



**UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA**

**A Aparente Tensão Entre o Regime de Clemência e o *Private Enforcement***

**A Proibição de Divulgação das Declarações de Clemência**

Daniel António Neiva da Silva

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto  
2020





UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

**A Aparente Tensão Entre o Regime de Clemência e o *Private Enforcement***

**A Proibição de Divulgação das Declarações de Clemência**

Daniel António Neiva da Silva

Orientadora: Sofia Oliveira Pais

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto  
2020

*Aos meus Pais por todo o apoio, carinho, conselhos, e porque nada disto seria possível sem eles.*

*À minha Irmã pelo exemplo que é.*

*À Jéssica por todo o apoio incondicional.*

*À Professora Doutora Sofia Oliveira Pais pelo tempo despendido e pela sua orientação.*

*Aos amigos que me acompanharam ao longo da vida académica.*

## Resumo

O desenvolvimento da aplicação privada do Direito da Concorrência na União Europeia deu resultado a várias tensões com a aplicação pública, de onde se destaca a tensão entre o *private enforcement* e o Regime de Clemência. Ora, a proibição, ou por outro lado, a necessidade de divulgação das declarações de clemência aos lesados por comportamentos anticoncorrenciais tem sido uma matéria amplamente discutida ao longo dos anos da evolução do *private enforcement*, tanto na jurisprudência como na doutrina, tendo como último desenvolvimento a proibição de divulgação instaurada pela Diretiva 2014/104/UE.

A presente dissertação ambiciona discorrer e esclarecer alguns dos pontos mais críticos desta tensão, recorrendo para isso a uma descrição sintetizada do Regime de Clemência e do *private enforcement* para depois contrapor as várias teorias apresentadas pela doutrina para a resolução deste problema, culminando com a apreciação da atual solução legislativa.

Neste sentido, resulta desta investigação a convicção pessoal de que as medidas implementadas pela Diretiva são as que melhor se coadunam com o objetivo de um Direito de Concorrência com uma aplicação complementar dos dois braços de *enforcement*, em detrimento de outras soluções apresentadas que, pelo facto de prejudicarem em demasia a aplicação pública, de não se poderem efetivar na União Europeia, ou por serem contrárias a normas fundamentais, levariam a situações prejudiciais ou contrárias ao Direito da União Europeia.

**Palavras-Chave:** Direito da Concorrência; Programa de Clemência; Acesso a documentos relativos a um programa de clemência; Lesados; *Pfleiderer*; Diretiva 2014/104/UE ou Diretiva dos danos; Aplicação pública do Direito da Concorrência; Aplicação privada do Direito da Concorrência.

## **Abstract**

The development of Private Enforcement in the European's Competition Law resulted in numerous tensions with Public Enforcement, from which is highlighted the tension between Private Enforcement and Leniency. Thus, the prohibition, or in contrast the necessity of the divulgation of leniency statements to third parties that have suffered damages from anticompetitive behaviours has been a wildly discussed matter in European case law and by numerous authors over the years of the development of Private Enforcement, with its last development being the prohibition implemented by the Directive 2014/104/EU.

The present thesis aims at analysing and clarifying some of the most critical points of this tension, by resorting to a synthetized discretion of Leniency and Private Enforcement, followed by an opposition of the various theories put forward to resolve this problem, culminating with an appreciation of the actual legislative solution.

In this regard, it results from this investigation the personal conviction that the measures implemented by the Directive are the most capable in obtaining the objective of a Competition Law with a complementary application of the "both arms" of enforcement, to the detriment of the other solutions put forward that would lead to prejudicial or unlawful situations, because they either take a heavy toll on Public Enforcement, cannot be implemented in the EU, or are contrary to fundamental regulations of the European Law.

**Keywords:** Competition Law; Leniency; Disclosure of Leniency related documents; Victims; Pfleiderer; Directive 2014/104/EU; Damages Directive; Public Enforcement; Private Enforcement.

# Índice

Resumo .....	ii
Abstract.....	iii
Lista de Siglas e Abreviaturas.....	2
Introdução .....	3
Capítulo 1 – A importância do Regime de Clemência .....	5
Capítulo 2 – O desenvolvimento da relação entre o <i>Private Enforcement</i> e o Regime de Clemência no Direito Europeu da Concorrência.....	11
2.1 A evolução do <i>private enforcement</i> .....	12
2.2 As funções do <i>private enforcement</i> .....	19
Capítulo 3 – A tensão entre a proteção dos Regimes de Clemência e o <i>Private Enforcement</i> e possíveis soluções .....	23
3.1. Imunidade de Indemnização .....	25
3.2. A Solução do Ordenamento Jurídico Norte-Americano .....	27
3.3. Proibição Geral com possibilidade de divulgação, por parte dos TN, em último recurso .....	29
Capítulo 4 – A solução da Diretiva 2014/104/UE como a que melhor se coaduna com a compatibilização entre os dois braços do <i>enforcement</i> .....	32
Conclusão.....	38
Bibliografia .....	40
Legislação e Outros Documentos.....	45
Jurisprudência .....	47

## **Lista de Siglas e Abreviaturas**

**TFUE** – Tratado de Funcionamento da União Europeia

**TCE** - Tratado que institui a Comunidade Europeia

**TJUE** – Tribunal de Justiça da União Europeia

**AdC** - Autoridade da Concorrência

**EM's** – Estados-Membros

**TN** – Tribunal Nacional

**UE** – União Europeia

**EUA** – Estados Unidos da América

**CE** – Comissão Europeia

**ECN** – *European Competition Network*

**Art.** – Artigo

**p.** – Página

**pp.** – Páginas

## Introdução

Ao longo da evolução do Direito Europeu e da criação do mercado interno, o Direito da Concorrência tem-se revelado como uma peça fundamental, com uma importância crescente, que visa múltiplas finalidades, como os atuais objetivos primordiais de proteção dos consumidores e eficiência económica.

Nesse sentido, este ramo do direito compreende um conjunto de medidas com o intuito de detetar e punir aqueles que visem falsear a concorrência no mercado europeu, sendo de destacar a proibição de acordos, práticas concertadas, e decisões de associações de empresas imposta pelo artigo 101.º do TFUE, bem como a proibição de abuso de posição dominante prevista no artigo 102.º do TFUE. Assim, e devido ao crescente número de violações do artigo 101.º, foi introduzido o Regime de Clemência de forma a combater estas infrações.

Ora, aliada a esta aplicação pública do direito da concorrência tem sido encorajada a aplicação privada do direito da concorrência, isto é, a possibilidade dos lesados serem indemnizados por danos resultantes de comportamentos anticoncorrenciais.

No entanto, o desenvolvimento do *private enforcement* veio revelar algumas tensões inegáveis com o *public enforcement*, assumindo aqui especial relevância a tensão entre os programas de clemência e a divulgação dos documentos autoincriminatórios fornecidos pelos requerentes de clemência aos lesados com vista a diminuir a assimetria de informação característica deste tipo de ações de indemnização.

Ora, após as decisões jurisprudenciais e as várias opiniões doutrinárias sobre a matéria, surgiu finalmente em 2014 um diploma que visava otimizar a relação entre o *public* e *private enforcement*, que apresenta no seu artigo 6.º n.º6 e 7.º n.º1 uma solução para esta tensão. Porém, a solução de proibir a divulgação das declarações de clemência foi tudo menos consensual no seio da doutrina, surgindo várias vezes a propugnar a incompatibilidade desta solução com o direito primário da UE e a oferecer soluções alternativas (imunidade de coima; a solução do ordenamento jurídico norte americano; e proibição geral com possibilidade de divulgação em último recurso).

Deste modo, e após uma primeira fase de contextualização dos programas de clemência, discorre-se sobre a evolução e as funções do *private enforcement* na União Europeia e, posteriormente, a presente dissertação almeja analisar, discriminar e criticar

as soluções alternativas, com mais eco na doutrina, bem como a solução consagrada na legislação, com vista a concluir sobre qual a que melhor se coaduna com os objetivos da diretiva e do direito da União de alcançar uma aplicação compatível e complementar do *public* e do *private enforcement*.

## Capítulo 1 – A importância do Regime de Clemência

Importa, antes de incidir sobre a solução consagrada pela Diretiva 2014/104/UE<sup>1</sup> nos artigos 6.º n.º6 e 7.º n.º1, abordar sucintamente as funções do programa de clemência, os seus aspetos positivos e negativos, e averiguar a importância deste instituto no seio do Direito da Concorrência Europeu.

Devido a uma necessidade premente de combater as crescentes violações do artigo 101.º do TFUE mediante acordos ou práticas concertadas de uma pluralidade de empresas num certo mercado, isto é, por parte de cartéis<sup>2</sup>, foi introduzido no direito europeu, através de uma comunicação da Comissão em 1996<sup>3</sup>, o Regime de Clemência. Esta comunicação relativa à clemência foi claramente inspirada<sup>4</sup> pelo “*US Department of Justice’s Corporate Leniency Policy*” de 1993 e após esta seguiram-se mais duas comunicações da Comissão Europeia que a vieram rever e colmatar falhas de que padecia, uma em 2002<sup>5</sup> e outra em 2006<sup>6</sup>.

O artigo 2.º n.º15<sup>7</sup> da diretiva mencionada consagra a definição de programa de clemência, reiterando que se trata do programa com base no qual um participante de um cartel coopera numa investigação da autoridade da concorrência divulgando a esta

---

<sup>1</sup> Diretiva 2014/104/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de novembro de 2014 relativa a certas regras que regem as ações de indemnização no âmbito do direito nacional por infração às disposições do direito da concorrência dos Estados-Membros e da União Europeia.

<sup>2</sup> MACHADO, Jónatas E. M. (2018) - *Direito da União Europeia*, 3ª edição, Coimbra: Gestlegal, p. 470: “esses acordos, decisões e práticas concertadas que a doutrina reconduz à categoria dos cartéis, são *ipso iure* proibidos e nulos, se não satisfizerem as condições do artigo 101.º/3 do TFUE, sem necessidade de qualquer decisão prévia (art.1.º/1 Regulamento n.º1/2003)”.

<sup>3</sup> Comunicação da Comissão sobre a não aplicação ou a redução de coimas nos processos relativos a acordos, decisões e práticas concertadas (1996/C 207/04).

<sup>4</sup> Wils, Wouter - “Leniency in Antitrust Enforcement: Theory and Practice”, *World Competition: Law and Economics Review*, Volume 30 (2007), p. 15: “The European Commission’s first Leniency Notice was adopted in 1996, and was clearly inspired by the US Department of Justice’s Corporate Leniency Policy of 1993. The European Commission had however already in a number of cases before 1996 reduced fines or even abstained from imposing fines in recognition of cooperation received.”.

<sup>5</sup> Comunicação da Comissão Relativa à imunidade em matéria de coimas e à redução do seu montante nos processos relativos a cartéis (2002/C 45/3).

<sup>6</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).

<sup>7</sup> Artigo 2.º n.º 15 da Diretiva 2014/104/EU: “«Programa de clemência», um programa relativo à aplicação do artigo 101.º do TFUE ou de uma disposição correspondente do direito nacional, com base no qual um participante num cartel secreto, independentemente das outras empresas participantes no cartel, coopera numa investigação da autoridade da concorrência, facultando voluntariamente informações do seu conhecimento sobre o cartel e o papel que nele desempenha, recebendo, em contrapartida, mediante decisão ou suspensão do processo, dispensa ou redução de coima aplicável pela sua participação no cartel;”.

informações sobre o cartel, obtendo, em contrapartida, uma dispensa ou redução de coima.

Os EM's foram implementando, de forma gradual, nos respetivos ordenamentos jurídicos, os seus programas de clemência, o que significa que estes e o programa de clemência da Comissão Europeia são independentes entre si.<sup>8</sup> No entanto, estes são maioritariamente similares já que têm por base o regime-modelo da ECN<sup>9</sup> o que, por um lado, alcança a harmonização entre os programas dos EM's mas, por outro, permite também que cada EM possa implementar os programas tendo em conta as especificidades internas de cada um.<sup>10</sup>

No nosso ordenamento jurídico nacional, a figura da clemência foi introduzida em 2006 pela Lei n.º 39/2006<sup>11</sup> de 25 de agosto que foi posteriormente revogada pela Lei n.º 19/2012 de 8 de maio<sup>12</sup>, que consagrou o Novo Regime Jurídico da Concorrência, que por sua vez foi alterada pela Lei n.º 23/2018<sup>13</sup> de 5 de junho.

Assim, o programa de clemência prende-se então com uma denúncia de existência de um cartel por parte de um dos seus membros mediante o fornecimento de informações relevantes para as autoridades que investigam esse mesmo cartel. Ora, o primeiro membro do cartel que o denunciar receberá, em contrapartida pela sua cooperação, imunidade face à coima que venha a ser aplicada aos membros do cartel, caso estejam verificados os requisitos exigidos.<sup>14</sup>

---

<sup>8</sup> Wils, Wouter - "The Use of Leniency in EU Cartel Enforcement: An Assessment after Twenty Years", *World Competition*, Volume 39 (2016), p.7.

<sup>9</sup> European Competition Network Model Leniency Programme, revisto em novembro de 2012, disponível em: [https://ec.europa.eu/competition/ecn/mlp\\_revised\\_2012\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/competition/ecn/mlp_revised_2012_en.pdf); I. Introdução; Ponto 3 : "(...) The ECN members commit to using their best efforts, within the limits of their competence, to align their respective programmes with the ECN Model Programme. (...)".

<sup>10</sup> Cauffman, Caroline - "The Interaction of Leniency Programmes and Actions for Damages", *M-EPLI - Maastricht European Private Law Institute*, Working Paper No. 2011/34 (2011), p. 199.

<sup>11</sup> Lei n.º 39/2006 de 25 de agosto que estabelece o regime jurídico da dispensa e da atenuação especial da coima em processos de contra-ordenação por infração às normas nacionais de concorrência, disponível em: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/540662/details/maximized>.

<sup>12</sup> Lei n.º 19/2012 de 8 de maio que aprova o Novo Regime Jurídico da Concorrência, disponível em: [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=1705&tabela=lei\\_velhas&nversao=1&so\\_miolo=](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1705&tabela=lei_velhas&nversao=1&so_miolo=).

<sup>13</sup> Lei n.º 23/2018 de 5 de junho relativa ao Direito a indemnização por infração ao direito da concorrência, transpõe a Diretiva 2014/104/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de novembro de 2014 disponível em: <https://dre.pt/home/-/dre/115456103/details/maximized>.

<sup>14</sup> Os requisitos exigidos para que um denunciante possa beneficiar da imunidade total da coima estão expostos nos pontos 8 a 13 da Comunicação da Comissão Relativa à imunidade em matéria de coimas e à redução do seu montante nos processos relativos a cartéis de 8 de dezembro de 2006; Ponto 8: "A Comissão concederá imunidade relativamente a qualquer coima que de outra forma seria aplicada à empresa que

Além disto, pode ainda ser concedida uma redução da coima às restantes empresas não elegíveis para receber imunidade, desde que o contributo destas para a investigação da Autoridade da concorrência tenha um “valor acrescentado significativo”<sup>15</sup>.

Desta forma, o programa de clemência além de dissuadir a formação de novos cartéis, acaba também por desestabilizar os cartéis já formados<sup>16</sup>, pois ao dar aos cartelistas uma contrapartida pela denúncia, acaba por disseminar a desconfiança entre eles, o que aumenta a probabilidade de haver um denunciante.<sup>17</sup> Esta situação em que cada um dos membros do cartel tem que escolher entre duas possíveis alternativas (denunciar ou não denunciar) cujo resultado depende de uma escolha idêntica feita por outro membro do cartel é um exemplo clássico do dilema dos prisioneiros<sup>18</sup>.

Contextualizados os programas de clemência importa agora uma análise sucinta dos seus efeitos positivos e negativos.

O programa de clemência revela-se um instrumento fundamental na deteção e punição de cartéis diminuindo o tempo, os custos e a elevada dificuldade de recolha de informação probatória da violação das regras da concorrência a que a autoridade da concorrência está sujeita, na medida em que a autoridade da concorrência recebe a assistência dos requerentes de clemência na investigação.<sup>19</sup> Desta forma, o programa de

---

revele a sua participação num alegado cartel que afecte a Comunidade, desde que essa empresa seja a primeira a fornecer informações e elementos de prova que, na opinião da Comissão, lhe permitam: (a) efectuar uma inspecção direccionada visando o alegado cartel (1); ou (b) determinar a existência de uma infracção ao artigo 81.o CE, relativamente ao alegado cartel.”

<sup>15</sup> Os requisitos exigidos para poder beneficiar de uma redução do montante da coima estão expostos nos pontos 23 a 26 da Comunicação da Comissão Relativa à imunidade em matéria de coimas e à redução do seu montante nos processos relativos a cartéis de 8 de dezembro de 2006; Ponto 24 “ Por forma a poder beneficiar desta redução, a empresa deve fornecer à Comissão elementos de prova da alegada infracção, que apresentem um valor acrescentado significativo (...)”.

<sup>16</sup> Zingales, Nicolo - "European and American Leniency Programmes: Two Models Towards Convergence?", *Competition Law Review*, Volume 5, Issue 1 (dezembro 2008), p. 6;

<sup>17</sup> Zingales, Nicolo - "European and American Leniency Programmes: Two Models Towards Convergence?", *Competition Law Review*, Volume 5, Issue 1 (dezembro 2008), p.p. 8 e 9: “(...) the strategy of leniency programmes is quite straightforward: by giving cartel members a reward for confessing, the programmes disseminate distrust within the cartel. This makes their bond weaker, and increases the possibility of having one member withdrawing from the cartel.”

<sup>18</sup> Zingales, Nicolo - "European and American Leniency Programmes: Two Models Towards Convergence?", *Competition Law Review*, Volume 5, Issue 1 (dezembro 2008), p. 9.

<sup>19</sup> Segundo Wouter Wils as autoridades da concorrência, para poderem punir as empresas que constituem um cartel, precisam de recolher provas e informação suficiente das violações do direito da concorrência, e estas autoridades podem conseguir essa informação mediante 3 fontes. Podem primeiramente elas próprias monitorizar o mercado e mediante uma análise económica obter essa informação, ou podem obter essas provas através de terceiros, nomeadamente consumidores e concorrentes que foram prejudicados por aquele cartel. No entanto, estes dois meios de obtenção de prova, não se mostram, de todo, tão eficazes na obtenção da informação necessária como o terceiro meio de prova, que se prende com serem os próprios membros do cartel a divulgar à autoridade da concorrência a informação. Isto é assim devido ao secretismo em que os cartéis estão envolvidos, em que na maior parte dos casos apenas os seus membros contêm a informação

clemência permite à Comissão Europeia detetar e punir mais cartéis, que de outra forma não seriam punidos, através de um incentivo a um dos membros do cartel para que este proceda à confissão da sua conduta e à incriminação das restantes empresas que compõem o cartel.

Além disto, o programa de clemência torna mais difícil a criação e manutenção de cartéis<sup>20</sup>, pois, como já foi explicado, a possibilidade de um dos participantes recorrer a este regime de clemência torna muito mais difícil a manutenção desta coesão de comportamentos dos participantes de um cartel já que cria um sentimento de desconfiança entre os participantes, o que acaba por enfraquecer o seu relacionamento e aumenta a probabilidade de retirada de um dos membros<sup>21</sup>. Isto pode resultar numa situação em que os cartéis acabem por ter um fim prematuro, relativamente ao que tinham perspectivado, ou ainda numa dissuasão à sua formação.

No entanto, além destes claros efeitos positivos, o regime de clemência pode acarretar alguns riscos ou efeitos negativos. Apesar de outros potenciais riscos<sup>22</sup> inerentes aos programas de clemência é de destacar o potencial efeito perverso<sup>23</sup> de as AdC poderem vir a tornar-se exclusivamente dependentes dos programas de clemência para detetar cartéis. Apesar de o principal efeito positivo deste regime de clemência ser, como foi referido supra, a diminuição do tempo, custo administrativo e dificuldade na obtenção de prova das atividades ilícitas dos cartéis, é importante notar que estes programas de clemência visam meramente complementar outros métodos de recolha de informação provatória.

Aliás, os programas de clemência funcionam melhor se os participantes de um cartel se mantêm conscientes do risco da AdC detetar as práticas do cartel sem o programa

---

necessária para se fazer prova das violações do direito da concorrência. In Wils, Wouter P. J., Wils, Wouter - “The Use of Leniency in EU Cartel Enforcement: An Assessment after Twenty Years”, *World Competition*, Volume 39 (2016), pp. 11,12.

<sup>20</sup> Wils, Wouter - “The Use of Leniency in EU Cartel Enforcement: An Assessment after Twenty Years”, *World Competition*, Volume 39 (2016), pp. 13 e 14.

<sup>21</sup> Freire, Paula Vaz - “Análise Económica dos Programas de Clemência no Direito da Concorrência”, *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Ano 1, N.º 1 (2015), p. 197.

<sup>22</sup> Segundo Wouter Wils, além do risco da dependência exclusiva dos programas de clemência podem ainda apontar-se os seguintes efeitos negativos: - aparente diminuição do montante geral das coimas; - efeito perverso de facilitar a criação e a manutenção de cartéis; - efeitos morais negativos e a reincidência; In Wils, Wouter - “The Use of Leniency in EU Cartel Enforcement: An Assessment after Twenty Years”, *World Competition*, Volume 39 (2016), pp. 15 a 28.

<sup>23</sup> Freire, Paula Vaz - “Análise Económica dos Programas de Clemência no Direito da Concorrência”, *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Ano 1, N.º 1 (2015), p. 198;

de clemência, pois isso pode resultar numa “corrida para cooperar”<sup>24</sup> por parte dos participantes de um cartel por medo que um outro participante desse mesmo cartel decida cooperar primeiro que eles. Ora, se uma AdC não consegue criar a credibilidade de que é capaz de detetar um cartel por outros meios que não sejam o programa de clemência, isso pode levar os participantes de um cartel a duvidar da capacidade da AdC de o conseguir fazer, o que resultará numa diminuição da eficácia do programa de clemência, pois os cartelistas não se sentem ameaçados de forma a incentivar o uso deste regime.

Explicitado que está o regime de clemência, importa agora depreender a importância deste no seio da aplicação pública do Direito da Concorrência.

É inegável o crescente sucesso do programa de clemência bem como o facto de este representar a pedra angular do *public enforcement*, já que, a grande maioria das infrações praticadas pelos cartéis são descobertas por intermédio da clemência.<sup>25</sup> Isto fica ainda mais evidente quando analisamos as estatísticas apresentadas por Wouter Wils:

Period	Total number of European Commission cartel decisions with fines	Number of decisions in which immunity was granted under the European Commission's leniency programme to the first undertaking cooperating
1986 - 1990	9	
1991 - 1995	8	
1996 - 2000	10	1
2001 - 2005	33	20
2006 - 2010	31	25
2011 - 2015	23	21

26

<sup>24</sup> Wils, Wouter - “The Use of Leniency in EU Cartel Enforcement: An Assessment after Twenty Years”, *World Competition*, Volume 39 (2016), p. 26.

<sup>25</sup> Carmeliet, Tine - "How lenient is the European leniency system? An overview of current (dis)incentives to blow the whistle", *Jura Falconis Jg.48*, Issue 3 (2011-2012), p. 463: “(...) leniency is a cornerstone of the enforcement policy of the European Commission and the National Competition Authorities (“NCAs”). Almost 60 % of cartel infringements is discovered through leniency.”.

<sup>26</sup> Análise estatística retirada de: Wils, Wouter - “The Use of Leniency in EU Cartel Enforcement: An Assessment after Twenty Years”, *World Competition*, Volume 39 (2016), p.9.

Apesar do programa de clemência ter sido introduzido em 1996, apenas com a revisão operada em 2002 é que este obteve melhores resultados<sup>27</sup> com um aumento de 10% (1 em 10), no período de 1996-2000, para 61% (20 em 33) no período de 2001-2005. Nos períodos seguintes manteve-se esta tendência de aumento no número de decisões da Comissão que envolviam o programa de clemência, representando 81% (25 em 31) no período de 2006-2010 e 91% (21 em 23) no período de 2011-2015. De notar que, ao conjugar esta tabela e a Tabela 2<sup>28</sup> apresentadas por Wouter Wils, é possível concluir que foram condenados, apenas e somente graças ao programa de clemência, 10% (1996-2000), 21% (2001-2005), 48% (2006-2010) e 47% (2011-2015) do número de cartéis referidos em cada período.

Daqui se conclui então que o programa de clemência é fundamental na atuação da Comissão e das AdC e que esta importância tem aumentado gradualmente.

---

<sup>27</sup> Este melhoria do programa de clemência deve-se em grande parte à introdução, com a revisão de 2002, da possibilidade de se conceder imunidade da coima, ao invés da redução de 75% que até aí vigorava; Sandhu, Jatinder S. - "The European Commission's Leniency Policy: A Success?", *European Competition Law Review*, Volume 28, Issue 3 (março 2007), pp. 148 e 149.

<sup>28</sup> Wils, Wouter - "The Use of Leniency in EU Cartel Enforcement: An Assessment after Twenty Years", *World Competition*, Volume 39 (2016), p. 15.

## Capítulo 2 – O desenvolvimento da relação entre o *Private Enforcement* e o Regime de Clemência no Direito Europeu da Concorrência

O Direito da Concorrência é, por regra, baseado em dois pilares: *public enforcement* e *private enforcement*. De acordo com Hüschelrath e Peyer<sup>29</sup>, o *public enforcement* caracteriza-se pelo facto de as regras da concorrência serem aplicadas por autoridades estaduais, logo direciona-se para a deteção, investigação e punição de cartéis mediante imposição de coimas de forma a inibir essas práticas anticoncorrenciais. Já o *private enforcement* caracteriza-se pela prossecução individual de litígios, diante de um tribunal, de forma a ressarcir os lesados por eventuais prejuízos causados pela violação das regras de concorrência.

Com isto, pretende-se alcançar dois propósitos, o de prevenir as violações do direito da concorrência por parte dos cartéis através da deteção e punição levada a cabo pela Comissão Europeia ou as Autoridades Nacionais da Concorrência de forma a dissuadir essas práticas (*public enforcement*), e o de compensar as vítimas dos cartéis pelos prejuízos sofridos, potencialmente dissuadindo de tais práticas, contribuindo para uma manutenção da concorrência na União Europeia. Assim, o *public e private enforcement* representam dois lados da mesma moeda que é a aplicação do direito da concorrência, e a sua aplicação não se resume a um em detrimento do outro, mas sim a uma aplicação cumulativa, num sentido de complementaridade.<sup>30</sup>

De referir que, em relação ao *private enforcement*, as ações de indemnização intentadas pelos lesados podem ser de dois tipos<sup>31</sup>: - ações *stand-alone*: caracterizam-se pelo facto de a propositura da ação de indemnização não depender diretamente de uma descoberta de comportamentos anticoncorrenciais feita pelas AdC; - ações *follow-on*: ações impostas por parte de lesados que queiram obter uma compensação dos danos que foram causados pelos comportamentos anticoncorrenciais violadores dos artigos 101.º e

---

<sup>29</sup> Hüschelrath, Kai, Peyer, Sebastian - “Public and Private Enforcement of Competition Law: A Differentiated Approach”, *ZEW - Centre for European Economic Research* (2013), pp. 2 e 5.

<sup>30</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 (2012), p. 95: “Therefore, public and private enforcement represent different sides of the same coin of antitrust enforcement: it is not “either/or” but “both”.”.

<sup>31</sup> Saavedra, Alberto – “The Relationship between the Leniency Programme and Private Actions for Damages at EU Level”, *Revista da Concorrência e Regulação*, Ano I, Número 4, Outubro/Dezembro 2010, p. 22

102.º do TFUE que tenham sido descobertos e condenados pela Comissão ou por outra Autoridade Nacional da Concorrência.

Para a presente dissertação assume uma maior relevância o tipo de ações *follow-on* pois é nestas que se verifica a tensão entre o programa de clemência e o *private enforcement*, que se visa apreciar. Ora, tendo em conta que o regime de clemência tem por base o fornecimento, por parte do requerente da clemência, de documentação autoincriminatória que contenha informação relevante das práticas ilícitas do cartel, é facilmente compreensível que o requerente se coloca numa posição de fragilidade extrema, ainda mais, quando há a requisição de documentação por parte do lesado, no âmbito de uma ação de indemnização, que tem naturalmente o interesse de aceder ao máximo de informação possível de forma a sustentar a sua pretensão.

Tendo isto em mente, importa então agora analisar a evolução do *private enforcement* na UE e em especial as posições adotadas pelo TJUE e pela Comissão relativamente à cedência de documentos fornecidos por um requerente de clemência aos lesados no âmbito de uma ação de indemnização.

## **2.1 A evolução do *private enforcement***

A primeira referência da aplicação privada do direito da concorrência pode ser encontrada no julgamento do caso BRT<sup>32</sup>, no entanto foram precisos cerca de 25 anos para o Tribunal, no acórdão *Courage*<sup>33</sup>, dar algumas diretrizes sobre o *private enforcement*. Assim, foi concedida aos lesados a possibilidade de interpor, nos TN, ações com o intuito de serem ressarcidos pelos danos que lhes foram causados por comportamentos anticoncorrenciais. No entanto, o TJUE, na falta de normas harmonizadas, impôs<sup>34</sup> aos TN's o cumprimento dos princípios da equivalência e da efetividade.

---

<sup>32</sup> Acórdão do Tribunal de Justiça de 30 de janeiro de 1974, *BRT vs Sabam*, Processo n.º 127/73, parágrafo 16: “Uma vez que as proibições previstas nos artigos 85º, n.º1, e 86º se prestam, pela sua própria natureza, a produzir efeitos directos nas relações entre particulares, estes artigos criam na esfera jurídica dos particulares direitos que os órgãos jurisdicionais nacionais devem proteger.”

<sup>33</sup> Acórdão do Tribunal de Justiça de 20 de Setembro de 2001, *Courage vs Crehan*, Processo n.º C-453/99, parágrafo 27: “Com efeito, um direito deste tipo reforça o carácter operacional das regras comunitárias da concorrência e é de natureza a desencorajar acordos ou práticas, frequentemente disfarçados, capazes de restringir ou falsear o jogo da concorrência. Nesta perspectiva, as acções de indemnização por perdas e danos junto dos órgãos jurisdicionais nacionais são susceptíveis de contribuir substancialmente para a manutenção de uma concorrência efectiva na Comunidade.”

<sup>34</sup> Acórdão do Tribunal de Justiça de 20 de Setembro de 2001, *Courage vs Crehan*, Processo n.º C-453/99, parágrafo 29: “Contudo, na ausência de regulamentação comunitária na matéria, compete à ordem jurídica interna de cada Estado-Membro designar os órgãos jurisdicionais competentes e regular as modalidades

Em dezembro de 2005, após a entrada em vigor do Regulamento n.º 1/2003<sup>35</sup>, a Comissão publicou o *Green Paper* sobre ações de indemnização devido à violação das regras comunitárias no domínio *antitrust* que submetia à discussão possíveis medidas capazes de facilitar a propositura de ações de indemnização.

Este documento da Comissão veio, de certa forma, dar seguimento às ideias expressadas pelo TJUE no acórdão *Courage*, já que acolheu a ideia de que a aplicação privada do Direito da Concorrência prossegue os mesmos objetivos<sup>36</sup> que o *public enforcement*, mas afirma também que o *private enforcement* se encontrava num estado de subdesenvolvimento total.<sup>37</sup>

No entanto, vários autores<sup>38</sup>, entre os quais Wouter Wils<sup>39</sup>, criticaram este documento pois ele representava uma visão demasiado americanizada do *private enforcement*.

---

processuais das acções judiciais destinadas a garantir a salvaguarda dos direitos que para os cidadãos resultam do efeito directo do direito comunitário, desde que essas modalidades não sejam menos favoráveis do que as das acções análogas de natureza interna (princípio da equivalência) e não tornem praticamente impossível ou excessivamente difícil o exercício dos direitos conferidos pela ordem jurídica comunitária (princípio da efectividade).”.

<sup>35</sup> Regulamento n.º 1/2003, de 16 de Dezembro de 2002 relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81.º e 82.º do Tratado; Deste regulamento importa destacar o artigo 15.º que confere a possibilidade aos Tribunais Nacionais de solicitar à Comissão que lhes sejam facultadas as informações na posse desta.

<sup>36</sup> COM(2005) 672 Livro Verde sobre Acções de indemnização devido à violação das regras comunitárias no domínio antitrust, p.3: “As regras antitrust estabelecidas nos artigos 81.º e 82.º do Tratado são aplicadas tanto pelos poderes públicos como a nível dos particulares. Estas duas formas de aplicação integram um sistema comum e prosseguem os mesmos objectivos: impedir as práticas anticoncorrenciais proibidas pela legislação no domínio antitrust e proteger as empresas e os consumidores destas práticas e de quaisquer danos por elas causados.”.

<sup>37</sup> COM(2005) 672 Livro Verde sobre Acções de indemnização devido à violação das regras comunitárias no domínio antitrust, p.4: “Embora o direito comunitário exija um sistema eficaz para os pedidos de indemnização na sequência de infracções às regras antitrust, esta área do direito caracteriza-se, nos 25 Estados-Membros, por um “subdesenvolvimento total”.”.

<sup>38</sup> Morais, Luís Silva - “Integrating Public and Private Enforcement of Competition Law in Europe - Legal and Jurisdictional Issues” (2015),p. 6; BALASINGHAM, Baskaran (2017) – “Chapter 6: The Impact of Private Actions for Damages on the Effectiveness and Fairness of the EU Leniency Policy” in The EU Leniency policy: Reconciling Effectiveness and Fairness – On International Competition Law Series, Wolters Kluwer, p. 158.

<sup>39</sup> Wils, Wouter - “Private Enforcement of EU Antitrust Law and its Relationship with Public Enforcement: Past, Present and Future”, *World Competition*, Volume 40, Issue 1 (março 2017), p. 21: “This Green Paper was to a significant extent infused with the US American conception of private actions for damages as an instrument of deterrence and a potential replacement for public enforcement”.

Relativamente à matéria de acesso às declarações de clemência são de destacar as opções 6, 28, 29, e 30 apresentadas pelo *Green Paper*<sup>40</sup>. Duas<sup>41</sup> destas opções<sup>42</sup> previam uma exclusão de acesso às declarações de clemência, enquanto outra<sup>43</sup> oferecia como alternativa a possibilidade de imunidade de indemnização, e por fim a opção 30<sup>44</sup> uma limitação da responsabilidade solidária. Além destas opções importa ainda destacar a opção 7<sup>45</sup> que implicava o acesso dos TN aos documentos na posse da Comissão, mas obrigava a que fosse garantida a confidencialidade de determinados documentos.

Assim, a Comissão, com este Livro Verde, iniciou o debate sobre o *private enforcement* apresentando várias opções que visavam o seu desenvolvimento.

Posto isto, em julho de 2006 o Tribunal de Justiça apresentou a sua decisão do caso *Manfredi*<sup>46</sup> que considerava diretamente alguns dos problemas que tinham sido levantados pelo Livro Verde. Ora, este acórdão vem confirmar o objetivo do Livro

---

<sup>40</sup> COSTA, Guilherme (2018) - *O (des)equilíbrio entre o public e o private enforcement do Direito da Concorrência da União Europeia: a proibição de acesso às declarações de clemência*, Tese de Mestrado em Direito na especialidade de Direito Internacional Europeu. Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, p.27.

<sup>41</sup> Livro Verde sobre Acções de indemnização devido à violação das regras comunitárias no domínio antitrust, p.6: “Opção 6: Obrigação, para qualquer das partes num processo perante uma autoridade de concorrência, de entregar a uma parte num litígio civil todos os documentos apresentados à autoridade, com excepção dos pedidos de redução ou não aplicação de coimas. As questões relacionadas com a divulgação de segredos comerciais e outras informações confidenciais e com os direitos da defesa seriam regulados pela lei do foro (ou seja, pela lei do tribunal competente).”.

<sup>42</sup> Livro Verde sobre Acções de indemnização devido à violação das regras comunitárias no domínio antitrust, p.10: “Opção 28: Exclusão da divulgação dos pedidos de redução ou não aplicação de coimas, protegendo assim a confidencialidade dos documentos apresentados à autoridade de concorrência no âmbito de tais pedidos.”.

<sup>43</sup> Livro Verde sobre Acções de indemnização devido à violação das regras comunitárias no domínio antitrust, p.10: “Opção 29: Redução condicional do montante da indemnização a pagar por uma empresa que tenha apresentado um pedido de redução ou não aplicação de coimas; as indemnizações a pagar pelos restantes autores da infracção – solidariamente responsáveis pela totalidade dos danos - não sofrem alterações.”.

<sup>44</sup> Livro Verde sobre Acções de indemnização devido à violação das regras comunitárias no domínio antitrust, p.10: “Opção 30: Supressão da responsabilidade solidária para as empresas que tenham apresentado um pedido de redução ou não aplicação de coimas, limitando assim a exposição destas últimas a pedidos de indemnização. Uma possível solução consistiria em limitar a responsabilidade das empresas que PT 11 PT apresentam pedidos de redução ou não aplicação de coimas à parte da indemnização correspondente à quota dessa empresa no mercado objecto do cartel.”.

<sup>45</sup> Livro Verde sobre Acções de indemnização devido à violação das regras comunitárias no domínio antitrust, p.6.

<sup>46</sup> Acórdão do Tribunal de Justiça de 13 de Julho de 2006, *Vincenzo Manfredi v. Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA (C-295/04)*, *Antonio Cannito v. Fondiaria Sai SpA (C-296/04)* e *Nicolò Tricarico (C-297/04)* e *Pasqualina Murgolo (C-298/04) v. Assitalia SpA*, Processos C-295/04 a C-298/04.

Verde<sup>47</sup> e além disso, reforça também as ideias já expressadas no acórdão *Courage*<sup>48</sup> e desenvolve a concretização dos princípios da efetividade e da equivalência<sup>49</sup>.

Na sequência do *Green Paper*, a Comissão emitiu, em 2008, o *White Paper* ou Livro Branco<sup>50</sup>, cujo principal objetivo era melhorar as condições legais de exercício do direito conferido às vítimas de obterem reparação pelos danos sofridos em consequência de comportamentos anticoncorrenciais, admitindo ainda que a compensação dos lesados é o primeiro e mais importante objetivo do *private enforcement*<sup>51</sup>, separando assim as funções de compensação e dissuasão<sup>52</sup>.

No entanto, a comissão não descarta por completo a função dissuasora que pode ser atribuída à aplicação privada do direito da concorrência, considerando-a um subproduto da função de compensação<sup>53</sup>:

“Por conseguinte, uma melhoria dos mecanismos de compensação produzirá igualmente de forma automática efeitos benéficos de dissuasão em termos de infrações futuras e de respeito das regras comunitárias *antitrust*.”<sup>54</sup>

---

<sup>47</sup> De Smijter, Eddy, O’Sullivan, Dennis - “The Manfredi judgment of the ECJ and how it relates to the Commission’s initiative on EC antitrust damages actions”, *Competition Policy Newsletter*, Número 3 (2006), p.26: “In its Manfredi judgment, the Court of Justice underlined yet again the need for an effective redress for the victims of competition law infringements. In doing so, the Court confirms the overall objective of the Commission’s Green Paper on antitrust damages actions”.

<sup>48</sup> De Smijter, Eddy, O’Sullivan, Dennis - “The Manfredi judgment of the ECJ and how it relates to the Commission’s initiative on EC antitrust damages actions”, *Competition Policy Newsletter*, Número 3 (2006), p.23: “Concerning the right to claim damages for harm suffered through a breach of the competition rules, the Court of Justice in Manfredi reiterated a statement of principle which it had already given in *Courage v Crehan* (Case C-453/99), and to which the Commission referred in the Green Paper.”.

<sup>49</sup> A título de exemplo veja-se os parágrafos 71 e 77 do Acórdão *Manfredi*.

<sup>50</sup> COM (2008) 165 final, Livro Branco sobre ações de indemnização por incumprimento das regras comunitárias no domínio antitrust; De notar que a leitura deste Livro Branco deve ser aliada à leitura de 2 outros documentos: um documento relativo a estas ações de indemnização que explica mais pormenorizadamente as considerações em que assenta o Livro Branco, e um relatório de avaliação de impacto.

<sup>51</sup> Livro Branco sobre ações de indemnização por incumprimento das regras comunitárias no domínio antitrust, p.3: “A plena indemnização é, por conseguinte, o primeiro e mais importante princípio orientador.”.

<sup>52</sup> BALASINGHAM, Baskaran (2017) – “Chapter 6: The Impact of Private Actions for Damages on the Effectiveness and Fairness of the EU Leniency Policy” in *The EU Leniency policy: Reconciling Effectiveness and Fairness – On International Competition Law Series*, Wolters Kluwer, p.159.

<sup>53</sup> BALASINGHAM, Baskaran (2017) – “Chapter 6: The Impact of Private Actions for Damages on the Effectiveness and Fairness of the EU Leniency Policy” in *The EU Leniency policy: Reconciling Effectiveness and Fairness – On International Competition Law Series*, Wolters Kluwer, p.159.

<sup>54</sup> Livro Branco sobre ações de indemnização por incumprimento das regras comunitárias no domínio antitrust, p.3.

Esta mudança de perspectiva por parte da Comissão deve-se, provavelmente, às respostas que foram dadas ao seu Livro Verde<sup>55</sup>, em particular às críticas já aqui mencionadas de uma americanização do sistema de *private enforcement* da UE.

Em relação aos programas de clemência e cedência das declarações de clemência, o Livro Branco realçou a importância de proteger de forma adequada as declarações de empresas que apresentam um pedido de clemência pois, caso contrário, a possibilidade de divulgação das confissões poderia resultar numa dissuasão aos infratores de apresentar pedidos de clemência. Além disto, a Comissão volta a propor outra medida para assegurar a atratividade dos programas de clemência, que se prende com a limitação da responsabilidade civil do requerente de clemência face às ações de indemnização apresentadas pelos lesados.<sup>56</sup>

Deste modo, o Livro Branco representa uma mudança de opinião relativamente às funções do *private enforcement*, pois enquanto no Livro Verde a Comissão afirmava a existência de uma função dissuasora em pé de igualdade com o *public enforcement*, no Livro Branco esta ideia é claramente rejeitada conferindo a função de dissuasão ao *public enforcement* e estabelecendo a função de compensação como o principal objetivo da aplicação privada do direito da concorrência.<sup>57</sup>

Após a publicação do Livro Branco, o Tribunal de Justiça decidiu dois casos de elevado relevo para a matéria em análise nesta dissertação: *Pfleiderer*<sup>58</sup> e *Donau Chemie*<sup>59</sup>.

No Acórdão *Pfleiderer* o Tribunal de Justiça concluiu no sentido de que as disposições do direito da União Europeia não se opõem à cedência dos documentos relativos a um programa de clemência a uma pessoa lesada por uma infração do direito da concorrência, no entanto, incumbe aos órgãos jurisdicionais nacionais fazer uma ponderação de interesses, caso a caso, para determinar as condições em que tal acesso

---

<sup>55</sup> Cauffman, Caroline - “The Interaction of Leniency Programmes and Actions for Damages”, *M-EPLI - Maastricht European Private Law Institute*, Working Paper No. 2011/34 (2011), p.183.

<sup>56</sup> Livro Branco sobre ações de indemnização por incumprimento das regras comunitárias no domínio antitrust, pp. 11 e 12, Ponto 2.9.

<sup>57</sup> Morais, Luís Silva - “Integrating Public and Private Enforcement of Competition Law in Europe - Legal and Jurisdictional Issues” (2015), p.6.

<sup>58</sup> Acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de junho de 2011, *Pfleiderer v Bundeskartellamt*, processo C-360/09.

<sup>59</sup> Acórdão do Tribunal de Justiça de 6 de Junho de 2013, *Bundeswettbewerbsbehörde v Donau Chemie AG e outros*, Processo n.º C-536/11.

deve ou não ser autorizado.<sup>60</sup> Assim, será necessária uma ponderação de interesses casuística entre o interesse de proteger os programas de clemência enquanto instrumento do *public enforcement* e o interesse da proteção do direito dos lesados de serem compensados pelos danos resultantes da atividade de um cartel.

As interpretações sobre o significado deste acórdão e sobre a posição do Tribunal de Justiça são bastante díspares, pois enquanto alguns autores afirmam que esta decisão do Tribunal de Justiça resulta no favorecimento do *private enforcement*, outros consideram que resulta no favorecimento do *public enforcement*.<sup>61</sup>

Segundo Sofia Pais, o Tribunal de Justiça limitou-se a explicar a finalidade comum do regime de clemência e da ação de indemnização, sem fornecer qualquer tipo de hierarquização expressa.<sup>62</sup> No entanto, ao assumir esta posição de neutralidade o TJUE parece abrir as portas à possibilidade da cedência de documentos relativos a um programa de clemência a um terceiro lesado pela atividade do cartel.<sup>63</sup>

Apesar disto, o que facilmente se conclui é que com esta decisão o Tribunal de Justiça contraria as conclusões do Advogado-Geral Ján Mázak<sup>64</sup> e a posição adotada pela Comissão no Livro Branco, que defendia uma proteção adequada das declarações de clemência.

Ora, esta conclusão aparenta que o Tribunal não quis ponderar os objetivos do *public enforcement* contra os objetivos do *private enforcement* e assumiu então uma

---

<sup>60</sup> Proc. C-360/09, ponto 32.

<sup>61</sup> Anastácio, Catarina - “Acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de junho de 2011, no processo c-360/09, Pfleiderer AG v. Bundeskartellamt”, *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano III, N.º10 (abril-junho 2012).

<sup>62</sup> Pais, Sofia Oliveira - “Entre clemência e responsabilidade – Uma história de sucesso? – Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção), de 14.6.2011, Proc. C-360/09”, *Cadernos de Direito Privado*, N.º 37 (janeiro/março 2012), p.10.

<sup>63</sup> ANASTÁCIO, Catarina, CUNHA, Carolina, GORJÃO-HENRIQUES, Miguel, PORTO, Manuel Lopes, VILAÇA, José Luís da Cruz, (2013) - *Lei da Concorrência Anotada – comentário Conimbricense*, Coimbra: Almedina, p. 793.

<sup>64</sup> Ponto 48 das Conclusões do Advogado Geral Ján Mazák, relativas ao processo C-360/09: “(...) Os lesados por um cartel não podem ter acesso, para efeitos de formulação de um pedido cível de indemnização, ao conteúdo de declarações auto-incriminatórias prestadas pelos requerentes de clemência (...)”. O Advogado-Geral afirma ainda no ponto 41 das conclusões que um programa de clemência eficaz é relevante não só no *public enforcement* como também para os privados, pois sem a atratividade e eficiência destes programas muitas serão as práticas anti concorrências e os cartéis que ficaram por detetar: “(...) Por um lado, sem um programa de clemência eficaz, haverá um grande número de cartéis que permanecerá por identificar ou cuja existência não se conseguirá provar, pelo que os mesmos poderão subsistir em contínuo prejuízo da concorrência em geral e dos terceiros lesados (...)”.

posição neutra ao afirmar que a divulgação destes documentos era uma matéria da competência dos TN numa ótica casuística<sup>65</sup>, causando uma enorme incerteza aos requerentes de clemência, pois estes não tinham qualquer garantia de que as declarações iriam permanecer secretas<sup>66</sup>.

O Acórdão *Donau Chemie* veio seguir e reforçar a posição estabelecida pelo Tribunal de Justiça no caso *Pfleiderer*. Neste caso, no entanto, a solução não poderia ser a mesma pois a lei austríaca impunha que, em falta de acordo, os tribunais não podiam ordenar o acesso a tais autos. Assim, o Tribunal decidiu no sentido de que o Direito da UE se opõe a uma norma de um direito nacional que não permita que seja levada a cabo uma ponderação de interesses por parte dos TN sobre a divulgação ou não dos documentos.<sup>67</sup>

Na sequência destas duas decisões, foi apresentada, a 11 de junho de 2013, uma proposta de Diretiva da qual resultou a Diretiva 2014/104/UE<sup>68</sup> de 26 de novembro de 2014 criada com a intenção de fortalecer o Direito da Concorrência e com dois grandes objetivos: otimizar a aplicação complementar do *public e private enforcement*; e assegurar a terceiros lesados pelas violações do direito europeu da concorrência a capacidade de serem ressarcidos pelos danos sofridos<sup>69</sup>.

Uma das maiores preocupações da diretiva foi a de assegurar que os lesados conseguissem obter informação suficiente sobre os comportamentos anticoncorrenciais que os lesaram para intentar ações de indemnização, e nesse sentido, o artigo 5.º da

---

<sup>65</sup> Wardhaugh, Bruce - “Cartel Leniency and Effective Compensation in Europe: The Aftermath of *Pfleiderer*”, *Web Journal of Current Legal Issues*, Volume 19 (2013), p. 15.

<sup>66</sup> Geradin, Damien e Grelier, Laurie-Anne – “Cartel Damages Claims in the European Union: Have we only Seen the Tip of the Iceberg?”, (2 de dezembro de 2013), disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2362386>

<sup>67</sup> COSTA, Guilherme (2018) - *O (des)equilíbrio entre o public e o private enforcement do Direito da Concorrência da União Europeia: a proibição de acesso às declarações de clemência*, Tese de Mestrado em Direito na especialidade de Direito Internacional Europeu. Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, pp. 35 e 36.

<sup>68</sup> Diretiva 2014/104/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de novembro de 2014 relativa a certas regras que regem as ações de indemnização no âmbito do direito nacional por infração às disposições do direito da concorrência dos Estados-Membros e da União Europeia.

<sup>69</sup> Cauffman, Caroline - “The European Commission Proposal for a Directive on Antitrust Damages: A first Assessment”, *M-EPLI - Maastricht European Private Law Institute*, Working Paper No. 2013/13 (2013), p. 4.

diretiva permite que sejam divulgados aos lesados determinados documentos provatórios mediante a verificação de certas condições.<sup>70</sup>

No entanto, no que às declarações de clemência diz respeito, a diretiva nos seus artigos 6.º n.º 6 e 7.º n.º 1, impôs aos EM's que incluam no seu direito nacional uma proibição de divulgação das declarações de clemência, por parte dos TN, no âmbito de ações de indemnização, aos lesados por comportamentos anticoncorrenciais, e além disso, estabelece ainda que estes elementos provatórios devem ser considerados inadmissíveis para efeitos de uma ação de indemnização.

Esta solução de uma proibição de divulgação das declarações de clemência por parte dos TN contraria a jurisprudência e o teste de ponderação de interesses adotado no caso *Pfleiderer*<sup>71</sup>, e é alicerçada na ideia de que a função dissuasora é um efeito secundário do *private enforcement* quando comparado com o efeito dissuasor do *public enforcement*, seguindo assim a ideia expressada pela Comissão no Livro Branco.

## **2.2 As funções do *private enforcement***

A análise à discussão sobre as funções atribuídas ao *private enforcement* é fundamental, pois o entendimento que se adota em relação a estas influencia diretamente a posição que se toma em relação ao problema sobre o qual esta dissertação discorre. Assim, à aplicação privada do direito da concorrência são normalmente apontadas duas funções: compensar e dissuadir. Há um consenso generalizado de que a função de compensação é a função fundamental do *private enforcement*; já no que concerne à função dissuasora, permanece uma discussão doutrinal sobre a sua relevância.<sup>72</sup>

---

<sup>70</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. 29.

<sup>71</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. 29.

<sup>72</sup> COSTA, Guilherme (2018) - *O (des)equilíbrio entre o public e o private enforcement do Direito da Concorrência da União Europeia: a proibição de acesso às declarações de clemência*, Tese de Mestrado em Direito na especialidade de Direito Internacional Europeu. Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, p.13.

Parte da doutrina<sup>73</sup>, em consonância com o Tribunal de Justiça<sup>74</sup>, é do entendimento que à aplicação privada do direito da concorrência se pode atribuir uma função dissuasora dos comportamentos anticoncorrenciais. Neste sentido, de acordo com os autores Nazzini e Nikpay este reforço da função dissuasora das regras concorrenciais levado a cabo pelo *private enforcement* assenta nas seguintes razões<sup>75</sup>: aumenta os recursos disponíveis para os casos de infrações do direito da concorrência; melhora os níveis de deteção e condenação; e aumenta as consequências financeiras da condenação.

Contrariamente a esta posição surgem outros autores<sup>76</sup> que percebem a aplicação privada apenas como um meio à disposição das vítimas para que estas possam ser ressarcidas, ou que, reconhecendo a função dissuasora a consideram meramente residual. Nesta linha de pensamento, Wouter Wils defende a chamada “*separate-tasks approach*”, em que o *public* e *private enforcement* devem servir as funções para as quais se revelam mais adequados.<sup>77</sup> Neste sentido Wils afirma que para efeitos de dissuasão o *public enforcement* é inerentemente superior<sup>78</sup> ao *private enforcement*, sustentando a sua posição em três razões: a aplicação pública do direito da concorrência beneficia de poderes de investigação e condenação mais eficazes; como o *private enforcement* é guiado pela ideia de lucro privado este diverge do interesse geral; e o *private enforcement* representa um custo mais elevado do que *public enforcement*.

Desde já se esclarece que a posição adotada é a de que o *private enforcement* visa, inegavelmente, uma função de compensação dos lesados por comportamentos

---

<sup>73</sup> Komninos, Assimakis P. - “The Relationship between Public and Private Enforcement: *quod Dei Deo, quod Caesaris Caesari*” (2011), p.143; Carbonelli, Vincenzo - “Private enforcement of EU Competition Law between public and private issues”, *International Journal of Public Law and Policy*, Volume 2, N.º 4 (2012), pp. 2 e 3; Nazzini, Renato, Nikpay, Ali - “Private Actions in EC Competition Law”, *Competition Policy International*, Volume 4, N.º 2 (2008), pp. 109-111; Hüschelrath, Kai, Peyer, Sebastian - “Public and Private Enforcement of Competition Law: A Differentiated Approach”, *ZEW - Centre for European Economic Research* (2013), p.p 2-5.

<sup>74</sup> Acórdão do Tribunal de Justiça de 20 de Setembro de 2001, *Courage vs Crehan*, Processo n.º C-453/99 parágrafo 27.

<sup>75</sup> Nazzini, Renato, Nikpay, Ali - “Private Actions in EC Competition Law”, *Competition Policy International*, Volume 4, N.º 2 (2008), p. 111.

<sup>76</sup> Wils, Wouter - “Should Private Antitrust Enforcement Be Encouraged in Europe”, *World Competition*, Volume 26, N.º 3 (setembro 2003), p. 11; Morais, Luís Silva - “Integrating Public and Private Enforcement of Competition Law in Europe - Legal and Jurisdictional Issues” (2015), p. 39; MacCulloch, Angus, Wardhaugh, Bruce - “The Baby and the Bathwater: The Relationship in Competition Law between Private Enforcement, Criminal Penalties, and Leniency Policy”, *A Paper Prepared for the CCP Conference* (14 de junho 2012), p. 26.

<sup>77</sup> BALASINGHAM, Baskaran (2017) – “Chapter 6: The Impact of Private Actions for Damages on the Effectiveness and Fairness of the EU Leniency Policy” in *The EU Leniency policy: Reconciling Effectiveness and Fairness – On International Competition Law Series*, Wolters Kluwer, p.160.

<sup>78</sup> Wils, Wouter - “Should Private Antitrust Enforcement Be Encouraged in Europe”, *World Competition*, Volume 26, N.º 3 (setembro 2003), p. 11.

anticoncorrenciais e uma função de dissuasão, no entanto, esta segunda função será meramente residual quando comparada com a função dissuasora do *public enforcement*, daí que se concorde com a opinião fomentada por Wouter Wils que de certa forma estabelece uma hierarquia entre o *public* e o *private enforcement*.

Deste modo, importa então analisar os argumentos apontados pelo referido autor:

**a) a aplicação pública do direito da concorrência beneficia de poderes de investigação e condenação mais eficazes:** no que a investigação diz respeito, é evidente que as AdC possuem capacidades, nomeadamente, um poder de investigação mais alargado, que lhes permitem ser mais capazes de detetar e provar comportamentos anticoncorrenciais. Além de que a isto junta-se o problema da dificuldade de recolha de prova transnacional a que os lesados estariam sujeitos, problema este que não se reflete na atuação da Comissão Europeia.<sup>79</sup>

Já relativamente à condenação, também o *public enforcement* se apresenta como uma ferramenta mais eficaz, já que permite que sejam aplicadas além das sanções monetárias outros tipos de sanções, ao passo que o *private enforcement* apenas permite que sejam aplicadas sanções monetárias aos infratores do direito da concorrência na forma de indemnizações. Mais ainda, em relação às sanções monetárias, as indemnizações serão sempre calculadas não atendendo ao ganho dos infratores ou à perda social, mas por referência aos danos que os lesados consigam eventualmente provar, pelo que será igualmente menos eficaz do que o *public enforcement* no cálculo otimizado da sanção.<sup>80</sup>

**b) como o *private enforcement* é guiado pela ideia de lucro privado, este diverge do interesse geral:** quando falamos em *private enforcement* está sempre subjacente a ideia dos ganhos privados dos lesados em que assentam as ações de indemnização. Isto pode resultar em 3 problemas: investimento desadequado, ações infundadas, e acordos indesejados<sup>81</sup>.

---

<sup>79</sup> Wils, Wouter - “Should Private Antitrust Enforcement Be Encouraged in Europe”, *World Competition*, Volume 26, N.º 3 (setembro 2003), p. 11.

<sup>80</sup> Wils, Wouter - “Should Private Antitrust Enforcement Be Encouraged in Europe”, *World Competition*, Volume 26, N.º 3 (setembro 2003), p. 12.

<sup>81</sup> Wils, Wouter - “Should Private Antitrust Enforcement Be Encouraged in Europe”, *World Competition*, Volume 26, N.º 3 (setembro 2003), pp. 13 a 15.

c) *private enforcement* representa um custo mais elevado do que *public enforcement*: este custo mais elevado deve-se principalmente a 2 fatores: no estabelecimento da indemnização são gastos muitos mais recursos do que aqueles que seriam gastos caso a sanção monetária fosse aplicada por uma AdC; além disto a aplicação pública do direito da concorrência será geralmente menos custosa devido ao elevado grau de especialização das pessoas envolvidas e ao menor custo administrativo dos procedimentos quando comparados com a litigação civil.<sup>82</sup>

Assim, e em concordância com a posição de Wouter Wils aqui explanada, importa concluir que a posição aqui defendida não é a de que o *private enforcement* não tenha qualquer função dissuasora, pois essa função é indubitável ainda para mais quando se trata de uma aplicação privada forte e robusta, algo que ainda não se verifica na UE, no entanto, esta função tem um efeito meramente residual quando comparada com o efeito dissuasor exercido pelo *public enforcement*, pelo que, não restam dúvidas que, em caso de conflito, na UE, onde vigora uma doutrina ordoliberal segundo a qual o funcionamento do mercado deve ser supervisionado e governado por uma autoridade pública<sup>83</sup>, há uma inerente superioridade hierárquica da aplicação pública do direito de concorrência em detrimento da aplicação privada.

---

<sup>82</sup> Wils, Wouter - “Should Private Antitrust Enforcement Be Encouraged in Europe”, *World Competition*, Volume 26, N.º 3 (setembro 2003), p. 15.

<sup>83</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 2014),p.1.

### Capítulo 3 – A tensão entre a proteção dos Regimes de Clemência e o *Private Enforcement* e possíveis soluções

As ações de indemnização em direito da concorrência são normalmente caracterizadas por uma elevada desinformação dos lesados, pelo que lhes deve ser garantido acesso aos elementos de prova<sup>84</sup>. Ora, o desenvolvimento da aplicação privada do direito da concorrência pode levar a um desincentivo de recurso aos programas de clemência, caso não estejam estabelecidos os limites e não estejam formados os equilíbrios necessários, isto porque não se deve colocar os requerentes de clemência, que cooperaram com as AdC, numa situação pior do que os restantes membros do cartel, na medida em que isso prejudicaria a atratividade dos programas de clemência, pois não compensaria colaborar.

Dado o carácter autoincriminatório das declarações de clemência, facilmente se compreende que estas têm que ser sujeitas a uma forte proteção sob pena de reduzir drasticamente a atratividade e eficácia dos programas de clemência como aponta o Advogado Geral Ján Mázak nas suas conclusões sobre o caso *Pfleiderer*:

“ 38. Do meu ponto de vista, em certas circunstâncias a concessão de acesso, por parte de uma autoridade de um Estado-Membro responsável em matéria de concorrência, a toda a informação e documentação apresentada por um requerente de clemência pode prejudicar seriamente a atratividade e, logo, a eficácia do regime de clemência daquela autoridade, uma vez que os potenciais requerentes de clemência podem entender que são colocados numa posição mais desfavorável, no tocante aos pedidos cíveis de indemnização, devido às declarações autoincriminatórias que são obrigatoriamente apresentadas à autoridade, do que a posição dos membros do cartel que se recusam a cooperar. Assim, pode entender-se que o benefício da imunidade ou da redução de coimas concedido a um requerente é anulado pelo risco acrescido de responsabilidade por danos quando for concedido o acesso ao processo de clemência, especialmente nos casos em que os membros dos cartéis forem solidariamente responsáveis nos termos das legislações nacionais. Assim, um membro de um cartel pode abster-se de apresentar um pedido de clemência ou, por outro lado, ser menos colaborante com a autoridade do Estado-Membro responsável em matéria de concorrência no decorrer do respetivo processo.”<sup>85</sup>

Devido a isto, existe então um conflito entre, por um lado, a proteção da eficácia do regime de clemência aplicado por uma autoridade de um EM e, logo, da aplicação pública do direito da concorrência e, por outro lado, da divulgação da informação fornecida pelos

---

<sup>84</sup> Papp, Florian Wagner-von - “Access to Evidence and Leniency Materials” (10 de fevereiro 2016), pp. 53 e 54.

<sup>85</sup> Ponto 38 das Conclusões do Advogado Geral Ján Mazák, relativas ao processo C-360/09.

requerentes de clemência a um terceiro lesado, para que estes possam exercer o seu direito de intentar uma ação de indemnização por violação do artigo 101.º do TFUE.

De um lado desta tensão defende-se que devem ser feitos todos os esforços para ultrapassar a assimetria de informação entre as partes mediante uma extensa divulgação de documentos que possam ajudar os lesados a intentar uma ação de indemnização, e que os requerentes de clemência já beneficiam de imunidade ou redução de coima pelo que não lhes deve ser concedido um tratamento especial no seio do *private enforcement*, logo, as declarações de clemência deveriam poder ser divulgadas aos lesados.<sup>86</sup>

Do lado oposto defende-se que se deve evitar uma redução da eficácia do *public enforcement*, um argumento que vem normalmente aliado à ideia de que a aplicação pública do direito da concorrência apresenta-se como mais capaz de realizar as funções de dissuasão e clarificação da lei do que o *private enforcement*. Além disso, defendem ainda que mesmo a função de compensação característica da aplicação privada é mais facilmente realizada se o *public enforcement* se mantiver eficaz na descoberta de cartéis, pois a maioria das ações de indemnização são construídas a partir do *public enforcement*, e não só nos casos das ações *follow-on*, mas também no caso das *stand-alone* que são geralmente iniciadas devido a investigações das AdC.<sup>87</sup>

Esclarece-se então que a posição aqui adotada se alinha com este segundo entendimento, onde se defende que a eficácia do programa de clemência, e consequentemente do *public enforcement*, não deve ser perturbada, para efeitos de *private enforcement*, de forma a não perder a sua enorme relevância no seio do Direito da Concorrência Europeu.

Como descrito supra, este conflito foi sujeito a várias apreciações, quer por parte da Comissão, quer por parte do Tribunal de Justiça, e neste momento vigora a disposição do artigo 6.º n.º6 da Diretiva 2014/104/UE que proíbe a divulgação das declarações de clemência por parte dos TN.

---

<sup>86</sup> Papp, Florian Wagner-von - “Access to Evidence and Leniency Materials” (10 de fevereiro 2016), p.55.

<sup>87</sup> Papp, Florian Wagner-von - “Access to Evidence and Leniency Materials” (10 de fevereiro 2016), p.55.

No entanto, a solução apresentada pela Diretiva não está, de todo, isenta de controvérsia, pois vários autores<sup>88</sup> apontam-na como contrária ao Princípio da Efetividade, sustentando-se nas afirmações do Tribunal de Justiça<sup>89</sup> de que qualquer regra rígida seria contrária ao Princípio da Efetividade. Ora, segundo este princípio o exercício do direito de indemnização “não pode ser praticamente impossível ou excessivamente difícil”<sup>90</sup>, pelo que estes autores que qualifiquem a proteção do artigo 6.º n.º6 como rígida a consideram violadora do Princípio da Efetividade e incompatível com o direito primário da UE.<sup>91</sup>

Neste sentido, importa então analisar algumas opções alternativas a esta solução apresentada pela Diretiva tais como: Imunidade de Indemnização; A solução do ordenamento jurídico Norte-Americano; Proibição Geral com exceção de possibilidade de divulgação em último recurso.

### 3.1. Imunidade de Indemnização

O artigo 11.º n.º1 e n.º5 estabelece como regra geral que as empresas participantes num cartel, que infringem o direito da concorrência, são solidariamente responsáveis pelos danos causados. Assim, cada uma das empresas fica obrigada a reparar integralmente os danos, e o lesado pode exigir a reparação integral de qualquer uma delas, tendo posteriormente o infrator que reparou integralmente o dano do lesado direito de regresso. De notar, no entanto, que o montante recuperado dos outros infratores deverá ser determinado à luz da responsabilidade e do dano causado pela infração de cada um.<sup>92</sup>

Esta regra geral está sujeita a algumas exceções, de onde se destaca a exceção do n.º4 que apresenta maior relevo para esta dissertação. Ora, segundo este n.º4 do artigo

---

<sup>88</sup> A título de exemplo veja-se: 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. 2 a 5.

<sup>89</sup> Acórdão do Tribunal de Justiça de 6 de Junho de 2013, *Bundeswettbewerbsbehörde v Donau Chemie AG e outros*, Processo n.º C-536/11, parágrafo 31.

<sup>90</sup> Acórdão do Tribunal de Justiça de 20 de Setembro de 2001, *Courage vs Crehan*, Processo n.º C-453/99 parágrafo 29: “(...) e não tornem praticamente impossível ou excessivamente difícil o exercício dos direitos conferidos pela ordem jurídica comunitária (princípio da efectividade).”.

<sup>91</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), pp. 2 e 3: “Any rigid *per se* rule would, according to the ECJ, violate the principle of effectiveness. Yet, a rigid *per se* denial of access is exactly what the proposal suggests in art. 6(1) for leniency corporate statements. Exceptions from this *per se* rule are not provided for in the proposal. This is incompatible with the primary law principle of effectiveness”.

<sup>92</sup> Wils, Wouter - “Private Enforcement of EU Antitrust Law and its Relationship with Public Enforcement: Past, Present and Future”, *World Competition*, Volume 40, Issue 1 (março 2017), pp. 26 e 27.

11.º, os beneficiários de dispensa de coima só serão solidariamente responsáveis perante os seus adquirentes ou fornecedores diretos ou indiretos, e perante os outros lesados, apenas no caso de não se conseguir obter a reparação integral das outras empresas implicadas na mesma infração ao direito da concorrência. Esta exceção ao regime da responsabilidade solidária foi pela primeira vez sugerida na opção 30 do *Green Paper*.

O Recital 38<sup>93</sup> da Diretiva vem explicar o porquê desta exceção. Ora, tendo em conta que a decisão da AdC que declara a infração se pode tornar definitiva para o requerente de clemência antes de se tornar definitiva para as outras empresas infratoras, isto pode torná-lo como o alvo preferencial para ser demandado em tribunal, daí a necessidade de proteger o requerente de clemência e a eficácia do programa de clemência mediante esta exceção, pois desta forma caso o lesado decida intentar a ação contra o requerente de clemência, este não conseguirá obter dele a reparação integral dos danos.

Esta limitação da responsabilidade solidária visa então privilegiar as empresas que colaboram com as AdC, sem, no entanto, pôr em causa o Princípio da Efetividade, pois caso não seja possível aos lesados obter a reparação integral dos danos através das empresas infratoras, estes podem, em última opção, recorrer ao beneficiário de dispensa de coima.<sup>94</sup>

No entanto, Christian Kersting<sup>95</sup> afirma que de facto faz sentido privilegiar os beneficiários de dispensa de coima no âmbito do *private enforcement* mas que este privilégio não pode ser concedido à custa dos lesados. Ao invés disso, o autor apresenta como alternativa a possibilidade de se privilegiar os requerentes de clemência, não à custa dos lesados, mas sim à custa dos restantes infratores, ou seja, os lesados deveriam poder obter a reparação integral do beneficiário de dispensa da coima, podendo este reclamar uma compensação total dos danos indemnizados aos restantes membros do cartel.

Ora, essa possibilidade parece não ser tão efetiva na manutenção da eficácia dos programas de clemência como a opção consagrada na Diretiva, pelo facto de o requerente

---

<sup>93</sup> Diretiva 2014/104/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de novembro de 2014 Recital 38.

<sup>94</sup> COSTA, Guilherme (2018) - *O (des)equilíbrio entre o public e o private enforcement do Direito da Concorrência da União Europeia: a proibição de acesso às declarações de clemência*, Tese de Mestrado em Direito na especialidade de Direito Internacional Europeu. Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, p.63.

<sup>95</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. 4.

de clemência ter efetivamente que proceder à reparação integral dos danos, o que pode acarretar um impacto psicológico significativo, capaz de desincentivar a apresentação de um pedido de clemência, prejudicando assim a atratividade dos programas de clemência.

Além disto, há ainda quem defenda uma imunidade de indemnização tal como foi mencionada pela Comissão na opção 29 do *Green Paper*. Florian Papp<sup>96</sup> afirma que de um ponto de vista teórico, isentar os beneficiários de dispensa de coima da obrigação de indemnizar seria uma boa opção para que o *private enforcement* não tivesse qualquer efeito na eficácia dos programas de clemência. E que caso fosse possível esta isenção, não seriam necessários limites à divulgação das declarações de clemência. Apesar de isto ser, de facto, verdade, esta opção não se pode considerar viável pois levaria a um enriquecimento injusto do requerente de clemência.

Assim, é de concluir que a opção consagrada na Diretiva, de considerar os requerentes de clemência como solidariamente responsáveis perante os seus adquirentes ou fornecedores diretos ou indiretos e perante os outros lesados, no caso de estes não conseguirem obter a reparação integral dos danos dos outros infratores, se revela como a mais acertada, e a que melhor alcança a articulação e compatibilidade desejada entre o *public e private enforcement*.

### **3.2. A Solução do Ordenamento Jurídico Norte-Americano**

É por demais evidente que os sistemas de aplicação do direito da concorrência dos EUA e da UE são fundamentalmente díspares. Enquanto no ordenamento jurídico estadunidense desde os primórdios do direito da concorrência que se reconhece o direito de indemnização por violações ao direito da concorrência, na UE o reconhecimento deste direito surgiu bastante mais tarde, primeiro através da jurisprudência e posteriormente por consagração legislativa. Ou seja, nos EUA há uma forte tradição e prevalência do *private enforcement*, ao passo que na UE se verifica o contrário com uma prevalência da aplicação pública do direito de concorrência sobre a aplicação privada.

---

<sup>96</sup> Papp, Florian Wagner-von - “Access to Evidence and Leniency Materials” (10 de fevereiro 2016), p. 57: “One way to ensure that private damages claims have no detrimental effect on leniency applications even from a theoretical perspective would be to exempt successful leniency applicants entirely from the obligation of paying damages;”.

Assim, o *private enforcement* tem sido preponderante no ordenamento jurídico dos EUA onde a grande maioria (cerca de 90%) da aplicação do direito da concorrência resulta da litigância privada ao invés da aplicação pública.<sup>97</sup>

Esta preponderância resulta de uma série de medidas que foram implementadas em 1890 com a adoção do *Sherman Act* e pela lei que o sucedeu em 1914, o *Clayton Act*. Ou seja, há um encorajamento do *private enforcement* que se reflete nas seguintes medidas consagradas no *Clayton Act*: “*treble damages for those injured by reason of anything forbidden in the antitrust laws; injunctive relief against threatened loss or damage by a violation; the use of judgments entered against the defendant as prima facie evidence against that defendant; clear limitation periods; and successful plaintiffs (claimants) to recover costs, including reasonable attorney’s fees, contrary to the ordinary rule in the US that each party bears its own attorney fees and costs.*”<sup>98</sup>.

Ora, as *treble damages* consubstanciam-se na possibilidade de os lesados por comportamentos anticoncorrenciais, receberem um valor três vezes superior ao dano sofrido.<sup>99</sup> Segundo Wils, as *treble damages* são um substituto do *public enforcement* e visam colmatar a falha da função dissuasora que o *public enforcement* era incapaz de cumprir nos EUA.<sup>100</sup>

De referir ainda que nos EUA o programa de clemência pode ser altamente favorável para as empresas já que mediante este, podem ser reduzidas quer as consequências financeiras, quer as consequências penais.

No que à tensão entre os programas de clemência e o *private enforcement* diz respeito, o ordenamento jurídico dos EUA apresenta uma solução bastante interessante.

---

<sup>97</sup> Jones, Alison - “Private Enforcement of EU Competition Law: a Comparison with, and Lessons from, the US”, M Bergström, M Iacovides, M Strand (eds), *Harmonising EU Competition Litigation: The New Directive and Beyond* (Hart Publishing, 2016) *TLI Think! Paper 10/2016* (2016), p. 3.

<sup>98</sup> Jones, Alison - “Private Enforcement of EU Competition Law: a Comparison with, and Lessons from, the US”, M Bergström, M Iacovides, M Strand (eds), *Harmonising EU Competition Litigation: The New Directive and Beyond* (Hart Publishing, 2016) *TLI Think! Paper 10/2016* (2016), p. 6.

<sup>99</sup> COSTA, Guilherme (2018) - *O (des)equilíbrio entre o public e o private enforcement do Direito da Concorrência da União Europeia: a proibição de acesso às declarações de clemência*, Tese de Mestrado em Direito na especialidade de Direito Internacional Europeu. Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, p.6.

<sup>100</sup> Wils, Wouter - “Private Enforcement of EU Antitrust Law and its Relationship with Public Enforcement: Past, Present and Future”, *World Competition*, Volume 40, Issue 1 (março 2017), p. 16.

Nos EUA é possível aos lesados obter a divulgação de todos os documentos relevantes onde se inclui naturalmente aqueles fornecidos pelos requerentes de clemência.<sup>101</sup> No entanto, e para prevenir a perda de eficácia dos programas de clemência, foi introduzido, em 2004 o ACPERA (*Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act*) que limita a responsabilidade civil dos requerentes de clemência ao *single damages*<sup>102</sup>. Esta medida permite que os infratores que apresentem um pedido de clemência e colaborem com os lesados de forma a assegurar o direito de indemnização vejam a sua responsabilidade civil limitada aos danos que o lesado efetivamente sofreu ao invés de um valor 3 vezes superior (*treble damages*) como é a regra geral.<sup>103</sup> Com este *de-treble of damages* consegue-se manter a atratividade e eficácia dos programas de clemência e ao mesmo tempo diminuir a assimetria de informação entre os lesados e os membros do cartel, permitindo um melhor exercício do direito de indemnização.

Além disto, tendo em conta a obrigação de cooperação entre os requerentes de clemência e os lesados, a obtenção ou não das declarações de clemência pouco ou nada importa para o sucesso da ação de indemnização<sup>104</sup>, pelo que na ordem jurídica dos EUA não há uma tensão tão acentuada entre os dois braços de *enforcement* relativamente a esta matéria.

No entanto, é de notar que esta solução não pode ser incorporada no Direito da União Europeia, pois este não contempla *treble damages*, algo que é aliás liminarmente excluído pelo artigo 3.º n.º 3 da Diretiva 2014/104/UE. Ora, sem a possibilidade deste tipo de indemnização não é possível implementar a limitação da responsabilidade civil, pelo que se conclui por impraticável esta solução no ordenamento jurídico da UE.

### **3.3. Proibição Geral com possibilidade de divulgação, por parte dos TN, em último recurso**

Em alternativa à solução consagrada na diretiva, continua a ser defendido o entendimento propugnado pelo Tribunal de Justiça de que a divulgação das declarações

---

<sup>101</sup> Buccirosi, Paolo, Marvão, Catarina e Spagnolo, Giancarlo - “Leniency and Damages”, *Stockholm Institute of Transition Economics Working Paper*, N.º 28 (outubro 2014), p.3.

<sup>102</sup> Cauffman, Caroline - “The Interaction of Leniency Programmes and Actions for Damages”, *M-EPLI - Maastricht European Private Law Institute*, Working Paper No. 2011/34 (2011), p. 203.

<sup>103</sup> RULE, Charles Rick e BIAL, Joseph, “Cartels & Leniency 2020”, *ICLG*, 4 de novembro 2019. <https://iclg.com/practice-areas/cartels-and-leniency-laws-and-regulations/usa>.

<sup>104</sup> COSTA, Guilherme (2018) - *O (des)equilíbrio entre o public e o private enforcement do Direito da Concorrência da União Europeia: a proibição de acesso às declarações de clemência*, Tese de Mestrado em Direito na especialidade de Direito Internacional Europeu. Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, p.72.

de clemência deverá ser analisada casuisticamente pelos TN. Isto é assim pois é do entendimento dos defensores desta solução de que a norma da diretiva é demasiado rígida, e por isso contrária ao Princípio da Efetividade, e incapaz de operar uma boa cooperação entre o *public* e *private enforcement*.

Assim, e segundo este entendimento, a divulgação das declarações de clemência deve manter-se como proibida, exceto se, e mediante a avaliação caso a caso do TN, as declarações de clemência se revelassem como o único meio para os lesados efetivarem o seu direito de indemnização. Ou seja, em último recurso deveria ser permitida a divulgação das declarações de clemência.<sup>105</sup>

Tendo em conta que esta solução tem por base a decisão do Acórdão *Pfleiderer*, importa perceber quais as críticas apontadas a esta, e o porquê de a Diretiva consagrar disposições que contrariam o que foi definido no Acórdão *Pfleiderer*. Assim, uma das grandes críticas apontadas era a de que esta decisão causou uma enorme incerteza jurídica<sup>106</sup>, e a necessidade de uniformização que daí adveio foi o que levou à formulação e adoção de uma Diretiva com o objetivo de otimizar esta relação entre *public enforcement* e *private enforcement*.<sup>107</sup>

Além disto foi ainda apontada a esta decisão a crítica de que esta solução de uma ponderação de interesses casuística deu a liberdade e a oportunidade aos tribunais nacionais dos EM's de aplicarem os seus princípios, o que pode levar a uma enorme variedade de resultados<sup>108</sup> e consequente *forum-shopping*. Ou seja, o Tribunal de Justiça, sem fornecer critérios orientadores harmonizados a usar nessa ponderação, levou a uma situação em que certas jurisdições nacionais possam ser mais favoráveis que outras no

---

<sup>105</sup> COSTA, Guilherme (2018) - *O (des)equilíbrio entre o public e o private enforcement do Direito da Concorrência da União Europeia: a proibição de acesso às declarações de clemência*, Tese de Mestrado em Direito na especialidade de Direito Internacional Europeu. Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, pp. 55 a 62

<sup>106</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 (2012) p. 102.

<sup>107</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 (2012), p. 106.

<sup>108</sup> Temos como exemplos o caso em análise, em que o Amtsgericht Bonn recusou à *Pfleiderer* o acesso a documentos fornecidos no âmbito de um pedido de clemência, e o caso *National Grid Electricity Transmission Plc v ABB Ltd & Ors* da England and Wales High Court de 4 de abril de 2012 que concedeu acesso parcial a documentos fornecidos no âmbito de um programa de clemência através da ponderação de interesses consagrada na jurisprudência aqui em análise.

que toca à divulgação das declarações de clemência, o que pode dar aso a que os lesados intentem as ações onde mais facilmente conseguem obter os referidos documentos.<sup>109</sup>

Apesar de esta solução adicionar a esta análise casuística a reserva de que a divulgação só poderia acontecer em último recurso, as mesmas críticas e as mesmas dúvidas lhe podem ser apontadas, já que uma análise casuística de prós e contras da divulgação das declarações de clemência cria incerteza jurídica e pode implicar atrasos que prejudiquem as ações de indemnização.<sup>110</sup>

Além disto, a mera possibilidade de divulgar as declarações de clemência, ainda que em último recurso, já consubstanciam uma perda de eficácia e de atratividade dos programas de clemência pelo que logo à partida se deve rejeitar liminarmente esta opção. Em adição, pode-se ainda afirmar que se toda uma panóplia de documentos, entre os quais a decisão final da Autoridade da Concorrência,<sup>111</sup> não foram suficientes para os lesados garantirem o seu direito de indemnização, não se afigura como provável que as declarações de clemência o possam ser.

Posto isto, entende-se que esta solução de possibilidade de divulgação em último recurso deve ser veemente rejeitada, pois é passível de prejudicar drasticamente a eficácia e atratividade do programa de clemência e com isso prejudicar a aplicação pública do direito de concorrência. Isto porque, enquanto que o desenvolvimento do *private enforcement* é obviamente desejável e levará a um direito da concorrência europeu mais forte e justo, este não deve ser feito às custas do *public enforcement* que está já desenvolvido e estabelecido na Europa tendo-se revelado um sucesso, sob pena de enfraquecer os dois braços de *enforcement* do direito da concorrência europeu.

---

<sup>109</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 (2012) pp. 103 a 105.

<sup>110</sup> Catón, Pablo González de Zárate - "Disclosure of Leniency Material: a Bridge between Public and Private Enforcement of Antitrust Law", *Research Papers in Law 8/2013*, College of Europe (2013), p.25.

<sup>111</sup> Wils, Wouter - "Private Enforcement of EU Antitrust Law and its Relationship with Public Enforcement: Past, Present and Future", *World Competition*, Volume 40, Issue 1 (março 2017), pp. 34 e 35.

## Capítulo 4 – A solução da Diretiva 2014/104/UE como a que melhor se coaduna com a compatibilização entre os dois braços do *enforcement*

Cientes da importância dos programas de clemência, conforme foi explanado supra, para o bom funcionamento do *public enforcement*, e da importância de conceder às declarações de clemência uma proteção adequada sob pena de a sua divulgação a terceiros lesados por um comportamento anticoncorrencial consubstanciar uma perda de eficácia do regime de clemência e conseqüentemente da aplicação pública do direito da concorrência, cumpre-se agora então analisar em específico a solução introduzida pela Diretiva 2014/104/UE.

Conforme foi defendido pela Comissão e pelo Advogado-Geral Ján Mázak<sup>112</sup>, era necessária uma distinção entre documentos autoincriminatórios fornecidos pelos requerentes de clemência e documentos preexistentes também submetidos por requerentes de clemência, algo que foi igualmente defendido por outros autores.<sup>113</sup>

Neste sentido, a Diretiva 2014/104/UE vem efetivar esta distinção entre as categorias de documentos, estabelecendo no artigo 2.º n.º16 o que se deve entender por declaração de clemência, excluindo de forma clara desta categoria as informações preexistentes. Esta distinção veio então oferecer uma maior certeza jurídica após a incerteza deixada pelo caso *Pfleiderer*, pois estabelece as diferentes categorias de documentos e o respetivo nível de confidencialidade.<sup>114</sup> Deste modo, enquanto que as declarações de clemência vêm a sua divulgação proibida, os documentos preexistentes podem ser divulgados aos lesados.

Assim, o regime de divulgação exposto no artigo 6.º da diretiva procede a uma categorização dos documentos probatórios em três tipos diferentes, sujeitos a diferentes níveis de proteção<sup>115</sup>:

---

<sup>112</sup> Pontos 17, 47 e 48 das Conclusões do Advogado Geral Ján Mazák, relativas ao processo C-360/09.

<sup>113</sup> HIRNER, Stefan Michel, “Access to Evidence in Antitrust Damage Actions in Light of Recent Case Law and the Draft Directive”, *PublicLaw*, 2014. <http://www.publiclaw.at/pl/images/stories/pop-2014-8-15-hirner.pdf>, p. 13.

<sup>114</sup> HIRNER, Stefan Michel, “Access to Evidence in Antitrust Damage Actions in Light of Recent Case Law and the Draft Directive”, *PublicLaw*, 2014. <http://www.publiclaw.at/pl/images/stories/pop-2014-8-15-hirner.pdf>, p. 13.

<sup>115</sup> BALASINGHAM, Baskaran (2017) – “Chapter 6: The Impact of Private Actions for Damages on the Effectiveness and Fairness of the EU Leniency Policy” in *The EU Leniency policy: Reconciling Effectiveness and Fairness – On International Competition Law Series*, Wolters Kluwer, p.p. 183 e 184.

-Artigo 6.º n.º4: A primeira categoria é a “lista branca”, composta sobretudo por informação preexistente, isto é, prova que existe independentemente da investigação da AdC. Estes documentos não justificam qualquer tipo de proteção especial;

- Artigo 6.º n.º5: A segunda categoria é a “lista cinzenta”, composta por documentos preparados para o propósito de uma investigação de um cartel. Estes documentos estão sujeitos a uma proteção especial temporária, na medida em que os tribunais só podem ordenar a sua divulgação após a AdC ter concluído o seu processo;

- Artigo 6.º n.º6: Por fim, a terceira categoria é a “lista negra”, composta por documentos cuja divulgação pode expor em demasia os requerentes de clemência e com isso prejudicar o *public enforcement*, nomeadamente as declarações de clemência. Estes documentos são bastantes protegidos, já que em momento algum pode um tribunal ordenar a sua divulgação.

Além disso, o artigo 7.º impõe limites à utilização de elementos de prova obtidos através do acesso ao processo de uma AdC. Na sua essência, os n.ºs 1 e 2 requerem que os EM’s assegurem que os elementos de prova, que compõem as listas negra e cinzenta, que tenham sido obtidos por uma pessoa singular ou coletiva através do acesso ao processo de uma AdC, sejam considerados inadmissíveis em ações de indemnização. Já o n.º3 do referido artigo tem o objetivo de prevenir que os elementos de prova, obtidos através das AdC, se tornem um objeto de troca<sup>116</sup>.

Neste sentido, o regime de divulgação da diretiva incentiva as ações de indemnização sem, contudo, expor em demasia os requerentes de clemência.

Ora, desde já se defende, em concordância com vários autores<sup>117</sup>, que as declarações de clemência não devem ser divulgadas aos lesados sob pena de afetar irremediavelmente o *public enforcement*, pelo que a proibição de divulgação das declarações de clemência imposta pelo artigo 6.º n.º 6 da Diretiva se revela como a melhor opção para compatibilizar o *public* e o *private enforcement*, na medida em que permite o

---

<sup>116</sup> Abbott, Henry e Wils, Wouter P.J. – “Access to the File in Competition Proceedings before the European Commission” *World Competition Law and Economics Review*, Kluwer Law International, Volume 42 Issue 3 (2019), p. 307.

<sup>117</sup> Por exemplo: Catón, Pablo González de Zárate - “Disclosure of Leniency Material: a Bridge between Public and Private Enforcement of Antitrust Law”, *Research Papers in Law 8/2013*, College of Europe (2013), p.25; Wils, Wouter - “Private Enforcement of EU Antitrust Law and its Relationship with Public Enforcement: Past, Present and Future”, *World Competition*, Volume 40, Issue 1 (março 2017), pp. 32 a 35.

desenvolvimento da aplicação privada sem deteriorar a aplicação pública do direito da concorrência, algo que deve ser visto como essencial neste processo, dada a enorme disparidade de desenvolvimento e importância dos dois braços de *enforcement*.

É de notar que, apesar de a solução consagrada na Diretiva contradizer aquilo que foi defendido pelo TJUE na jurisprudência já mencionada, nenhum EM se insurgiu contra esta medida mais estrita aquando da transposição para os seus ordenamentos jurídicos.<sup>118</sup> Aliás, esta solução da diretiva, que se assemelha bastante à proposta do Advogado-Geral Ján Mázak no caso Pfleiderer, recebeu até uma reação positiva por parte da generalidade da doutrina.<sup>119</sup>

No que ao ordenamento jurídico português concerne, a Lei n.º 19/2012 de 8 de maio que consagrou o Novo Regime Jurídico da Concorrência já almejava a proteção dos elementos que foram incluídos nas listas “cinzentas” e “negras” da diretiva, nomeadamente nos artigos 22.º n.º 16, 27.º n.º 11 e 81.º.<sup>120</sup>

Acontece que esta lei se revelava ainda mais restritiva do que a Diretiva, já que proibia o acesso a todos os documentos e informações apresentadas para efeito de um pedido de clemência, ou seja, não diferenciava entre as declarações de clemência e os documentos preexistentes.<sup>121</sup> Tendo em conta que a disposição da diretiva tem caráter imperativo e obrigatório para todos os EM’s, as suas normas não podem conferir uma proteção mais ou menos restritiva dos documentos relacionados com um programa de clemência, logo era necessária uma harmonização na lei portuguesa<sup>122</sup>, no sentido de excluir desta proteção os documentos preexistentes, que veio a ser operada pela Lei n.º 23/2018 de 5 de junho.

---

<sup>118</sup> Rodger, Barry J., Ferro, Miguel Sousa, Marcos, Francisco - “A Comparative View of the Implementation of the EU Antitrust Damages Directive in Sixteen Member States”, *Working Paper IE Law School*, (10 de julho 2018), p. 36.

<sup>119</sup> BALASINGHAM, Baskaran (2017) – “Chapter 6: The Impact of Private Actions for Damages on the Effectiveness and Fairness of the EU Leniency Policy” in *The EU Leniency policy: Reconciling Effectiveness and Fairness – On International Competition Law Series*, Wolters Kluwer, p. 186.

<sup>120</sup> Rossi, Leonor, Ferro, Miguel Sousa - “O “Private Enforcement” do Direito da Concorrência e o Acesso a Elementos de Prova”, *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano VI, Número 22 (abril - junho 2015), p.186.

<sup>121</sup> MELÍCIAS, Maria João, “The Art of Consistency Between Public and Private Antitrust Enforcement: Practical Challenges in Implementing the Damages Directive in Portugal”. *Autoridade da Concorrência Portuguesa*, 14 de julho 2016, pp. 9 e 10.

<sup>122</sup> MELÍCIAS, Maria João, “The Art of Consistency Between Public and Private Antitrust Enforcement: Practical Challenges in Implementing the Damages Directive in Portugal”. *Autoridade da Concorrência Portuguesa*, 14 de julho 2016, pp. 9 e 10.

Posto isto, importa agora analisar a questão levantada por vários autores, e já anteriormente explanada, de que este artigo 6.º n.º6 viola o Princípio da Efetividade, logo é contrário ao direito primário da UE.

De facto, a jurisprudência do Tribunal de Justiça parece apontar no sentido de que deverá existir a possibilidade de, numa análise casuística, pesar os prós e contras da divulgação das declarações de clemência, de forma a assegurar uma proteção efetiva do direito de um lesado de ser indemnizado por danos resultantes de comportamentos violadores dos artigos 101.º e 102.º do TFUE.

No entanto, e como expõe Wouter Wils<sup>123</sup>, esta norma da diretiva não se revela contrária ao direito primário da UE por duas razões: primeiro, é bastante improvável que surja a necessidade de recorrer a declarações de clemência para assegurar uma proteção eficaz do direito do lesado de ser indemnizado, pois há vários documentos que podem ser usados por estes, incluindo a decisão final da AdC; segundo, os artigos 6.º n.º6 e 7.º n.º1 não consagram uma proteção absoluta das declarações de clemência, pois há outra possibilidade de acesso a estes documentos que não é afetada pela diretiva, nomeadamente, a hipótese dos TN requererem o acesso a estes documentos à Comissão Europeia ao abrigo do artigo 15.º n.º1 do Regulamento n.º 1/2003<sup>124</sup>.

Ora, apesar de pelo artigo 9.º n.º1 a prova dos pressupostos ilicitude e culpa se encontrar facilitada, recai sobre os lesados a prova dos pressupostos nexos de causalidade e dano, daí a importância da divulgação de documentos aos lesados, com vista a colmatar a assimetria de informação entre as partes e assegurar uma proteção efetiva do direito de indemnização.<sup>125</sup> No entanto, não se afigura como provável que as declarações de clemência possam ser necessárias para a prova destes pressupostos, ou até mesmo úteis, pois certos autores defendem que estas raramente contêm informações quanto a esses elementos<sup>126</sup>.

---

<sup>123</sup> Wils, Wouter - “Private Enforcement of EU Antitrust Law and its Relationship with Public Enforcement: Past, Present and Future”, *World Competition*, Volume 40, Issue 1 (março 2017), pp.34 e 35.

<sup>124</sup> Regulamento n.º 1/2003, do Conselho, de 16 de Dezembro de 2002, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81.º e 82.º do Tratado.

<sup>125</sup> COSTA, Guilherme (2018) - *O (des)equilíbrio entre o public e o private enforcement do Direito da Concorrência da União Europeia: a proibição de acesso às declarações de clemência*, Tese de Mestrado em Direito na especialidade de Direito Internacional Europeu. Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, p.52.

<sup>126</sup> Groussot, Xavier, Pierre, Justin - “Transparency and Liability in Leniency Programmes: a Question of Balancing?”, *Lund University Legal Research Series*, Paper N.º 1/2015 (janeiro 2015), p. 2.

A possibilidade de estes documentos não serem relevantes para as pretensões dos lesados, aliada ao facto de ser possível obter vários documentos, como por exemplo, a decisão final da AdC, revelam que a opção de proibição da divulgação das declarações de clemência é de facto a mais acertada, pois não prejudica a efetividade do direito de indemnização dos lesados, já que se revela como improvável e até mesmo pouco útil a necessidade de utilização destes documentos para que os lesados consigam obter a sua pretensão de serem compensados pelos danos sofridos.

Além disto, a proibição imposta pela diretiva não se pode considerar como absoluta, na medida em que esta visa apenas duas possíveis formas de acesso às declarações de clemência: a divulgação pelos Tribunais Nacionais, e o acesso aos documentos no decurso dos processos da AdC.

Deste modo, se porventura surgisse uma situação em que um TN considerasse que para assegurar uma proteção efetiva do direito de ser indemnizado fosse necessário ao lesado ter acesso à declaração de clemência na posse da Comissão, então este poderia efetuar um pedido para que este documento fosse transmitido ao lesado com base no artigo 15.º n.º 1 do referido regulamento. Neste caso, caberia à Comissão analisar em relação àquele caso em específico os prós e contras da divulgação da declaração e decidir a favor ou contra a mesma. Caso a decisão de divulgação se revele negativa, há sempre a possibilidade de esta decisão ser submetida aos tribunais europeus para revisão judicial.<sup>127</sup>

Logo, aparenta cair por terra a ideia de que estas normas da diretiva são contrárias ao Princípio da Efetividade e por consequência violadoras do Direito Primário da UE, pois ao contrário do propugnado esta não é uma proibição absoluta que torna o exercício do direito de indemnização por parte dos lesado “praticamente impossível ou excessivamente difícil”, na medida em que é impossível sem uma experiência prática determinar a importância do acesso às declarações de clemência, sendo de concluir, pela evidência apresentada, que, quer pela panóplia de documentos à disposição dos lesados quer pela incerteza de que as declarações de clemência contenham efetivamente factos importantes para provar o dano e o nexo de causalidade, esta solução se revela como a mais adequada para melhor alcançar o objetivo de otimizar uma aplicação complementar

---

<sup>127</sup> Wils, Wouter - “Private Enforcement of EU Antitrust Law and its Relationship with Public Enforcement: Past, Present and Future”, *World Competition*, Volume 40, Issue 1 (março 2017), p. 35.

do *public* e *private enforcement* tendo em conta o estado de desenvolvimento dos dois braços de *enforcement*.

Isto é assim pois, caso fosse possível a divulgação das declarações de clemência aos lesados, isso iria resultar num enfraquecimento do *public* e do *private enforcement*, já que a progressão da aplicação privada do direito de concorrência na UE, em particular as ações *follow-on*, está indiretamente dependente da efetividade e da eficácia do programa de clemência tendo em conta o papel fundamental que este desempenha na aplicação pública do direito da concorrência.

## Conclusão

Um Sistema de Direito da Concorrência é mais eficaz e justo quando ambos os braços do *enforcement* estão integrados e se complementam, cada um focado em cumprir a função para a qual mais se adequa. Tal sistema não é apenas superior na capacidade de obter sanções mais otimizadas, mas também apresenta uma maior legitimidade.

Neste sentido, as duas medidas implementadas pela diretiva visavam resolver a tensão entre o regime de clemência e o *private enforcement*. A primeira medida disposta no artigo 6.º n.º6 exclui as declarações de clemência do rol de documentos passíveis de serem divulgados aos lesados, harmonizando a matéria de divulgação de documentos. A segunda consubstancia-se no artigo 11.º que regula a responsabilidade solidária entre os participantes do cartel, em especial a exceção do n.º4 que só responsabiliza solidariamente os requerentes de clemência no caso de não se conseguir obter reparação integral dos restantes infratores do direito da concorrência.

Estas duas medidas protegem os requerentes de clemência de possíveis efeitos adversos resultantes do acesso às declarações de clemência, sem tornar impossível ou excessivamente difícil o direito de os lesados intentarem uma ação de indemnização e serem compensados pelo dano sofrido, logo, conseguem demonstrar que o *public enforcement* e o *private enforcement* se podem complementar sem se prejudicarem.

Neste sentido, é por demais evidente que a proibição de divulgação das declarações de clemência imposta pela diretiva é de facto a medida mais capaz de compatibilizar o regime de clemência e o *private enforcement* sem atentar à eficácia do *public enforcement*, e a medida que melhor serve o sistema de Direito da Concorrência Europeu, pois quanto maior a probabilidade de uma condenação pública devido ao regime de clemência, maior é a probabilidade de se verificarem *follow-on actions*, o que por sua vez conduz a que mais lesados sejam compensados pelos danos sofridos resultantes de um comportamento anticoncorrencial.

Logo, é de interesse geral, seja para uma maior eficácia do *public enforcement* ou para uma maior aplicação do *private enforcement*, que sejam protegidas as declarações de clemência de modo a que o regime não perca a sua atratividade.

Tudo isto aliado ao facto de não ser possível afirmar com certeza que as declarações de clemência possam ser úteis aos lesados no âmbito de uma ação de indemnização, de

estar disponível uma enorme panóplia de documentos entre os quais a decisão final da AdC, e de a aplicação pública do direito de concorrência ser na UE de muito maior importância que a aplicação privada, torna esta tensão entre o Regime de Clemência e o *private enforcement* mais aparente do que real.

## Bibliografia

Abbott, Henry e Wils, Wouter P.J. – “Access to the File in Competition Proceedings before the European Commission” *World Competition Law and Economics Review*, Kluwer Law International, Volume 42 Issue 3 (2019), p. 307;

Anastácio, Catarina - “Acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de junho de 2011, no processo c-360/09, Pfleiderer AG v. Bundeskartellamt”, *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano III, N.º10 (abril-junho 2012);

ANASTÁCIO, Catarina, CUNHA, Carolina, GORJÃO-HENRIQUES, Miguel, PORTO, Manuel Lopes, VILAÇA, José Luís da Cruz, (2013) - *Lei da Concorrência Anotada – comentário Conimbricense*, Coimbra: Almedina;

BALASINGHAM, Baskaran (2017) – “Chapter 6: The Impact of Private Actions for Damages on the Effectiveness and Fairness of the EU Leniency Policy” in *The EU Leniency policy: Reconciling Effectiveness and Fairness – On International Competition Law Series*, Wolters Kluwer;

Buccirossi, Paolo, Marvão, Catarina e Spagnolo, Giancarlo - “Leniency and Damages”, *Stockholm Institute of Transition Economics Working Paper*, N.º 28 (outubro 2014);

Carbonelli, Vincenzo - “Private enforcement of EU Competition Law between public and private issues”, *International Journal of Public Law and Policy*, Volume 2, N.º 4 (2012);

Carmeliet, Tine - "How lenient is the European leniency system? An overview of current (dis)incentives to blow the whistle", *Jura Falconis Jg.48*, Issue 3 (2011-2012);

Catón, Pablo González de Zárate - “Disclosure of Leniency Material: a Bridge between Public and Private Enforcement of Antitrust Law”, *Research Papers in Law 8/2013*, College of Europe (2013);

Cauffman, Caroline - “The European Commission Proposal for a Directive on Antitrust Damages: A first Assessment”, *M-EPLI - Maastricht European Private Law Institute*, Working Paper No. 2013/13 (2013);

Cauffman, Caroline - “The Interaction of Leniency Programmes and Actions for Damages”, *M-EPLI - Maastricht European Private Law Institute*, Working Paper No. 2011/34 (2011);

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);

COSTA, Guilherme (2018) - *O (des)equilíbrio entre o public e o private enforcement do Direito da Concorrência da União Europeia: a proibição de acesso às declarações de clemência*, Tese de Mestrado em Direito na especialidade de Direito Internacional Europeu. Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa;

De Smijter, Eddy, O’Sullivan, Dennis - “The Manfredi judgment of the ECJ and how it relates to the Commission’s initiative on EC antitrust damages actions”, *Competition Policy Newsletter*, Número 3 (2006);

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 (2012);

Freire, Paula Vaz - “Análise Económica dos Programas de Clemência no Direito da Concorrência”, *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Ano 1, N.º 1 (2015);

Geradin, Damien e Grelier, Laurie-Anne – “Cartel Damages Claims in the European Union: Have we only Seen the Tip of the Iceberg?”, (2 de dezembro de 2013), disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2362386>

Groussot, Xavier, Pierre, Justin - “Transparency and Liability in Leniency Programmes: a Question of Balancing?”, *Lund University Legal Research Series*, Paper N.º 1/2015 (janeiro 2015);

HIRNER, Stefan Michel, “Access to Evidence in Antitrust Damage Actions in Light of Recent Case Law and the Draft Directive”, *PublicLaw*, 2014. <http://www.publiclaw.at/pl/images/stories/pop-2014-8-15-hirner.pdf>

Hüschelrath, Kai, Peyer, Sebastian - “Public and Private Enforcement of Competition Law: A Differentiated Approach”, *ZEW - Centre for European Economic Research* (2013);

Jones, Alison - “Private Enforcement of EU Competition Law: a Comparison with, and Lessons from, the US”, M Bergström, M Iacovides, M Strand (eds), *Harmonising EU Competition Litigation: The New Directive and Beyond* (Hart Publishing, 2016) *TLI Think! Paper* 10/2016 (2016);

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);

Komninos, Assimakis P. - “The Relationship between Public and Private Enforcement: *quod Dei Deo, quod Caesaris Caesari*” (2011);

MacCulloch, Angus, Wardhaugh, Bruce - “The Baby and the Bathwater: The Relationship in Competition Law between Private Enforcement, Criminal Penalties, and Leniency Policy”, *A Paper Prepared for the CCP Conference* (14 de junho 2012);

MACHADO, Jónatas E. M. (2018) - *Direito da União Europeia*, 3ª edição, Coimbra: Gestlegal;

MELÍCIAS, Maria João, “The Art of Consistency Between Public and Private Antitrust Enforcement: Practical Challenges in Implementing the Damages Directive in Portugal”. *Autoridade da Concorrência Portuguesa*, 14 de julho 2016, pp. 9 e 10;

Morais, Luís Silva - “Integrating Public and Private Enforcement of Competition Law in Europe - Legal and Jurisdictional Issues” (2015);

Nazzini, Renato, Nikpay, Ali - “Private Actions in EC Competition Law”, *Competition Policy International*, Volume 4, N.º 2 (2008);

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);

Pais, Sofia Oliveira - “Entre clemência e responsabilidade – Uma história de sucesso? – Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção), de 14.6.2011, Proc. C-360/09”, *Cadernos de Direito Privado*, N.º 37 (janeiro/março 2012);

Papp, Florian Wagner-von - “Access to Evidence and Leniency Materials” (10 de fevereiro 2016);

Rodger, Barry J., Ferro, Miguel Sousa, Marcos, Francisco - “A Comparative View of the Implementation of the EU Antitrust Damages Directive in Sixteen Member States”, *Working Paper IE Law School*, (10 de julho 2018);

Rossi, Leonor, Ferro, Miguel Sousa - “O “Private Enforcement” do Direito da Concorrência e o Acesso a Elementos de Prova”, *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano VI, Número 22 (abril - junho 2015);

RULE, Charles Rick e BIAL, Joseph, “Cartels & Leniency 2020”, *ICLG*, 4 de novembro 2019. <https://iclg.com/practice-areas/cartels-and-lenieny-laws-and-regulations/usa>;

Saavedra, Alberto – “The Relationship between the Leniency Programme and Private Actions for Damages at EU Level”, *Revista da Concorrência e Regulação*, Ano I, Número 4, outubro/dezembro 2010;

Sandhu, Jatinder S. - "The European Commission's Leniency Policy: A Success?", *European Competition Law Review*, Volume 28, Issue 3 (março 2007);

Wardhaugh, Bruce - “Cartel Leniency and Effective Compensation in Europe: The Aftermath of Pfleiderer”, *Web Journal of Current Legal Issues*, Volume 19 (2013);

Wils, Wouter - “Leniency in Antitrust Enforcement: Theory and Practice”, *World Competition: Law and Economics Review*, Volume 30 (2007);

Wils, Wouter - “Private Enforcement of EU Antitrust Law and its Relationship with Public Enforcement: Past, Present and Future”, *World Competition*, Volume 40, Issue 1 (março 2017);

Wils, Wouter - “Should Private Antitrust Enforcement Be Encouraged in Europe”, *World Competition*, Volume 26, N.º 3 (setembro 2003);

Wils, Wouter - "The Use of Leniency in EU Cartel Enforcement: An Assessment after Twenty Years", *World Competition*, Volume 39 (2016);

Zingales, Nicolo - "European and American Leniency Programmes: Two Models Towards Convergence?", *Competition Law Review*, Volume 5, Issue 1 (dezembro 2008).

## Legislação e Outros Documentos

Diretiva 2014/104/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de novembro de 2014 relativa a certas regras que regem as ações de indemnização no âmbito do direito nacional por infração às disposições do direito da concorrência dos Estados-Membros e da União Europeia;

Comunicação da Comissão sobre a não aplicação ou a redução de coimas nos processos relativos a acordos, decisões e práticas concertadas 1996/C 207/04;

Comunicação da Comissão Relativa à imunidade em matéria de coimas e à redução do seu montante nos processos relativos a cartéis (2002/C 45/3);

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).;

Lei n.º 39/2006 de 25 de agosto que estabelece o regime jurídico da dispensa e da atenuação especial da coima em processos de contra-ordenação por infracção às normas nacionais de concorrência, disponível em: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/540662/details/maximized>;

Lei n.º 19/2012 de 8 de maio que aprova o Novo Regime Jurídico da Concorrência, disponível em: [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=1705&tabela=lei\\_velhas&nversao=1&so\\_miolo=](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1705&tabela=lei_velhas&nversao=1&so_miolo=);

Lei n.º 23/2018 de 5 de junho relativa ao Direito a indemnização por infração ao direito da concorrência, transpõe a Diretiva 2014/104/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de novembro de 2014 disponível em: <https://dre.pt/home/-/dre/115456103/details/maximized>;

European Competition Network Model Leniency Programme, revisto em novembro de 2012, disponível em: [https://ec.europa.eu/competition/ecn/mlp\\_revised\\_2012\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/competition/ecn/mlp_revised_2012_en.pdf);

Regulamento n.º 1/2003, de 16 de Dezembro de 2002 relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81.º e 82.º do Tratado;

COM (2005) 672 Livro Verde sobre Acções de indemnização devido à violação das regras comunitárias no domínio antitrust;

COM (2008) 165 final, Livro Branco sobre acções de indemnização por incumprimento das regras comunitárias no domínio antitrust;

Conclusões do Advogado Geral Ján Mazák, relativas ao processo C-360/09.

## Jurisprudência

Acórdão do Tribunal de Justiça de 30 de janeiro de 1974, *BRT vs Sabam*, Processo n.º 127/73;

Acórdão do Tribunal de Justiça de 20 de Setembro de 2001, *Courage vs Crehan*, Processo n.º C-453/99;

Acórdão do Tribunal de Justiça de 13 de Julho de 2006, *Vincenzo Manfredi v. Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA (C-295/04)*, *Antonio Cannito v. Fondiaria Sai SpA (C-296/04)* e *Nicolò Tricarico (C-297/04)* e *Pasqualina Murgolo (C-298/04) v. Assitalia SpA*, Processos C-295/04 a C-298/04;

Acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de junho de 2011, *Pfliederer v Bundeskartellamt*, processo C-360/09;

Acórdão do Tribunal de Justiça de 6 de Junho de 2013, *Bundeswettbewerbsbehörde v Donau Chemie AG e outros*, Processo n.º C-536/11.