Membros que permitiram acesso à informação confidencial foram a Alemanha, França, Itália e Espanha. Devemos aqui referir, que o Reino Unido seguiu a posição da CE, permitindo às empresas lesadas/reclamantes apenas o acesso a documentação não confidencial. Ver pp.19 e 20 de presente dissertação, de forma a obter uma análise mais detalhada sobre esta questão.

de concorrência por prática concertada através de um cartel, não podendo assim este cair automaticamente nas exceções do art. 4.º do Regulamento da Transparência<sup>42</sup>

Claro está, que toda esta controvérsia em torno do acesso a documentos confidenciais do processo de investigação do cartel, por parte de empresas reclamantes de direito de indemnização por violação das normas de concorrência originou que a CE apresentasse uma série de comunicações relativas a esta matéria.

## **2.1) O Livro Verde e o Livro Branco**

Face à crescente preocupação para com o *PRIVATE ENFORCEMENT* e o acesso a documentos, tornou-se uma prioridade para a CE a definição de certas normas que regessem as ações de indemnização por violação do DCE, assim, adotou em 19 de Dezembro de 2005, o Livro Verde<sup>43</sup>.

Como a CE indica no Livro Verde, existia um claro «*subdesenvolvimento total*»<sup>44</sup> relativamente à questão das ações de indemnização por violação das normas da concorrência no direito europeu.

Sendo assim o objetivo da CE, foi a criação de «*um sistema mais eficaz para as ações de indemnização e apresentar diferentes pistas de reflexão e de possível intervenção para melhorar o funcionamento das ações de indemnização*»<sup>45</sup>.

O Livro Verde surgiu, assim, com o claro propósito de mitigar a falta de sucesso das ações de indemnização, e aumentar a preposição das mesmas, que se tornaram escassas devido à falta de resultado concreto.<sup>46</sup>

As principais matérias em que a CE se debruçava eram: o acesso aos documentos, devido à dificuldade evidente dos lesados acederem a documentos confidenciais; os danos e

---

<sup>42</sup> BOTTEMAN, Yves, e HUGHES, Paul, *Access to File: Striking the Balance Between Leniency and Private Enforcement Tools*, The European Antitrust Review Global Competition Review, 2013, p. 5.

<sup>43</sup> Livro Verde: Ações de indemnização devido à violação das regras comunitárias no domínio antitrust, COM(2005) 672, 19 de dezembro de 2005.

<sup>44</sup> Livro Verde: Ações de indemnização devido à violação das regras comunitárias no domínio antitrust, COM(2005) 672, 19 de dezembro de 2005, p. 4.

<sup>45</sup> Livro Verde: Ações de indemnização devido à violação das regras comunitárias no domínio antitrust, COM(2005) 672, 19 de dezembro de 2005, p. 4.

<sup>46</sup> DE SMIJTER, Eddy, STROPP, Constanze, e WOODS, Donncaadh, *Green Paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules*, Competition Policy Newsletter, Issue 1, 2006, p. 1.

a sua caracterizaçã; a «*passing-on defence*»<sup>47</sup> e os interesses do consumidor; e a coordenação entre *PUBLIC ENFORCEMENT* e *PRIVATE ENFORCEMENT*, já referida anteriormente<sup>48</sup>.

Encorajada com o sucesso do Livro Verde, a CE apresentou em 2008, o Livro Branco<sup>49</sup>, também sobre as ações de indemnização devido à violação das regras comunitárias no domínio da concorrência, isto porque embora se tenha notado um aumento de ações por indemnização, estas ainda são raras, não permitindo uma boa e efetiva compensação dos lesados<sup>50</sup>.

Com o Livro Branco, a CE pretendia reforçar o sistema de *PRIVATE ENFORCEMENT* europeu já existente, fornecendo, desta vez, recomendações mais concretas e precisas, que tinham como objetivo tornar mais harmonizado os vários sistemas de indemnização por danos causados por violação de normas da concorrência, presentes nos Estados-Membros<sup>51</sup>.

A CE divide o Livro Branco em três matérias principais: compensação total; uma aproximação as ações de indemnização genuinamente Europeia; e o uso do *PRIVATE ENFORCEMENT* como reforço do *PUBLIC ENFORCEMENT*<sup>52</sup>.

Aqui apenas me focarei na última das matérias principais, concretamente no acesso a documentos probatórios<sup>53</sup>, que vem presente no ponto 2.2 do Livro Branco.

---

<sup>47</sup> A «*passing-on defence*» é entendida como a possibilidade de um comprador, que tiver adquirido produtos de um agente que viola normas concorrenciais, de reclamar a sua perda económica. Caso, esta passagem de possibilidade de reclamação seja possível, poderá seguir até ao consumidor final, contudo o Livro Verde relativamente ao consumidor declara que os seus direitos deverão estar melhor assegurados através de ações coletivas - DE SMIJTER, Eddy, STROPP, Constanze, e WOODS, Donncadh, *Green Paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules*, Competition Policy Newsletter, Issue 1, 2006, p. 2.

<sup>48</sup> DE SMIJTER, Eddy, STROPP, Constanze, e WOODS, Donncadh, *Green Paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules*, Competition Policy Newsletter, Issue 1, 2006, p. 2.

<sup>49</sup> Livro Branco: ações de indemnização devido à violação das regras comunitárias no domínio antitrust por incumprimento das regras comunitárias no domínio antitrust, COM(2008) 165, 2 de abril de 2008.

<sup>50</sup> BECKER, Rainer, BESSOT, Nicolas, e DE SMIJTER, Eddy, *The White Paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules*, Competition Policy Newsletter, Issue 2, 2008, p. 5.

<sup>51</sup> BECKER, Rainer, BESSOT, Nicolas, e DE SMIJTER, Eddy, *The White Paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules*, Competition Policy Newsletter, Issue 2, 2008, p. 4.

<sup>52</sup> BECKER, Rainer, BESSOT, Nicolas, e DE SMIJTER, Eddy, *The White Paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules*, Competition Policy Newsletter, Issue 2, 2008, p. 5.

<sup>53</sup> Embora não me debruce nas restantes matérias é importante referir que a CE no Livro Branco vai mais longe relativamente a estes temas que o constante em jurisprudência e legislação anterior. Exemplo disso é a estatuição da compensação total, aumentando o alcance dado no Caso *Manfredi* relativamente e esta questão ao incluir o **interesse** como dado a ter em conta no cálculo dos danos. Devemos também aqui referir que a CE adota uma atitude muito própria quanto aos mecanismos de acesso à justiça, distanciando-se da posição Norte-Americana de «*deterrence*», ao permitir a utilização de ações de «*passing-on*» e permitindo o acesso às ações aos indiretamente lesados - BECKER, Rainer, BESSOT, Nicolas, e DE SMIJTER, Eddy, *The White Paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules*, Competition Policy Newsletter, Issue 2, 2008 e WILS,

A CE, de forma a balançar as diversas assimetrias decorrentes dos diferentes sistemas processuais civis dos Estados-Membros, propôs um conjunto de regras estandardizadas, que permitiriam ultrapassar obstáculos que existiam no acesso a documentos do processo investigativo do cartel<sup>54</sup>, preservando assim o princípio da equivalência e o princípio da efetividade, e construindo uma «*Acquis Communautaire*»<sup>55</sup>.

Com este fim, a CE recomendou que os TN tivessem o poder para obrigar as partes nos processos ou terceiros, a revelar documentos, informação ou provas relevantes, deste que fundamentassem a sua decisão de forma pormenorizada.<sup>56</sup>

A CE recomendou ainda que aos TN fosse atribuído o poder para aplicar sanções a quem não cooperasse com a ordem de acesso aos documentos dada por estes, tentando evitar assim a destruição de provas relevantes para a ação de indemnização<sup>57</sup>.

Contrariando, o sistema norte-americano e reforçando assim a sua ambição de criar uma tradição europeia relativamente ao procedimento a adotar em casos de violação de normas concorrenciais, a CE exclui do âmbito de documentos passíveis de serem revelados os «*corporate statements*», isto é, as declarações de clemência<sup>58</sup>.

Esta recomendação em especial surge de maneira a tornar o programa de clemência mais atrativo, não bloqueando o objetivo primordial da descoberta de cartéis e de violações às regras da concorrência, ao mesmo tempo que também asseguravam às vítimas o direito à ressarcibilidade dos danos sofridos<sup>59</sup>.

---

Wouter P. J. , *The Relationship between Public Antitrust Enforcement and Private Actions for Damages*, World Competition 32, Issue 1, 2009, p. 14.

<sup>54</sup> BECKER, Rainer, BESSOT, Nicolas, e DE SMIJTER, Eddy, *The White Paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules*, Competition Policy Newsletter, Issue 2, 2008, p. 9.

<sup>55</sup> O «*Acquis Communautaire*» é definido pela CE pela dever dos Estados-Membros aplicarem, em ações de indemnização por violação das regras da concorrência, todos os princípios e normas nacionais que permitam facilitar o acesso à prova disponível para que os lesados pelas práticas anticoncorrenciais possam exercer os seus direitos de compensação efetiva - Livro Branco: ações de indemnização devido à violação das regras comunitárias no domínio antitrust por incumprimento das regras comunitárias no domínio antitrust, COM(2008) 165, 2 de abril de 2008, p. 26.

<sup>56</sup> BECKER, Rainer, BESSOT, Nicolas, e DE SMIJTER, Eddy, *The White Paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules*, Competition Policy Newsletter, Issue 2, 2008, pág. 9.

Livro Branco: ações de indemnização devido à violação das regras comunitárias no domínio antitrust por incumprimento das regras comunitárias no domínio antitrust, COM(2008) 165, 2 de abril de 2008, p. 5.

<sup>58</sup> Livro Branco: ações de indemnização devido à violação das regras comunitárias no domínio antitrust por incumprimento das regras comunitárias no domínio antitrust, COM(2008) 165, 2 de abril de 2008, p. 5.

<sup>59</sup> WILS, Wouter P. J., *The Relationship between Public Antitrust Enforcement and Private Actions for Damages*, World Competition 32, Issue 1, 2009, p. 19.

Ora, é claro que tanto o Livro Verde, como o Livro Branco, perfazem apenas meras recomendações da CE de como deveria ser regulada a questão do acesso a documentos em casos de ações de indemnização por violações das normas da concorrência europeia.

Assim sendo, não é contraditório com ao que aqui se expor que o TJUE tenha seguido por caminhos diferentes em termos jurisprudenciais.

## **2.2) Caso PFLEIDERER<sup>60</sup>**

A 14 de Junho de 2011, o TJUE tomou uma decisão sem precedentes relativamente ao acesso de documentos e informações confidenciais de processos de investigação de cartéis.

O TJ, contrariando as recomendações da CE, determinou que o acesso à documentação confidencial deveria ser terminado caso-a-caso pelos TN, tendo em conta para a sua decisão os factos de cada caso e as leis nacionais, podendo, quando houvesse uma necessidade premente de efetivação do direito à compensação total da vítima, serem revelados os «*corporate statements*» das empresas denunciadas<sup>61</sup>.

Aliás, o TJ não contraria só a CE, mas também o Advogado-Geral Mazák que esclareceu nas suas Conclusões<sup>62</sup> que as declarações de clemência dos infratores ao abrigo do Regime de Clemência deveriam ser excluídas dos documentos divulgados, pois a prossecução da garantia e proteção eficaz das normas da concorrência é superior aos interesses indemnizatórios dos lesados.

Ora, é óbvio que esta decisão do TJ gerou grande controvérsia em termos aplicativos, tanto relativamente a documentos na posse de TN, como também da própria CE

---

<sup>60</sup> Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 14 de Junho de 2011, *Pfleiderer AG contra Bundeskartellamt*, Processo n.º C-360/09. A 21 de Janeiro de 2008, foram condenadas, por violação de normas da concorrência, mais precisamente pela violação do art. 81.º do EC (atual art. 101.º do TFUE) por prática concertada em cartel, três empresas de papel de decoração e cinco indivíduos, no tribunal de *BUNDESKARTELLAMT*. A Empresa *Pfleiderer*, que adquiria papel decorativo às empresas e indivíduos condenados, pretendeu assim fazer valer os seus direitos através da proposição de uma ação de indemnização. Com esse objetivo requereu ao *BUNDESKARTELLAMT* o acesso total ao processo que condenou as empresas infratoras. O Tribunal recusou à *Pfleiderer* o acesso à totalidade do processo, apenas lhe fornecendo informações relativamente ao montante das coimas aplicadas, omitindo assim a informação identificativa das partes e a lista de provas obtida durante a investigação. A *Pfleiderer* recorreu para o *AMTSGERICHT*, que tendo dúvidas da decisão a tomar e receando contrariar normas europeias, remeteu esta questão para o TJ.

<sup>61</sup> BOTTEMAN, Yves, e HUGHES, Paul, *Access to File: Striking the Balance Between Leniency and Private Enforcement Tools*, *The European Antitrust Review Global Competition Review*, 2013, p. 3.

<sup>62</sup> Conclusões do Advogado-Geral Ján Mazák de 16 de Dezembro de 2010, *Pfleiderer AG contra Bundeskartellamt*, Processo n.º C-360/09.

Com a decisão do Caso *PFLEIDERER*, os TN, que ficaram com a incumbência de decidir caso-a-caso, ficaram também sem saber como proceder nesta situação.

Na Alemanha, os TN decidiram pela proteção total dos documentos relacionados com processos de clemência, não concedendo acesso aos «*corporate statements*» e a outros documentos pré-existent<sup>63</sup>.

No Reino Unido, os TN viram-se extremamente divididos, optando por apenas divulgar um certo número de documentos ou meras passagens destes, não permitindo o acesso as declarações de clemência tendo em conta que o «*interest of protecting information supplied under the leniency programme outweighs the interest of providing disclosure*»<sup>64</sup>.

Já a França não decidiu nada sobre esta questão, optando por não conceder acesso aos documentos, ao mesmo tempo que não priva os lesados do seu direito a total compensação<sup>65</sup>.

Torna-se já aqui claro que a decisão do TJ no Caso *PFLEIDERER* levou a uma maior desarmonização na aplicação de regras de acesso a documentos relativos a processos de clemência entre os Estados-Membros, contrariando todos os objetivos da CE com o Livro Verde e o Livro Branco.

Quanto aos documentos cativos pela CE, devemos analisar o Caso *CDC*, já acima referido. Como já analisamos, a CE recusou o acesso aos documentos com base no Art. 4.º do Regulamento da Transparência.

Sucedo que, o TG após uma análise mais cuidada concluiu que neste caso a CE não deveria ter recusado o acesso, pois não existia nenhum interesse comercial ou investigativo que devesse ser primordialmente protegido, abrindo assim uma porta para o acesso a estes documentos confidenciais<sup>66</sup>.

---

<sup>63</sup> DE STEFANO, Gianni, *Access of Damage Claimants to Evidence Arising out of EU Cartel Investigations: A Fast-evolving Scenario*, Global Competition Litigation Review, Issue 3, Sweet & Maxwell, 2012, p. 103.

<sup>64</sup> DE STEFANO, Gianni, *Access of Damage Claimants to Evidence Arising out of EU Cartel Investigations: A Fast-evolving Scenario*, Global Competition Litigation Review, Issue 3, Sweet & Maxwell, 2012, pp. 103 e 104.

<sup>65</sup> DE STEFANO, Gianni, *Access of Damage Claimants to Evidence Arising out of EU Cartel Investigations: A Fast-evolving Scenario*, Global Competition Litigation Review, Issue 3, Sweet & Maxwell, 2012, p. 104.

<sup>66</sup> BOTTEMAN, Yves, e HUGHES, Paul, *Access to File: Striking the Balance Between Leniency and Private Enforcement Tools*, The European Antitrust Review Global Competition Review, 2013, p. 5.

De acordo com STEFANO, a decisão do TG no Caso *CDC* foi revolucionária, no sentido em que pela primeira vez os tribunais da UE revogaram uma decisão da CE que recusava o acesso a documentos relativos a processos de clemência<sup>67</sup>.

Embora esta tenha sido a primeira vez, não foi a última, tendo sucedido o mesmo no Caso *EnBW*. Neste o TG ressaltou que a CE tomou uma posição excessivamente generalizada ao agrupar todos os documentos como confidenciais, acrescentando que a fundamentação dada para tal junção é escassa e pouco detalhada, deixando muito a desejar quanto aos motivos que levaram à sua decisão<sup>68</sup>.

Mais tarde, o TJ veio anular a decisão do TG, considerando que *in casu* o direito à compensação total não prevalecia sobre o interesse comercial e investigativo. Adicionalmente, firmou que os pedidos de acesso deveriam ser precisos ao ponto de não restarem dúvidas quanto à informação requerida, impossibilitando incertezas quanto à divulgação de certos documentos<sup>69</sup>.

Toda esta indecisão dentro da UE passou para os países fora desta, sendo que o país mais afetado com esta inconsistência foi os EUA. De acordo com MILLER, NORDLANDER e OWENS<sup>70</sup>, os EUA reconhecem a importância da confidencialidade entre governos estrangeiros, de forma a promover um esforço global de prevenção às violações do direito da concorrência, contudo, viram algumas das suas decisões relativas ao acesso a documentos relacionados com processos de clemência da UE em ações de indemnização intentadas no seu território, condicionadas pela decisões do TJ e da CE.

Ora, a desarmonização relativa ao acesso a documentos pertencentes a processos de clemência leva a que os Estados-Membros apliquem cada vez mais regras diferentes, ficando dependentes de normas nacionais pouco definidas.

---

<sup>67</sup> DE STEFANO, Gianni, *Access of Damage Claimants to Evidence Arising out of EU Cartel Investigations: A Fast-evolving Scenario*, Global Competition Litigation Review, Issue 3, Sweet & Maxwell, 2012, p. 105.

<sup>68</sup> Acórdão do Tribunal Geral (Quarta Secção) de 22 de Maio de 2012, *EnBW Energie Baden-Württemberg AG contra Comissão Europeia*, Processo n.º T-344/08, parágrafos 158 a 160.

<sup>69</sup> LEBRUN, Bruno e BERSOU, Laure, *Commission v EnBW Energie: Non-Disclosure of Leniency Documents*, Journal of European Competition Law & Practice, Volume 5, Issue 7, 2014, p. 463.

<sup>70</sup> MILLER, Samuel R., NORDLANDER, Kristina, & OWENS, James C., *U.S. Discovery of European Union and U.S. Leniency Applications and other Confidential Investigatory Materials*, The CPI Antitrust Journal, Competition Policy International, Março, 2010, Inc., 2010, pp. 4 e 5.

A falta de normas harmonizadas para todos os Estados-Membros da EU é contrária à posição já anteriormente assumida pela CE, que com o Livro Branco pretendia contrabalançar as diferentes normas já existentes.

A jurisprudência aplicada no Caso *PFLEIDERER* foi posteriormente reafirmada no Caso *DONAU CHEMIE*<sup>71</sup>, declarando o TJ que a delimitação do acesso aos documentos referentes a processos de clemência a nível nacional põe em causa o direito europeu e o princípio basilar da efetividade, visto que torna «*excessivamente difícil o exercício do direito à reparação conferido às referidas pessoas pelo direito da União*»<sup>72</sup>.

A decisão do TJ neste caso apenas vem reafirmar a falta de uniformidade entre o legislador europeu e os tribunais da UE, proporcionando uma inconsistência nas decisões interinas de cada Estado-Membro.

Tal como *LEBRUN e BERSOU* e *STEFANO* aguisam será esta desconformidade entre as várias decisões dos TN e europeus, que proporcionou a iniciativa legislativa por parte do Parlamento Europeu e Conselho, e levou à criação de uma Diretiva sobre o acesso a documentos em ações de indemnização por violação das normas da concorrência europeias<sup>73</sup>.

### **3) A Diretiva 2014/104/UE**

Mesmo após todas as intervenções, tanto através das recomendações da CE, como através das decisões jurisprudenciais do TJUE, as ações de indemnizações por violação das normas da concorrência ainda continuam a ser escassas e pouco harmonizadas.

Muito embora, e como é perceptível através dos números de ações intentadas, que foram de 18, em 2009, e passaram para 64, em 2015, os litígios em busca da devida compensação

---

<sup>71</sup> Acórdão do Tribunal de Justiça (Primeira Secção) de 6 de Junho de 2013, *Bundeswettbewerbsbehörde contra Donau Chemie AG e outros*, Processo n.º C-536/11. Neste processo esta em causa uma lei Austríaca que só permitia o acesso aos documentos relacionados com processos anticoncorrenciais desde que todas as partes autorizassem a libertação destes.

<sup>72</sup> Acórdão do Tribunal de Justiça (Primeira Secção) de 6 de Junho de 2013, *Bundeswettbewerbsbehörde contra Donau Chemie AG e outros*, Processo n.º C-536/11, parágrafo 39.

<sup>73</sup> *LEBRUN, Bruno e BERSOU, Laure, Comissão v EnBW Energie: Non-Disclosure of Leniency Documents*, Journal of European Competition Law & Practice, Volume 5, Issue 7, 2014, p. 463 e *DE STEFANO, Gianni, Access of Damage Claimants to Evidence Arising out of EU Cartel Investigations: A Fast-evolving Scenario*, Global Competition Litigation Review, Issue 3, Sweet & Maxwell, 2012, p. 107.

pelos danos tenham aumentaram substancialmente ao longo dos últimos anos, ainda é uma área jurídica pouco explorada a nível europeu<sup>74</sup>.

Segundo ATLEE, PATSA<sup>75</sup> e BOGDAN<sup>76</sup> apenas 25% dos cartéis descobertos e investigados são precedidos de ações de indemnização pelos lesados, isto porque os últimos, embora tenham o direito a total compensação, não têm a informação necessária para procederem com as ações.

As próprias ações de indemnização quando intentadas são caracterizadas por grandes assimetrias em termos de acesso a informação por todas as partes, não conhecendo os lesados, com exatidão, de toda a informação que se encontra na posse das restantes partes do processo<sup>77</sup>.

De facto, as decisões preconizadas nos Casos *PFLEIDERER* e *DONAU CHEMIE*, apenas agravou o estado de incerteza existente relativamente às ações de indemnização. A análise casuística proposta cria um estado de inexatidão quanto aos documentos permitidos, originando, como já acima referimos, diferentes interpretações, em diferentes Estados-Membros.

Tais interpretações provocam uma assimetria nas decisões de cada Estado-Membro, causando inevitavelmente danos à efetividade dos regimes de clemência<sup>78</sup>, visto os aplicantes tornarem-se inseguros quanto ao acesso que partes terceiras possam vir a ter à informação fornecida.

Aliás, alguns autores argumentam que o objetivo de qualquer proposta legislativa apresentada, que tenha por objeto às ações de indemnização por infrações das regras da concorrência, deveria ser o assegurar, como prioridade máxima, a proteção do Regime de Clemência, evitando-se o agravamento do dano inevitavelmente por este sofrido<sup>79</sup>.

---

<sup>74</sup> GOLDSMITH, Aren, *Arbitration and EU Antitrust Follow-on Damages Actions*, ASA Bulletin 34, Issue 1, Março 2016, p. 16.

<sup>75</sup> ATLEE, Laura e PATSA, Agapi, *A Step Toward More Private Competition Enforcement in EU*, Steptoe, Steptoe & Johnson LLP, Junho 21, 2013.

<sup>76</sup> BOGDAN, Matt, *Private Enforcement of EU Competition Law: Worth the Risk?*, disponível em <http://www.keepcalmtalklaw.co.uk/private-enforcement-of-eu-competition-law-worth-the-risk/>, 2014.

<sup>77</sup> BENTLEY QC, Philip e HENRY, David, *Antitrust Damages Actions: Obtaining Probative Evidence in the Hands of Another Party*, World Competition 37, n.º 3, 2014, p. 271.

<sup>78</sup> SINGH, Amit Kumar, *Pfleiderer : Assessing its impact on the effectiveness of the European Leniency Programme*, European Competition Law Review 35, Issue 3, 2014, p. 117.

<sup>79</sup> Apud SINGH, Amit Kumar, *Pfleiderer : Assessing its impact on the effectiveness of the European Leniency Programme*, European Competition Law Review 35, Issue 3, 2014, p. 118.

Embora exista esta falta de ação litigiosa devido a um controlo apertado no acesso aos documentos, alguns autores defendem que a falta de normas harmonizadas é preferível à sobrecarga legislativa.

Segundo ALFARO e REHER, com a crescente falta de coerência entre a CE e o TJUE seria preferível optar por um «*harmonização negativa*», deixando as normas relativas as ações de indemnização por violação das normas da concorrência evoluírem naturalmente através dos equipamentos legais já existentes<sup>80</sup>.

Destarte, e tendo em vista o aumento das ações de indemnização e o fornecimento aos lesados das informações necessárias para poderem obter a sua compensação, a CE voltou ao básico com a Proposta de Diretiva de 2013<sup>81</sup>, que antecedeu a Diretiva sobre os Danos.

Seguindo a perspetiva de CAUFFMAN<sup>82</sup>, a CE sustentou a sua Proposta de Diretiva na combinação dos arts. 103.º e 114.º do TFUE. Como refere a autora, o art. 103.º dá à UE o poder para adotar as medidas necessárias de forma a promover a boa aplicação dos arts. 101.º e 102.º do TFUE. Todavia, apenas este não bastará para promover todos os objetivos da CE, que para além de pretender assegurar a correta aplicação do direito da concorrência europeu, também pretende assegurar um dos princípios basilares da UE, a livre circulação de bens, isto é, o mercado interno da UE.

Sendo assim, esta conjugou o art. 103.º com o art. 114.º que tem com objetivo dotar a UE do poder para regular e adotar as medidas necessárias para assegurar o bom funcionamento e estabelecimento do mercado interno europeu<sup>83</sup>.

---

<sup>80</sup> ALFARO e REHER entendem que a sistematização processual poderá incentivar as diferenças legislativas nos Estados-Membros. Estes declaram que muitas vezes as propostas legislativas apresentadas pela CE são excessivamente detalhadas e complexas o que dificulta a sua aplicação. Além disso em alguns Estados-Membros já existem leis nacionais que facilitam a interposição de ações de indemnização, leis estas criadas a partir da necessidade de sistematização individual de cada Estado-Membro. Sendo assim, os autores entendem que o melhor caminho não seria a iniciativa legislativa europeia - ALFARO, Jesús, REHER, Tim, *Towards the Directive on Private Enforcement of EC Competition: Is the Time Ripe?*, The European Antitrust Review 2010, Global Competition Review, 2010, p. 43.

<sup>81</sup> Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a certas regras que regem as ações de indemnização no âmbito do direito nacional por infrações às disposições do direito da concorrência dos Estados-Membros e da União Europeia de 11 de Junho de 2013, COM (2013) 404 final.

<sup>82</sup> CAUFFMAN, Caroline, *The European Commission Proposal for a Directive on Antitrust Damages: A first Assessment*, in M-EPLI, Maastricht European Private Law Institute, Working Paper No. 2013/13, pp. 8 a 10.

<sup>83</sup> CAUFFMAN na sua publicação suscita ainda a questão da aplicação da Diretiva em caso de violações nacionais das normas da concorrência, isto é, violações fora do âmbito europeu. A conclusão da autora é que a Proposta de Diretiva apenas tem como objetivo as violações e as ações de indemnizações que derivam do direito da UE, logo não deverá ser posta em questão a aplicação desta em caso estritamente nacionais.

A CE, além desta base legal, utilizou também uma base jurisprudencial para compilar a Proposta apresentada. Voltando aos primórdios das decisões do TJUE sobre processos de cartéis e ações de indemnização, a CE retomou nesta a visão explanada pelos tribunais em *COURAGE & CREHAN* e *MANFREDI*.

A Proposta segue assim o objetivo da compensação total dos lesados, não devendo com isso prejudicar e desincentivar os aplicantes ao Regime de Clemência e a efetividade dos art. 101.º e 102.º do TFUE<sup>84</sup>.

Como refere SCHARAW, «*in a nutshell the proposed Directive aims to help victims of antitrust violations to obtain compensation. For this purpose, the Commission intends to harmonise national laws to avoid having different national provisions become an obstacle for claimants*»<sup>85</sup>.

Sobre estes mesmos princípios foi criada a Diretiva 2014/104/UE, sendo no seu cerne muito similar à Proposta de Diretiva apresentada pela CE em 2013, excetuando apenas algumas questões secundárias<sup>86</sup>.

A Diretiva 2014/104/UE provou ser então uma junção das recomendações da CE apresentadas no Livro Verde e no Livro Branco e das decisões do TJUE sobre ações de indemnização por violação dos arts. 101.º e 102.º do TFUE<sup>87</sup>.

Ora, a Diretiva sobre os Danos assenta os seus alicerces em dois pilares essenciais: garantir uma interação salutar entre *PUBLIC ENFORCEMENT* e *PRIVATE ENFORCEMENT*; e, garantir que as vítimas das infrações às normas do direito da concorrência são devidamente compensadas<sup>88</sup>.

---

<sup>84</sup> CAUFFMAN, Caroline, *The European Commission Proposal for a Directive on Antitrust Damages: A first Assessment*, in M-EPLI, Maastricht European Private Law Institute, Working Paper No. 2013/13, p. 9.

<sup>85</sup> SCHARAW, Bajar, *Commission proposal for a Directive on antitrust damages and recommendation on principles for collective redress – the road towards “Private Antitrust Enforcement” in the European Union?*, *European Competition Law Review*, Volume 35, Issue 7, 2014, p. 352.

<sup>86</sup> A Proposta de Diretiva não incluía a previsão exclusiva de indemnizações punitivas e múltiplas, de forma a prevenir o excesso de indemnização. Ver art. 3.º, n.º 2 da Diretiva sobre os Danos.

<sup>87</sup> Embora, e como constata CISOTTA, a CE tenha adotado uma aproximação conservadora da parte legislativa e da parte jurisprudencial, de forma não prejudicar o equilíbrio entre *PUBLIC ENFORCEMENT* e *PRIVATE ENFORCEMENT*. Ver CISOTTA, Roberto, *Some Considerations on the Last Developments on Antitrust Damages Actions and Collective Redress in the European Union*, *The Competition Law Review*, Volume 10, N.º 1, julho, 2014, p. 98.

<sup>88</sup> CAUFFMAN, Caroline, *The European Commission Proposal for a Directive on Antitrust Damages: A first Assessment*, em M-EPLI, Maastricht European Private Law Institute, Working Paper No. 2013/13, p. 4 e

E são precisamente estes dois pilares que dão o tom para as consequentes deliberações e decisões tomadas relativamente às regras criadas.

Antes de passarmos à análise efetiva das normas estatuídas na Diretiva, salientemos que esta firma duas presunções inilidíveis que tornam o trabalho de prova de danos mais fácil para os lesados: a primeira é que as violações às normas da concorrência perpetuadas por cartéis causam danos; a segunda diz respeito à extensão dos danos causados, sendo permitido nesta uma transmissão de danos parcial para os compradores indiretos<sup>89</sup>.

Através destas presunções é assegurado o princípio da compensação total das vítimas, impedindo assim a falta/escassa compensação ou o excesso de compensação, ao mesmo tempo que valoriza o direito da vítima à indemnização pelos danos sofridos<sup>90</sup>.

Centrando-nos nesta dissertação apenas na questão do acesso aos documentos e nas questões referentes ao TN<sup>91</sup>, vemos que o Capítulo II é dedicado apenas a esta questão. Logo, no art. 5.º da Diretiva vemos que o legislador europeu optou por seguir a opinião do TJ no Caso *PFLEIDERER*, pois concedeu aos Estados-Membros, através de uma análise casuística, a possibilidade de ordenarem a abertura de documentos confidenciais.

Neste sentido, aguisa RAT que a efetividade da Diretiva sobre os Danos irá ser assegurada pelos TN<sup>92</sup>, tendo em consideração que a estes assistirá a decisão relativamente ao acesso a documentos.

Contudo, devemos aqui salientar que para a concessão do acesso os lesados deverão apresentar «*uma justificação fundamentada com factos e elementos de prova razoavelmente disponíveis, suficientes para corroborar a plausibilidade do seu pedido de indemnização*»<sup>93</sup>.

---

BOGDAN, Matt, *Private Enforcement of EU Competition Law: Worth the Risk?*, disponível em <http://www.keepcalmtalklaw.co.uk/private-enforcement-of-eu-competition-law-worth-the-risk/>, 2014.

<sup>89</sup> COMPETITION POLICE BRIEF, *The Damages Directive – Towards more effective enforcement of the EU competition rules*, European Commission, Issue 2015-1, Janeiro de 2015, p. 3.

<sup>90</sup> COMPETITION POLICE BRIEF, *The Damages Directive – Towards more effective enforcement of the EU competition rules*, European Commission, Issue 2015-1, Janeiro de 2015, p. 3.

<sup>91</sup> A Diretiva sobre os Danos foi muito importante também quanto às matérias do «Collective Redress», «Class Actions» e «Passing-on Defense», isto é, relativamente às formas alternativas às ações de indemnização para obter compensação por danos causados.

<sup>92</sup> RAT, Dorin, *Commitment Decisions and Private Enforcement of EU Competition Law: Friend or Foe?*, *World Competition* 38, n.º 4, 2015, p. 528.

<sup>93</sup> Art. 5.º, n.º 1 da Diretiva 2014/104/UE.

Ora, como WEIDT salienta, e como também *supra* referimos, esta prova será muitas vezes difícil de obter, visto os litigantes privados desconhecerem quais os documentos passíveis de poderem ser acedidos<sup>94</sup>.

Ademais, a própria «*plausibilidade do seu pedido de indemnização*» torna-se incerta, pois a lei não fornece elementos suficientes para concretamente definir aquilo que poderá ser dado com plausível ou não plausível, tendo em conta os factos e provas apresentadas<sup>95</sup>.

Acresce ao enunciado, a inserção de uma categorização de documentos, que separa os documentos que poderão ser alvo de acesso após uma ordem de acesso de uma instituição competente, dos restantes indisponíveis.

Como salientam BURROWS e ALLEN, a Diretiva contrapõe o «*balancing exercise*» concedido ao tribunal nacionais quanto ao acesso nos documentos, com a absoluta proibição de acesso a certas categorias de documentos<sup>96</sup>.

Segundo BOGDAN, a CE inseriu uma «*grey and black lists system*»<sup>97</sup>, ou seja, criou uma listagem de documentos que poderão ser libertados apenas após a finalização do processo investigativo pela autoridade da concorrência competente e uma listagem dos documentos proibidos, que não poderão nunca ser abertos aos aplicantes de ações de indemnização, respetivamente<sup>98</sup>.

BENTLEY QC e HENRY propagam a existência de uma terceira lista, a «*white list*», que abarca todos os documentos que não possam ser inseridos nas duas listas acima descritas. Esta lista conteria, assim, toda a informação anterior à abertura do processo, como por exemplo e-mails, mensagens e ordem de trabalhos de reuniões<sup>99</sup>.

---

<sup>94</sup> WEIDT, Christopher, *The Directive on actions for antitrust damages after passing the European Parliament*, European Competition Law Review 35, Issue 9, 2014, p. 438.

<sup>95</sup> Apud BOGDAN, Matt, *Private Enforcement of EU Competition Law: Worth the Risk?*, disponível em <http://www.keepcalmtalklaw.co.uk/private-enforcement-of-eu-competition-law-worth-the-risk/>, 2014.

<sup>96</sup> BURROWS, Euan e ALLEN, Ruth, *The Likely Impact of the EU Damages Directive*, in *The International Comparative Legal Guide to : Competition Litigation 2016*, Global Legal Group, Ashurst LLP, 2015, p. 2.

<sup>97</sup> BOGDAN, Matt, *Private Enforcement of EU Competition Law: Worth the Risk?*, disponível em <http://www.keepcalmtalklaw.co.uk/private-enforcement-of-eu-competition-law-worth-the-risk/>, 2014.

<sup>98</sup> Art. 6.º, n.º 5 e 6 da Diretiva 2014/104/UE.

<sup>99</sup> BENTLEY QC, Philip e HENRY, David, *Antitrust Damages Actions: Obtaining Probative Evidence in the Hands of Another Party*, World Competition 37, n.º 3, 2014, p. 282.

A listagem de documentos proibidos, embora de encontro às recomendações anteriormente apresentadas pela CE, é a antítese do proposto pelo TJUE nos Casos *PFLEIDERER* e *DONAU CHEMIE*<sup>100</sup>.

Como consta no art. 6.º, n.º 6 da Diretiva, os TN dos Estados-Membros nunca poderão conceder acesso a documentos relacionados com as declarações de clemência e as propostas de transação.

É óbvio que esta proibição se opõe ao decidido pelo TJ, visto este conceder esta decisão ao TN. Todavia, endorsa aqui, com esta adoção, a posição adotada pelo Advogado-Geral Mazák em *PFLEIDERER*, que já referia que os «*corporate statements*» não deveriam ser passíveis de ser acedidos, de forma a preservar o *PRIVATE ENFORCEMENT* e as exceções ao Regulamento da Transparência<sup>101</sup>.

Contudo, existem opiniões diferentes para a resolução da problemática, que não passavam pela exclusão das declarações de clemência.

Para CISOTTA, a solução da categorização é muito rígida. Rigidez essa, que poderá levar a um bloqueio nas ações de indemnização, prolongando o problema já existente de falta de promoção de ações<sup>102</sup>.

Segundo o autor, a solução para este dilema seria a assumida pelo TJ no Caso *PFLEIDERER* e posteriormente no Caso *DONAU CHEMIE*, devendo-se executar uma análise caso-a-caso, dependendo a decisão das condições específicas do processo em análise.

Já na opinião de KERSTING<sup>103</sup>, a privação de acesso a certos documentos põe em causa o princípio da efetividade do direito da UE. A Diretiva, com esta limitação, ajuda a proteger

---

<sup>100</sup> BOGDAN, Matt, *Private Enforcement of EU Competition Law: Worth the Risk?*, disponível em <http://www.keepcalmtalklaw.co.uk/private-enforcement-of-eu-competition-law-worth-the-risk/>, 2014 e ATLEE, Laura e PATSA, Agapi, *A Step Toward More Private Competition Enforcement in EU*, Steptoe, Steptoe & Johnson LLP, Junho 21, 2013.

<sup>101</sup> ATLEE, Laura e PATSA, Agapi, *A Step Toward More Private Competition Enforcement in EU*, Steptoe, Steptoe & Johnson LLP, Junho 21, 2013.

<sup>102</sup> CISOTTA, Roberto, *Some Considerations on the Last Developments on Antitrust Damages Actions and Collective Redress in the European Union*, *The Competition Law Review*, Volume 10, N.º 1, Julho de 2014, p. 99.

<sup>103</sup> KERSTING, Christian, *Removing the Tension Between Public and Private Enforcement: Disclosure and Privileges for Successful Leniency Applicants*, Briefing Session Private Enforcement Directive, COM (2013) 404final, Bruxelas, 18 de setembro de 2013, p. 3 e 4, embora o autor se refira à Proposta de Diretiva de 2013, o mesmo conceito se aplica à Diretiva em si, e por isso foi incluído na presente secção.

os interesses dos infratores/denunciante em detrimento das vítimas, que vêm o seu direito a total compensação negado por falta de informação.

Para este autor, a melhor solução para promover uma efetiva proteção do Regime de Clemência, e por consequência dos art. 101.º e 102.º do TFUE, passaria não pela limitação do acesso a documentos, especificamente a «*corporate statements*», mas sim pela redução dos privilégios dos infratores.

KERSTING propõe que os cartelistas que tenham recebido imunidade no pagamento de coimas devam ser responsabilizados também pelos danos que causaram com as suas ações. Esta responsabilização seria possível se detivessem direito de regresso, sobre o direito gasto em indemnizações, relativamente aos cartelistas que não tomaram a iniciativa de denunciarem uma prática anticoncorrencial. Desta forma, os infratores não se veriam desmotivados a aderirem ao regime de clemência, e por outro lado as vítimas obteriam a sua devida compensação<sup>104</sup>.

Embora a via preconizada por KERSTING tenha efetivamente passado para o papel através do n.º 4, do art. 11.º da Diretiva, que prevê que os beneficiários da isenção de coimas apenas serão responsabilizados solidariamente quando não se obtiver uma reparação integral dos restantes infratores, o acesso a certos documentos continua a ser bloqueado, visto ser de elevada importância a manutenção da atratividade do Regime de Clemência.

Debruçando-nos agora sobre o art. 8.º da Diretiva, vemos que foi incluída uma medida de proteção já recomendada pela CE no Livro Branco, a aplicação de sanções a partes, terceiros ou representantes legais, que incumprissem com uma ordem de divulgação, que destruíssem elementos de prova relevantes ou que não respeitassem a utilização dos elementos de prova cedido. Nesta medida é visível a aplicação direta das recomendações já existentes e da sua utilização na Diretiva sobre os Danos.

Além das medidas acima elencadas, a Diretiva acertou ainda relativamente as ações de indemnização propriamente ditas, normas importantes quanto às decisões dos TN.

O art. 9.º da Diretiva fortaleceu a posição dos TN e das autoridades da concorrência nacionais, ao impor que as decisões definitivas destes relativamente a violações das regras

---

<sup>104</sup> KERSTING, Christian, *Removing the Tension Between Public and Private Enforcement: Disclosure and Privileges for Successful Leniency Applicants*, Briefing Session Private Enforcement Directive, COM (2013) 404 final, Bruxelas, 18 de Setembro de 2013, p. 4.

da concorrência sejam consideradas como irrefutavelmente estabelecidas, não podendo ser alvo de dúvida nas ações de indemnização em outros Estados-Membros<sup>105</sup>.

Esta medida fortalece não só a posição dos TN e das autoridades nacionais da concorrência, mas também o *PRIVATE ENFORCEMENT* a um nível nacional. Esta norma previne possíveis tentativas de descrédibilização de decisões de instituições nacionais e permite que as questões relativas ao mérito da decisão dos TN ou das autoridades da concorrência nacionais sejam discutidas nos tribunais próprios, e não em sede de ações de indemnização<sup>106</sup>.

Contudo, tal disposição provoca dúvidas relativamente ao conceito de «*prima facie evidence*» e da sua interpretação nos diferentes Estados-Membros. Neste sentido PISZCZ aguisa que os Estados podem seguir duas interpretações diferentes: estes podem alegar que este apenas torna plausível a existência de um dano, tendo tal assunção como consequência a necessidade de uma norma que legitime o prosseguimento das ações, assumindo que tal presunção basta para a prossecução destas, sem existir a necessidade de evidências sólidas; ou estes podem interpretar o conceito no sentido que este deve ser tido como o início da produção de prova, devendo a infração por prática de atos anticoncorrenciais posteriormente vir a ser provada<sup>107</sup>.

Tal diferenciação provocará com certeza uma série de dúvidas no momento da transposição da Diretiva sobre os Danos para o ordenamento nacional, devendo os legisladores nacionais favorecer a última interpretação por já preceituar a existência de uma prova. Todavia, esta decisão poderá levar a uma diminuição da exigência de prova da infração em si, podendo esta nunca vir a ser provada em efetivo<sup>108</sup>.

Muito embora a Diretiva crie regras importantes quanto ao acesso a documentos e força das decisões proferidas em TN, permitindo, assim, definir uma forma de atuação

---

<sup>105</sup> ATLEE, Laura e PATSA, Agapi, *A Step Toward More Private Competition Enforcement in EU*, Steptoe, Steptoe & Johnson LLP, June 21, 2013.

<sup>106</sup> CISOTTA, Roberto, *Some Considerations on the Last Developments on Antitrust Damages Actions and Collective Redress in the European Union*, *The Competition Law Review*, Volume 10, N.º 1, Julho de 2014, p. 100.

<sup>107</sup> PISZCZ, Anna, *Is this rally a reform to facilitate follow-on actions for antitrust damages ? Some thoughts on the Damages Directive*, in PAIS, Sofia Oliveira (Ed.), *Competition Law Challenges in the Next Decade*, P.I.E-Peter Lang S.A., Éditions Scientifiques Internationales, 2016, p. 59.

<sup>108</sup> PISZCZ, Anna, *Is this rally a reform to facilitate follow-on actions for antitrust damages ? Some thoughts on the Damages Directive*, in PAIS, Sofia Oliveira (Ed.), *Competition Law Challenges in the Next Decade*, P.I.E-Peter Lang S.A., Éditions Scientifiques Internationales, 2016, p. 59.

relativamente unânime por todos os Estados-Membros, alguns autores ainda alegam a sua insuficiente na resolução definitiva de litígios indemnizatórios.

Para GOLDSMITH, existe um risco acrescido de existência de decisões de indemnização que entrem em conflito com decisões anteriormente proferidas em outro Estado-Membro, ou até mesmo a existência de ações de indemnização em duplicado, originando a discussão da mesma matéria em mais que um Estado-Membro, ao mesmo tempo<sup>109</sup>.

Sendo assim, este é da opinião que a Arbitragem Internacional seria uma melhor forma de resolução de litígios que a definida pela Diretiva, visto que esta direciona a decisão para os TN<sup>110</sup>.

Segundo GOLDSMITH, a arbitragem internacional fornece uma série de possibilidades que são mais vantajosas para tanto para os lesados, como para os infratores. A possibilidade de escolha dos seus próprios juízes, podendo optar, assim, por um especializado nos assuntos debatidos no caso em discussão, a estrutura processual mais flexível e a própria natureza confidencial da arbitragem, tornam este mecanismo extremamente apelativo para os diversos interessados<sup>111</sup>.

Todavia, embora a Diretiva preveja no Considerando 5 do seu Preâmbulo esta possibilidade, deve-se atentar aqui que, em termos de acesso à informação e documentos confidenciais, os TN encontram-se numa posição mais vantajosa, tendo em conta que têm acesso direto ao processo investigativo da infração<sup>112</sup>.

Além da arbitragem, o Considerando 5 admite ainda a possibilidade da existência de «*decisões de aplicação pública que incentivem as partes a prestar indemnização*». Segundo SOFIA OLIVEIRA PAIS, esta solução retrata com exatidão um dos objetivos da Diretiva, visto que

---

<sup>109</sup> GOLDSMITH, Aren, *Arbitration and EU Antitrust Follow-on Damages Actions*, ASA Bulletin 34, Issue 1, Março 2016, p. 28. Para este autor, como a Diretiva não define regras de litispendência, nem mecanismo de consolidação de ações pendentes em diferentes Estados-Membros, possibilita os casos de conflito e de duplicação, tendo em conta que sem tal os Estados-Membros não poderão verificar a existência de processos similares ou coincidentes em atividade nos diferentes Estados.

<sup>110</sup> GOLDSMITH, Aren, *Arbitration and EU Antitrust Follow-on Damages Actions*, ASA Bulletin 34, Issue 1, Março 2016, p. 29.

<sup>111</sup> GOLDSMITH, Aren, *Arbitration and EU Antitrust Follow-on Damages Actions*, ASA Bulletin 34, Issue 1, Março 2016, pp. 29 a 31.

<sup>112</sup> GOLDSMITH, Aren, *Arbitration and EU Antitrust Follow-on Damages Actions*, ASA Bulletin 34, Issue 1, Março 2016, p. 32.

permite ao *PUBLIC ENFORCEMENT* a aplicação de dispositivos que seriam *a priori* apenas do *PRIVATE ENFORCEMENT*<sup>113</sup>.

A autora assegura ainda que «*we could and should have “sustainable antitrust enforcement” based upon the balance of public enforcement and private enforcement in Europe*»<sup>114</sup>.

Apenas através deste balanço é que os dois sistemas poderão colmatar falhas de ambas as partes, permitindo, assim, um mais eficiente controlo de processos de clemência e ações de indemnização decorrentes destes.

Concluindo, a Diretiva sobre os Danos, embora com todas as opiniões divergentes em relação a esta, é uma iniciativa importante para o reforço do *PRIVATE ENFORCEMENT*, e por consequência do *PUBLIC ENFORCEMENT*, ao longo dos Estados-Membros da UE<sup>115</sup>.

Contudo, devido à normatização generalizada, mas pouco detalhada, a Diretiva poderá vir a original uma corrida aos TN estrangeiros para a resolução de ações de indemnização relativas a práticas anticoncorrenciais, optando os lesados por propor a ação no Estado-Membro para si mais vantajoso em termos legislativos<sup>116</sup>.

Aliás, já vários Estados, como a Alemanha, Países Baixos e Finlândia, modificaram normas nacional, de forma a tornar mais favorável a persecução das ações de indemnização nos seus territórios<sup>117</sup>.

Destarte, a criação de normas europeias de regulação das ações de indemnização tornou-se essencial. A crescente desarmonização entre CE, TJ e TG, levou a que as decisões relativas a pedidos de acesso a documentos se tornassem desiguais, e por isso mesmo

---

<sup>113</sup> PAIS, Sofia Oliveira, Antitrust private enforcement and collective redress in Portugal, in PAIS, Sofia Oliveira (Ed.), *Competition Law Challenges in the Next Decade*, P.I.E-Peter Lang S.A., Éditions Scientifiques Internationales, 2016, p.72.

<sup>114</sup> PAIS, Sofia Oliveira, Antitrust private enforcement and collective redress in Portugal, in PAIS, Sofia Oliveira (Ed.), *Competition Law Challenges in the Next Decade*, P.I.E-Peter Lang S.A., Éditions Scientifiques Internationales, 2016, pp. 72 e 73.

<sup>115</sup> COMPETITION POLICE BRIEF, *The Damages Directive – Towards more effective enforcement of the EU competition rules*, European Commission, Issue 2015-1, Janeiro de 2015, p. 4.

<sup>116</sup> PISZCZ, Anna, *Is this rally a reform to facilitate follow-on actions for antitrust damages ? Some thoughts on the Damages Directive*, in PAIS, Sofia Oliveira (Ed.), *Competition Law Challenges in the Next Decade*, P.I.E-Peter Lang S.A., Éditions Scientifiques Internationales, 2016, p. 72.

<sup>117</sup> DRYE, Kelley e LLP, Warren, *Implementation of the Damages Directive: The Changing Landscape of EU Competition Law*, *Competition Law & Economics*, Julho 2016, disponível em <http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=3ddb204c-1181-40c0-a1c8-0d770ff5d91b>.

injustas. A Diretiva veio sistematizar uma série de práticas e métodos que levam a tomadas de decisões mais coerentes e intrinsecamente mais justas e harmoniosas, permitindo uma compensação mais efetiva dos lesados.

Em termos substanciais, esta já cria normas suficientemente detalhadas quanto ao acesso a documentos. No futuro, não se deverá tentar dissecar ainda mais o conceito de documentos proibidos e semi-confidenciais, mas sim, em caso de dúvida, deixar os TN decidir sobre a questão, adotando o modelo dualista referido na Diretiva, ou seja, conjugar a análise casuística com as listagens de documentos legalmente definidos como proibidos.

Contudo, em termos procedimentais ainda deixa muito a desejar, deixando em aberto problemas relativos ao processamento das ações de indemnização, que deverão ser rapidamente solucionados.

Sendo assim, é importante a criação de infraestruturas de resolução de litígios extrajudiciais e arbitrais, como forma de apoio às ações de indemnização, concebendo vias viáveis para a persecução da compensação e permitindo um escape ao excesso de litígio.

Não obstante, a importância da Diretiva apenas se irá refletir após a transposição para as leis nacionais e a aplicação efetiva destas em ações de indemnização derivadas de violações às regras da concorrência europeias.

### **3.1) A Transposição da Diretiva 2014/104/UE em Portugal**

Segundo FERREIRA GOMES, cada vez mais existe uma miscelânea entre as leis nacionais e as leis provenientes da UE, isto leva a que até em casos puramente nacionais sejam aplicadas decisões provenientes de casos europeus, originando uma maior harmonização nas normas aplicadas pelos Estados-Membro da UE e na própria interpretação destas<sup>118</sup>, visto que muitas delas derivam de Diretivas comunitárias.

O prazo de transposição da Diretiva sobre os Danos para a lei nacional preconizou o seu fim no passado dia 27 de Dezembro de 2016.

---

<sup>118</sup> GOMES, António Ferreira, *Competition law: achievements and challenges*, in PAIS, Sofia Oliveira (Ed.), *Competition Law Challenges in the Next Decade*, P.I.E-Peter Lang S.A., Éditions Scientifiques Internationales, 2016, p. 15.

Embora a transposição de diretivas seja uma prática recorrente no direito nacional, muitas vezes esta torna-se difícil, visto órgãos nacionais diferentes deterem normas e práticas legais diferentes.

A disparidade entre os direitos nacionais dos Estados-Membros leva a que muitas vezes às diretivas sejam criadas à luz de um direito nacional vigente ou mesmo através de uma miscelânea de normas de diferentes direitos nacionais, não se coadunando assim com as normas legais de todos os Estados-Membros.

Consequentemente, os Estados-Membros deparam-se com normas presentes nas diretivas que não têm equivalência exata na lei nacional ou até mesmo com normas opostas à lei nacional em exercício.

Toda esta divergência legislativa gera muitas vezes dúvidas nos órgãos legislativos dos Estados-Membros no momento de transposição da diretiva em questão para o direito nacional que a efetivamente aplicará<sup>119</sup>.

Ora, obviamente a Diretiva sobre os Danos não foi diferentes das diretivas anteriores, sendo que surgiram algumas questões quanto à sua transposição para o direito nacional vigente.

Focando-nos apenas quanto à transposição da diretiva para o direito nacional português, vemos que a Autoridade da Concorrência (AdC) portuguesa fez um ótimo trabalho na preparação do Anteprojeto de Transposição<sup>120</sup>.

Todavia, existem algumas questões prementes relacionadas com o acesso aos documentos e com o poder dos TN, que foram devidamente ressalvadas através da apresentação deste Anteprojeto a consulta pública.

Uma das principais questões diz respeito ao art. 14.º do Anteprojeto de Transposição sobre o acesso a meios de prova constante num processo de clemência, mais precisamente

---

<sup>119</sup> Todavia, nunca deverá ser posto em causa o Princípio do Primado, Princípio Fundamental do Direito Europeu, que obriga à primazia das normas europeias sobre as leis nacionais. Sendo assim, o direito nacional tem obrigatoriamente de se adaptar de forma se coadunar com as normas europeias. Este princípio foi implementado na UE a partir do Acórdão *COSTA contra ENEL*, de 15 de Junho de 1964.

<sup>120</sup> Proposta de Anteprojeto de Transposição da Diretiva “Private Enforcement” – Refiro-me aqui à proposta submetida pela Autoridade da Concorrência para consulta pública (doravante apenas designada por Anteprojeto de Transposição).

quanto ao acesso a documentos relacionados com declarações de clemência e propostas de transação.

Como já vimos, a Diretiva sobre os Danos não permite o acesso a esta categoria de documentos, contudo algumas normas nacionais vigentes atestam o oposto, sendo assim necessário chamar à atenção para a limitação de acesso a documentos aí presente.

Aliás, a previsão expressa no art. 14.º, n.º 5 do Anteprojeto de Transposição<sup>121</sup> opõe-se categoricamente ao já anteriormente proclamado pelo TJ no Caso *PFLEIDERER* e no Caso *DONAU CHEMIE*.

Esta oposição põe em causa o Direito da União Europeia, mais concretamente o princípio da efetividade da UE, que se encontra também legislado no art. 4.º da Diretiva sobre os Danos.

A limitação de categorias de documentos gera uma instabilidade na produção de prova colocando o lesado numa posição fragilizada, visto não conseguir todos os documentos possíveis para a prova dos danos provocados pela infração ao direito da concorrência.

Segundo AGOSTINHO GUEDES, esta limitação poderá colocar em causa o próprio Princípio da Igualdade de matéria de direitos e deveres. Princípio esse, constitucional consagrado no art. 13.º da Constituição da República Portuguesa<sup>122</sup>.

Ademais, deveremos ter em conta ainda a próprias normas processuais civis portuguesas, concretamente os arts. 429.º e 432.º do Código de Processo Civil Português que permitem requerer ao tribunal a apresentação de documentos em posse da parte contrária ou terceiros, que possam ser relevantes para a boa decisão da causa a ser debatida.

Como constata SOFIA OLIVEIRA PAIS, estas normas concedem ao tribunal um poder de determinação daquilo que poderá ser considerado como informação confidencial em casos

---

<sup>121</sup> Art. 14.º, n.º 5 do Anteprojeto de Transposição: «5 – O tribunal não pode ordenar a apresentação de meios de prova dos quais constem: a) Declarações para efeitos de isenção ou redução de coima; b) Propostas de transação.»

<sup>122</sup> GUEDES, Agostinho, *Actions for damages under Portuguese Law for infringements of the competition law*, in PAIS, Sofia Oliveira (Ed.), *Competition Law Challenges in the Next Decade*, P.I.E-Peter Lang S.A., Éditions Scientifiques Internationales, 2016, p. 93.

de práticas anticoncorrenciais, visto não existir nenhuma regra específica quando à confidencialidade dos documentos relativos a processos de clemência<sup>123</sup>.

Tal prática é notoriamente oposta ao objetivo da Diretiva sobre os Danos, que criou uma lista exata de documentos confidenciais, a «*black list*», indo antes de encontro ao proclamado pelo TJ no Caso PFLEIDERER.

Atenta ainda SOFIA OLIVEIRA PAIS que o Regime Jurídico da Concorrência (RJC)<sup>124</sup> autoriza os interessados a pedirem acesso a documentos não-confidenciais no decorrer da investigação da infração a práticas anticoncorrenciais, excetuando apenas os casos onde é levantado o segredo de justiça<sup>125</sup>.

Acresce a esta questão, a disposição expressa no art. 90.º do RJC, que obriga a AdC a publicar, na sua página eletrónica, a versão não-confidencial de todas as investigações de processos de clemência, referindo se as mesmas ainda se encontram pendentes de recurso judicial.

De facto, a transposição destas normas vai contra a atual redação do art. 81.º, n.º 3 do RJC que aguisa o seguinte «*O acesso de terceiros aos pedidos, documentos e informações apresentados pelo requerente, para efeitos da dispensa ou redução da coima, carece de autorização deste*».

Ora, a proibição de acesso às declarações de clemência e propostas de transação é uma contradição expressa ao art. acima transposto, visto que o mesmo permite o acesso a estes documentos, mediante a autorização dos beneficiários das isenções ou coimas.

Além das questões já levantadas devemos também levantar dúvidas quanto à possibilidade de libertação das propostas de transação revogadas, visto esta constarem na

---

<sup>123</sup> PAIS, Sofia Oliveira, *Antitrust private enforcement and collective redress in Portugal*, in PAIS, Sofia Oliveira (Ed.), *Competition Law Challenges in the Next Decade*, P.I.E-Peter Lang S.A., Éditions Scientifiques Internationales, 2016, p. 30.

<sup>124</sup> Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, também denominada de Regime Jurídico da Concorrência.

<sup>125</sup> PAIS, Sofia Oliveira, *Antitrust private enforcement and collective redress in Portugal*, in PAIS, Sofia Oliveira (Ed.), *Competition Law Challenges in the Next Decade*, P.I.E-Peter Lang S.A., Éditions Scientifiques Internationales, 2016, p. 30. Ver também art. 32.º e 33.º do RJC, onde aparecem definidas as constatações assim retiradas.

categoria de documentos passíveis de serem libertados em momento posterior à finalização do processo investigativo<sup>126</sup>.

Tendo em conta que com a proposta de transação a intenção é tornar a confissão dos infratores possível, são estas fornecidas com elementos essenciais que facilitam essa mesma proposta e tornam-na mais apelativa. Mesmo que a proposta de transação venha a ser revogada, ela continuará a conter todas as informações a si adicionada até aquele momento.

Logo, caso as propostas de transação revogadas sejam documentos possíveis de ser cedidos, para constarem de elemento de prova nas ações de indemnização por violação das normas da concorrência, estaríamos a criar uma abertura legal para a utilização do processo de transação nas ações de indemnização, contrariando assim o objetivo da inclusão das propostas de transação na lista de documentos proibidos, presente no art. 14.º, n.º 5 do Anteprojeto de Transição<sup>127</sup>.

Relativamente ao problema dos documentos proibidos, a AdC na Proposta de Anteprojeto submetida ao Governo<sup>128</sup> sugeriu alterações ao art. 81.º do RJC, com o objetivo de conseguir articular a o diploma da concorrência com o diploma que abarca a transposição da Diretiva.

Com este objetivo, a AdC propõe a alteração do art. 81.º do RJC, acrescentando a este um novo número, onde passaria a constar o seguinte: *«Aos pedidos de apresentação de meios de prova constantes de um processo da Autoridade da Concorrência dirigidos a um tribunal para efeitos de uma ação de indemnização por infração ao direito da concorrência é aplicável o disposto no artigo 14.º, n.º 5, alínea a) do [DIPLOMA DE TRANSPOSIÇÃO].»*.

---

<sup>126</sup> Art. 14.º, n.º 4, alínea c) do Anteprojeto de Transposição: *«4 – A apresentação dos seguintes meios de prova só pode ser ordenada pelo tribunal depois de uma autoridade de concorrência ter concluído o seu processo: (...) c) Propostas de transação revogadas.»*

<sup>127</sup> Ainda sobre esta matéria, em consulta pública foi referido que para uma melhor aplicação desta norma, na forma apresentada no Anteprojeto de Transição, é necessária uma alteração substancial das normas constantes no RJC, precisamente dos art. 6.º, 11.º, 22.º e 27 do referido diploma, e também do formulário apresentado pela AdC para a formalização do processo de transação, de forma a permitir uma melhor articulação entre a inexistência de necessidade de autorização dos infratores para o acesso a estes documentos e o conceito de “proposta de transação revogada”. Caso tal coadunação aconteça, poderá ser possível a vigência das duas disposições legais sem conflitos de interesses.

<sup>128</sup> Proposta de Anteprojeto de Transposição da Diretiva “Private Enforcement” submetida ao Governo a 22 de Junho de 2016.

De acordo com o transcrito, todos os pedidos realizados com o objetivo de aceder a documentos considerados confidenciais, como os documentos relacionados com a obtenção de isenção de coimas, serão negados por fazerem parte dos documentos de acesso proibido.

Quanto à problemática das propostas de transação revogadas, a AdC não fornece nenhuma solução para uma melhor articulação entre o conceito de propostas de transação revogadas e a problema de estas serem documentos apenas semi-confidenciais.

Outra das questões levantadas diz respeito ao art. 7.º, n.º 2 do diploma, que transpõe a presunção de irrefutabilidade de uma decisão judicial ou de uma autoridade da concorrência sobre um processo anticoncorrencial.

Ora, o legislador no Anteprojeto de Transposição preferiu adaptar a expressão «*irrefutavelmente estabelecida*» que proveio da Diretiva sobre os Danos, utilizando em vez o termo «*presunção inilidível*», termo esse já existente na cultura legal portuguesa.

Contudo, a expressão «*presunção inilidível*» representa um acréscimo à força probatória atribuída pela Diretiva as Autoridades da Concorrência nacionais e Tribunais de Recurso.

Aliás, como constata AGOSTINHO GUEDES, «*if the competition authority (or a review court) has carried out an investigation and has concluded that an infringement of competition law has occurred, then those entities who suffered damages as a result thereof shall be able to claim damages without bearing the burden of proof in what concerns the content of the final decision.*»<sup>129</sup>.

Todavia, a Legislação Portuguesa apenas concede esta força probatória em específico, a decisões relacionadas com matérias criminais. O art. 623.º do Código de Processo Civil Português determina que uma decisão de condenação em processo criminal pressupõem uma «*presunção inilidível*» de certeza sobre os factos onde foi fundada a decisão de condenação<sup>130</sup>.

---

<sup>129</sup> GUEDES, Agostinho, *Actions for damages under Portuguese Law for infringements of the competition law*, in PAIS, Sofia Oliveira (Ed.), *Competition Law Challenges in the Next Decade*, P.I.E-Peter Lang S.A., Éditions Scientifiques Internationales, 2016, p. 93.

<sup>130</sup> GUEDES, Agostinho, *Actions for damages under Portuguese Law for infringements of the competition law*, in PAIS, Sofia Oliveira (Ed.), *Competition Law Challenges in the Next Decade*, P.I.E-Peter Lang S.A., Éditions Scientifiques Internationales, 2016, p. 93.

Sendo assim, o uso da expressão de «*presunção inilidível*», para além de não distinguir as decisões das Autoridades da Concorrência e dos Tribunais de Recurso, concedendo-lhes força equivalente<sup>131</sup>, também confere ao *PRIVATE ENFORCEMENT* uma força de uma presunção *juris et de juri*, apenas dada no regime legal português às decisões provenientes de processos criminais.

Na consulta pública as opiniões tornaram-se divididas. Alguns Consultores optaram por uma solução mais radical, referindo que dever-se-ia reforçar o conceito da própria presunção legal, definindo o âmbito material e pessoal da infração.

Outros Consultores preferiram optar por uma via menos radical, referindo que a presunção aqui atribuída deveria ter uma força probatória menor, devendo assim ser convertida para uma presunção *juris tantum*.

SOFIA OLIVEIRA PAIS refere que, de forma a se coadunar o disposto na Diretiva sobre os Danos sobre a presunção inilidível das decisões relativas a processos de práticas anticoncorrenciais, se deverão proceder a diversas mudanças na Lei Portuguesa que contribuirão para o aumento da efetividade do *PRIVATE ENFORCEMENT*<sup>132</sup>.

O legislador optou por não mexer na redação original no art., apresentando ao Governo a mesma versão apresentada no Anteprojeto de Transposição.

Claro que este alargamento das competências de decisão terá o seu impacto no ordenamento jurídico nacional, precisamente nas possibilidades de recursos de decisões em matérias anticoncorrenciais.

Por fim, outra das problemáticas levantadas com a Transposição da Diretiva sobre os Danos, embora pouco relacionada com as questões acima enunciadas, refere-se à caracterização dos Danos que poderão ser alvo de indemnização<sup>133</sup>.

---

<sup>131</sup> PAIS, Sofia Oliveira, *Antitrust private enforcement and collective redress in Portugal*, in PAIS, Sofia Oliveira (Ed.), *Competition Law Challenges in the Next Decade*, P.I.E-Peter Lang S.A., Éditions Scientifiques Internationales, 2016, p. 28.

<sup>132</sup> PAIS, Sofia Oliveira, *Antitrust private enforcement and collective redress in Portugal*, in PAIS, Sofia Oliveira (Ed.), *Competition Law Challenges in the Next Decade*, P.I.E-Peter Lang S.A., Éditions Scientifiques Internationales, 2016, p. 28.

<sup>133</sup> A lei portuguesa já prevê, nos arts. 562.º e 564.º do Código Civil, o direito à total compensação, logo, não existem problemas quanto à disposição prevista no art. 3.º da Diretiva relativamente a esta matéria.

A Diretiva, no seu art. 3.<sup>o</sup><sup>134</sup>, refere que para o cálculo dos danos deverão ter-se em conta os danos emergentes e os lucros cessantes, respeitando assim a jurisprudência enunciada no Caso *MANFREDI* e o princípio da compensação total.

Todavia, estes danos na sua génese são danos puramente económicos, não sendo assim passíveis de ser ressarcíveis com base no Direito Português, onde vigora a dualidade de Danos Patrimoniais e Danos Morais.

Pôr-se-á então aqui a questão de se saber como poderão ser indemnizados este tipo de danos no direito nacional português?

Em termos meramente teóricos, talvez a melhor opção fosse a seguida por MENEZES LEITÃO<sup>135</sup> relativamente à concorrência desleal.

Tal como nas práticas restritivas da concorrência, na concorrência desleal o dano não é calculado apenas através do montante desviado, mas também através do montante deixado de ser auferido, isto é, os danos são calculados a partir dos danos emergentes e lucros cessantes<sup>136</sup>, não entrando no seu escopo os danos morais.

Fundando-se ambas na mesma tipologia de danos, será passível de serem aplicados os mesmos pressupostos.

Sendo assim, poder-se-ia assegurar a ressarcibilidade, através das ações de indemnização, dos danos causados por violação das normas da concorrência, caso estas, como acontece com a concorrência desleal, caíssem na categoria de normas de proteção dos lesados<sup>137</sup>.

Ora, um dos objetivos essenciais da Diretiva é precisamente assegurar que as vítimas de cartéis detêm compensação total pelos danos sofridos, logo, poder-se-á presumir que as suas normas caberão com facilidade na categoria de regras protetoras. Sendo assim, não restam dúvidas quanto à viabilidade da solução apresentada.

---

<sup>134</sup> Art. 4.<sup>o</sup> do Anteprojeto de Transposição.

<sup>135</sup> LEITÃO, Adelaide Menezes, *Normas de Proteção e Danos Puramente Patrimoniais*, Almedina, 2009.

<sup>136</sup> LEITÃO, Adelaide Menezes, *Normas de Proteção e Danos Puramente Patrimoniais*, Almedina, 2009, p. 473.

<sup>137</sup> LEITÃO, Adelaide Menezes, *Normas de Proteção e Danos Puramente Patrimoniais*, Almedina, 2009, p. 476.

Concluindo, ainda é muito cedo para conseguirmos visualizar os efeitos que a implementação da Diretiva 2014/104/UE terá nos Estados-Membros, contudo é certo que ela influenciará em vários aspetos o processo de *PRIVATE ENFORCEMENT* de cada país.

Aliás, toda esta atividade legislativa levanta questões relativamente a aspetos já solidamente definidos a um nível interno, devendo estes se adaptar às normas europeias, de forma a não ofenderem o Princípio do Primado. O legislador Português deve, assim, aproveitar esta oportunidade para promover várias modificações ao sistema de compensação das vítimas de práticas concorrenciais, tornando-o substancialmente mais definido e detalhado, e por consequência, mais apelativo.

## Conclusões

A iniciativa legislativa concretizada pelas instituições europeias deu um novo rumo às ações de indemnização relativas a infrações decorrentes de práticas anticoncorrenciais, concedendo aos lesados um maior leque de documentos passíveis de serem divulgados, ao mesmo tempo que protege os infratores denunciantes.

A Diretiva sobre os Danos ao fornecer uma lista mais precisa e exata dos documentos confidenciais e não confidenciais acaba com as assimetrias decisórias entre os Estados-Membros, permitindo uma maior coesão europeia.

Contudo, esta também apresenta os seus riscos. Ao fornecer regras processuais e de procedimento genéricas e pouco detalhadas, leva a que os Estados-Membros adotem normas internas apelativas à persecução das ações de indemnização nos seus países. Tal poderá criar uma corrida ao Estado-Membro mais vantajoso para propor a ação, originando, no final, a assimetria legislativa que a Diretiva tem por objetivo evitar.

Além disso, a Diretiva também concede aos TN e autoridades públicas da concorrência um poder decisivo muito elevado, atribuindo a estas uma presunção irrefutável quanto às decisões em processos de clemência. Tal atribuição poderá originar falhas no momento da prova efetiva do dano e prejuízos sofridos, e o surgimento de decisões baseadas em provas aparentes.

Destarte, será certo se afirmar que a Diretiva consegue, sem sombra de dúvidas, aliar a visão regulatória da CE com a visão casuística do TJUE, visto que embora admita a exclusão de certos documentos em específico, concede aos TN a possibilidade de decisão caso-a-caso dos documentos admissíveis.

Quanto aos trabalhos de transposição da Diretiva para o direito nacional português, podemos dizer que estes correram bastante bem, contudo irá provocar diversas alterações legislativas, devendo criar inclusive vários debates doutrinários e jurisprudenciais relativamente aos danos passíveis de ser ressarcidos.

Face ao exposto, devemos esperar pelos futuros desenvolvimentos, só sendo possível ver o sucesso ou insucesso da Diretiva a partir da sua implementação e prática nos diferentes Estados-Membros, sendo que caso se verifique a segunda projeção poderá o legislador europeu optar pela aplicação de outras formas de resolução de litígios.

Contudo, cremos que a Diretiva contribuirá para uma melhor aplicação do *PRIVATE ENFORCEMENT*, sendo possível, a partir desta, criar um sistema mais justo ao nível das ações de indemnização, tanto para os lesados, como para os infratores/denunciante.

## Bibliografia

### MONOGRAFIAS E PERÍODICOS

ALFARO, Jesús, REHER, Tim, *Towards the Directive on Private Enforcement of EC Competition: Is the Time Ripe?*, The European Antitrust Review 2010, Global Competition Review, 2010, pp. 43 a 45.

ATLEE, Laura e PATSA, Agapi, *A Step Toward More Private Competition Enforcement in EU*, Steptoe, Steptoe & Johnson LLP, June 21, 2013.

BECKER, Rainer, BESSOT, Nicolas, e DE SMIJTER, Eddy, *The White Paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules*, Competition Policy Newsletter, Issue 2, 2008, pp. 4 a 11.

BENTLEY QC, Philip e HENRY, David, *Antitrust Damages Actions: Obtaining Probative Evidence in the Hands of Another Party*, World Competition 37, n.º 3, 2014, pp. 271 a 291.

BOGDAN, Matt, *Private Enforcement of EU Competition Law: Worth the Risk?*, disponível em <http://www.keepcalmtalklaw.co.uk/private-enforcement-of-eu-competition-law-worth-the-risk/>, 2014.

BOTTEMAN, Yves, e HUGHES, Paul, *Access to File: Striking the Balance Between Leniency and Private Enforcement Tools*, The European Antitrust Review Global Competition Review, 2013, pp. 3 a 8.

BURROWS, Euan e ALLEN, Ruth, *The Likely Impact of the EU Damages Directive*, in *The International Comparative Legal Guide to : Competition Litigation 2016*, Global Legal Group, Ashurst LLP, 2015, pp. 1 a 11.

CAUFFMAN, Caroline, *The interaction of leniency programmes and actions for damages*, The Competition Law Review 7 (2), 2011, pp. 181 a 220.

CAUFFMAN, Caroline, *Access to Leniency-Related Documents after Pfleiderer*, World Competition 34, n.º 4, Kluwer Law International, 2011, 597 a 614.

CAUFFMAN, Caroline, *The European Commission Proposal for a Directive on Antitrust Damages: A first Assessment*, in M-EPLI, Maastricht European Private Law Institute, Working Paper No. 2013/13.

CISOTTA, Roberto, *Some Considerations on the Last Developments on Antitrust Damages Actions and Collective Redress in the European Union*, *The Competition Law Review*, Volume 10, N.º 1, Julho de 2014, 81 a 105.

COMPETITION POLICE BRIEF, *The Damages Directive – Towards more effective enforcement of the EU competition rules*, European Commission, Issue 2015-1, Janeiro de 2015, pp. 1 a 4.

DE SMIJTER, Eddy, STROPP, Constanze e WOODS, Donncadh, *Green Paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules*, *Competition Policy Newsletter*, Issue 1, 2006, pp. 1 a 3.

DE STEFANO, Gianni, *Access of Damage Claimants to Evidence Arising out of EU Cartel Investigations: A Fast-evolving Scenario*, *Global Competition Litigation Review*, Issue 3, Sweet & Maxwell, 2012, pp. 95 a 110.

DRYE, Kelley e LLP, Warren, *Implementation of the Damages Directive: The Changing Landscape of EU Competition Law*, *Competition Law & Economics*, Julho 2016, disponível em <http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=3ddb204c-1181-40c0-a1c8-0d770ff5d91b>.

GOLDSMITH, Aren, *Arbitration and EU Antitrust Follow-on Damages Actions*, *ASA Bulletin* 34, Issue 1, Março, 2016, pp. 10 a 40.

GOMES, António Ferreira, *Competition law: achievements and challenges*, in PAIS, Sofia Oliveira (Ed.), *Competition Law Challenges in the Next Decade*, P.I.E-Peter Lang S.A., Éditions Scientifiques Internationales, 2016, pp. 13 a 18.

- GUEDES, Agostinho, *Actions for damages under Portuguese Law for infringements of the competition law*, in PAIS, Sofia Oliveira (Ed.), *Competition Law Challenges in the Next Decade*, P.I.E-Peter Lang S.A., Éditions Scientifiques Internationales, 2016, pp. 89 – 99.
- HÜSCHEL RATH, Kai e PEYER, Sebastian, *Public and Private Enforcement of Competition Law: A Differentiated Approach*, CCP Working Paper 13-5, 2013, pp. 1 a 28.
- JONES, Alison, *Private Enforcement of EU Competition Law: A comparison with, and lessons from, the US*, in Bergström M., Lacovides M., e Strand M., *Harmonising EU Competition Litigation: The New Directive and Beyond*, Hart Publishing, 2016.
- KELLERBAUER, Manuel, *The recent case law on the disclosure of information regarding EU competition law infringements to private damages claimants*, *European Competition Law Review* 35, Issue 2, 2014, pp. 56 a 62.
- KERSTING, Christian, *Removing the Tension Between Public and Private Enforcement: Disclosure and Privileges for Successful Leniency Applicants*, Briefing Session Private Enforcement Directive, COM (2013) 404final, Bruxelas, 18 de setembro de 2013, pp. 2 a 5.
- LEBRUN, Bruno e BERSOU, Laure, *Comission v EnBW Energie: Non-Disclosure of Leniency Documents*, *Journal of European Competition Law & Practice*, Volume 5, Issue 7, 2014, pp. 462 a 463.
- LEITÃO, Adelaide Menezes, *Normas de Proteção e Danos Puramente Patrimoniais*, Almedina, 2009.
- MCCARTHY, Eric, MALTAS, Allyson, BAY, Matteo e RUIZ-CALZADO, Javier, *Litigation culture versus enforcement culture – A comparison of US and EU plaintiff recovery actions in antitrust cases*, *The Antitrust Review of the Americas*, *Global Competition Review*, 2007MOTTA, Massimo e POLO, Michelle, *Leniency Programs*, 2005, disponível em [http://www.barcelonagse.eu/tmp/pdf/motta\\_leniency.pdf](http://www.barcelonagse.eu/tmp/pdf/motta_leniency.pdf), pp. 38 a 42.

- MILLER, Samuel R., NORDLANDER, Kristina, & OWENS, James C., *U.S. Discovery of European Union and U.S. Leniency Applications and other Confidential Investigatory Materials*, The CPI Antitrust Journal, Competition Policy International, Março, 2010, Inc., 2010, pp. 1 a14.
- MOTTA, Massimo e POLO, Michelle, *Leniency Programs*, 2005, disponível em [http://www.barcelonagse.eu/tmp/pdf/motta\\_leniency.pdf](http://www.barcelonagse.eu/tmp/pdf/motta_leniency.pdf).
- PAIS, Sofia Oliveira, *Antitrust private enforcement and collective redress in Portugal*, in PAIS, Sofia Oliveira (Ed.), *Competition Law Challenges in the Next Decade*, P.I.E-Peter Lang S.A., Éditions Scientifiques Internationales, 2016, pp. 19 a 34.
- PISZCZ, Anna, *Is this rally a reform to facilitate follow-on actions for antitrust damages ? Some thoughts on the Damages Directive*, in PAIS, Sofia Oliveira (Ed.), *Competition Law Challenges in the Next Decade*, P.I.E-Peter Lang S.A., Éditions Scientifiques Internationales, 2016, pp. 59 a 74.
- RAT, Dorin, *Commitment Decisions and Private Enforcement of EU Competition Law: Friend or Foe?*, *World Competition* 38, n.º 4, 2015, pp. 527 – 546.
- SCHARAW, Bajar, *Commission proposal for a Directive on antitrust damages and recommendation on principles for collective redress – the road towards “Private Antitrust Enforcement” in the European Union?*, *European Competition Law Review*, Volume 35, Issue 7, 2014, pp. 352 a 360.
- SINGH, Amit Kumar, *Pfleiderer : Assessing its impact on the effectiveness of the European Leniency Programme*, *European Competition Law Review* 35, Issue 3, 2014, pp. 110 a 123.
- WEIDT, Christopher, *The Directive on actions for antitrust damages after passing the European Parliament*, *European Competition Law Review* 35, Issue 9, 2014, pp. 438 a 444.
- WILS, Wouter P.J., *Optimal Antitrust Fines: Theory and Practice*, *World Competition*, 2006, Issue 2, pp. 183 a 208.

WILS, Wouter P. J., *The Relationship between Public Antitrust Enforcement and Private Actions for Damages*, *World Competition* 32, Issue 1, 2009, pp. 3 a 26.

WILS, Wouter P. J., *The Use of Leniency in EU Cartel Enforcement: An Assessment After Twenty Years*, *World Competition* 39, 2016, Issue 3, pp. 327 a 388.

## JURISPRUDÊNCIA

Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 14 de Junho de 2011, *Pfleiderer AG contra Bundeskartellamt*, Processo n.º C-360/09.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 20 de Setembro de 2001, *Courage Ltd contra Bernard Crehan e Bernard Crehan contra Courage Ltd e outros*, Processo n.º C-453/99.

Acórdão do Tribunal de Justiça (Terceira Secção) de 13 de Julho de 2006, *Vincenzo Manfredi contra Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA (C-295/04)*, *Antonio Cannito contra Fondiaria Sai SpA (C-296/04)* e *Nicolò Tricarico (C-297/04)* e *Pasqualina Murgolo (C-298/04)* contra *Assitalia SpA*, Processo n.º C-295/04.

Acórdão do Tribunal Geral (Quarta Secção) de 15 de Dezembro de 2011, *CDC Hydrogene Peroxide Cartel Damage Claims (CDC Hydrogene Peroxide) contra Comissão Europeia*, Processo n.º T-437/08.

Acórdão do Tribunal Geral (Quarta Secção) de 22 de Maio de 2012, *EnBW Energie Baden-Württemberg AG contra Comissão Europeia*, Processo n.º T-344/08.

Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 29 de Junho de 2010, *Comissão Europeia contra Technische Glaswerke Ilmenau GmbH*, Processo n.º C-139/07.

Acórdão do Tribunal de Primeira Instância (Primeira Secção Alargada) de 13 de Abril de 2005, *Verein für Konsumenteninformation contra Comissão das Comunidades Europeias*, Processo n.º T-2/03.

Acórdão do Tribunal de Justiça (Primeira Secção) de 6 de Junho de 2013, *Bundswettbewerbsbehörde contra Donau Chemie AG e outros*, Processo n.º C-536/11.

## LEGISLAÇÃO E OUTROS DOCUMENTOS RELACIONADOS

Código Civil

Código de Processo Civil

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).

Diretiva 2014/104/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de Novembro de 2014.

Lei n.º 19/2012, de 8 de maio – Novo Regime Jurídico da Concorrência

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

Livro Branco: ações de indemnização devido à violação das regras comunitárias no domínio antitrust por incumprimento das regras comunitárias no domínio antitrust, COM(2008) 165, 2 de abril de 2008.

Proposta de Anteprojeto de Transposição da Diretiva “Private Enforcement” para o Direito Interno Português.

REGULAMENTO (CE) N.º 1049/2001 Do Parlamento Europeu E Do Conselho, de 30 de Maio de 2001, relativo ao acesso do público aos documentos do Parlamento Europeu, do Conselho e da Comissão.

REGULAMENTO (CE) N.º 1/2003 Conselho, de 16 de Dezembro de 2002, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos art. 81.º e 82.º do Tratado.

Tratado de Funcionamento da União Europeia.