



Universidade Católica Portuguesa

Centro Regional do Porto

Escola de Direito – Mestrado em Direita da Empresa e dos Negócios

**A Indemnização dos Consumidores por Violação das Regras do Direito
da Concorrência**

Dissertação de Mestrado sob a Orientação da Doutora Sofia Oliveira Pais

Ricardo Fernandes Queiroz

Porto

2015

A Indemnização dos Consumidores por Violação das Regras da Concorrência

**DISSERTAÇÃO APRESENTADA NA ESCOLA DE DIREITO DA
UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA – PÓLO DA FOZ, PARA
OBTENÇÃO DO GRAU DE MESTRE EM DIREITO, ELABORADA SOB A
ORIENTAÇÃO DA DOUTORA SOFIA OLIVEIRA PAIS.**

À minha irmã, o meu maior orgulho.

Aos meus pais, pela dedicação e exemplo diário.

À minha orientadora, Doutora Sofia Oliveira Pais, por todo o apoio e atenção.

À minha tia Alexandra, que me mostrou o Direito e continua ser o meu maior exemplo.

A toda a minha família, verdadeira base do meu ser.

Aos meus amigos, fonte da minha vitalidade e energia.

Aos meus avós Norberto e Emília, os meus Anjos da Guarda. Que Deus os guarde.

Abreviaturas

AND – Autoridade(s) Nacional(is) da Concorrência

Cf. – Confira

Cit. – Citado

CDC - Cartel Damage Claims

DEC – Direito Europeu da Concorrência

DOJ – Department of Justice

DUE – Direito da União Europeia

EUA – Estados Unidos da América

ENBW - *Energie Baden-Württemberg*

JO – Jornal Oficial da União Europeia

N.º - Número(s)

OFT - Office of Fair Trading

P. (pp.) – Página(s)

Para. – Parágrafo(s)

PE – Parlamento Europeu

TFUE – Tratado de Funcionamento da União Europeia TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia

TG – Tribunal Geral

TJ – Tribunal de Justiça

TN – Tribunal Nacional

TUE – Tratado da União Europeia

LNdC – Lei Nacional da Concorrência

Sumário

I. Introdução.....	7
II. Aplicação pública do Direito da Concorrência: a Relevância do Processo de Clemência.....	9
III. O direito à indemnização: o papel reforçado dos consumidores no Direito da Concorrência na UE.....	18
a) Considerações introdutórias	18
b) Intervenção legislativa: primeiros passos	19
c) A jurisprudência recente do TJUE referente ao acesso a documentos	26
d) A Diretiva: previsibilidade em detrimento da ponderação <i>ad hoc</i>	36
IV. Conclusão	43
Bibliografia.....	45
Obras e artigos	45
Discursos	48
Webgrafia	48
Legislação e outros documentos relacionados.....	49
Jurisprudência.....	50

I. Introdução

O Direito da Concorrência corresponde a uma área de particular relevância, tanto a nível europeu, como nacional. Se, *ab initio*, a União Europeia (UE) visava, sobretudo, objetivos económicos e estava focada na criação dum mercado interno, a sua evolução levou a que os cidadãos europeus lograssem um lugar de destaque na agenda de compromissos do Direito Europeu da Concorrência (DEC).

Esses cidadãos são encarados como consumidores no âmbito do DEC. O objetivo primordial passou a ser a satisfação do consumidor, proporcionando-lhe os melhores produtos e serviços, ao melhor preço possível.¹

Para tal, uma série de mecanismos fiscalizadores da atuação dos operadores económicos foi criada, entre os quais se destacam a proibição de acordos, práticas concertadas e decisões de associações de empresas, à luz do artigo 101.º do TFUE (Tratado de Funcionamento da União Europeia), e a proibição de abuso de posição dominante, prevista no artigo 102º do mesmo diploma legal.

O papel de fiscalização cabe, hoje em dia, não só às instituições europeias, mas também aos Tribunais Nacionais (TN) e Autoridades Nacionais da Concorrência (ANC), numa relação de cooperação constante².

Por outro lado, progressivamente, a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) e o trabalho legislativo a nível europeu no século XXI reconheceram o direito dos lesados, nomeadamente, consumidores, de intentar uma ação judicial cível por violação dos artigos 101.º e 102.º do TFUE.

Todavia, este direito encontra várias dificuldades. Uma das que tem sido destacada é o acesso à informação, que procura mitigar a assimetria de informação entre os demandantes particulares e os infratores, principalmente, quando essas provas

¹ Quanto a este foco no consumidor encontramos, no mesmo sentido, o Discurso de Neelie Kroes, Comissária Europeia da Concorrência durante o mandato de Durão Barroso, em 22 de abril de 2008, em BEUC (“Bureau Européen des Unions de Consommateurs”), em Estrasburgo. No mesmo sentido, cf. MADILL, John, MEXIS, Adrien, “Consumers at the heart of EU competition policy”, *Competition Policy Newsletter 2009*, Issue 1, 2009, p. 1, que propugnaram no sentido de que os consumidores são, na generalidade dos casos, os beneficiários finais duma aplicação forte do Direito da Concorrência, ao mesmo tempo que são os que sofrem mais com falhas nessa aplicação.

² Comunicação da Comissão relativa à Cooperação entre a Comissão e os Tribunais dos Estados-Membros da UE relativa à aplicação dos artigos 81.º e 82.º, JO n.º C 101 de 27 de abril de 2004.

provenham de processos de clemência, em que a primeira empresa a denunciar um cartel tem o direito a imunidade sancionatória.

Deste modo, propomo-nos analisar quais os mecanismos delineados pela doutrina e pela jurisprudência europeia, nos últimos anos, para garantir o direito de acesso a documentos cruciais, por parte dos demandantes em ações cíveis de indemnização, sem que tal coloque em causa o incentivo às empresas em denunciar e cooperar com as entidades reguladoras da concorrência. Por fim, analisaremos a solução legislativa preconizada pela própria UE, perspetivando os seus efeitos sobre a discussão.

II. Aplicação pública do Direito da Concorrência: a Relevância do Processo de Clemência

Na regulação do mercado interno da UE, a maioria das violações ao DEC é investigada e sancionada por intervenção de entidades públicas.³ Neste aspeto, assume particular relevância o trabalho desenvolvido pelas ANC e pela Comissão Europeia.^{4 5}

O objetivo principal é a defesa da concorrência efetiva no mercado comum e livre de distorções, propugnando uma cultura de concorrência que perdura desde a criação da Comunidade Europeia.⁶

Os TN têm um papel relevante a nível nacional⁷: são competentes perante recursos judiciais quanto a decisões administrativas tomadas pelas ANC⁸, ou podem aplicar os artigos 101.º e 102.º do TFUE, ou seja, são competentes para dirimir ações dos lesados⁹ por violação de regras do Direito da Concorrência.

³ Neste sentido, demonstrando o número crescente de casos detetados e sancionados, cf. BDI (Federation of German Industries), Law and public procurement & Freshfields Bruckhaus Deringer, "Private Enforcement in the European Union – Pitfalls and Opportunities", october, 2007, pp. 16 e 17.

⁴ Sobre esta questão, "A Comissão Europeia foi, e continua a ser, apontada como a instituição que representa os interesses da União. Neste sentido dispõe claramente o artigo 1.7.º, n.º1, do [Tratado da União Europeia] TUE: «a Comissão promove o interesse geral da União e toma as iniciativas adequadas para esse efeito».", como refere PAIS, Sofia Oliveira, *Estudos de Direito da União Europeia*, 3ª Ed., Almedina, 2014, p. 50.

⁵ "The foundational model of EC competition law centers on administrative decision-making. In the words of Former Advocate General Tesauro, the administrative enforcement model in Europe: «is proving to be very effective and to some extent an alternative to judicial enforcement.(...)»". Cf. KOMNINOS, Assimakis P., "Public and Private Enforcement in Europe: Complement? Overlap?", *The Competition Law Review*, Volume 3, Issue 1, december 2006, p. 6.

⁶ Cf. para. 1, Regulamento (CE) 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, JO n.º L 1, de 04 de janeiro de 2003.

⁷ Tal resulta do facto de "(...) the competition authorities in the EU have limited resources and they are unable to investigate every alleged infringement of the competition rules. (...) The Commission has for long time been eager that Articles 101 and 102 should be applied more frequently in national courts (...)", como referem WHISH, Richard e BAILEY, David, *Competition Law*, 7ª Ed., Oxford University Press, 2012, pp. 295 e 296.

⁸ Em Portugal, tal resulta do artigo 87.º, da Lei Nacional da Concorrência (LNdC) (Lei n.º 19/2012, Diário da República, 1.ª série — N.º 89 — 8 de maio de 2012), sendo tal decisão da competência do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (artigo 88.º, LNdC). Existe ainda possibilidade de recurso desta decisão judicial para o Tribunal da Relação competente (artigo 89.º, LNdC).

⁹ Cf. CSERES, KJ, "The Controversies of the Consumer Welfare Standard", in *The Competition Law Review*, Volume 3, Issue 2, march, 2007, pp. 131 e 132: a noção de consumidores tem uma interpretação lata, incluindo consumidores finais e intermediários. Refere o autor que os últimos foram promovidos a "consumidores «honorários»" (tradução nossa), pela sua interferência no mercado e os efeitos que eles próprios provocam aos consumidores finais.

As ANC e a Comissão Europeia podem aplicar, desde logo, coimas. O primeiro propósito que se pretende obter com sanções pecuniárias é a dissuasão das empresas¹⁰, promovendo o respeito pelo DEC. A prova da infração decorrerá da investigação realizada pelas ANC e pela Comissão Europeia, algo que apresenta dificuldades acrescidas quando se tratam de cartéis, dado estarem envoltos em grande secretismo, de forma a que os contactos não sejam descobertos e os benefícios que advêm dessas práticas perdurem¹¹.

Tendo tal em perspetiva, e dada a gravidade desta prática, foi criado o regime de clemência¹².

Este procedimento representa não só um incentivo ao respeito pelas regras da concorrência¹³, como um fator desestabilizador no seio do cartel.¹⁴ O ponto essencial

¹⁰ Cf. KOMNINOS, Assimakis P., "Private Antitrust Damages Actions in the UE: Second Generation Questions", *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano III, N.º 9, janeiro-março 2012, maio de 2012, pp. 23 e 24, refere, no âmbito dos três objetivos-funções prosseguidas pela aplicação do Direito da Concorrência (funções injuntiva, restitutória e punitiva), que é a aplicação pública ocupa-se, principalmente, da função sancionatória. Esta função sancionatória visa a dissuasão futura dos infratores (o que o autor apelida de dissuasão específica), ao mesmo tempo que procura incentivar a não continuação ou mesmo o início de práticas infratoras de normas *antitrust* (a dissuasão geral).

¹¹ O cartel "(...) corresponde a um acordo entre empresas com atividades concorrentes com vista a restringir a concorrência e obter assim um controlo mais eficaz do respetivo mercado. (...) frequentemente está relacionado com os preços de venda ou o aumento desses preços, com restrições de vendas ou de capacidades de produção, com a partilha de mercados ou de consumidores, ou com o conluio noutras condições comerciais para a venda de produtos ou serviços. (...) Complementa, esta prática, uma decisão quanto à repartição posterior dos ganhos, direta ou indireta, entre as empresas concertadas." Cf. http://www.concorrencia.pt/vPT/Praticas_Proibidas/O_programa_de_clemencia/Tipos_de_carteis/Paginas/O-que-sao-carteis.aspx, consultado a 9 de outubro de 2014. No mesmo sentido, os pontos n.º 1 e 2 da Comunicação da Comissão relativa à imunidade em matéria de coimas e à redução do seu montante nos processos relativos a cartéis.

¹² Este regime nasceu nos EUA. Para uma curta análise à evolução histórica deste sistema nos EUA, cf. LESLIE, Christopher R., "Editorial – Antitrust Leniency Programmes", *The Competition Law Review*, Volume 7, Issue 2, July, 2011, p. 175 e foi implementado na UE em 1996 (Comunicação da Comissão Europeia relativa à não-imposição ou redução de coimas em processos relativos a cartéis, JO n.º C 207/4 de 18 de julho de 1996), tendo sido alterado posteriormente em 2002 (Comunicação da Comissão Europeia relativa à não-imposição ou redução de coimas em processos relativos a cartéis, JO n.º C 45, 19 de fevereiro de 2002) e 2006 (Comunicação da Comissão Europeia relativa à não-imposição ou redução de coimas em processos relativos a cartéis, JO n.º C 298, de 8 de dezembro de 2006 [Comunicação da Comissão relativa ao Regime de Clemência]).

¹³ Como já foi sublinhado por Zingales, "(...), deterrence itself is a combination of the penalty and the probability of being caught. Therefore, enhancing the fear of punishment can substantially increase deterrence. Such an effect can essentially be achieved by the institution of a leniency programme (...)". Cf. ZINGALES, Nicolo, "European and American Leniency Programmes: Two Models Towards Convergence?", *Competition Law Review*, Volume 5, Issue 1, December, 2008, p. 6.

¹⁴ Como refere Zingales, um cartel é "(...) an organization of businesses that is usually hard to detect, but at the same time maintainable in the long run, provided that some strong psychological assumptions exist among cartel's members about their reciprocal behavior. Consequently, the Leniency programme tries to

centra-se na denúncia da existência do suposto cartel por um dos seus participantes, pelo que será um fator de deteção, através da prestação de informações relevantes e rigorosas e da promessa de cooperação com as autoridades envolvidas na investigação¹⁵. A primeira empresa envolvida no cartel a denunciá-lo obterá imunidade face à coima aplicável ao caso concreto, caso preencha os requisitos exigidos¹⁶.

Quanto às restantes empresas, a sua coima pode ser reduzida¹⁷, desde que o contributo destas represente um valor acrescido significativo¹⁸, relativamente à prova já recolhida pela Comissão.¹⁹ Essa candidatura será avaliada em termos de oportunidade e qualidade da informação apresentada.

O regime de clemência tem tido um sucesso crescente²⁰. Com a Revisão de 2002 obteve melhores resultados, tendo sido apresentado um número superior ao dobro dos pedidos recebidos ao abrigo da Comunicação de 1996. Para tal, contribuiu

challenge the strength of these assumptions by pushing for a change in cartel members' sentiments: its aim is the destabilization of the organization, and ultimately, its detection through confession." Cf. ZINGALES, 2008, pp. 7 e 8.

¹⁵ A Comunicação requer que a empresa apresente informações que demonstrem a participação num alegado cartel, de maneira a efetuar uma inspeção direcionada ou determinar a existência de uma infração ao artigo 101.º TFUE, relativamente ao alegado cartel. Para tal, deverá apresentar uma declaração da empresa (documentos escritos assinados pela empresa ou em seu nome, ou apresentados oralmente, que comportam uma confissão detalhada da participação num cartel, descrevendo o acordo e indicando os nomes, endereços e funções de outras empresas envolvidas no alegado cartel, além de outras informações autoincriminatórias), assim como outros elementos probatórios na posse do requerente ou à sua disposição no momento da apresentação do requerimento, em especial qualquer elemento de prova contemporâneo da infração. Ademais, deverá cooperar com a entidade reguladora desde o momento da apresentação do seu pedido e durante todo o procedimento administrativo da Comissão, abstendo-se, nomeadamente, de praticar atos que dificultem a investigação. Tal é o que resulta da Comunicação da Comissão relativa ao Regime de Clemência, nos pontos n.º 8 a 12, contendo igual previsão no artigo 77.º da LNdC.

¹⁶ Esta concessão de imunidade relativamente a qualquer coima é entendida pela Comissão como um reconhecimento do valor intrínseco da cooperação de uma empresa para deteção da existência de um cartel (para. 4 da Comunicação da Comissão relativa ao Regime de Clemência).

¹⁷ A redução da coima poderá ser de 30% a 50% para a primeira empresa que logre preencher os requisitos exigidos, 20% a 30% para a segunda, e até 20% para as empresas seguintes. Tal resulta tanto da Comunicação da Comissão relativa ao Regime de Clemência no para. 26, como do artigo 78.º, n.º2, da LNdC.

¹⁸ O para. 25 da Comunicação da Comissão relativa ao Regime de Clemência esclarece que os elementos de prova devem reforçar, dada a sua natureza e/ou nível de pormenorização, a capacidade de a Comissão provar o alegado cartel.

¹⁹ Cf. para. 5, Comunicação da Comissão relativa ao Regime de Clemência.

²⁰ "These days, leniency is a cornerstone of the enforcement policy of the European Commission and the National Competition Authorities. Almost 60% of cartel infringements is discovered through leniency. The efficiency and effectiveness of such system can thus hardly be overestimated.", como refere CARMELIET, Tine, "How lenient is the European leniency system? An overview of current (dis)incentives to blow the whistle", *Jura Falconis Jg.48*, 2011-2012, Issue 3, 2012, p. 1.

decisivamente a introdução da possibilidade de conceder imunidade integral a um requerente, ao invés da anterior redução de 75%.²¹

Apesar dos bons resultados obtidos, a Comissão desenvolveu outras medidas aquando da Revisão de 2006, atualmente em vigor. Desde logo, apresentou um sistema de marco²², ou seja, uma medida que garante, por exemplo, à primeira empresa a apresentar o requerimento de clemência, um curto período temporal para consolidar essa posição no processo. Esta empresa, após ser notificada pela Comissão relativamente à posição que ocupa, deve apresentar provas que atestem a denúncia do suposto cartel e da sua participação no mesmo, para que lhe seja concedida imunidade quanto à coima aplicável no caso concreto. Assim, esta primeira empresa requerente de clemência é incentivada a apresentar os elementos probatórios necessários para garantir a imunidade, sem ter que se preocupar com possíveis candidaturas ao mesmo regime por outros membros do suposto cartel.

Outras medidas relevantes passaram pela clarificação quanto aos tipos de informação e provas a apresentar para ter direito a imunidade em matéria de coimas²³ (ainda que o mesmo não se possa afirmar quanto à possibilidade de redução da coima, por introdução da noção de *valor acrescentado*²⁴) e estipulação das bases para reduzir o risco de divulgação de documentos que o requerente de clemência apresentou.

²¹ Cf. SANDHU, Jatinder S., "The European Commission's Leniency Policy: A Success?", *European Competition Law Review*, Volume 28, Issue 3, Thomson, Sweet & Maxwell, march, 2007, pp. 148 e 149. Contudo, denota que poderia ter sido ainda mais eficaz, nomeadamente, se tivesse apostado ainda mais na previsibilidade e transparência do desfecho do requerimento.

²² Cf. pontos n.º 14 e 15 da Comunicação da Comissão relativa ao Regime de Clemência.

²³ Cf. SANDHU, 2007, p.152, em que o autor mostra o seu agrado, o qual acompanhamos, pela maior certeza e incentivo para os potenciais requerentes (*vide* para. 9, Comunicação da Comissão relativa ao Regime de Clemência). No mesmo sentido, cf. CARMELIET, 2012, p. 470. Além disso, entende-se a posição da Comissão em exigir uma prova reforçada (como provas contemporâneas incriminatórias), para além da exigida por norma, quando esta já tiver uma base suficientemente forte para iniciar uma investigação ou quando a já tiver terminado.

²⁴ Esta prova, cujo relevo é suficiente para dispensar justificação, dependerá da análise levada a cabo pela Comissão que, no mais curto espaço de tempo, responderá ao requerimento deduzido, confirmando que a prova apresentada tem ou não o valor acrescido exigido, ainda que só a decisão final venha a determinar o montante da referida redução.

Destarte, é da maior relevância proteger a posição frágil em que se encontra um requerente de imunidade, dada as informações que este transmite, principalmente, na declaração de empresa, cujo conteúdo comporta como que uma confissão da infração.²⁵

Ora, se o consumidor-demandante tivesse, por regra, acesso a estes documentos, a ação de indemnização seria facilitada e o incentivo preconizado pela imunidade de coimas seria manchado pela exposição à responsabilidade civil perante os lesados dos vários Estados-Membros em que o cartel operou. Tal sem prejuízo da exposição às ações de indemnização no sistema jurídico dos EUA, cujo sistema prevê, entre outras medidas, uma indemnização de montante triplo^{26 27} e um direito alargado de acesso a informações relativas a violações do *Clayton Act*.²⁸

Caso a UE não intervisse para impedir esta exposição alargada a ações civis, a dissuasão ocorreria quanto à própria utilização do sistema de clemência.²⁹

Consequentemente, a Comissão possibilitou às empresas a apresentação oral das informações requeridas na declaração da empresa.³⁰ Com esta medida, o objetivo

²⁵ Comunicação da Comissão relativa ao Regime de Clemência, para. 9, alínea a).

²⁶ Medida que visa encorajar as ações de indemnização dos consumidores, ao conferir o triplo do valor repositório devido pelos danos sofridos, principalmente com base individual (ou seja, em que as infrações são descobertas pelos próprios sujeitos, cabendo-lhes recolher a informação necessária para que a ação corresse os seus termos). Hoje em dia, todavia, o seu principal objetivo é a dissuasão como defendem BAKER, Donald I., “Revisiting History – What have we learned about Private Antitrust Enforcement that we would recommend to other”, *Loyola Consumer Law Review*, Volume 16, Issue 4, 2004, p. 382, e BAER, Bill, “Public and Private Enforcement in the United States”, *Department of Justice (DOJ)*, discurso em Bruxelas, Bélgica a 11 de fevereiro, 2014, p.3.

²⁷ Quanto ao relevo das indemnizações de montante triplo no Direito da Concorrência Americano, Caroline Cauffman considera-o um elemento essencial que, caso seja colocado em causa, pode colocar em risco a própria efetividade de todo o sistema de aplicação da legislação antitrust norte-americana (Cf. CAUFFMAN, Caroline, “The Interaction of Leniency Programmes and Actions for Damages”, *The Competition Law Review*, Volume 7, Issue 2, July, 2011, p.218).

²⁸ Bastando uma base factual ténue para apresentar a dita ação, as partes são obrigadas a divulgar certas informações, como seja o nome de indivíduos que possam ter em sua posse informação divulgável e a descrição por categoria dos documentos em sua posse que possam fortalecer as suas pretensões ou o seu direito de defesa. Cf. MCCARTHY, Eric, MALTAS, Allyson, BAY, Matteo e RUIZ-CALZADO, Javier, “Litigation culture versus enforcement culture – A comparison of US and EU plaintiff recovery actions in antitrust cases”, *The Antitrust Review of the Americas 2007*, Global Competition Review, disponível em <http://www.globalcompetitionreview.com/>, 2006, consultado a 20 de setembro de 2014, pp. 38 e 39.

²⁹ Algo que Comissão visou salvaguardar, defendendo a posição das empresas que procurem cooperar com a Comissão em detrimento das não-cooperantes. Cf. Comunicação da Comissão relativa ao Regime de Clemência, para. 6.

³⁰ Comunicação da Comissão relativa ao Regime de Clemência, para. 32.

passava por impedir, tanto quanto possível,³¹ a divulgação dessas declarações, diminuindo o risco da litigância privada na UE.

Todavia, ainda que prestadas oralmente, a Comissão pode usá-las como provas para fundamentar a sua decisão. A Comunicação da Comissão relativa ao Regime de Clemência explicita que as declarações orais devem ser presumida ou explicitamente aprovadas (ou, se necessário, proceder às correções devidas) pelas empresas que as apresentam.³²

Como referem Van Berlingen e Barennes, a Comissão utilizará essas declarações, ainda que autoincriminatórias, na sua decisão de proibição, assim como nas suas comunicações de objeções, o que poderá desproteger os beneficiários de imunidade em detrimento dos restantes infratores.^{33 34}

O objetivo da prestação oral das declarações de empresa passava, ainda, pela constituição de um bloqueio à cultura de litigância americana. Os pedidos de divulgação de documentos, na posse da Comissão, referentes a pedidos de imunidade por parte de particulares nos EUA no âmbito de ações de indemnização, só podem ser requeridos se forem documentos escritos.³⁵ Como defende Baker, trata-se duma medida de salvaguarda dos requerentes de imunidade, que merece o nosso aplauso, pois privilegiar a posição do primeiro requerente é um fator essencial para o sucesso do sistema de clemência.³⁶

Esta intromissão norte americana resulta da evolução da globalização. A circulação de bens, de serviços e de pessoas criou um mercado global, promovido pelo capitalismo ocidental, em que as empresas ocupam um lugar de destaque.

³¹ Cf. Comunicação da Comissão relativa ao Regime da Clemência, para. 7.

³² *Ibi idem.*

³³ Comunicação escrita em que a Comissão tem de entregar a pessoas ou empresas antes de adotar uma decisão que afete negativamente os seus direitos. O seu propósito é permitir que o visado tenha o direito de se defender, opondo-se a qualquer objeção que a Comissão pretenda utilizar na sua decisão final, como resulta do artigo 18.º, n.º3, do Regulamento (CE) N.º 139/2004 do Conselho de 20 de Janeiro de 2004 relativo ao controlo das concentrações de empresas, JO n.º L 24, de 29 de Janeiro de 2004.

³⁴ Cf. SANDHU, 2007, pp. 155 e 156.

³⁵ *Idem*, pp. 155.

³⁶ Cf. BAKER, 2008, p. 402.

Assim, principalmente no mundo ocidental, a coordenação entre as entidades reguladoras é constante, pois as infrações *antitrust* ocorrem simultaneamente na UE e nos EUA.³⁷ E, se na própria UE, a legislação relativa ao Direito da Concorrência não é uniforme³⁸, essa diferença adensa-se quando comparada com os EUA.³⁹

Importa frisar, antes de mais, que a regulação do mercado dos EUA é tripartida: federal, estadual e privada. As duas primeiras visam a proteção pública contra as infrações anticoncorrenciais (a regulação federal estende-se a todo o país, a regulação estadual foca-se a nível estadual), enquanto a última tem uma função restitutória dos consumidores pelos danos sofridos.⁴⁰

Todavia, há que notar que o sucesso reconhecido do programa de clemência norte-americano⁴¹ só é possível, como defende o DOJ dos EUA, através da salvaguarda da confidencialidade dos documentos que compõem o requerimento de imunidade ou redução.⁴²

Por outro lado, este interesse em proteger a aplicação pública é mitigado pela legislação norte-americana. Nos termos da mesma, os próprios EUA ou um governo estrangeiro têm capacidade reduzida para impedir a divulgação dessa informação sensível aos lesados por violação do Direito da Concorrência Americana, em que vigora

³⁷ Neste aspeto, frisando as dificuldades acrescidas de deteção pela dispersão dos membros do cartel, cf. BAKER, 2008, pp. 398 e 399, mas também MILLER, Samuel R., NORDLANDER, Kristina, & OWENS, James C., “U.S. Discovery of European Union and U.S. Leniency Applications and other Confidential Investigatory Materials”, *The CPI Antitrust Journal*, march, 2010, Competition Policy International, Inc., 2010, p. 4, quando afirma que noventa por cento dos cartéis atuam em ambos os lados do Oceano Atlântico e que a atuação conjunta entre as autoridades da concorrência de ambas tem sido essencial.

³⁸ Isso é particularmente notório a nível do montante das sanções, como nota Sandhu (2007, p. 154). As ANC podem aplicar o DEC, mas as sanções são definidas pela lei nacional de cada Estado-Membro e são definidas autonomamente por cada autoridade nacional.

³⁹ Segundo 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, Issue 1, July, 2014, p.81: “In the United States, private enforcement is the driving force of competition law, while public enforcement plays only a rather residual role. As it has been observed, the situation in the EU is exactly the opposite and what lies at the root of this situation is probably, among other legal and cultural factors, the fact that the European competition law framework largely builds upon the ordoliberal doctrine, according to which the functioning of the market has to be supervised and governed by a strong public authority.”

⁴⁰ Conforme demonstra BAER, 2014, pp. 1 a 5.

⁴¹ *Idem*, p.3.

⁴² Cf. MILLER e outros, 2010, p. 3.

uma cultura de litigância privada⁴³. Tal resulta da Regra 26(b) das Leis Federais do Processo Civil, que fixa uma presunção geral de divulgação alargada. A única forma de proteger os documentos relativos ao requerimento de clemência passa por recorrer a doutrinas ambíguas⁴⁴.

Judicialmente, contudo, a aplicação dessas doutrinas tem conduzido a uma maior proteção contra a divulgação das referidas informações sensíveis, como denotam Miller, Nordlander e Owens na sua obra.⁴⁵ Trata-se de uma prova de que os interesses da UE e dos EUA coincidem quando se trata do combate aos cartéis e que a litigância privada americana é colocada num plano secundário quando os interesses implicados nesta operação são pesados. O sucesso do regime de clemência na UE não pode ser colocado em causa irremediavelmente pelos interesses privados americanos.⁴⁶

Porém, apesar da apologia ao regime da clemência, só uma pequena parte dos cartéis é descoberta, logo não é suficiente para obter o nível de dissuasão geral pretendido.⁴⁷ A ideia de certa impunidade ainda prevalece no seio dos cartéis, pela incapacidade das Autoridades da Concorrência em investigar e punir devidamente estas práticas.

⁴³ A comunicação de objeções é um dos alvos preferenciais dos demandantes privados americanos, sendo habitualmente deferido o seu pedido de acesso a tal documento (cf. SANDUHL, 2007, p. 157), ainda que, de acordo com os para. 33 e 34 da Comunicação da Comissão relativa ao Regime de Clemência, as declarações de empresa constantes desse mesmo documento só possam ser utilizadas em processos judiciais e administrativos com vista à aplicação das regras de concorrência da UE. Uma minimização de danos encapuzada, diríamos nós.

⁴⁴ As diferentes doutrinas são abordadas por MILLER e outros, 2010, pp.5 a 8. A mais relevante é a *International Comity*, que procura um ponto de equilíbrio entre a atuação a nível internacional, com os deveres daí resultantes, mas sem esquecer a promoção dos direitos dos seus próprios cidadãos. Esta obriga a uma ponderação de diversos fatores, como a proveniência da informação ou em que medida a rejeição da divulgação prejudicaria os interesses dos EUA ou do Estado em que a informação se localiza. Existem ainda as doutrinas da proteção de informação privilegiada (certos tipos de informação merecem maior proteção que os demais tipos) e de ato estadual (entende que uma determinada divulgação implicaria negativamente com a validade de atos públicos desse Estado).

⁴⁵ *Idem*, pp. 10 a 14, em que destaca a jurisprudência resultante dos casos *Rubber Chemicals e Flat Glass*, que reconheceram que a divulgação alargada dos documentos no âmbito de ações civis de indemnização prejudicaria os interesses e políticas comuns dos EUA e da UE quanto à deteção e sancionamento de cartéis.

⁴⁶ Segundo Backer, “The basic «antitrust injury» rule articulated by the Supreme Court is that the private plaintiff can only recover under the Clayton Act for economic injury that flows from a lessening of competition. This reflects the fundamental U.S. policy that, «[i]t is competition, not competitors, that the Act protects.»”, cf. BACKER, 2008, p. 390.

⁴⁷ Cf. CARMELIET, 2012, p. 4.

Assim se compreende a importância que encerram as coimas, enquanto efeito dissuasor de primeira linha. Estas devem estar explicitamente previstas em valores suficientemente altos para garantir o efeito dissuasor, possibilitando aos infratores o cálculo do *ratio* custo/benefício *a priori*. Apesar de vozes discordantes⁴⁸, consideramos que esta previsibilidade dos montantes das coimas tem a sua razão de ser hoje em dia. Como defende Nicolo Zingales, “(...) the rationale of unpredictability was understandable at a time when fines were not sufficiently high; nowadays, by contrast, predictability would only enhance the deterrent effect.”⁴⁹ ⁵⁰

Em conclusão, parece-nos claro que a dissuasão parte da noção, *a priori*, de que os benefícios potencialmente provindos da prática colusiva serão inferiores à sanção aplicada, o que se nos afigura compreensível. Não discordamos *tout court* de que a imprevisibilidade possa ser dissuasora, pela possibilidade de adaptação do montante casuisticamente, mas a previsão expressa dos montantes sancionatórios configura um efeito dissuasor mais direto sobre os possíveis infratores.

⁴⁸ Em sentido contrário pronunciou-se a Comissão Europeia para a Concorrência Kroes, no seu Discurso “First Hundred Days”, a 7 de abril de 2005, considerando que conceder essa opção de cálculo não funcionaria como um fator de despersuasão e de tolerância zero face aos cartéis.

⁴⁹ Cf. ZINGALES, 2008, pp. 19 e 20.

⁵⁰ Comprovando o nível recorde de coimas em várias condenações de cartéis, cf. *Private Enforcement in the European Union . Pitfalls and Opportunities*, ob. cit., p. 16.

III. O direito à indemnização: o papel reforçado dos consumidores no Direito da Concorrência na UE

a) Considerações introdutórias

Neste momento, interessa compreender o direito de ação para obtenção de indemnização por parte dos lesados pela violação do DEC, nomeadamente, os consumidores.

Contrastando com os EUA, em que as violações antitrust são dirimidas judicialmente por particulares⁵¹ em cerca de 90% dos casos, mercê da cultura de litigância que aí vigora⁵², sem prejuízo da atuação das autoridades públicas⁵³, na UE a aplicação pública é muito mais expressiva.

Alison Jones e Brenda Sufrin⁵⁴, a par de Richard Whish e David Bailey⁵⁵ consideram que as ações intentadas por indivíduos particulares permitem que estes sejam atores ativos no processo de fiscalização do mercado interno. Ademais, asseguram justiça corretiva das vítimas das infrações, através de compensação⁵⁶, além de prosseguirem um outro objetivo central da política antitrust: a dissuasão.⁵⁷

É inegável, na nossa perspetiva, que a possibilidade das vítimas das práticas anticoncorrenciais poderem intentar ações pelo dano sofrido constitui um forte elemento dissuasor. O mercado é cada vez mais abrangente, designadamente, numa UE que privilegia a livre circulação de bens e serviços, o que alarga o leque de possíveis

⁵¹ Os apelidados “Private Attorney-General”, demonstram o papel central que os particulares ocupam no sistema vigente nos EUA. Cf. KOMNINOS, 2006, pp. 10 e 11.

⁵² Cf. JONES, Alison e SUFRIN, Brenda, *EC Competition Law: Texts Cases, and Materials*, 3ª Ed., Oxford University Press, 2008, p. 1306.

⁵³ Esta complementaridade é alvo de discussão nos EUA, com alguns autores a avisar para o seu efeito sobredissuasor, enquanto outros procuram frisar as suas vantagens e desvantagens. Cf. GIUDICI, Paolo, “Private Antitrust Law Enforcement in Italy”, *The Competition Law Review*, Volume 1, Issue 1, august, 2004, pp. 62 a 64.

⁵⁴ Cf. JONES e SUFRIN, 2008, p. 1306.

⁵⁵ Cf. WHISH e BAILEY, 2012, p. 296.

⁵⁶ Neste sentido, cf. KOMNINOS, 2012, pp. 23 e 24.

⁵⁷ Cf. JONES e SUFRIN, 2008, pp. 1309 e 1310, que apresentam a posição contrária de Wouter Wills. Este autor considera que a aplicação pública do DEC representa um meio superior e menos dispendioso quando comparado com as ações judiciais intentadas pelos lesados por violações do DEC, expressando o seu receio quanto à possibilidade da implementação dos excessos americanos. Deste modo, o autor defende que o *private enforcement* não serve nem os propósitos de justiça corretiva, nem os de um meio complementar à aplicação pública do DEC pelas autoridades da concorrência.

demandantes, cujas pretensões jurídicas devem ser atendidas e que contenderão com a esfera jurídica dos infratores, mesmo aqueles que são isentos de sanção pelo processo de clemência.

Estas ações implicam um custo económico elevado a nível europeu, dado que não são recuperados anualmente €20 biliões, decorrentes de danos provocados por violações *antitrust*.⁵⁸ Mas para promover a litigância privada uma série de medidas precisava de ser colocada em prática.

Desde logo, os TN deverão ser competentes para dirimir estas ações⁵⁹. O direito do acesso à justiça é um direito fundamental europeu, indissociável do cidadão, e só com a aplicação judicial descentralizada do DEC, através dos TN, é garantido o exercício pleno deste direito.

Daí que o Regulamento N.º 1/2003 (Regulamento da Transparência) seja particularmente relevante neste contexto, ao permitir a descentralização das competências da Comissão para as ANC e os TN. Desta forma, a Comissão pode focar-se nos casos mais complexos, tal como resulta dos parágrafos 3 e 7 do referido Regulamento.

b) Intervenção legislativa: primeiros passos

A posição doutrinária maioritária é que o *private enforcement* e a fiscalização administrativa das entidades reguladoras, principalmente no que se refere ao regime de clemência, são meios complementares.⁶⁰

A maior dificuldade reside no equilíbrio entre ambos, dado cada um prosseguir, *prima facie*, objetivos díspares. Todavia, perspetivando o efeito dissuasor adicional que o *private enforcement* poderia representar para os possíveis infratores, assim como a

⁵⁸ Cf. HIRNER, Stefan Michel, “Access to Evidence in Antitrust Damage Actions in Light of Recent Case Law and the Draft Directive”, disponível em <http://www.publiclaw.at/>, 2014, consultado a 20 de setembro de 2014, p. 8.

⁵⁹ *Ibi idem*.

⁶⁰ A título de exemplo, cf. KOMNINOS, 2006, pp. 10 a 12, e CISOTTA, 2014, p. 1.

maior participação dos consumidores na defesa do DEC⁶¹, a Comissão entendeu que a promoção da sua coexistência era o melhor caminho a seguir.

Uma das ferramentas principais foi o Regulamento N.º 1/2003⁶². Os artigos 1.º, 3.º e 6.º preveem a aplicação por parte dos TN dos artigos 101.º e 102.º do TFUE, ao passo que o artigo 16.º promove a aplicação uniforme do direito comunitário da concorrência, obrigando os TN e as ANC a não tomar decisões contrárias às decisões, acordos ou práticas da Comissão relativas à aplicação das disposições normativas em causa. Encontramos aqui um incentivo concreto às ações de seguimento, além da economia e celeridade processual, todos eles vantagens expectáveis de um mecanismo coerente.

Importa referir, ainda, o artigo 15.º do mesmo diploma normativo. O seu elemento fulcral é o acesso a informações legais e económicas relativas à aplicação do DEC. O n.º1 do artigo 15.º possibilita o acesso a informações na posse da Comissão por partes dos TN. Trata-se dum novo incentivo às ações de seguimento, possibilitando que os demandantes tenham uma posição reforçada perante os demandados (conjungado com o já mencionado artigo 16.º).

Discute-se, contudo, se o envio dos documentos pode levar à divulgação indireta de documentos referentes a processos de clemência, através da intervenção dos TN. Recorrendo à Comunicação da Comissão relativa à Cooperação entre a Comissão e os

⁶¹ No nosso país, apesar de existirem alguns casos documentados (cf. ROSSI, Leonor e FERRO, Miguel Sousa, “Private Enforcement of Competition Law in Portugal (I): an overview of case-law”, *Revista Concorrência e Regulação*, Ano III, N.º 10, abril-junho, 2012, Instituto de Direito Económico, Financeiro e Fiscal – FDL, Almedina e Autoridade da Concorrência, novembro de 2012), a ideia entre os aplicadores do Direito é de que o número de ações judiciais intentadas por lesados por violação do DEC é quase inexistente. Tal é mesmo o caso quando se trata de ações intentadas por consumidores, apesar do sistema *opt-out* previsto na Lei da Ação Popular, um género de ação coletiva em que todos os lesados são parte no processo, salvo se decidirem prescindir da sua posição enquanto parte processual na referida ação (*idem*, pp. 93 e 135). Ademais, notam os mesmos autores: “The reality is that, even though there have been a great issue of decisions adopted by the Portuguese Competition Authority (PCA) and the European Commission concerning infringements of competition law in, or with effects on, Portuguese territory, none has led to follow-on actions. (...) Portuguese courts have almost never been asked to compensate such damages (...)” (cf. ROSSI, Leonor, e FERRO, Miguel Sousa, “Private Enforcement of Competition Law in Portugal (II): *Actio Popularis* – Facts, Fictions and Dreams”, *Revista Concorrência e Regulação*, Ano IV, N.º 13, janeiro-março, 2013, Instituto de Direito Económico, Financeiro e Fiscal – FDL, Almedina e Autoridade da Concorrência, março 2013, p. 36), o que comprova o subdesenvolvimento português quanto a esta realidade.

⁶² Cf. SAAVEDRA, Alberto, “Access by National Courts and Private Plaintiffs to Leniency Documents held by the Commission”, *Revista da Concorrência e Regulação*, Ano III, N.º 10, abril-junho 2012, novembro de 2012, p. 65 fala em acesso indireto a documentos na posse da Comissão por parte dos TN através deste Regulamento.

Tribunais dos Estados-Membros da UE quanto à aplicação dos artigos 81.º e 82.º, designadamente, o parágrafo 26, o acesso só deve ser permitido se o requerente, que entregou voluntariamente o dito documento à Comissão, consentir nessa divulgação. Neste aspeto, concordamos com Saavedra, quando afirma que só o requerente de imunidade deve ter direito a essa proteção, sob pena de desincentivar o recurso a este sistema, ao mesmo tempo que a obrigação de proteção de informação confidencial contra terceiros, a cargo dos TN, explica por que razão os restantes requerentes não devem beneficiar dessa proteção.⁶³

Refira-se, ainda, que os n.º 1 e 2 do artigo 28.º do Regulamento da Transparência limitam esse acesso. Estas disposições obrigam a que a informação recolhida seja utilizada tendo para o fim para que foi recolhida e à proteção da confidencialidade profissional, respetivamente. Algo que não impede a existência de obrigações de divulgação, como o artigo 30.º, que impõe à Comissão divulgar o conteúdo principal da sua decisão de infração, além do direito de vítimas, intervenientes no processo decisório público, de obterem uma cópia da versão integral da comunicação de objeções. Não obstante, esse documento só pode ser utilizado tendo em vista processos judiciais ou administrativos.⁶⁴

Perante estas possibilidades reduzidas de acesso aos documentos relativos ao processo de clemência, as alegadas vítimas também procuram aceder a documentos, através do direito ao acesso público a documentos do Parlamento Europeu (PE), do Conselho e da Comissão, previsto no Regulamento N.º 1049/2001 do PE e do Conselho de 30 de maio de 2001 (Regulamento de Acesso a Documentos).^{65 66}

⁶³ Cf. SAAVEDRA, 2012, pp. 71 e 72, que considera que as declarações de empresa, por serem transmitidas oralmente, não incluem informação confidencial, o que significa que o dever da Comissão previsto no artigo 339.º, TFUE está preenchido. Assim, podem ser alvo de divulgação, sob pena duma utilização abusiva por partes de requerentes do sistema de clemência: sabendo que nunca conseguiriam obter imunidade ou redução da sanção, dada a insuficiência da informação que podiam apresentar, transmiti-la-iam oralmente, beneficiando do dever de proteção dessas declarações.

⁶⁴ *Idem*, 2012, pp. 68 e 69, nota que estes meios de acesso aos documentos do processo de clemência são insuficientes, pelo que são necessárias outras opções legais para os demandantes privados. No mesmo sentido, cf. KOMNINOS, 2012, p. 59.

⁶⁵ Regulamento (CE) N.º 1049/2001 do PE e do Conselho de 30 de Maio de 2001 relativo ao acesso do público aos documentos do Parlamento Europeu, do Conselho e da Comissão, JO n.º L 145/43, de 31 de maio de 2001.

⁶⁶ Estes documentos incluem os que tenham sido redigidos pelas instituições referidas, além dos recebidos em qualquer atividade em que seja competente a UE. Cf. ASHTON, David e HENRY, David,

Porém, o objetivo deste Regulamento não é facilitar o acesso a documentos em ações cíveis, ainda que tal não afaste o recurso a este diploma normativo para esse efeito. Nesse sentido, para mitigar estes pedidos de acesso a documentos, encontram-se previstas exceções, interpretadas estritamente, que impõem uma ponderação entre os interesses da concorrência e o apoio a um sistema de *private enforcement* mais viável.⁶⁷

As exceções encontram-se previstas no artigo 4.º do referido Regulamento, fundamentando regularmente as decisões da Comissão em negar o acesso a documentos para proteger os processos de clemência, baseando-se quer em interesses comerciais, quer na salvaguarda da investigação levada a cabo pelas autoridades competentes.⁶⁸ A única forma prevista de afastar estas exceções é comprovar a existência de um interesse público superior, o que constitui um entrave significativo em casos de *private enforcement*, dado o seu carácter particular.

Importa, ainda, referir o Regulamento N.º 1206/2001 (Regulamento das Provas)⁶⁹, cuja alínea a) do n.º1 do artigo 1.º permite requerer provas de um TN para outro, enquanto a alínea b) possibilita que o tribunal competente receba provas diretamente de autoridades da concorrência.

Contudo, a Comissão concluiu no seu Livro Verde que os mecanismos de *private enforcement* se encontravam num estado de “subdesenvolvimento total”, consequência dos obstáculos legais e processuais das legislações nacionais Europeias.⁷⁰

Este estudo, elaborado com base em respostas apresentadas pelos Estados-Membros, analisadas no relatório ASHURST⁷¹, pretendia ser uma base de discussão,

“Competition Damages Actions in the EU – Law and Practice”, *Economics Contribution from Franck Maier, Rigaud and Ulrich Schwable*, Elgar Competition Law and Practice, Edward Elgar Publishing Limited, 2013, p. 71, para. 4.007.

⁶⁷ *Idem*, p.71, para. 4.007.

⁶⁸ Cf. Regulamento de Acesso a Documentos, artigo 4.º.

⁶⁹ Regulamento (CE) N.º 1206/2001 de 28 de maio de 2001 relativo à cooperação entre os Estados-Membros no domínio da obtenção de provas em matéria civil ou comercial, JO n.º L 174 de 27 de junho de 2001.

⁷⁰ *Livro Verde: Ações de indemnização devido à violação das regras comunitárias no domínio antitrust*, COM(2005) 672, 19 de dezembro de 2005, ponto 1.2. Este documento visava enfatizar o duplo objetivo das ações de indemnização: reparação do dano e incentivo ao respeito pelas regras da concorrência, contribuindo para uma economia concorrencial sustentável, promovendo os objetivos de crescimento económico e a promoção do emprego na UE, ou seja, os objetivos da "Estratégia de Lisboa". Cf. DE SMIJTER, Eddy, STROOP, Constanze e WOODS, Donncaadh, “Green Paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules”, *Competition Policy Newsletter*, Issue 1, 2006, pp. 1 e 3.

fomentando a construção de soluções para o desenvolvimento da cultura de concorrência europeia.⁷²

Entre elas, encontrava-se o acesso às provas, como resulta do relatório ASHURST⁷³. O principal problema focava-se nos sistemas civilistas, em que os demandantes têm pouco poder para exigir a divulgação de documentos e/ou informações aos réus, dependendo da cooperação destes e da intervenção judicial nesse sentido. Já nos sistemas de *Common Law*, os demandantes têm poderes latos quanto à divulgação das provas, coordenando entre si essa troca de documentos. O poder judicial só intervém de forma mitigada.⁷⁴

Esta questão adensa-se quando se trata de contrabalançar os interesses públicos das autoridades públicas, mais concretamente os requerentes de imunidade, na aplicação do DEC, com os interesses privados dos demandantes cíveis. Daí a discussão se era pertinente prever regras especiais em matéria de divulgação de prova documental na posse da parte demandada.⁷⁵

As várias propostas apresentadas partiam todas do mesmo pressuposto: era exigido o estabelecimento dos factos pelo autor da ação, ou seja, apresentar elementos probatórios suficientes que comprovassem a titularidade do alegado direito à indemnização, cabendo tal análise ao juiz.

O elemento diferenciador entre as propostas⁷⁶ centrar-se-ia na própria divulgação, que tanto poderia envolver, por exemplo, a divulgação obrigatória de certos documentos previamente definidos legalmente, como exigir do autor da ação que pedisse, específica e individualmente, os documentos a que pretendia ter acesso. Essa

⁷¹ Cf. ASHURST, “Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules – Comparative Report”, 31 august 2004, disponível em www.ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/others/actions_for_damages/study.html, consultado a 10 de julho de 2014.

⁷² Cf. JONES e SUFRIN, 2008, pp. 1312 e 1313.

⁷³ Cf. ASHURST, 2004, pp. 4, 5 e 11.

⁷⁴ Cf. *Commission Staff Working Paper Accompanying Document to the Green Paper*, SEC(2005) 1732 p. 18, para. 55.

⁷⁵ Cf. Livro Verde, pp. 5 e 6.

⁷⁶ *Ibi idem*.

divulgação dependeria duma ponderação judicial entre os interesses públicos e privados envolvidos.

A questão estende-se ainda a documentos na posse de uma autoridade de concorrência.

A primeira opção proposta passava por uma obrigação, pendente sobre qualquer das partes processuais perante uma autoridade de concorrência, de entregar à contraparte num litígio civil todos os documentos apresentados à autoridade, exceto os pedidos de imunidade ou de redução de coimas. Já os segredos comerciais e outras informações confidenciais, assim como os direitos de defesa, seriam regulados pela lei processual nacional.

A outra opção implicava o acesso dos TN aos documentos na posse da Comissão, mas obrigando-os a garantir a confidencialidade de certos documentos.

As opções foram posteriormente alvo de análise pelo Comité Social e Económico Europeu.⁷⁷ Após propugnar pela suficiência de apresentação de provas adequadas a uma decisão preliminar da razoabilidade do mérito da ação para deduzir uma ação independente, o que implica a existência de regras especiais para divulgar provas documentais e de tribunais com papel ativo e poderes alargados, o Comité considerou que a confidencialidade não deve constituir um obstáculo inultrapassável, possibilitando a divulgação de informação a TN, caso seja possível.⁷⁸

Para tal, o Comité defende que as autoridades competentes não devem poder seleccionar quais as provas que podem ou não ser divulgadas, nem tão pouco concluir da recusa de entregar documentos a prova ou não da posição do autor.⁷⁹

Consideramos que o ponto fulcral na presente análise, tendo em conta a realidade da UE, é garantir a atratividade do regime de clemência.

Ora, se os candidatos ao programa de clemência não tiverem uma garantia *a priori* quanto à proteção dos documentos autoincriminatórios, no âmbito duma ação

⁷⁷ Cf. European Economic and Social Committee, “Opinion of the European Economic and Social Committee on the Green Paper – Damages actions for breach of the EC antitrust rules”, COM(2005) 672 final (2006/C 324/01).

⁷⁸ *Idem*, C 324/4, para. 5.4.1.3 e 5.4.1.4.

⁷⁹ *Idem*, C 324/5, para. 5.4.1.6. e 5.4.1.7.

cível de indemnização, o equilíbrio desejado perde-se, privilegiando o *private enforcement* em detrimento do programa de clemência, quando este é um elemento essencial às pretensões dos particulares.⁸⁰

Após analisar as respostas recebidas, a Comissão apresentou o Livro Branco, em 2008, em que são apresentadas medidas concretas a aplicar para possibilitar a plena indemnização.⁸¹

Quanto ao acesso às provas, a proposta passava por fixar um nível mínimo de divulgação entre as partes em litígio. O objetivo era diminuir a margem de assimetria informativa entre elas, não descurando um controlo judicial apertado e uma proteção adequada a declarações de empresa apresentadas pelos requerentes de clemência e à investigação das autoridades da concorrência.⁸²

A previsão de um nível mínimo de proteção e divulgação confere uma maior certeza jurídica para as pretensões de cada parte, garantindo a segurança das declarações de empresa e das informações confidenciais dos requerentes de clemência, sem descurar as legítimas pretensões jurídicas dos demandantes e dos objetivos de promoção do *private enforcement*.^{83 84}

Para assegurar que a divulgação de documentos, designadamente, os preexistentes, não afastasse os possíveis candidatos ao processo de clemência, a Comissão propôs que a responsabilidade civil dos beneficiários de imunidade sancionatória fosse limitada às empresas ou particulares lesados pela participação concreta do infrator na prática violadora do DEC. Esse dano tanto poderia ser direto, se

⁸⁰ No mesmo sentido, European Competition Network, “Resolution of the Meeting of the Heads of the European Competition Authorities of 23 May 2012 – Protection of leniency material in the context of civil damages actions”, 2012, pp. 2 e 3.

⁸¹ Livro Branco: *ações de indemnização devido à violação das regras comunitárias no domínio antitrust por incumprimento das regras comunitárias no domínio antitrust*, COM(2008) 165, 2 de abril de 2008, p. 3.

⁸² *Idem*, pp. 5 e 6. De acordo com o entendimento da Comissão, só seria concedido o acesso a tais documentos se o demandante provasse a necessidade e proporcionalidade dessa divulgação face aos interesses a proteger com a ação de indemnização.

⁸³ Louvando o passo em frente que representa esta proposta para mitigar a exigente análise factual que implicam este género de ações, cf. BECKER, Rainer, BESSOT, Nicolas, e DE SMIJTER Eddy, “The White Paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules”, *Competition Policy Newsletter*, Issue 2, 2008, pp. 9 e 10.

⁸⁴ Livro Branco, pp. 11 e 12, em que a Comissão defende a proteção adequada da confidencialidade das declarações de empresas, extensível a pedidos deferidos e indeferidos. Proteção essa extensível até depois da decisão da ANC.

decorresse da própria relação jurídica estabelecida com o infrator, como indireto, caso a lesão proviesse da transmissão do custo excessivo que um determinado agente económico tivesse tido de suportar por contratar com o infrator, tendo posteriormente transmitido esse encargo acrescido para outro sujeito.

Uma solução que julgamos acertada. Deste modo, os demandantes veem garantido o seu possível direito à indemnização, sem que o beneficiário de imunidade seja responsabilizado pela totalidade da indemnização devida ao lesado. Os restantes infratores continuam responsáveis solidariamente pela integralidade da dívida, pelo que a posição do demandante encontra-se salvaguardada.⁸⁵

Todavia, as opiniões dos Estados-Membros foram díspares relativamente à natureza e extensão das alterações necessárias às regras processuais nacionais.⁸⁶ O *Discussion Paper* de 2007, por exemplo, apresentado pelo *Office of Fair Trading* (OFT), a autoridade da concorrência do Reino Unido, denominado *Private Actions in Competition Law*, propunha que o *Secretary of State* tivesse poder para impedir que os documentos de clemência fossem utilizados em ações judiciais sem o consentimento do requerente.⁸⁷ Uma ideia que se nos afigura exagerada, dado constituir um entrave quase inultrapassável para os demandantes, qua veriam a sua possibilidade de ressarcimento diminuída pela proposta de isenção de responsabilidade civil solidária dos beneficiários de imunidade. Assim, os requerentes de imunidade, ou seja, os infratores, veriam a sua posição protegida à custa do direito à reparação que assiste aos lesados das infrações *antitrust*, o que implicaria um retrocesso face aos objetivos da UE quanto ao desenvolvimento e implementação do *private enforcement*.⁸⁸

c) A jurisprudência recente do TJUE referente ao acesso a documentos

A Comissão tem rejeitado a divulgação de documentos em sua posse relativos a processos de clemência, através do artigo 4.º, n.º 2 do Regulamento da Transparência,

⁸⁵ *Idem*, p. 12. Essa responsabilidade limitada dependeria de prova das próprias empresas beneficiárias de imunidade, como justifica a assimetria de informação que existe entre as partes.

⁸⁶ Cf. WHISH e BAILEY, 2012, p. 326.

⁸⁷ *Idem*, pp. 327 e 328.

⁸⁸ Livro Branco, p.3, defendendo que os mecanismos de compensação são fatores propiciadores de dissuasão e deteção, mas cuja aplicação não pode prejudicar o esforço público.

alegando interesses comerciais dos próprios requerentes ou a defesa da investigação. Aliás, a sua posição oficial é a de que este Regulamento não é o meio indicado para os particulares obterem as provas documentais necessárias a ações cíveis de indemnização.⁸⁹

Não obstante, a jurisprudência do TJUE apontou para a possível existência de uma obrigação de divulgação de documentos relativos a processos de clemência, a partir do momento em que é tomada uma decisão ou mesmo antes, ainda que posteriormente ao término da fase de inquérito.

Um exemplo da invocação desta exceção pode ser encontrado no Acórdão *Verein für Konsumenteninformation (VFK)*⁹⁰, em que VFK, uma organização de consumidores austríaca, requereu à Comissão o acesso a documentos relativos ao *Lombard Club*.

A Comissão rejeitou o pedido, alegando que tal acesso desincentivaria os requerentes de cooperarem no processo de clemência, além de que a possibilidade de reapreciação, após a anulação da decisão da Comissão, seria prejudicada, caso ocorresse a divulgação dos documentos enquanto o recurso se encontrasse pendente.⁹¹

Importa-nos analisar, principalmente, o argumento do alegado desincentivo aos requerentes de cooperarem no processo de clemência, que tem sido objeto de críticas doutrinárias. É o caso de Saavedra, para quem a melhor solução será a concessão de um acesso parcial aos documentos entregues no âmbito do processo de clemência, ou seja, dos documentos entregues pelos restantes requerentes que não o sujeito que procura obter a imunidade.⁹²

Consideramos que é uma boa solução, pois protege o elemento essencial para que o processo de clemência corra os seus termos (ou seja, o primeiro candidato), conferindo, ao mesmo tempo, acesso a informações úteis às pretensões dos autores das

⁸⁹ *Commission Staff Working Paper Accompanying to the White Paper*, SEC(2008) 404, 2.4.2008, para. 50.

⁹⁰ Processo T-2/03, *VFK v Comissão* (2005).

⁹¹ *Idem*, para. 80 e 81.

⁹² Cf. SAAVEDRA, 2012, pp. 74 e 75.

ações cíveis. Os demais candidatos de clemência não merecem proteção idêntica à do primeiro requerente, pelo que esta solução é ajustada ao equilíbrio entre os dois meios.

O segundo argumento só pode relevar enquanto decorre a investigação. Após a mesma, a sua divulgação não representa qualquer problema, mesmo que ocorra antes da tomada de decisão pela Comissão.⁹³

Já no Acórdão *CDC Hydrogene Peroxide v. Comissão*⁹⁴, a Comissão, com base no Regulamento de Acesso a Documentos, rejeitou o acesso aos mesmos, por considerar que colocaria em causa os interesses comerciais das empresas sob investigação, ao divulgar informações confidenciais.

O Tribunal Geral (TG) considerou a recusa infundada.

Como nota Saavedera, " (...) the purpose of Regulation No 1049/2001 is to give the public the fullest possible right of access to documents held by the institutions', and that 'since they derogate from the principle of the widest possible access to documents, the exceptions laid down in article 4 of Regulation (CE) 1049/2001 must be interpreted and applied strictly'."⁹⁵

Estando perante um direito que assiste a todos os cidadãos da UE, não seria compreensível que os demandantes privados, por se assumirem como tal, vissem a sua posição prejudicada face aos restantes cidadãos, sem uma ponderação devida entre os interesses privados e públicos envolvidos, pelo que concordamos com a posição referida.

Desta forma, na sua decisão, o TG considerou que a Comissão não havia feito prova de que o acesso prejudicaria a proteção de segredos comerciais. Aliás, nem tão pouco foi capaz de mostrar que o acesso a esses documentos prejudicaria os objetivos da investigação.

⁹³ *Idem*, p. 77, aplicando a decisão constante dos Processos T-391/03 e T70/04, *Yves Franchet e Daniel Byk v. Comissão* (1996), em que o TPI considerou que fazer depender a divulgação de documentos relativos a inspeções, investigações e auditorias da decisão da ação de seguimento a ser intentada ser tomada corresponderia um fator de incerteza e morosidade exagerada (para. 111).

⁹⁴ Processo T-437/08, *CDC Hydrogene Peroxide v. Comissão* (2011).

⁹⁵ Cf. Saavedra, p. 79.

O TG defendeu que uma empresa que tenha sido parte integrante dum cartel não pode considerar que evitar uma ação cível de indemnização constitui um interesse comercial, muito menos um interesse digno de proteção.⁹⁶

Esta posição de igualdade entre os sistemas de aplicação pública e privada do DEC foi corroborada pelo mesmo Tribunal no Acórdão *EnBW*⁹⁷. Mais uma vez, a Comissão havia rejeitado conceder acesso integral aos documentos que detinha sobre o caso do cartel *Gas Insulated Switchgear*, no âmbito duma ação de seguimento.

A questão principal versava quanto à possibilidade de existência ou não duma presunção geral de exceção ao direito de acesso. A Comissão agrupou os documentos requeridos em várias categorias.

Ora, (1) documentos entregues no âmbito do processo de clemência, (2) pedidos de informação da Comissão e resposta das partes, (3) documentos obtidos durante as inspeções da Comissão (como documentos obtidos na sede das empresas), (4) a versão confidencial da comunicação de objeções e as respostas das partes a tal, e os (5) documentos internos da Comissão, que compreende (a) documentos relativos aos factos e (b) documentos processuais estavam, de acordo com a Comissão, protegidos pela exceção prevista no artigo 4.º, n.º2, 3.º parágrafo do Regulamento de Acesso a Documentos. Somente os documentos relativos aos factos, como notas quanto às provas recolhidas e correspondência trocada com outras autoridades de concorrência, eram protegidas pelo segundo subparágrafo do artigo 4.º, n.º3 do referido diploma legal.

O TG declarou que os casos de cartel não podiam beneficiar da jurisprudência resultante do Acórdão *Technische Glaswerke Ilemanau (TGI)*⁹⁸ e que a Comissão era obrigada a analisar cada documento pedido antes de decidir pela sua recusa.⁹⁹ Só se

⁹⁶ Acórdão *CDC Hydrogene Peroxide*, cit., para. 49. Tal também resulta do Processo C-453/99, *Courage Ltd. v Bernard Crehan* (2001), para.24 e 26, e do Processos Apensos C-295/04 a C-298/04, *Manfredi e outros* (2006), para. 59 e 61.

⁹⁷ Processo T-344/08 *Energie Baden-Württemberg (EnBW) AG v. Comissão*, julgamento de 22 de maio de 2012.

⁹⁸ Processo C-139/07, *Comissão v. TGI GmbH*, (2010), para. 61. Este caso, referente a auxílios estatais, consagrou a existência duma presunção geral de que a divulgação de documentos administrativos prejudica os objetivos da investigação

⁹⁹ "As regards the Commission's argument that disclosure would undermine the protection of the purpose of the investigation, the Ombudsman pointed out that the risk of a protected interest being undermined must be reasonably foreseeable and not purely hypothetical and that any refusal to grant access must

encontraria isento dessa obrigação quando o motivo para o seu deferimento ou indeferimento fosse patente, quando uma justificação pudesse ser aplicada a uma categoria de documentos, ou quando os encargos administrativos exigidos pelo caso específico se mostrassem particularmente elevados, excedendo a razoabilidade.

O TG demarcou-se da posição explanada no Acórdão *TGI*, frisando que, contrariamente a esse acórdão, no caso vertente, a investigação já havia terminado aquando do pedido de divulgação; que, nos casos de auxílio estadual, os terceiros não gozam de qualquer direito de acesso, a não ser o próprio Estado-Membro; e que o Regulamento N.º 1/2003 não pode constituir a base para uma presunção geral que albergue automaticamente todos os documentos de clemência através de uma das exceções do Regulamento da Transparência, visto que o primeiro confere o direito de acesso a demandantes e membros do cartel.¹⁰⁰

O TG acrescentou que as categorias 1, 2, 4 e 5(a), que a Comissão considerou essenciais para garantir a efetividade do processo de clemência, não representavam diferenças quanto ao seu conteúdo, tratando-se duma categorização artificial. Somente os documentos subsumíveis à categoria 3 poderiam merecer proteção para salvaguarda dos interesses da investigação, o que dependeria duma análise casuística da Comissão.¹⁰¹

Já quanto aos documentos enquadráveis na categoria 5(a) (de acordo com a Comissão protegidos pelo âmbito de aplicação do artigo 4.º, n.º3 do referido Regulamento), o TG considerou que a Comissão foi incapaz de preencher os requisitos legais para que esses documentos pudessem ser vistos como "opiniões", assim como frisou que a Comissão cometeu um erro ao não os divulgar por os considerar relevantes para a sua tomada de decisão.¹⁰²

Estas duas decisões do TG parecem abrir uma larga margem de acesso a documentos na posse da Comissão. Algo que pode, porém, ser mitigado pelas decisões

clearly and precisely explain the precise manner in which disclosure would effectively undermine the protected interest." Cf. CAUFFMAN, 2011, p. 185.

¹⁰⁰ No mesmo sentido, cf. HEMPEL, Rolf, "Access to DG Competition's files: an analysis of recente EU court case law", *European Competition Law Review*, 33(4), Sweet & Maxwell and its Contributors, 2012, pp.200 e 201.

¹⁰¹ ASHTON e HENRY, 2013, p. 75, para. 4.017 e 4.018.

¹⁰² *Ibid*, p. 76, para. 4.020.

do Tribunal de Justiça (TJ) em dois casos decididos em 2012: *Odile Jacob*¹⁰³ e *Agrofert*¹⁰⁴, relativos a processos de concentração (na esteira do que já havia ocorrido no caso TGI, no contexto de ajuda estadual).¹⁰⁵

O TJ considerou que o Regulamento N.º 139/2004 e o Regulamento de Transparência são equivalentes hierarquicamente e que os documentos a que as partes pretendiam aceder pertenciam à investigação e continham informação comercial sensível.

Dito isto, pugnou pela sua proteção, advogando uma presunção geral nesse sentido, como havia feito no Acórdão *TGI*, porque o Regulamento N.º 139/2004 prevê regras estritas quanto ao tratamento da informação obtida nesses procedimentos.¹⁰⁶ Essa proteção estender-se-ia desde a fase de investigação até após o fim desta.

Daí que Botteman e Hughes refiram: "There is no apparent reason to consider that the CoJ would not be equally sympathetic to the EC policy aimed at protecting its leniency system in the context of cartel cases.". Contudo, os autores frisam que a informação apresentada pelos requerentes de clemência não é, *de per se*, comercialmente sensível, pois não respeita, *verbis gratia*, a preços ou estratégias, como as informações que as empresas têm o dever de apresentar no âmbito do Regulamento N.º 139/2004. Algo que não afasta a aplicação da exceção relativa à proteção das investigações.¹⁰⁷

A Comissão recorreu para o TJ, que aceitou que esta pode basear a rejeição de acesso a documentos relativos a um caso de cartel numa presunção geral, desde que subsumível a um dos casos do artigo 4.º do Regulamento de Transparência.

A decisão baseia-se na premissa de que se terceiros, como a EnBW, fossem titulares de um direito amplo de acesso a documentos, colocariam em causa o sistema

¹⁰³ Caso C-404/10, *Comissão v. Editions Odile Jacob SAS*, (2012).

¹⁰⁴ Caso C-477/10, *Comissão v. Agrofert Holdings as*, (2012).

¹⁰⁵ BOTTEMAN, Yves, e HUGHES, Paul, "Access to File: Striking the Balance Between Leniency and Private Enforcement Tools", *The European Antitrust Review 2013*, Global Competition Review, disponível em <http://www.globalcompetitionreview.com/>, consultado a 16 de julho de 2014, 2012, pp. 5 e 6.

¹⁰⁶ Acórdão *Odile Jacob*, cit., para. 118.

¹⁰⁷ BOTTEMAN e HUGHES, 2012, p. 6. No mesmo sentido quanto à disparidade da relevância da informação requerida em cada sistema, SAAVEDRA, 2012, p. 83.

preconizado pelos Regulamentos N.º 1/2003 e N.º 773/2004, bem como os poderes investigatórios da Comissão, amplamente dependentes dessas informações providenciadas pelas empresas.¹⁰⁸

Todavia, esta presunção é ilidível, cabendo ao terceiro comprovar que um documento específico não se encontra no âmbito da referida presunção, ou que existe um interesse público preponderante que impõe a sua divulgação.

Concordamos com Botteman e Guillaudeau¹⁰⁹, quando afirmam que quase todos os documentos relativos a um cartel na posse da Comissão são subsumíveis ao artigo 4.º do Regulamento da Transparência e que, como defende o TJ, o interesse em obter reparação por danos resultantes dum cartel dificilmente perfilhará um interesse público preponderante capaz de ilidir a presunção.¹¹⁰ É visível que o TJ privilegiou a aplicação pública, ou seja, as empresas infratoras, em detrimento dos interesses dos consumidores.¹¹¹

O Caso *Pfleiderer*¹¹² oferece uma visão relativa ao acesso a documentos na posse de ANC. O *Bundeskartellamt*, a autoridade de concorrência alemã, havia imposto sanções às três maiores produtoras de papel decorativo europeias, assim como a cinco

¹⁰⁸ BOTTEMAN, Yves e GUILLARDEAU, Jean-François, “Access to DG Competition’s Files Through the Transparency Regulation: an Uphill Battle for Cartel Damage Claimants”, Steptoe, Steptoe & Johnson LLP, 27 de março, 2014, pp. 1 e 2.

¹⁰⁹ *Idem*, p. 2.

¹¹⁰ Uma opção que também não agrada a Bruno Lebrun e Laure Bersou, pois consideram que o demandante dificilmente saberá que documento específico requerer, muito menos sendo capaz de provar que não se encontra coberto pela exceção. LEBRUN, Bruno e BERSOU, Laure, “*Comission v EnBW Energie: Non-Disclosure of Leniency Documents*”, *Journal of European Competition Law & Practice*, Volume 5, Issue 7, 2014, p. 463.

¹¹¹ Invocando a decisão no Processo T-380/08, *Reino dos Países Baixos v. Comissão* (2013), Hirner demonstra que a pretensão de obter reparação por danos provocados por um cartel não constitui um interesse público preponderante. No mesmo sentido, CANENBLEY, Cornelis e STEINVORTH, Till, “Effective Enforcement of Competition Law: Is There a Solution to the Conflict Between Leniency Programmes and Private Damages Actions”, *Journal of European Competition Law & Practice*, Volume 2, Issue 4, 2011, p. 321. O TJ tornou a rejeição de acesso muito mais simples para a Comissão (HIRNER, 2014, pp. 12 e 13). Todavia, alguns autores mostram-se a favor duma feição pública do interesse dito privado das ações de indemnização, como seriam o caso de associações defensoras de consumidores usem este género de ações para benefício do público, ou pura e simplesmente o reconhecimento do valor que as ações judiciais de particulares representam para a promoção da cultura da concorrência efetiva (WHILSHER, Dan, “The Public Aspects of Private Enforcement in EC Law: Some Constitutional and Administrative Challenges of a Damages Culture”, *The Competition Law Review*, Volume 3, Issue 1, december, 2006, p.35).

¹¹² Processo C-360/09, *Pfleiderer AG contra Bundeskartellamt* (2011)

indivíduos responsáveis por acordos de fixação de preços e de capacidade de encerramento do mercado.

Pfleiderer, um comprador desse produto, intentou uma ação contra os ditos produtores, recorrendo ao mencionado tribunal para obter documentos relevantes para a sua pretensão. Logrou obter três decisões sancionatórias, mas das quais haviam sido retirados informação identificadora e uma listagem de provas recolhidas.

Solicitou, posteriormente, acesso aos requerimentos de clemência, ao que o tribunal respondeu que só considerava deferir parcialmente esse pedido para proteger informações comerciais *confidenciais*, documentos internos, as declarações de empresa e documentos entregues pelos requerentes. No reenvio prejudicial, o TJ questiona o TJ quanto à determinação do âmbito de acesso a documentos relacionados com o processo de clemência para autores em ações de seguimentos civis.

O TJ preferiu uma abordagem de princípio,¹¹³ afastando-se da posição do Advogado-Geral Mazák, que sugeria que todos os documentos de clemência existentes antes da denúncia do cartel deveriam ser divulgáveis em ações civis de seguimento, ao invés dos documentos especificamente redigidos para a aplicação do sistema.¹¹⁴

Perante tal desiderato, o TJ focou, na sua decisão, a aplicação do princípio geral da efetividade, promovendo o relevo do programa de clemência ao não permitir um nível de divulgação que afastasse o recurso ao referido programa.¹¹⁵

Além disso, estabeleceu um teste de ponderação casuístico, levado a cabo pelos TN, tendo em conta os princípios da efetividade, da proporcionalidade, da necessidade e os interesses privados envolvidos, assim como as circunstâncias do caso *ad hoc*. Uma solução que provoca mais dúvidas do que as que resolve¹¹⁶, merecendo crédito por

¹¹³ KOMNINOS, 2012, p. 61.

¹¹⁴ Conclusões do Advogado-Geral Mázak ao Acórdão *Pfleiderer*, de 16 de dezembro de 2010.

¹¹⁵ Acórdão *Pfleiderer*, cit., para. 25 a 27.

¹¹⁶ "Any rigid *per se* rule would, according to the ECJ, violate the principle of effectiveness." 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. Em sentido contrário, DE STEFANO, Gianni, "Access of Damage Claimants to Evidence Arising out of EU Cartel Investigations: A Fast-evolving Scenario", *Global Competition Litigation Review*, Issue 3, Sweet & Maxwell, 2012, pp. 102 e 103, em que nota que, para alguns autores, a decisão no Acórdão *Pfleiderer* é digna do reconhecimento de pior decisão jurídica, dada a incerteza que cria, aumentando o *forum-shopping*.

possibilitar aos TN abordar a questão de acordo com as tradições jurídicas do respetivo sistema jurídico.¹¹⁷

Definiu que os Estados-Membros podiam tomar posição quanto à divulgação de provas, ainda que devessem garantir que as leis nacionais aplicáveis não seriam menos favoráveis que as aplicáveis a ações nacionais similares, além de não poderem tornar a obtenção da reparação praticamente impossível ou excessivamente difícil.¹¹⁸

Foi o que ocorreu no próprio caso *Pfleiderer*, em que o *Bonn District Court* concedeu acesso a uma versão não confidencial dos documentos, excluindo declarações de empresa e registos internos, ambos elaborados pelos requerentes de clemência. Foi a necessidade de garantir a atratividade do sistema e o dever do *Bundeskartellamt* de proteger as expectativas legítimas dos requerentes pela confidencialidade das declarações de empresa que justificou o acesso aos documentos nos termos referidos.

O mesmo teste foi aplicado no caso *National Grid Electricity Plc v. ABB Ltd e outros*, perante o *High Court* do Reino Unido. Os autores pretendiam aceder à versão confidencial da Comissão relativa ao sancionamento do cartel *Gas Insulated Switchgear*, às respostas à comunicação de objeções das empresas do grupo ABB e às respostas das empresas visadas na investigação aos pedidos de informação da Comissão relativos aos documentos pré-existentis.

Os autores requereram que o acesso fosse providenciado pelos próprios demandados e o Tribunal aceitou o requerimento, mas procurou esclarecer os limites à divulgação destes documentos. A ponderação baseou-se nos princípios das expectativas legítimas e o da proporcionalidade.

¹¹⁷ Como referem Ashton e Henry, "As a result, the national judge is left with a wide margin of discretion when deciding whether to order disclosure of a particular document in a given case". Cf. ASHTON e HENRY, 2013, p. 77, para. 4.025. Algo que poderia permitir que declarações de empresa, por exemplo, fossem divulgadas, caso o TN privilegiasse o direito do lesado acima dos requerentes de clemência. SLOT, Piet Jan, "Does the Pfleiderer judgment make the fight against international cartels more difficult?", *European Competition Law Review*, 34(4), Sweet & Maxwell and its Contributors, 2013, p. 200. GEIGER, Andreas considerou tratar-se de uma decisão dissuasora do próprio programa de clemência, "The end of the EU cartel leniency programme", *European Competition Law Review*, 32(10), Sweet & Maxwell and its Contributors, 2011, p. 535.

¹¹⁸ Acórdão *Pfleiderer*, cit., para. 30.

Quanto ao primeiro, esclareceu que a expectativa se limitaria a impedir que o beneficiário de imunidade fosse colocado numa situação mais desvantajosa que os membros do cartel, que não cooperaram com as autoridades da concorrência.

Quanto ao princípio da proporcionalidade, a ponderação focava-se em dois pontos: se a informação era passível de ser obtida por outros meios e se era relevante para as circunstâncias do caso. O *High Court* defendeu que era o único meio idóneo de obter informações relevantes.

Por conseguinte, concedeu acesso a parte da decisão confidencial da Comissão, enquanto as respostas de Arriva e de ABB aos pedidos de informação da Comissão foram parcialmente divulgadas.

Essa divulgação não abrangeu as respostas de ABB à comunicação de objeções da Comissão e a certas partes dos documentos entregues por Arriva, pois não continham informação relevante às pretensões do autor e a proteção de informação no âmbito do processo de clemência perfilava um interesse superior.^{119 120}

Finalmente, o Acórdão *Donau Chemmie*¹²¹ desenvolveu algumas destas questões.

O caso versava sobre a Legislação Austríaca, que fazia depender o acesso a documentos relativos a processos de decisão de Direito da Concorrência do consentimento de todas as partes envolvidas. Algo que foi categoricamente rejeitado pelo TJ, que declarou que tal regra denegava o Direito da União Europeia (DUE), ao impedir os TN de proceder à ponderação discricionária dos interesses em causa.¹²²

Ora, entende o TJ que uma regra tão restritiva viola o princípio da efetividade do DUE, ao dificultar exageradamente o direito a uma indemnização por violação do DEC,

¹¹⁹ Cf. ASHTON e HENRY, 2013, pp. 81 a 83.

¹²⁰ É visível que este teste pode favorecer ambas as partes, ainda que implique um grau elevado de imprevisibilidade, como notam BOTTEMAN e HUGHES, 2012, pp. 6 e 7.

¹²¹ Processo C-536/11, *Bundswettbewerbsbehörde v. Donau Chemie AG e outros* (2013).

¹²² Acórdão *Donau Chemie*, cit., para. 37, 32 e 39.

pelo que o acesso só deve ser negado se a divulgação desse documento prejudicar realmente o interesse público quanto à eficácia do programa de clemência.¹²³

Fazer depender a divulgação dos documentos do consentimento de todos os intervenientes no processo é um ónus demasiado pesado para as pretensões dos demandantes privados, cuja posição já é de si frágil. Sem o acesso a essas informações, o exercício do seu direito é dificultado, protegendo em excesso a posição do requerente de imunidade no processo de clemência.

d) A Diretiva: previsibilidade em detrimento da ponderação *ad hoc*

Como sustenta de Stefano¹²⁴, o Acórdão *Pfleiderer* provocou uma grande incerteza quanto à proteção de documentos de clemência. Assim, defendia a necessidade premente, com a qual concordamos, de intervenção legislativa Europeia, impedindo que cada Estado-Membro adotasse uma posição diferente dos demais.¹²⁵

No entanto, como nota o mesmo autor, ainda que esta solução legislativa promova a certeza legal a nível Europeu, impedindo o *forum shopping*, esta fica sujeita aos limites espaciais da UE. O mesmo será dizer que o perigo do direito de acesso a documentos alargado americano, por exemplo, mantém-se, pelo que o autor pugna por uma abordagem global.¹²⁶

Destarte, propunha a proteção dos documentos de terceiros de todos os tipos de acesso e que os demandantes privados privilegiassem as ações de seguimento, diminuindo a necessidade de acesso a provas, pois considerava que o programa de

¹²³ *Idem*, para. 47 e 48, ASHTON e HENRY, 2013, pp. 78 e 79, para. 4.030.

¹²⁴ Cf. DE STEFANO, 2012, p. 106.

¹²⁵ Em sentido contrário, considerando que o mercado oferecerá as soluções para ações de indemnização mais eficazes, assim como privilegiando a harmonização negativa, ou seja, deixando que cada Estado-Membro adapte a sua realidade aos objetivos firmados pela UE, cf. ALFARO, Jesús, REHER, Tim, “Towards the Directive on Private Enforcement of EC Competition: Is the Time Ripe?”, *in The European Antitrust Review 2010*, Global Competition Review, 2010, disponível em <http://globalcompetitionreview.com>, pp. 43 e 44.

¹²⁶ Cf. DE STEFANO, 2012, p. 108.

clémência representava uma mais-valia, tanto para o mercado, como para os consumidores.¹²⁷

A Proposta de Diretiva do PE e do Conselho¹²⁸ seguiu uma posição contrária. Nos artigos 5.º a 8.º, baseando-se no regime adotado na Diretiva 2004/48/CE relativa aos direitos de propriedade intelectual, propôs a instituição dum nível mínimo de divulgação.

Assim, as declarações de empresa e as propostas de transação¹²⁹, consideradas essenciais para a eficácia da aplicação pública, nunca podem ser alvo de divulgação.

Já outros documentos que as partes tenham preparado especificamente para efeitos de um processo de aplicação pública, como respostas das mesmas aos pedidos de informação da autoridade, ou documentos preparados pela autoridade no decurso do processo, como a comunicação de objeções, só podem ser divulgados posteriormente ao término do processo da ANC.

Os restantes documentos (os preexistentes) não merecem igual proteção, podendo ser divulgados. Os TN só estarão impedidos de divulgar informações fornecidas a uma autoridade da concorrência, para efeitos do processo, durante a fase de investigação. O que implica que pedidos de acesso indiscriminados, sem que se refiram concretamente ao tipo, natureza ou objeto do documento, devem ser considerados inadequados, obrigando a parte a especificar os elementos que considera relevantes.¹³⁰

131

¹²⁷ *Idem*, pp. 108 a 110.

¹²⁸ Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a certas regras que regem as ações de indemnização no âmbito do direito nacional por infrações do direito da concorrência dos Estados-Membros e da União Europeia/*COM/2013/0404 final/2-2013/0185(COD)*./

¹²⁹ Há que frisar que estas não têm como principal objetivo a recolha de informação, correspondendo a uma mera consequência processual. Este sistema de redução tem de obter um montante suficientemente alto para atrair empresas que não cooperam com a Comissão, mas ao mesmo tempo baixo o suficiente para não desincentivar o uso do sistema de clémência para os níveis de redução mais baixos, como defendem LAINA, Flavio e LAURINEN, Elina, “The EU Cartel Settlement Procedure: Current Status and Challenges”, in *Journal of European Competition Law & Practice*, Volume 4, Issue 4, 2013, pp. 310 e 311.

¹³⁰ Hirner defende que deveria ter definido a distinção entre informação autoincriminatória entregue pelos requerentes de clémência e outros documentos, sendo que somente os primeiros teriam direito a proteção (HIRNER, 2014, p. 13).

¹³¹ Apesar da aproximação do sistema da UE ao dos EUA, a verdade é que a solução preconizada para o acesso aos documentos, definindo tipo específicos que podem ser divulgados e com funções exaustivas, é

Outra salvaguarda proposta era a característica *intuitu personae* do acesso ao processo. Ou seja, só o sujeito que acedeu ao documento ou o seu sucessor legal poderiam utilizá-los como elementos probatórios para uma ação de indemnização.

As decisões de infração definitivas das ANC passam a ter o mesmo valor que o artigo 16.º, n.º1 do Regulamento N.º 1/2003 confere às decisões da Comissão, fomentando as ações de seguimento. A proteção jurídica das alegadas empresas infratoras continua garantida, porque essas decisões estão sujeitas a controlo jurisdicional.

Foram, ainda, propostas sanções para a recusa e/ou destruição de provas relevantes, vistas como um forte elemento dissuasor se definidas a um nível ótimo.

Note-se que os beneficiários de clemência não ficam isentos de responsabilidade solidária, quando um grupo de empresas infringe conjuntamente as regras da concorrência. De forma a mitigar a posição desfavorável em que se encontra o beneficiário de imunidade face aos demandantes, a Proposta aponta no sentido de limitar a sua responsabilidade, assim como a sua contribuição efetiva aos coinfratores no âmbito da responsabilidade solidária, relativamente aos danos que haja causado aos seus próprios adquirentes diretos ou indiretos. Caso o cartel não tenha causado danos a clientes/fornecedores, os beneficiários de imunidade sancionatória só seriam responsáveis pela sua parte nos danos causados pelo cartel. Já a determinação dessa parte cabe à discricionariedade legislativa dos Estados-Membros, desde que respeitados os princípios de eficácia e de equivalência.

O objetivo é claro: o direito de reparação integral das vítimas não pode ser colocado em causa. Daí que esta responsabilidade parcial ceda se os restantes infratores não lograrem ressarcir integralmente os lesados, o que apenas ocorrerá em última instância.

A Proposta de Direita apresentou soluções adequadas a solucionar as questões que acalentaram as divergência doutrinária e jurisprudencial, entre elas o acesso aos documentos. Esta Proposta defendia devidamente ambas as partes, concedendo o acesso suficiente a elementos probatórios essenciais ao mérito das ações de indemnização, ao

distinta (cf. ATLEE, Laura e PATSA, Agapi, “A Step Toward More Private Competition Enforcement in EU”, Steptoe, Steptoe&Johnson LLP, June 21st, 2013, p. 3).

mesmo tempo que garantia a proteção do beneficiário de imunidade, o principal ator do sistema de clemência, ou seja, promovia devidamente o direito de ação judicial dos lesados pelas práticas anticoncorrenciais, sem prejudicar irremediavelmente a eficácia dos mecanismos públicos.^{132 133}

Os TN viram a sua discricionariedade coartada, ficando com uma função fiscalizadora relativamente à abrangência e plausibilidade dos pedidos de informação face ao direito alegado, o que traduziu a melhor solução para garantir uma maior previsibilidade e segurança jurídicas, respeitando a ponderação exigida pelo Acórdão *Donau Chemie*.¹³⁴

Além disso, Hirner notou que o Conselho definiu que ao artigo 6.º é aplicável a decisão do TJ no Acórdão *EnBW* e a prática da Comissão em rejeitar a divulgação pelo artigo 4.º, n.º 2 e 3 do Regulamento N.º 1049/2001. Ou seja, a divisão por categorias constante da Proposta de Diretiva não se aplica a documentos relativos a casos de cartel na posse da Comissão.¹³⁵

A Diretiva¹³⁶ foi adotada a 10 de novembro de 2014 pelo Conselho, promovendo soluções comuns quanto a medidas que favorecem a posição dos demandantes civis.

¹³² Em sentido contrário, MAVROGHENIS, Stephen, e RODRIGUEZ, Elvira Aliende, “Cartels and Leniency”, in *The European Antitrust Review 2014*, Global Competition Review, disponível em <http://globalcompetitionreview.com/>, 2013, consultado a 24 de outubro de 2014, pp. 7 e 8, em que consideram que a Proposta promove a posição dos demandantes à custa do sistema de clemência, tendo como consequência a dissuasão de uso do referido programa. Defendem também que esta solução não coloca em causa a decisão do Acórdão *Donau Chemie*, pois não impediu o acesso a documentos de clemência, estabelecendo somente diferentes níveis de proteção para diferentes categorias (pp. 5 e 6).

¹³³ Cf. ATLEE e PATSA, 2013, pp. 2 e 3, que defendem que "(...) if the draft directive is adopted as proposed, Pfleiderer and, more recently, Donau Chemie, will be rendered obsolete.", frisando que é um passo em frente na eficiência do *private enforcement* na UE.

¹³⁴ Cisotta entende que a predefinição de categorias específicas é demasiado rígida, mas considera que o papel dos TN está salvaguardado pela Proposta quanto a este aspeto, deixando-lhe margem de manobra na sua ponderação quanto ao acesso ou não aos documentos (CISOTTA, 2014, pp.98 a 100). Quanto às dúvidas que esta posição representa para a jurisprudência, cf. GAMBLE, Roger, “The European embrace of private enforcement: this time with feeling”, *European Competition Law Review*, 35(19), Sweet & Maxwell and its Contributors, 2014, pp. 619 e 620.

¹³⁵ Cf. HIRNER, 2014, p.13.

¹³⁶ *Directive of the European Parliament and of the Council on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union* (Diretiva relativa ao *private enforcement*), disponível em http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/damages_directive_final_en.pdf, consultada a 12 de novembro de 2014 (ainda não publicada no JO).

Em relação ao acesso a documentos, a posição da Comissão quanto ao processo de clemência (documentos relativos ao processo de clemência e declarações escritas e orais não seriam divulgadas em ações de seguimento) sofreu algumas alterações.

Para solucionar a questão da assimetria de informação já apontada anteriormente, os Estados-Membros foram instados a garantir que os TN podem obrigar um terceiro ou um demandado a divulgar provas, respeitando certas condições. A principal ideia é impedir *fishing expeditions*, ou seja, que os pedidos sejam demasiado amplos, pelo que devem apresentar pedidos precisos e estritos.

Assim, os documentos que não podem ser divulgados em qualquer instância encontram-se previstos no artigo 6.º, n.º6 da referida Diretiva, nos mesmos termos em que se encontravam na Proposta de Diretiva. Esta exceção também deveria abranger citações literais duma declaração de empresa ou duma proposta de transação noutros documentos. Uma proteção essencial, sob pena de comportar um desvio à regra referida. Porém, essa expressão não encontra definição material na Diretiva, o que poderá levar a dúvidas doutrinárias.

Os TN devem, aquando do pedido de acesso pelo demandante, ter acesso aos documentos quanto aos quais é invocada esta exceção, para assegurar que os seus conteúdos não excedem a definição de declaração de empresa e de proposta de transação. Se existirem partes que não se encontram abrangidas pelo escopo da exceção, estas podem ser divulgadas.

Os TN têm um papel relevante nesta nova política europeia e esta medida é o reconhecimento disso mesmo. Não podem ser aceites exceções de acesso sem que tenham em conta o verdadeiro conteúdo dos documentos. Como é reconhecido juridicamente, o que importa é o conteúdo, não a forma do documento.

Os documentos que gozam de proteção temporária estão previstos no artigo 6.º, n.º5 da mencionada Diretiva. O objetivo é impedir que a sua divulgação ocorra antes do fim do processo da ANC relevante.

Na Diretiva, o PE acrescentou as propostas de transação rejeitadas a esta categoria. Estes documentos contemplam a confissão clara e inequívoca pelas partes da sua responsabilidade na infração, os factos principais que a provam, a sua qualificação legal, *inter alia*, pelo que entendemos que deveriam ser enquadrados no artigo 6.º, n.º6,

pois apresentam uma força probatória e autoincriminatória semelhante à declaração de empresa.

O artigo 5.º, n.º9 da presente Diretiva abrange os restantes documentos, que não merecem qualquer tipo de proteção. Estes incluem documentos preexistentes, ou seja, documentos que se encontravam na posse das ANC antes do início dos procedimentos.

O único limite diz respeito ao pedido de acesso, que deve ser tão preciso e restrito quanto possível. Aos TN cabe uma ponderação quanto à proporcionalidade e necessidade do pedido de acesso (não se deve ou não ser divulgado), tal como resulta dos n.º2 e 3 do artigo 5.º do mesmo diploma legal. Assim, pode aumentar o encargo probatório do possível demandante.¹³⁷ Todavia, Mavroghenis e Rodriguez¹³⁸ consideram que só desta forma é protegida a posição dos requerentes de clemência no processo judicial, impedindo, ao mesmo tempo, um abuso do mecanismo de acesso aos documentos.

Tendo em conta estas medidas, concordamos com Mavroghenis e Elvira Rodriguez: " (...) the provisions in the Directive may be perceived as the Commission advancing the cause of private enforcement at the expense of its leniency programme."¹³⁹

A Diretiva parece, numa abordagem teórica, o caminho certo, sopesando devidamente os interesses em discussão e protegendo-os na medida correta, assegurando a atratividade e efetividade tanto dos mecanismos públicos, como do meio judicial. Como resulta da nossa análise, não pode ser considerado como um interesse comercial defensável o desejo dos candidatos de clemência de não serem demandados judicialmente. Deste modo, a estatuição do artigo 11.º, n.º 4 e 5 da referida Diretiva, que limita a responsabilidade indemnizatória do beneficiário de imunidade sancionatória,

¹³⁷ Relativamente a estas dificuldades enfrentadas pelos demandantes, principalmente a incerteza (e consequente imprevisibilidade) quanto ao conceito de plausibilidade, cf. WEIDT, Christopher F., "The Directive on actions for antitrust damages after passing the European Parliament", in *European Competition Law Review*, 35(9), Sweet & Maxwell and its Contributors, 2014, pp. 438, 439, 433 e 434.

¹³⁸ Cf. MAVROGHENIS, Stephen, e RODRIGUEZ, Elvira Aliende, "Cartels and Leniency", *The European Antitrust Review 2015*, Global Competition Review, disponível em <http://globalcompetitionreview.com/reviews/62/sections/208/chapters/2461/cartels-leniency/>, 2014, consultado a 24 de outubro de 2014.

¹³⁹ *Ibi idem*.

aliada, principalmente, à confidencialidade das declarações de empresa¹⁴⁰, é o ponto de equilíbrio desejável no ambiente de complementaridade expectável entre ambos os sistemas.

Outra vantagem passa pela harmonização do *private enforcement* a nível da UE. A previsão expressa de categorias estabelece a proteção das declarações de empresa (ou melhor, autoincriminatórias) e divulgação dos documentos pré-existentes, à imagem do que o Advogado-Geral Mázak defendeu nas Conclusões ao Acórdão *Pfleiderer*. Esta previsão protege os documentos essenciais à fase de investigação da entidade da concorrência competente, não descurando, no entanto, o *private enforcement*, enquanto elemento de promoção do DEC e de dissuasão de distorções do mercado.¹⁴¹

¹⁴⁰ No mesmo sentido, PAIS, Sofia Oliveira, “A União faz a força? Breves reflexões sobre os mecanismos coletivos de reparação no contexto da aplicação privada do direito da concorrência da união”, in *Liber Amicorum em Homenagem ao Prof. Doutor João Mota de Campos*, Coordenado por António Mesquita Pereira, Henrique Sousa Antunes, Manuel de Almeida Ribeiro e Sofia Oliveira Pais, Coimbra Editora, 1ª Ed., Abril, 2013, p.880.

¹⁴¹ No mesmo sentido, GAMBLE, 2014, p.470, e 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.º37, janeiro/março, 2012, p.5, para. 29, e p.11. Em sentido contrário, CAMILLERI, Enrico, “A decade of EU antitrust private enforcement: chronicle of a failure foretold?”, *European Competition Law Review*, 34(10), Sweet & Maxwell and its Contributors, 2013, p.532, 534 e 535, propondo até a necessidade de indemnizações punitivas, por exemplo, para diminuir o risco de que um regime de aplicação misto (público/privado) seja uma medida insuficiente para dissuadir as práticas anticoncorrenciais.

IV. Conclusão

Concluimos que as soluções preconizadas permitem o desenvolvimento desejado do *private enforcement* na UE, diminuindo a assimetria de informação que caracterizava o estado de “subdesenvolvimento total” em que se encontravam os sistemas jurídicos dos Estados-Membros, ao mesmo tempo que, aparentemente, representará um efeito dissuasor.¹⁴²

A questão prática será essencial para apreciar a eficácia destas medidas. Estabelecer regras semi-rígidas foi o caminho escolhido, mas foi criticado por alguns autores como um passo atrás na jurisprudência *Pfleiderer*,¹⁴³ cientes da existência de alternativas.¹⁴⁴

Contudo, consideramos que esta foi a melhor opção. Conforme o que expusemos *supra*, os documentos relativos a processos de clemência não devem ser divulgados *tout court*, visto tal colocar em causa a aplicação pública do DEC. As informações obtidas através deste meio têm sido essenciais à investigação das distorções do mercado interno da UE.

Neste sentido, compreende-se que exista um último filtro antes da concessão do acesso aos documentos, através da discricionariedade conferida aos TN, que analisam os pedidos, divulgando o estritamente necessário aos demandantes cujas pretensões merecem verdadeira proteção.

Dito isto, não nos parece possível a implementação do sistema americano, que privilegia a atuação judicial dos particulares, com poderes de divulgação latos, pois na

¹⁴² WISKING, Stephen e DIETZEL, Kim, “European Commission finally measures to facilitate competition law private actions in the European Union”, *European Competition Law Review*, Sweet & Maxwell and its Contributors, 2014, p.193.

¹⁴³ *Ibi idem*, p.478 e 479.

¹⁴⁴ A título de exemplo, a troca de documentos *inter partes* no âmbito da ação judicial, estando a sua atividade limitada por deveres de confidencialidade, por forma a impedir que essa informação chegasse a terceiros (GODDIN, Gaëtane, “The *Pfleiderer* Judgement on Transparency: The National Sequel of the Access to Document Saga”, *Journal of European Competition Law & Practice*, Volume 3, Issue 1, 2012, p. 120). Outra opção poderia incluir a indemnização no próprio regime de aplicação pública do DEC, como sugerem CANENBLEY e STEINVORTH, 2011, p.324.

tradição Europeia vigora a doutrina ordoliberal, que implica uma forte supervisão pública do mercado interno.¹⁴⁵

Concluindo, estando perante os primeiros passos do *private enforcement* na UE, entendemos que a sua desejável progressão vai depender, em larga escala, da efetividade e eficácia do processo de clemência. Daí que a solução da Diretiva pareça a mais apropriada, ao prever um acesso a documentos relativamente ao estritamente necessário às pretensões dos demandantes, protegendo tanto o requerente de imunidade, como a investigação da autoridade competente. Ademais, consideramos que a previsão da limitação da responsabilidade civil do beneficiário de imunidade, constante do artigo 11.º, n.º4 e 5 da Diretiva relativa ao *private enforcement*, aos danos causados aos seus compradores ou fornecedores diretos ou indiretos, justifica que os documentos previstos nos n.º 5 e 9 do artigo 6º do referido diploma sejam divulgados aos demandantes.

¹⁴⁵ CISOTTA, 2014, pp. 1 e 2.

Bibliografia

Obras e artigos

- ALFARO, Jesús, REHER, Tim, “Towards the Directive on Private Enforcement of EC Competition: Is the Time Ripe?”, *The European Antitrust Review 2010*, Global Competition Review, 2010.
- ASHTON, David, HENRY, David, “Competition Damages Actions in the EU – Law and Practice”, *Economics Contribution from Franck Maier, Rigaud and Ulrich Schwabe*, Elgar Competition Law and Practice, Edward Elgar Publishing Limited, 2013.
- ATLEE, Laura e PATSA, Agapi, “A Step Toward More Private Competition Enforcement in EU”, Steptoe, Steptoe & Johnson LLP, June 21, 2013.
- BAKER, Donald I., “Revisiting History – What have we learned about Private Antitrust Enforcement that we would recommend to other”, *Loyola Consumer Law Review*, Volume 16, Issue 4, 2004.
- BDI (Federation of German Industries), Law and public procurement & Freshfields Bruckhaus Deringer, “Private Enforcement in the European Union – Pitfalls and Opportunities”, October 2007.
- BECKER, Rainer, BESSOT, Nicolas, e DE SMIJTER, Eddy, “The White Paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules”, *Competition Policy Newsletter*, Issue 2, 2008.
- BOTTEMAN, Yves, e HUGHES, Paul, "Access to File: Striking the Balance Between Leniency and Private Enforcement Tools", *The European Antitrust Review 2013*, Global Competition Review, disponível em <http://www.globalcompetitionreview.com/>, 2012.
- BOTTEMAN, Yves e GUILLARDEAU, Jean-François, “Access to DG Competition’s Files Through the Transparency Regulation: an Uphill Battle for Cartel Damage Claimants”, Steptoe, Steptoe & Johnson LLP, March 27, 2014.
- CANENBLEY, Cornelis e STEINVORTH, Till, “Effective Enforcement of Competition Law: Is There a Solution to the Conflict Between Leniency Programmes and Private Damages Actions”, in *Journal of European Competition Law & Practice*, Volume 2, Issue 4, 2011.
- CAMILLERI, Enrico, “A decade of EU antitrust private enforcement: chronicle of a failure foretold?”, in *European Competition Law Review*, 34(10), Sweet & Maxwell and its Contributors, 2013.
- CARMELIET, Tine, "How lenient is the European leniency system? An overview of current (dis)incentives to blow the whistle", *Jura Falconis Jg.48*, 2011-2012, Issue 3.
- CAUFFMAN, Caroline, “The Interaction of Leniency Programmes and Actions for Damages”, in *The Competition Law Review*, Volume 7, Issue 2, July, 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, July, 2014.
- CSERES, KJ, “The Controversies of the Consumer Welfare Standard”, *The Competition Law Review*, Volume 3, Issue 2, março, 2007.
- DE SMIJTER, Eddy, STROPP, Constanze, e WOODS, Donncadh, “Green Paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules”, *Competition Policy Newsletter*, Issue 1, 2006.
- DE STEFANO, Gianni, “Access of Damage Claimants to Evidence Arising out of EU Cartel Investigations: A Fast-evolving Scenario”, *Global Competition Litigation Review*, Issue 3, Sweet & Maxwell, 2012.
- GAMBLE, Roger, “The European embrace of private enforcement: this time with feeling”, in *European Competition Law Review*, 35(19), Sweet & Maxwell and its Contributors, 2014.
- GEIGER, Andreas, “The end of the EU cartel leniency programme”, *European Competition Law Review*, 32(10), Sweet & Maxwell and its Contributors, 2011
- GIUDICI, Paolo, "Private Antitrust Law Enforcement in Italy" in *The Competition Law Review*, Volume 1, Issue 1, August, 2004.
- GODDIN, Gaëtane, “The Pfleiderer Judgement on Transparency: The National Sequel of the Access to Document Saga”, in *Journal of European Competition Law & Practice*, Volume 3, número 1, 2012.
- HEMPEL, Rolf, “Access to DG Competition’s files: an analysis of recent EU court case law”, *European Competition Law Review*, 33(4), Sweet&Maxwell and its Contributors, 2012.
- HIRNER, Stefan Michel, “Access to Evidence in Antitrust Damage Actions in Light of Recent Case Law and the Draft Directive”, disponível em <http://www.publiclaw.at/>, 2014.
- JONES, Alison e SUFRIN, Brenda, *EC Competition Law: Texts Cases, and Materials*, 3ª Edição, Oxford University Press, 2008.
- 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., "Private Antitrust Damages Actions in the UE: Second Generation Questions", *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano III, N.º 9, janeiro-março 2012, maio de 2012.
- KOMNINOS, Assimakis P., “Public and Private Enforcement in Europe: Complement? Overlap?”, *The Competition Law Review*, Volume 3, Issue 1, dezembro, 2006.
- LAINA, Flavio e LAURINEN, Elina, “The EU Cartel Settlement Procedure: Current Status and Challenges”, in *Journal of European Competition Law & Practice*, Volume 4, Issue 4, 2013.

- LEBRUN, Bruno e BERSOU, Laure, “*Comission v EnBW Energie: Non-Disclosure of Leniency Documents*”, *Journal of European Competition Law & Practice*, Volume 5, Issue 7, 2014.
- LESLIE, Chirstopher R., “Editorial – Antitrust Leniency Programmes”, *The Competition Law Review*, Volume 7, Issue 2, july, 2011.
- Conclusões do Advogado-Geral Mázak ao Acórdão *Pfleiderer*, de 16 de dezembro de 2010.
- MADILL, Joh, MEXIS, Adrien, “Consumers at the heart of EU competition policy”, *Competition Policy Newsletter 2009*, Issue 1, 2009.
- MAVROGHENIS, Stephen, e RODRIGUEZ, Elvira Aliende, “Cartels and Leniency”, in *The European Antitrust Review 2015*, Global Competition Review, disponível em <http://globalcompetitionreview.com/>, 2014.
- MAVROGHENIS, Stephen e RODRIGUEZ, Elvira Aliende, “Cartels and Leniency”, in *The European Antitrust Review 2014*, Global Competition Review, disponível em <http://globalcompetitionreview.com/>, 2013.
- MCCARTHY, Eric, MALTAS, Allyson, BAY, Matteo e RUIZ-CALZADO, Javier, “Litigation culture versus enforcement culture – A comparison of US and EU plaintiff recovery actions in antitrust cases”, *The Antitrust Review of the Americas 2007*, Global Competition Review, disponível em <http://www.globalcompetitionreview.com/>, 2006, consultado a 20 de setembro de 2014.
- MILLER, Samuel R., NORDLANDER, Kristina, & OWENS, James C., “U.S. Discovery of European Union and U.S. Leniency Applications and other Confidential Investigatory Materials”, *The CPI Antitrust Journal*, march, 2010, Competition Policy International, Inc., 2010.
- PAIS, Sofia Oliveira, “A União faz a força? Breves reflexões sobre os mecanismos coletivos de reparação no contexto da aplicação privada do direito da concorrência da união”, *Liber Amicorum em Homenagem ao Prof. Doutor João Mota de Campos*, Coordenado por António Mesquita Pereira, Henrique Sousa Antunes, Manuel de Almeida Ribeiro e Sofia Oliveira Pais, Coimbra Editora, 1ª Ed., Abril, 2013
- 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.º37, janeiro/março, 2012
- PAIS, Sofia, “Estudos de Direito da União Europeia”, 3ª Ed., Almedina, 2014
- ROSSI, Leonor e FERRO, Miguel Sousa, “Private Enforcement of Competition Law in Portugal (I): an overview of case-law”, *Revista Concorrência e Regulação*, Ano III, Número 10, abril-junho, 2012, Instituto de Direito Económico, Financeiro e Fiscal – FDL, Almedina e Autoridade da Concorrência, novembro, 2012
- ROSSI, Leonor, e FERRO, Miguel Sousa, “Private Enforcement of Competition Law in Portugal (II): *Actio Popularis* – Facts, Fictions and Dreams”, *Revista*

Concorrência e Regulação, Ano IV, Número 13, janeiro-março, 2013, Instituto de Direito Económico, Financeiro e Fiscal – FDL, Almedina e Autoridade da Concorrência, março, 2013

- SAAVEDRA, Alberto, "Access by National Courts and Private Plaintiffs to Leniency Documents held by the Commission" in *Revista da Concorrência e Regulação*, Ano III, Número 10, abril-junho 2012, novembro, 2012
- SANDHU, Jatinder S. Sandhu, "The European Commission's Leniency Policy: A Success?", *European Competition Law Review*, Volume 28, Issue 3, Thomson, Sweet&Maxwell, march, 2007
- SLOT, Piet Jan, "Does the Pfleiderer judgment make the fight against international cartels more difficult?", in *European Competition Law Review*, 34(4), Sweet & Maxwell and its Contributors, 2013
- WEIDT, Christopher F., "The Directive on actions for antitrust damages after passing the European Parliament", in *European Competition Law Review*, 35(9), Sweet & Maxwell and its Contributors, 2014
- WHILSHER, Dan, "The Public Aspects of Private Enforcement in EC Law: Some Constitutional and Administrative Challenges of a Damages Culture, in *The Competition Law Review*, Volume 3, Issue 1, december, 2006
- WHISH, Richard e BAILEY, David, "Competition Law", 7ª Edição, Oxford University Press, 2012
- WISKING, Stephen e DIETZEL, Kim, "European Commission finally measures to facilitate competition law private actions in the European Union", *European Competition Law Review*, Sweet & Maxwell and its Contributors, 2014
- ZINGALES, Nicolo, "European and American Leniency Programmes: Two Models Towards Convergence?", in *Competition Law Review*, Volume 5, Issue 1, december, 2008

Discursos

- BAER, Bill, "Public and Private Enforcement in the United States", Departement of Justice, discurso em Bruxelas, Bélgica a 11 de fevereiro, 2014
- KROES, Nellie, Comissária Europeia para a Concorrência, "First Hundred Days", a 7 de abril de 2005

Webgrafia

- http://www.concorrenca.pt/vPT/Praticas_Proibidas/O_programa_de_clemencia/Tipos_de_carteis/Paginas/O-que-sao-carteis.aspx

Legislação e outros documentos relacionados

- Comunicação da Comissão relativa à Cooperação entre a Comissão e os Tribunais dos Estados-Membros da UE relativa à aplicação dos artigos 81.º e 82.º, JO n.º C 101 de 27 de abril de 2004.
- Regulamento (CE) 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, JO n.º L 1, de 04 de janeiro de 2003.
- Lei Nacional da Concorrência (LNdC) (Lei n.º 19/2012, Diário da República, 1.ª série — N.º 89 — 8 de maio de 2012.
- Comunicação da Comissão Europeia relativa à não-imposição ou redução de coimas em processos relativos a cartéis, JO n.º C 207/4 de 18 de julho de 1996
- Comunicação da Comissão Europeia relativa à não-imposição ou redução de coimas em processos relativos a cartéis, JO n.º C 45, 19 de fevereiro de 2002
- Comunicação da Comissão Europeia relativa à não-imposição ou redução de coimas em processos relativos a cartéis, JO n.º C 298, de 8 de dezembro de 2006
- Comunicação da Comissão Europeia relativa à não-imposição ou redução de coimas em processos relativos a cartéis, JO n.º C 207/4 de 18 de julho de 1996
- Regulamento (CE) N.º 139/2004 do Conselho de 20 de Janeiro de 2004 relativo ao controlo das concentrações de empresas, JO n.º L 24/1, de 29 de janeiro de 2004.
- Regulamento (CE) N.º 1206/2001 de 28 de maio de 2001 relativo à cooperação entre os Estados-Membros no domínio da obtenção de provas em matéria civil ou comercial, JO n.º L 174 de 27 de junho de 2001
- Regulamento (CE) N.º 1049/2001 do PE e do Conselho de 30 de Maio de 2001 relativo ao acesso do público aos documentos do Parlamento Europeu, do Conselho e da Comissão, JO n.º L 145/43, de 31 de maio de 2001.
- ASHURST, *Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules – Comparative Report*, 31 august 2004, disponível em www.ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/others/actions_for_damages/study.html
- *Livro Verde: Ações de indemnização devido à violação das regras comunitárias no domínio antitrust*, COM(2005) 672, 19 de dezembro de 2005
- *Livro Branco: ações de indemnização devido à violação das regras comunitárias no domínio antitrust por incumprimento das regras comunitárias no domínio antitrust*, COM(2008) 165, 2.4.2008
- European Competition Network, “Resolution of the Meeting of the Heads of the European Competition Authorities of 23 May 2012 – Protection of leniency material in the context of civil damages actions”, 2012
- European Economic and Social Committee, “Opinion of the European Economic and Social Committee on the Green Paper – Damages actions for breach of the EC antitrust rules”, COM(2005) 672 final (2006/C 324/01).

- *Commission Staff Working Paper Accompanying Document to the Green Paper*, SEC(2005) 1732
- *Commission Staff Working Paper Accompanying to the White Paper*, SEC(2008) 404, 2.4.2008

Jurisprudência

- Processos T-391/03 e T70/04, *Yves Franchet e Daniel Byk v. Comissão* (1996)
- Processo C-453/99, *Courage Ltd. v Bernard Crehan* (2001)
- Processo T-2/03, *VFK v Comissão* (2005)
- Processos Apensos C-295/04 a C-298/04, *Manfredi e outros* (2006)
- Processo C-139/07, *Comissão v. Technische Glaswerke Ilmenau GmbH*, (2010)
- Processo T-437/08, *CDC Hydrogene Peroxide v. Comissão* (2011).
- Processo C-360/09, *Pfleiderer AG contra Bundeskartellamt* (2011)
- Processo T-380/08, *Reino dos Países Baixos v. Comissão* (2013),
- Processo C-536/11, *Bundeswettbewerbsbehörde v. Donau Chemie AG e outros* (2013).