

**UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA**  
**FACULDADE DE DIREITO**  
**ESCOLA DE LISBOA**



**UNIVERSIDADE**  
**CATÓLICA**  
**PORTUGUESA**

**ANÁLISE DO REGIME DE CLEMÊNCIA**

---

**O MODELO EUROPEU E O MODELO NORTE-AMERICANO**

Mariana Pereira Dias, nº 142719016

**Mestrado em Direito Empresarial**  
**Lisboa, Abril de 2021**

Orientador(a): Professora Doutora Sofia Oliveira Pais

*Aos meus pais, irmão e avó,*  
Pela força e apoio incondicional.

*Ao meu namorado,*  
Por acreditar sempre em mim.

*Aos meus amigos,*  
Por todas as conversas motivadoras.

*À Professora Doutora Sofia Oliveira Pais,*  
Por toda a disponibilidade e ajuda.

**Palavras-chave:** Acesso aos documentos de clemência; Cartéis; Direito da Concorrência; Estados Unidos da América; Indemnização dos lesados; *Private Enforcement*; Programa de clemência; União Europeia.

## Siglas e Abreviaturas

- p. – página;
- pp. - páginas;
- CMA – Competition & Markets Authority;
- DOJ – Department of Justice;
- DUE – Direito da União Europeia;
- EUA – Estados Unidos da América;
- FBI – Federal Bureau of Investigation;
- IA – Inteligência Artificial;
- INTERPOL – International Criminal Police Organization;
- TFUE – Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia;
- TJ – Tribunal de Justiça;
- UE – União Europeia.

# Índice

Introdução.....	6
1. Enquadramento.....	8
1.1. Características e funcionamento dos cartéis .....	8
1.2. A necessidade do regime de clemência.....	9
1.2.1. Caraterísticas fundamentais.....	9
1.2.2. O dilema do prisioneiro.....	13
2. O regime de clemência europeu .....	15
2.1. Enquadramento histórico .....	15
2.2. Regime atual .....	16
2.2.1. Em especial, o problema do acesso aos documentos de clemência por parte dos lesados..	20
2.2.2. Jurisprudência europeia.....	28
3. O regime de clemência norte-americano .....	31
3.1. Enquadramento histórico .....	31
3.2. Regime atual .....	32
3.3. As dificuldades do sistema.....	36
3.3.1. Alternativas ao regime de clemência.....	36
4. Balanço crítico.....	38
4.1. Semelhanças entre os sistemas.....	38
4.2. Diferenças entre os sistemas .....	38
4.3. Principais falhas .....	39
4.3.1. Sistema norte-americano .....	39
4.3.2. Sistema europeu.....	40
Conclusão .....	42
Bibliografia.....	45
Legislação.....	50
Jurisprudência.....	52

## Introdução

O presente projeto tem como objetivo comparar o regime de clemência norte-americano e o regime de clemência europeu e, deste modo, ponderar as principais semelhanças e diferenças que se encontram acerca do tema. O regime de clemência, na sua generalidade, tem como propósito descobrir possíveis concertações entre concorrentes e assim punir aqueles que tentam ferir a concorrência no mercado e aproveitar-se dos consumidores e concorrentes que não participem nos cartéis.

A escolha da comparação recaiu no grande fator diferenciador destes dois regimes de clemência: nos EUA, os cartéis são criminalmente punidos, enquanto que na UE nem todos os Estados-Membros aplicam o mesmo regime. Através assim do confronto entre sistemas pretende-se verificar qual o mais eficaz e que lições se podem retirar de um e outro para colmatar as falhas que ambos apresentam.

Para a concretização deste objetivo dividiu-se o projeto em quatro capítulos principais.

Numa primeira abordagem serão apresentadas as dificuldades que se têm sentido quando se trata da descoberta de cartéis, pois devido à sua natureza tendencialmente secreta, expor cartéis sempre foi algo muito difícil. Será ainda realizada uma pequena referência aos novos desafios impostos pela evolução da IA.

Por o regime de clemência possibilitar a descoberta dos cartéis tentar-se-á perceber quais as características essenciais que qualquer sistema de clemência deve ter para que seja bem-sucedido e qual a relação com o dilema do prisioneiro.

De seguida, irá realizar-se uma análise a fundo do regime de clemência europeu, começando por perceber qual a abordagem que a UE tem quanto aos cartéis e de que forma a clemência é benéfica. Será realizada uma análise das várias revisões que o regime tem vindo a sofrer e proceder-se-á à análise do presente regime, tal qual ele vigora, realçando-se a principal dificuldade do mesmo hoje em dia: o acesso aos documentos de clemência por parte dos lesados. Este assunto tem vindo a ser alvo de tratamento pela UE, nomeadamente através da Diretiva 2014/104/UE. Mostrar-se-á ainda a relação entre o acesso aos documentos de clemência e o facto da Comissão Europeia, hoje em dia publicar as suas decisões de forma bastante detalhada.

De facto, os documentos de clemência dificultam ações de indemnização, visto que de um modo geral estes documentos permitem aos interessados obter muito mais

facilmente uma indemnização, usando-os como meios de prova. Desta forma, será vital o estudo de alguns dos acórdãos do TJ.

Para além disso, será revista a Recomendação que a Comissão Europeia apresentou acerca das ações coletivas que podem ser levadas a cabo pelos lesados com a atividade dos cartéis.

No terceiro capítulo será realizada uma análise relativa ao modelo de clemência norte-americano, fazendo-se assim uma primeira observação da abordagem dos EUA quanto aos cartéis, quais as vantagens de um sistema de clemência, as várias mutações que tem vindo a sofrer e o estudo do atual regime de clemência.

Apresentar-se-á uma reflexão quanto ao sistema norte-americano, visto que grandes questões surgem ao analisá-lo, nomeadamente: porque não terá tido o regime de clemência o sucesso pretendido? Quais os fatores de insucesso? Será o facto de não ser automático e de as decisões não serem vinculativas, fatores de insucesso? Que outras soluções são possíveis de encontrar no ordenamento norte-americano?

Num quarto e final capítulo, irão apresentar-se as principais semelhanças e diferenças entre o sistema norte-americano e o sistema europeu e faremos uma reflexão crítica sobre os vários problemas apresentados e soluções avançadas.

# 1. Enquadramento

## 1.1. Características e funcionamento dos cartéis

Desde há muito tempo que existe uma tentativa de luta contra os cartéis, que são ilegais em quase todo o Mundo visto terem um grande impacto económico<sup>1</sup>. Na Comunicação de 2006<sup>2</sup>, a Comissão explica que “*Os cartéis consistem em acordos e/ou práticas concertadas entre dois ou mais concorrentes que têm por objetivo coordenar o seu comportamento concorrencial no mercado e/ou influenciar os parâmetros relevantes da concorrência através de práticas como a fixação de preços de aquisição ou de venda ou outras condições de transação, a atribuição de quotas de produção ou de venda, a repartição de mercados, incluindo a concertação em leilões e concursos públicos, a restrição das importações ou exportações e/ou ações anticoncorrenciais contra outros concorrentes.*”

Ou seja, os membros dos cartéis tentam coletivamente maximizar o seu lucro, o que leva a preços mais altos, menor competitividade, pior qualidade do produto e menor possibilidade de escolha no mercado.

LILIANA ALVES<sup>3</sup> apresenta várias características fundamentais que possibilitam a criação e manutenção de cartéis:

- Menor número de empresas existentes num determinado mercado, pois mais facilmente se chegará a um acordo;
- Produtos homogêneos, padronizados, custos fixos de produção elevados e simetria entre as empresas, possibilitam um acordo consensual e favorável a todas as empresas envolvidas;
- Mercado com fortes barreiras à entrada, isto porque quanto mais difícil for a entrada de novas empresas, mais facilmente o acordo se manterá;
- Estabilidade da procura, visto que um mercado onde o comportamento dos consumidores é incerto, torna mais difícil entender qual a causa de uma diminuição da procura.

---

<sup>1</sup> KEVIN MADDEN / RYAN JOHNSON, «Evaluating the impact of leniency programs on fines imposed on detected price-fixing cartels», *Western Undergraduate Economics Review*, vol. 18, p. 40 (2019).

<sup>2</sup> Comunicação da Comissão relativa à imunidade em matéria de coimas e à redução do seu montante nos processos relativos a cartéis - 2006/C 298/11, considerando 1. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2006:298:0017:0022:PT:PDF>.

<sup>3</sup> LILIANA ISABEL ALVES, *O regime de clemência na defesa da concorrência da União Europeia e em Portugal*, dissertação para Mestrado em Direito Ciências Jurídico-Económicas na Faculdade de Direito da Universidade do Porto, pp. 7-8 (2015).

Criar e manter cartéis exige muito esforço. As empresas têm que coordenar os seus comportamentos e distribuir de forma igualitária os lucros. Além disso, exige-se uma grande atenção de todos, visto que a qualquer momento algum membro pode denunciá-los. Assim, os cartéis têm de desenvolver mecanismos que consigam desencorajar a traição e punir os traidores, caso isso venha a acontecer<sup>4</sup>.

Mais recentemente, com os instrumentos digitais e evolução tecnológica constante, temos assistido a novas formas de cartéis<sup>5</sup>. Os sistemas de IA mais avançados são capazes de definir os preços de vários produtos ou serviços e são conhecidos pela sua independência e imprevisibilidade. Ora, estes algoritmos são prejudiciais para a concorrência e têm provado facilitar conluíus<sup>6</sup>.

Precisamente por constituírem uma novidade, a maioria dos algoritmos a que as empresas recorrem têm pouco ou nenhum controlo. Por isso mesmo, é premente uma maior regulação e, como nos explica a Autoridade da Concorrência do Reino Unido (CMA), mesmo assumindo “(...) *that algorithmic collusion is not a significant problem now, it could rapidly become so if a critical mass of firms starts to use more complex algorithmic systems for pricing in a particular market (...)*”<sup>7</sup>. Daí que este seja um tema a abordar por todas as entidades responsáveis pela monitorização das empresas, o quanto antes.

## 1.2. A necessidade do regime de clemência

### 1.2.1. Características fundamentais

Devido à natureza tendencialmente secreta<sup>8</sup>, expor cartéis sempre foi algo muito difícil e sem a ajuda das empresas e pessoas que neles participam torna-se praticamente

---

<sup>4</sup> WOUTER P. J. WILS, «The Use of Leniency in EU Cartel Enforcement: An assessment after twenty years», *World Competition*, Vol. 39, n.º 3, September 2016, Kluwer Law International: Holanda, p. 340 (2016).

<sup>5</sup> Exemplo disso, é o caso *Amazon Posters*, em que dois vendedores de postais decidem utilizar um novo algoritmo que lhes permite alinhar os preços, mesmo quando um altera o valor do produto. O caso foi julgado nos EUA e no Reino Unido, e em ambos se concluiu uma violação do Direito da Concorrência. Isto porque não faz diferença se os concorrentes combinam entre si os preços ou se recorrem a um mesmo algoritmo que escolhe os preços por eles, o resultado é o mesmo: foi criado um cartel.

<sup>6</sup> JULIAN NOWAG, *Algorithmic Price-Setting by Platforms*, Oxford Business Law blog, (2018). Disponível em: <https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2018/11/algorithmic-price-setting-platforms> (consultado a 31 de Março de 2021).

<sup>7</sup> *Algorithms: How they can reduce competition and harm consumers*, Competition & Markets Authority (2021). Disponível em: [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/954331/Algorithms\\_++.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/954331/Algorithms_++.pdf) (consultado a 7 de Abril de 2021).

<sup>8</sup> MONTI exemplifica estratégias utilizadas pelos cartéis para manter o secretismo: “*Meetings are held in exotic places around the globe. Incriminating documents are destroyed or stored outside the premises of the companies. Practices are arranged so as to simulate normal market behaviour and so on.*” – MARIO

impossível. Por isso mesmo, o regime de clemência veio possibilitar a sua descoberta, sendo este uma das ferramentas essenciais numa luta efetiva contra os cartéis<sup>9</sup>.

Qualquer regime de clemência é bastante benéfico, visto que possibilita o acesso a documentos e informação que de outra forma as autoridades nunca teriam acesso, o que faz com que construam um caso mais forte e daí resulte a aplicação de coimas mais altas. No entanto, há sempre o revés da medalha: o regime de clemência leva também a que empresas que participam num cartel não sejam punidas ou paguem menos de coima<sup>10</sup>.

Contudo, conseguiu-se apurar que a introdução do regime de clemência num ordenamento jurídico é acompanhada, normalmente, pelo aumento das coimas aplicáveis aos cartéis. Significa isto que mesmo que um regime de clemência perdoe 50% da coima, o valor a pagar será mais alto que aquele que se pagaria antes da introdução da clemência<sup>11</sup>.

Podemos concluir que o regime de clemência, serve antes demais para resolver um problema de raiz do Direito da Concorrência, a obtenção de prova. Ou seja, sendo bem desenhado, o regime de clemência reduz a dificuldade, o tempo e o custo administrativo que uma investigação acarretaria<sup>12</sup>. No entanto, esta é apenas uma das maneiras de descobrir a atividade dos cartéis, sendo apontadas como outras alternativas a monitorização dos mercados, a observação da informação disponível e a análise económica dessa informação para tentar provar uma prática anticoncorrencial. Para além disso, a vingança é um dos grandes motivadores para a queixa, logo será benéfico receber informações de terceiros, como clientes, concorrentes, trabalhadores, trabalhadores despedidos e até ex-maridos/ex-mulheres<sup>13</sup>.

Para WILS<sup>14</sup>, um regime de clemência deve criar incerteza entre o cartel. Isto leva a que seja mais difícil os cartéis chegarem a acordo, diminui a confiança e aumenta a

---

MONTI, "Fighting Cartels – Why and How? Why should we be concerned with cartels and collusive behaviour?" - discurso de abertura da 3rd Nordic Competition Policy Conference, p. 4 (2000). Disponível em: [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/SPEECH\\_00\\_295](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/SPEECH_00_295) (consultado a 3 de Novembro de 2020).

<sup>9</sup> AGATA JURKOWSA-GOMULKA, «How to throw the baby out with the bath water. A Few Remarks on the Currently Accepted Scope of Civil Liability for Antitrust Damages», *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, vol. 2015, 8(12), p. 69 (2015).

<sup>10</sup> KEVIN MADDEN / RYAN JOHNSON, «Evaluating the impact of leniency programs on fines imposed on detected price-fixing cartels», *Western Undergraduate Economics Review*, vol. 18, p. 38 (2019).

<sup>11</sup> WOUTER P. J. WILS, «The Use of Leniency in EU Cartel Enforcement: An assessment after twenty years», *World Competition*, Vol. 39, n.º 3, September 2016, Kluwer Law International: Holanda, p. 343 (2016).

<sup>12</sup> NUNO CUNHA RODRIGUES, «Contratação Pública e concorrência: de mãos dadas ou de costas voltadas?», *C&R da AdC*, ano VII, n.º 32, Outubro a Dezembro, p. 142 (2017).

<sup>13</sup> WOUTER P. J. WILS, «The Use of Leniency in EU Cartel Enforcement: An assessment after twenty years», *World Competition*, Vol. 39, n.º 3, September 2016, Kluwer Law International: Holanda, p. 338 (2016).

<sup>14</sup> Idem, p. 340.

necessidade de criarem sistemas de vigilância para monitorizar todos os membros. Ou seja, aumenta-se o custo de criar e manter cartéis.

Todavia, tal não basta para o sucesso de um regime de clemência. A par do regime devem existir sanções eficazmente aplicáveis, visto que ao aumentar o medo de ser punido aumentar-se-á, conseqüentemente, a dissuasão de práticas anticoncorrenciais<sup>15</sup>.

Acrescenta-se que um regime de clemência eficaz deve ou levar os membros dos cartéis a confessar a sua conduta às autoridades, mesmo antes sequer de ser levada a cabo uma investigação ou deve levar as empresas já sob investigação, a abandonar o cartel e a denunciar os restantes membros. É assim, essencial a ameaça de sanções severas para aqueles que participam nos cartéis e não o reportam. Deve ainda existir o medo de aplicação efetiva das sanções, ou seja, não basta dizer que há sanções pesadas, as empresas devem ter medo de que lhes sejam realmente aplicadas tais sanções. Cultiva-se assim um ambiente de desconfiança, no qual as empresas percebem o risco se entrarem ou continuarem num cartel.

Deve haver também uma corrida à clemência, que é alcançável ao plantar-se ansiedade nas empresas com o facto de a qualquer momento poderem ser apanhadas pela sua atividade num cartel<sup>16</sup>. Por fim, o regime deve ser transparente e previsível, isto é, as empresas devem conseguir prever com certo grau de confiança, a forma como serão tratadas ao recorrer à clemência. Isto faz com que tenham de existir *standards* explícitos, políticas e explicações claras do processo<sup>17</sup>. Em suma, devemos desenvolver um programa de clemência tal que seja eficiente, através de regras legais suficientemente certas e previsíveis<sup>18</sup>.

---

<sup>15</sup> FRANCISCO MARCOS, «A desordem judicial e a defesa da concorrência», *C&R da AdC*, ano X, n.º 37, Janeiro a Março, pp. 7-8 (2019).

<sup>16</sup> SCOTT D. HAMMOND dá um exemplo para melhor entendermos o nível de ansiedade que deve ser fomentado entre os membros dos cartéis, pois a qualquer momento podem ser denunciados por outro membro do cartel: “(...) *consider a scenario where five members of a cartel are scheduled to hold an emergency meeting. When the meeting starts, there is an empty seat at the table. One of the conspirators has not returned calls and has unexpectedly not arrived at the meeting. One of the cartel members at the meeting starts to get nervous. Has the missing cartel member had a change of heart and abandoned the cartel? Has he already reported the others to the government? Or did he just miss his plane? In this environment, with the risk of detection and the stakes so high, who can you trust? Each member of a cartel knows that any one of its co-conspirators can report the others in exchange for total amnesty – a decision that will seal their fate.*” - SCOTT D. HAMMOND, “Cornerstones of an effective leniency program”, presented on the occasion of Chilean Competition Day, p. 7 (2009). Disponível em: [http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/03/2009\\_ddcc\\_0004.pdf](http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/03/2009_ddcc_0004.pdf) (consultado a 17 de Outubro de 2020).

<sup>17</sup> *Idem*, pp. 11-12.

<sup>18</sup> TINE CARMELIET, «How lenient is the European leniency system? An overview of current (dis)incentives to blow the whistle», *Jura Falconis*, 48, n.º 3, p. 509 (2012).

É ainda ponto de discussão, se se deve dar alguma recompensa a quem denuncie um cartel. SPAGNOLO<sup>19</sup>, afirma que será mais eficaz que a redução de uma coima, a atribuição de uma recompensa à primeira empresa que denunciar um cartel, paga através do dinheiro recolhido pelo pagamento das coimas dos restantes membros do cartel. O autor defende que as coimas devem ter valores altos, pois assim a primeira empresa a pedir clemência obtém uma recompensa mais alta. Aliás, apenas a primeira empresa a chegar-se à frente é que deve receber a recompensa, pois um sistema que atribui benefícios a vários membros de um cartel, torna esse mesmo sistema mais fraco (leva a que menos empresas tenham que pagar coimas).

Nesta linha de pensamento, seguem AUBERT, REY e KOVAVIC<sup>20</sup>, que acreditam que este género de sistema de recompensas, tanto para empresas como para pessoas singulares, é mais eficaz que o sistema de redução das coimas. Um sistema de recompensas para indivíduos é extremamente bem-sucedido e, leva a que as empresas mantenham o vínculo laboral com os trabalhadores que conhecem a situação do cartel, durante mais tempo<sup>21</sup>. Já quanto às empresas, este sistema de recompensas estaria bloqueado, se essas tivessem coercivamente levado outras empresas a participarem num cartel.

Confrontados com críticas que afirmam que este sistema induz à criação de informação falsa, os autores defendem que não é possível como prova apenas a prova testemunhal e admitem a criação de sanções para quem crie essas informações falsas.

É necessário ainda ter em conta, a ideia do sistema de marco<sup>22</sup>. Qualquer país com um regime de clemência, mas em especial, países que introduziram um regime de clemência mais recentemente e não têm tanta experiência em aplicá-lo, devem recorrer ao sistema de marco. No entanto, este sistema deve ser cuidadosamente aplicado, visto

---

<sup>19</sup> GIANCARLO SPAGNOLO, “Divide et Impera: Optimal Leniency Programs”, CEPR Discussion Paper, n.º 4840, pp. 5 e 27 (2005). Disponível em: <http://ftp.zew.de/pub/zew-docs/veranstaltungen/rnic/papers/GiancarloSpagnolo.pdf> (consultado a 3 de Outubro de 2020).

<sup>20</sup> CÉCILE AUBERT ET. AL., “The Impact of Leniency Programs on Cartels”, Working Paper, University of Bordeaux and Toulouse School of Economics, pp. 4-6 (2003). Disponível em: [http://idei.fr/sites/default/files/medias/doc/by/re/impact\\_leniency.pdf](http://idei.fr/sites/default/files/medias/doc/by/re/impact_leniency.pdf) (consultado a 3 de Outubro de 2020).

<sup>21</sup> Apresenta-se como exemplo, a situação em que a empresa teria todo o interesse em despedir um certo trabalhador, seja por razões de pouca produtividade ou reestruturação do tecido empresarial. Mas, porque esse trabalhador tem conhecimento do conluio, a empresa não o despede com medo de que este denuncie a situação. - CÉCILE AUBERT ET. AL., “The Impact of Leniency Programs on Cartels”, Working Paper, University of Bordeaux and Toulouse School of Economics, p. 22 (2003). Disponível em: [http://idei.fr/sites/default/files/medias/doc/by/re/impact\\_leniency.pdf](http://idei.fr/sites/default/files/medias/doc/by/re/impact_leniency.pdf) (consultado a 3 de Outubro de 2020).

<sup>22</sup> O sistema de marco permite que uma empresa marque o seu lugar quando pede clemência, enquanto reúne as provas necessárias.

que pode fazer com que as empresas peçam marcos ao mínimo sinal de uma má conduta. Assim, as autoridades responsáveis apenas devem começar a investigação, uma vez confirmado o pedido de clemência<sup>23</sup>.

Por último, a estrutura de um regime de clemência deve permitir assegurar a segurança das empresas que peçam clemência. Se as autoridades da concorrência não conseguirem garantir que as empresas denunciadas são protegidas, isso leva à retaliação dos restantes membros do cartel e, aliás, leva a que os membros denunciados formem um laço de confiança mais forte entre eles. Para prevenir esta situação, é imperativo um programa de proteção de testemunhas<sup>24</sup>.

### 1.2.2. O dilema do prisioneiro

O regime de clemência, ao oferecer regalias a quem confessa fazer parte de um cartel, faz com que os restantes membros percam a confiança uns nos outros e destabiliza essa união. Nesta medida, podemos comparar o regime de clemência com o dilema do prisioneiro.

O dilema do prisioneiro consiste numa teoria comportamental em que as autoridades têm provas suficientes para acusar dois prisioneiros por um crime menos grave, no entanto, querem acusá-los por um crime mais grave. Ambos estão presos em celas diferentes e é oferecido um acordo a cada um: se um confessar e testemunhar contra o outro que se mantém em silêncio, sai em liberdade, enquanto que o outro cumpre 10 anos de pena de prisão; se os dois ficarem em silêncio, apenas cumprirão 1 ano de pena de prisão, cada um; se se acusarem mutuamente, serão condenados a 5 anos de pena de prisão, cada um. Leva assim, a uma situação em que ambos têm várias opções e o resultado dependerá exatamente da escolha que o outro tomar. Normalmente, o que acontece é que cada prisioneiro vai fazer o que melhor for para si, agindo de forma egoística, mesmo que tivesse maiores vantagens se cooperasse.

Fazendo o paralelismo do jogo do prisioneiro com o regime de clemência, verificamos que em ambas as situações, o facto de um dos membros poder chegar-se à frente e confessar, cria dúvidas nos demais<sup>25</sup>. A situação ideal é fazer o regime de

---

<sup>23</sup> MARK LEDDY / ELAINE EWING, «Cartel leniency programs: Caveats and Costs», *Competition Law & Policy Debate*, vol. 1, issue 4, pp. 32-33 (2015).

<sup>24</sup> DANIEL LELIEFELD / EVGENIA MOTCHENKOVA, “To Protect in order to Serve, adverse effects of leniency programs in view of industry asymmetry”, TILEC Discussion Paper, p. 2 (2007). Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=963110](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=963110) (consultado a 29 de Outubro de 2020).

<sup>25</sup> NICOLO ZINGALES, «European and American Leniency Programmes: Two Models Towards Convergence? », *Competition Law Review*, volume 5, issue 1, pp. 8-9 (2008).

clémência de tal forma que permita chegar a uma situação o mais parecida possível com o dilema do prisioneiro<sup>26</sup>.

Isto especialmente num sistema em que exista uma corrida para fazer queixa, o que acontece em países que apenas oferecem clémência à primeira empresa que reporte o cartel<sup>27</sup>. Leva a que os membros dos cartéis estejam sempre com medo, a duvidar uns dos outros e, como explicam LEDDY e EWING, há o raciocínio de: “*If I don't go for leniency there, how do I know my competitor(s) won't?*”<sup>28</sup>.

Do mesmo raciocínio partilha AMADEO ARENA<sup>29</sup>. Também para este autor, um regime de clémência ideal é aquele que força os membros de um cartel a enfrentar o dilema do prisioneiro. Infelizmente, a maior parte dos regimes de clémência, pelo menos à primeira vista, não são capazes de o fazer.

Acrescenta ARENA<sup>30</sup> que existem algumas diferenças primordiais quando aplicado o regime de clémência e o típico dilema do prisioneiro:

Em primeiro lugar, quando aplicado o regime de clémência, a verdade é que a autoridade da concorrência não tem margem de manobra, enquanto que no dilema original, se nenhum dos prisioneiros confessar, ambos têm que cumprir pena de prisão de um ano, assim cada um tem um incentivo de confessar. E, se existir a aplicação do regime de clémência e as empresas cooperarem, estas podem ainda assim vir a enfrentar pedidos de indemnização e/ou consequências por possíveis violações de leis de outros ramos do Direito, ou de outras jurisdições.

Há ainda a ter em conta, o facto de que admitir fazer parte de um cartel, pode manchar a reputação de uma empresa – a nível do mercado, pois pode perder clientela e, pode até perder a confiança de outras empresas que não quererão entrar em conluio com a empresa denunciante. Algo que no dilema original não acontece.

---

<sup>26</sup> GIANCARLO SPAGNOLO, “Divide et Impera: Optimal Leniency Programs”, CEPR Discussion Paper, N.º 4840, p. 3 (2005). Disponível em: <http://ftp.zew.de/pub/zew-docs/veranstaltungen/rnic/papers/GiancarloSpagnolo.pdf> (consultado a 3 de Outubro de 2020).

<sup>27</sup> WOUTER P. J. WILS, «The Use of Leniency in EU Cartel Enforcement: An assessment after twenty years», *World Competition*, Vol. 39, n.º 3, September 2016, Kluwer Law International: Holanda, pp. 352-353 (2016).

<sup>28</sup> MARK LEDDY / ELAINE EWING, «Cartel leniency programs: Caveats and Costs», *Competition Law & Policy Debate*, vol. 1, issue 4, pp. 29-30 (2015).

<sup>29</sup> AMADEO ARENA, «Game Theory as a Yardstick for Antitrust Leniency Policy: the US, EU, and Italian Experiences in a Comparative Perspective», *Global Jurist*, Vol. 11: Issue 1 (Topics), Article 5, p. 2 (2011).

<sup>30</sup> Idem, pp. 2-3.

## 2. O regime de clemência europeu

### 2.1. Enquadramento histórico

Um dos principais objetivos da legislação anticoncorrencial europeia é promover o desenvolvimento equilibrado e sustentável de atividades económicas. Ora, representando os cartéis uma ameaça a esse mesmo objetivo, é essencial criar e desenvolver legislação acerca do assunto. Na UE, os cartéis são vistos como uma ofensa civil e a sua existência é proibida no artigo 101.º do TFUE. São aplicadas altas coimas a quem seja apanhado a participar em cartéis, estando a cargo da Direção-Geral da Concorrência da Comissão Europeia a aplicação das leis anticoncorrenciais<sup>31</sup>.

Sendo assim, as empresas têm um certo interesse em ver essas penalidades reduzidas ou mesmo inexistentes, daí que tenha tanta importância a existência de um regime de clemência<sup>32</sup>.

Assim sendo, a legislação europeia dos cartéis abrange quatro tópicos principais<sup>33</sup>: 1) configuração da legislação sobre os cartéis; 2) cumprimento do sistema de leis sobre cartéis; 3) modo de regulação; 4) programa de clemência.

O primeiro programa de clemência na UE foi realizado em 1996, tendo como exemplo o programa de clemência implementado nos EUA muitos anos antes. Foi depois revisto em 2002 e ainda em 2006. Estas revisões fizeram com que o regime de clemência fosse progressivamente mais detalhado e generoso. Nomeadamente, em 2006<sup>34,35</sup>:

- possibilitou-se a clarificação e uma maior flexibilidade do regime de clemência, nomeadamente quanto à imunidade e às condições para reduções das coimas;

---

<sup>31</sup> CATARINA MARVÃO, “The EU Leniency Programme and Recidivism”, *Rev Ind Organ* 48, p. 2 (2016). Disponível em: <https://www.econstor.eu/bitstream/10419/204738/1/site-wp0027.pdf> (consultado a 25 de Outubro de 2020). É esta a entidade que a empresa que queira apresentar um requerimento de clemência em matéria de coimas, deve contactar. – ANDRZEJ KMIECIK /ANDREAS REINDL, “European Union”, in *Competition Enforcement Agencies Handbook 2019*, GCR Insight, pp. 94 a 108 (2019).

<sup>32</sup> SCOTT D. HAMMOND, “Cornerstones of an effective leniency program”, presented on the occasion of Chilean Competition Day, p. 5 (2009). Disponível em: [http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/03/2009\\_ddcc\\_0004.pdf](http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/03/2009_ddcc_0004.pdf) (consultado a 17 de Outubro de 2020).

<sup>33</sup> DZMITRY BARTALEVICH, «EU competition policy and U.S. antitrust: a comparative analysis», *European Journal of Law and Economics*, vol. 44, issue 1, n.º 5, p. 92 (2017).

<sup>34</sup> Que introduziu a regulação atual do regime de clemência, nomeadamente a Comunicação da Comissão relativa à imunidade em matéria de coimas e à redução do seu montante nos processos relativos a cartéis - 2006/C 298/11. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2006:298:0017:0022:PT:PDF>.

<sup>35</sup> CATARINA MARVÃO, “The EU Leniency Programme and Recidivism”, *Rev Ind Organ* 48, p. 4 (2016). Disponível em: <https://www.econstor.eu/bitstream/10419/204738/1/site-wp0027.pdf> (consultado a 25 de Outubro de 2020).

- introduziu-se o *discretionary marker system*, para preservar a posição do requerente como sendo o primeiro a denunciar o cartel.

Em 2004, foi criada a Rede Europeia de Concorrência<sup>36</sup> que tem o objetivo de facilitar a cooperação entre os Estados-Membros, quanto ao Direito da Concorrência. Trata-se de uma rede de partilha de decisões e experiências, que possibilita a harmonia das autoridades da concorrência nacionais.

Seguindo o mesmo objetivo, surgiu a Diretiva 2019/1<sup>37</sup>. A Diretiva permite assim que as autoridades da concorrência nacionais apliquem mais eficazmente as regras de concorrência europeias, garantindo que dispõem das garantias de independência, dos meios e das competências de investigação e decisão necessárias, sobretudo quanto à aplicação de coimas. É, em suma, uma tentativa de criar um *level playing field* entre as autoridades da concorrência nacionais<sup>38</sup>.

## 2.2. Regime atual

O regime atual do sistema de clemência na UE está consagrado numa Comunicação de 2006<sup>39,40</sup>. A imunidade será assim, concedida à primeira empresa que disponibilize informações e prova suficiente que permita ou realizar uma inspeção ao cartel denunciado, ou definir a existência de violação do artigo 101.º do TFUE.

Para que se realize uma inspeção, a empresa tem que apresentar uma declaração, na qual se inclua uma descrição do conluio, os seus dados e os dados das empresas participantes no cartel e ainda, informação para que se possa contactar as autoridades de concorrência internacionais, quando for caso disso. É também necessário que a empresa disponibilize todos os meios de prova a que tem acesso. Alerta-se ainda que a imunidade não poderá ser concedida, se à data do pedido de clemência, a Comissão já tiver prova suficiente que lhe permita avançar com uma inspeção ou se já a tiver realizado.

---

<sup>36</sup> Disponível em [https://ec.europa.eu/competition/ecn/index\\_en.html](https://ec.europa.eu/competition/ecn/index_en.html).

<sup>37</sup> Diretiva (UE) 2019/1 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de dezembro de 2018. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019L0001&from=EN>.

<sup>38</sup> MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES / ALBERTO SAAVEDRA, «Diretiva ECN+ e a Nova Era do Direito da Concorrência (Desafios e Limites)», *Revista Ordem dos Advogados*, ano 80, Jan.-Jun., pp. 221-222 (2020).

<sup>39</sup> Comunicação da Comissão relativa à imunidade em matéria de coimas e à redução do seu montante nos processos relativos a cartéis - 2006/C 298/11. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2006:298:0017:0022:PT:PDF>.

<sup>40</sup> Em Portugal, o regime de clemência está previsto na Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio, nomeadamente nos artigos 75.º a 82.º. Disponível em: <https://dre.pt/application/conteudo/553391>. No entanto, este não será o objeto de estudo.

Já para que se defina a existência de violação do artigo 101.º do TFUE, a Comissão não pode dispor, à data do pedido, de prova suficiente que prove essa violação e não pode ter sido concedida imunidade condicional. Assim, a empresa deve ser a primeira a apresentar prova incriminatória do cartel em causa e deve ainda apresentar uma declaração como a descrita no considerando 9, alínea a).

São ainda requisitos, quer esteja em causa a realização de uma inspeção, quer esteja em causa a existência de violação do artigo 101.º do TFUE:

- A empresa cooperar sincera e plenamente, de forma permanente, durante todo o processo;
- O requerente terminar o seu envolvimento com o cartel, imediatamente a seguir ao requerimento de clemência (exceto se tal vier a comprometer a integridade da investigação);
- O requerente não destruir, falsificar ou dissimular elementos de prova, nem divulgar a intenção de se apresentar a clemência ou o teor do pedido (salvo a outras autoridades de concorrência);
- Não coagiu outrem a entrar ou a manter-se no cartel<sup>41</sup>.

Ao contrário do que acontece nos EUA, a imunidade não significa que não haja uma sentença. A Comissão terá sempre que adotar uma decisão quando é descoberta uma infração ao artigo 101.º do TFUE, mesmo que tal decisão diga apenas que não será imposta uma coima. Além disso, a imunidade não se expande aos trabalhadores da empresa e não existe nenhum regime de clemência para sujeitos individuais<sup>42</sup>.

Mesmo que as empresas não preencham os requisitos para obterem imunidade, o regime de clemência europeu prevê a possibilidade de serem elegíveis a reduções das coimas, para isso:

- Tem que apresentar informação e prova que representa valor acrescentado significativo à prova que já existia;
- A empresa coopera sincera e plenamente, de forma permanente, durante todo o processo;

---

<sup>41</sup> Caso a empresa tenha coagido, apesar de já não poder ser candidata a imunidade, poderá ainda usufruir de uma redução da coima.

<sup>42</sup> WOUTER P.J. WILS, «Leniency in Antitrust Enforcement: Theory and Practice», *World Competition*, Vol. 30, n.º 1, March, p. 35 (2007).

- O requerente termina o seu envolvimento com o cartel, imediatamente a seguir ao requerimento de clemência (exceto se tal vier a comprometer a integridade da investigação);
- O requerente não destrói, falsifica ou dissimula elementos de prova, nem divulga a intenção de se apresentar a clemência ou o teor do pedido (salvo a outras autoridades de concorrência);

Os primeiros a preencherem estes requisitos recebem uma redução de 30 a 50%; os segundos recebem uma redução de 20 a 30%; e os restantes recebem uma redução até 20%. O valor da redução em concreto, será decidido tendo em conta a data da apresentação dos elementos de prova que têm um valor acrescentado significativo à prova que já existia.

Para ajudar a calcular o valor da coima em concreto, também em 2006, a Comissão Europeia apresentou uma Orientação<sup>43</sup> para auxiliar nessa tarefa. É esse cálculo da coima, que depois permite concluir qual o valor da redução em termos absolutos. WOUTER WILS<sup>44</sup>, ao analisar esta Orientação, chega à dedução de que a empresa que criou maiores danos é aquela que terá uma maior coima, e conseqüentemente será aquela que mais terá a ganhar com a aplicação do regime de clemência.

Há ainda a possibilidade de ser dada imunidade parcial, isto é, se o requerente a uma redução da coima for o primeiro a apresentar prova convincente que a Comissão Europeia utiliza para estabelecer factos adicionais à gravidade ou duração do cartel, então a Comissão Europeia não terá em conta essa prova adicional quando estabelecer o montante da coima aplicável a essa empresa.

É ainda relevante mencionar que o regime de clemência europeu prevê o *discretionary marker system*, que serve para preservar a posição do requerente como sendo o primeiro a chegar-se à frente e desvendar o cartel. Isto é, o “marco” acaba por funcionar como uma forma de a empresa, numa primeira fase proteger a sua posição para que consiga ter tempo para preencher todos os requisitos. Quando é aceite o marco, a Comissão Europeia fixa o prazo máximo dentro do qual a empresa terá que completar o requerimento de clemência. No entanto, é dito na Comunicação que: “*As empresas a*

---

<sup>43</sup> Orientações para o cálculo das coimas aplicadas por força do n.º 2, alínea a), do artigo 23.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003 – 2006/C 210/02. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2006:210:0002:0005:PT:PDF>.

<sup>44</sup> WOUTER P. J. WILS, «The Use of Leniency in EU Cartel Enforcement: An assessment after twenty years», *World Competition*, Vol. 39, n.º 3, September 2016, Kluwer Law International: Holanda, p. 352 (2016).

*quem foi concedido um marco não podem completar o pedido de imunidade apresentando um pedido formal em termos hipotéticos.”<sup>45</sup>*

Em 2019, o regime de clemência europeu foi complementado com a Diretiva comumente conhecida como ECN<sup>46</sup>. Esta Diretiva deu passos muito importantes na harmonização da aplicação do Direito da Concorrência, pelas autoridades da concorrência nacionais. Acrescentaram-se regras vitais para colmatar falhas sentidas pelo sistema, precisamente pela grande variedade de regimes de clemência que os Estados-Membros aplicam em cada ordenamento jurídico. Nomeadamente, foram criadas normas que têm em vista evitar possíveis situações de *one-stop-shop*. Prevê-se assim, que o facto de uma empresa pedir com sucesso clemência à Comissão ou a uma autoridade da concorrência nacional, não lhe garante clemência noutra autoridade da concorrência de outro Estado-Membro. A empresa tem sim, que requerer o pedido de clemência perante cada Estado-Membro envolvido no cartel.

Além disso, para prosseguir também este objetivo, o artigo 21.º estabelece a obrigação de todos os Estados-Membros preverem um sistema de marcos e o artigo 22.º prevê os pedidos sumários. Isto é, se o requerente a clemência pediu um marco ou fez um pedido completo à Comissão, é possível esse mesmo requerente submeter um pedido sumário sobre o mesmo cartel, a uma autoridade da concorrência nacional desde que sejam afetados mais de três Estados-Membros. Durante o tempo em que a Comissão delibera se instruirá o processo ou não, as autoridades da concorrência nacionais envolvidas não poderão pedir mais informações. No caso de a Comissão não instruir o processo, já poderá ser requerido um pedido completo às autoridades da concorrência, sendo que *“Os Estados-Membros asseguram que as autoridades nacionais da concorrência que recebem pedidos sumários verificam se, à data de receção do pedido, já tinham recebido um pedido sumário ou completo de clemência de outro requerente em relação ao mesmo alegado cartel secreto.”<sup>47</sup>*

---

<sup>45</sup> Considerando 15 da Comunicação da Comissão relativa à imunidade em matéria de coimas e à redução do seu montante nos processos relativos a cartéis - 2006/C 298/11. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2006:298:0017:0022:PT:PDF>.

<sup>46</sup> Diretiva (UE) 2019/1 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de dezembro de 2018. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019L0001&from=EN>.

<sup>47</sup> Artigo 22.º, número 4 da Diretiva ECN+.

### 2.2.1. Em especial, o problema do acesso aos documentos de clemência por parte dos lesados

Apesar de o regime de clemência da UE não prever nenhuma condição de restituição aos lesados, é claro que o facto de serem aplicadas reduções ou imunidade às coimas, não significa que as empresas não possam vir a enfrentar consequências civis. Os particulares lesados que tenham sofrido danos graças a infrações dos artigos 101.º e 102.º do TFUE podem vir a propor ações contra os ofensores nos tribunais nacionais de cada Estado-Membro<sup>48</sup>.

Os lesados terão direito a uma compensação não só no valor dos danos realmente sofridos, como também no valor dos lucros que poderiam ter vindo a ganhar. No entanto, a Comissão admite que um dos maiores obstáculos dos autores das ações civis é obterem o acesso aos documentos de clemência<sup>49</sup>. Ora, como é necessária uma análise factual e económica bastante complexa, normalmente é o réu ou terceiros que têm na sua posse a prova necessária, consequentemente há uma grande dificuldade de propor ações<sup>50</sup> e por isso mesmo, o número de ações privadas é reduzido<sup>51</sup>.

Tudo isto porque é característico do Direito da Concorrência uma assimetria de informação<sup>52</sup>, que é resolvida através do pressuposto de que o lesado tem direito a obter informação necessária para a ação. Porém, essa obtenção está condicionada<sup>53</sup>.

A Diretiva 2014/104/UE (também conhecida por *Damages Directive*) foi um dos grandes desenvolvimentos para alcançar a harmonia a nível do *private competition*

---

<sup>48</sup> WOUTER P.J. WILS, «The relationship between public antitrust enforcement and private actions for damages», *World Competition*, Volume 32, n.º 1, March 2009, p. 3 (2009).

<sup>49</sup> ERIC MCCARTHY ET AL., «Litigation culture versus enforcement culture: A comparison of US and EU plaintiff recovery actions in antitrust cases», *The Antitrust Review of the Americas*, a Global Competition Review special report, p. 38 (2007).

<sup>50</sup> CLÁUDIA MASSA, «The Disclosure of Leniency Statements and Other Evidence under Directive 2014/104/EU», *Market and Competition Law Review*, vol. 11, n.º 1, Abril 2018, pp. 151-152 (2018).

<sup>51</sup> Entre 2006 e 2012, de 54 decisões contra cartéis da Comissão, seguiram apenas 15 ações privadas sobre o ilícito em um ou mais Estados-Membros – SOFIA PAIS / ANNA PISZCZ, «Package on Actions for Damages Based on Breaches of EU Competition Rules: Can One Size Fit All? », *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, vol. 2014, 7(10), p. 212 (2014).

<sup>52</sup> Para além deste fator, são apontadas outras justificações para a dificuldade que os lesados têm em provarem o dano, como a deterioração da prova ao longo do tempo, a limitada disponibilidade de informação antes dos anos 2000, a obrigação de guardar certos documentos apenas durante certo período em alguns países, o tempo e esforço despendidos para juntar os documentos suficientes e a própria língua em que se encontram as provas. - TILL SCHREIBER/CARSTEN KRÜGER/PÁDRAIC BURKE, “Practical challenges for cross-border follow-on actions”, in *Private Enforcement of EU Competition Law: The Impact of the Damages Directive*, Pier Luigi Parcu, Giorgio Monti e Marco Botta (ed.), Edward Elgar Publishing, pp. 20-22 (2018).

<sup>53</sup> SOFIA PAIS / ANNA PISZCZ, «Package on Actions for Damages Based on Breaches of EU Competition Rules: Can One Size Fit All? », *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, vol. 2014, 7(10), p. 212 (2014).

*enforcement*, esta contém as regras relativas a pedidos de indemnização por infrações do Direito da Concorrência. Ou seja, pretende-se encontrar um equilíbrio entre o direito de um lesado<sup>54</sup> aceder à prova necessária para apoiar a sua ação e a proteção dos documentos de clemência<sup>556</sup>.

Os documentos de clemência são a prova perfeita para confirmar a violação do Direito da Concorrência. São documentos auto-incriminatórios que poderão ser utilizados para vantagem do autor da ação civil. No entanto, se as empresas acharem que poderão ser expostas desta forma aos lesados, então não quererão participar no regime de clemência. Significa isto que um acesso demasiado fácil aos documentos de clemência poderá pôr em causa os próprios programas de clemência<sup>57</sup>.

Os artigos 5.º a 8.º da Diretiva criam um microssistema do direito da prova, especialmente baseado no papel central do juiz e no princípio segundo o qual o *private enforcement* não deve comprometer o *public enforcement*. Desta forma, conseguimos encontrar três tipos de listas de documentos: a lista branca, a lista negra e a lista cinzenta.

---

<sup>54</sup> Inclui-se como lesado quem seja adquirente direto ou adquirente indireto, segundo o artigo 12º da Diretiva.

<sup>55</sup> WILLIAM TURLE / CAMILLA SANGER, “EU Overview”, in *The Private Competition Enforcement Review*, ed. Ilene Kanble Gotts, pp. 1-14 (2018).

<sup>56</sup> Acerca deste equilíbrio entre o *private* e o *public enforcement*, PABLO GONZÁLEZ DE ZÁRATE CATÓN apresenta uma metáfora que bem esclarece a situação: “*Let us imagine a city, Antitrust Land, divided in two parts by a river. The growth of the city depends on its capacity to attract visitors. One part of the city attracts a lot of visitors (cartelists) since it is very well connected in terms of access (leniency programmes) and is therefore very rich. Everybody looks happy about that part of the city: the Mayor (the European Commission), since the whole country talks nicely about its access infrastructures, and tourist services (law firms), as they make a lot of money with visitors. This part of the city is called Public Enforcement Town and its citizen is the abstract consumer. The other part of the city is called Private Enforcement Town, where the concrete consumer lives. It is surrounded by mountains. As a result of this, it is clearly not as wealthy as the other one since visitors hardly ever pass by. Besides, the level of income greatly varies from one neighbourhood to another one as some parts of the town are better connected due to their own cableways. These three neighbourhoods are called United Kingdom, Germany and the Netherlands. At some point, somebody realizes that a bridge linking both parts (disclosure of leniency materials) of the city could contribute to attract tourists to Private Enforcement Town and therefore to boost its economic growth. Nevertheless, tourist services are clearly against and they say that Private Enforcement Town is so ugly that tourists will immediately leave the city and never be back. They also say that with that bridge in the future nobody will be tempted to come to Antitrust Land.*

*The question is not as simple as ‘bridge: yes or no?’. If yes, it must also be decided its location. It could link the heart of both parts (total disclosure of leniency documents) or it could be built in the surroundings of the city (disclosure of pre-existing documents).”* - PABLO GONZÁLEZ DE ZÁRATE CATÓN, “Disclosure of Leniency Materials: A Bridge between Public and Private Enforcement of Antitrust Law”, Research Paper in Law, 8/2013, p. 3 (2013). Disponível em: [https://www.coleurope.eu/system/tdf/researchpaper/researchpaper\\_8\\_2013\\_gonzalezdezaratecatón.pdf?file=1&type=node&id=14550&force=](https://www.coleurope.eu/system/tdf/researchpaper/researchpaper_8_2013_gonzalezdezaratecatón.pdf?file=1&type=node&id=14550&force=) (consultado a 28 de Outubro de 2020).

<sup>57</sup> KRYSZYNA KOWALIK-BAŃCZYK, «Access to leniency documents and actions for damages – an uneasy match», *Market and Competition Law Review*, vol. 1, n.º 1, Universidade Católica Editora Porto: Porto, pp. 173-174 (2017).

Do artigo 5.º, número 1 decorre que os tribunais nacionais têm que se certificar que os lesados apresentam uma justificação suficientemente fundamentada para acompanhar a plausibilidade da sua ação de indemnização para que possam aceder à prova na posse do demandando ou de terceiro. O lesado não tem que especificar exatamente a prova que quer, mas tem que formular o pedido o mais preciso e estrito quanto possível. Não devem assim ser possíveis pedidos demasiado abrangentes.

Segue-se que mesmo o acesso à prova permitido, deve ser realizado enquanto seja proporcional e necessário, devendo ser considerados os elementos descritos nas alíneas a), b) e c) do artigo 5.º, número 3. Acrescenta-se no artigo 6.º, número 4, fatores que os tribunais nacionais devem também ter em conta.

No entanto, a Diretiva traça alguns limites e vem dizer que os lesados não têm acesso assim tão simples a todo o tipo de prova. Há uma proteção acrescentada a certos documentos.

No artigo 6.º, número 6 encontram-se os documentos pertencentes à lista negra, o que quer dizer que, as propostas de transação e as declarações de clemência não podem ser transmitidas a terceiros. Isto justifica-se porque o fornecimento dos documentos de clemência<sup>58</sup> põe em causa o regime de clemência. Claro que, no entanto, temos que ponderar sempre os interesses dos lesados e por isso, no número 7 do artigo 6.º prevê-se a possibilidade de divulgação destes documentos, mediante uma avaliação prévia das consequências.

É ainda importante ressaltar que não se inclui aqui outros documentos que poderiam ser acedidos, mesmo que não se tivesse aplicado o regime de clemência. Isto é, não se inclui a informação pré-existente ao processo das autoridades da concorrência nacionais (considerando 28 da *Damages Directive*), mas já poderão ser incluídas citações diretas desses documentos de clemência ou procedimentos de transação noutros documentos (considerando 26 da *Damages Directive*).<sup>59</sup>

Já quanto à lista cinzenta, esta vem prevista no artigo 6.º, número 5. Estes documentos poderão ser divulgados, mas apenas após a conclusão do processo levado a

---

<sup>58</sup> Explica CLÁUDIA MASSA que os documentos de clemência “(...) *only comprise the corporate statements, which are the oral or written information provided voluntarily by, or on behalf of, an undertaking or natural person to the competition authority specifically for the purpose of obtaining immunity or a reduction of fines under the Commission’s or a national competition authority’s leniency programme.*” – CLÁUDIA MASSA, «The Disclosure of Leniency Statements and Other Evidence under Directive 2014/104/EU», *Market and Competition Law Review*, vol. 11, n.º 1, Abril 2018, p. 153 (2018).

<sup>59</sup> MARIA JOÃO MELÍCIAS, «The art of consistency between public and private enforcement», *C&R da AdC*, ano VII, n.º 26, Abril a Junho de 2016, p. 46 (2016).

cabo por uma autoridade de concorrência. Após o término do processo da autoridade de concorrência, deverão na mesma ser ponderados os requisitos dos artigos 5.º, número 3 e 6.º, número 4.

Porém, levanta-se a questão: se o processo da autoridade de concorrência tiver sido concluído com uma decisão e existir recurso dessa decisão, durante esse espaço de tempo é possível ou não a divulgação dos documentos? Acompanhamos a opinião de CLÁUDIA MASSA<sup>60</sup> que diz não ser possível o acesso aos documentos em causa, até que a decisão da autoridade de concorrência seja definitiva.

Por fim, a lista branca é composta pelos documentos previstos no artigo 6.º, número 9, ou seja, são todos aqueles que não estejam abrangidos pela lista negra ou cinzenta. Mesmo para esta categoria, no entanto, continuam a valer os requisitos de proporcionalidade anteriormente mencionados.

O artigo 7.º prevê uma norma que protege o uso abusivo do direito de acesso à prova e o artigo 8.º prevê as penalidades a que ficam sujeitos aqueles que desrespeitam alguma das regras enunciadas.

Do artigo 10.º, número 3 retiramos que existe um período de cinco anos para o lesado poder pedir indemnização pelos comportamentos do cartel, que começa a contar quando se reúnam os requisitos cumulativos do artigo 10.º, número 2, ou seja, a partir do momento em que a infração acaba e o lesado sabe (ou deveria saber): do comportamento e de que esse comportamento constitui uma infração; que a infração lhe causa danos; a identidade do infrator.

É importante lembrar que a própria Diretiva alerta que apesar do lesado dever ser indemnizado, não deve haver lugar a uma “reparação excessiva”<sup>61</sup>. Ou seja, explicam SOFIA OLIVEIRA PAIS e ANNA PISZCZ<sup>62</sup> que a UE decidiu que não cabe aos tribunais nacionais dos Estados-Membros corrigir decisões do *public enforcement*, através de indemnizações punitivas, múltiplas ou de outro tipo. O *private enforcement* não deve interferir nos programas de clemência, nem deve prejudicar a eficácia do *public enforcement*. Aliás, é possível afirmar que na UE é favorecido o *public enforcement* do

---

<sup>60</sup> CLÁUDIA MASSA, «The Disclosure of Leniency Statements and Other Evidence under Directive 2014/104/EU», *Market and Competition Law Review*, vol. 11, n.º 1, Abril 2018, pp. 155-156 (2018).

<sup>61</sup> Artigo 3º, número 3 da Diretiva 2014/104/EU.

<sup>62</sup> SOFIA PAIS / ANNA PISZCZ, «Package on Actions for Damages Based on Breaches of EU Competition Rules: Can One Size Fit All? », *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, vol. 2014, 7(10), p. 225 (2014).

Direito da Concorrência e por isso mesmo, o *private enforcement* acaba por aparecer em segundo plano.<sup>63</sup>

Apesar deste esforço legislativo, são várias as vozes críticas que se fazem ouvir. MASSA<sup>64</sup> diz-nos que a verdade é que o legislador europeu não conseguiu fazer com que os lesados com os comportamentos dos cartéis obtenham mais facilmente uma indemnização, sendo o grande problema do diploma o artigo 6.º, número 6, visto que todos os outros artigos parecem ir na direção de ajudar os lesados, menos este artigo. Propõe assim que se o legislador europeu pretender proteger as vítimas de cartéis, então o artigo 6.º, número 6 terá que ser repensado e ser menos rígido.

No mesmo registo segue CAUFFMAN<sup>65</sup>, que sugere uma limitação da responsabilidade dos candidatos a clemência a uma responsabilidade residual nas ações propostas pelos lesados. Já TILL SCHREIBER, CARSTEN KRÜGER e PÁDRAIC BURKE<sup>66</sup> defendem que a estrita proteção prevista no artigo 6.º, número 6 poderá entrar em conflito com alguns princípios fundamentais europeus por isso, embora esta norma deva ser interpretada de forma estrita, os lesados devem ter acesso parcial, quando possível, a documentos de clemência e propostas de transação, ao abrigo do artigo 6.º, número 8.

Na nossa opinião, a Diretiva 2014/104/UE não teve o sucesso almejado e não conseguiu facilitar o acesso aos documentos de clemência, por parte dos lesados. Acreditamos que este tenha sido o primeiro passo para alcançar uma harmonia entre o *private* e o *public enforcement*, mas o caminho ainda está longe de estar terminado. Apesar disso, não cremos que limitar a responsabilidade de quem se propõe a clemência nos pedidos de indemnização seja o mais justo, pois estaríamos a prejudicar quem não participou e ficou lesado com o comportamento dos cartéis. Assim, apesar de reconhecermos ser uma forma de incentivar a partilha dos documentos de clemência, a verdade é que não nos parece a melhor forma de equilibrar a balança. Uma hipótese mais justa e ponderada, seria a de incluir como requisito para a clemência, a própria

---

<sup>63</sup> MARIA ELISABETE RAMOS, «Situação do “private enforcement”», *C&R da AdC*, ano VII, n.º 27-28, Julho a Dezembro de 2016, p. 30 (2016).

<sup>64</sup> CLÁUDIA MASSA, «The Disclosure of Leniency Statements and Other Evidence under Directive 2014/104/EU», *Market and Competition Law Review*, vol. 11, n.º 1, Abril 2018, pp. 167-168 (2018).

<sup>65</sup> CAROLINE CAUFFMAN, “The European Commission Proposal for a Directive on Antitrust Damages: A first Assessment”, in M-EPLI, Maastricht European Private Law Institute, Working Paper N.º 2013/13, pp. 14-16 (2013). Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2339938](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2339938) (consultado a 29 de Outubro de 2020).

<sup>66</sup> TILL SCHREIBER/CARSTEN KRÜGER/PÁDRAIC BURKE, “Practical challenges for cross-border follow-on actions”, in *Private Enforcement of EU Competition Law: The Impact of the Damages Directive*, Pier Luigi Parcu, Giorgio Monti e Marco Botta (ed.), Edward Elgar Publishing, pp. 29-30 (2018).

indemnização aos lesados<sup>67</sup>, o que acabaria com o problema do acesso aos documentos de clemência.

Ademais, ao apresentar regras processuais e de procedimento gerais e pouco pormenorizadas, a UE abriu a porta à possível adoção por parte dos Estados-Membros de regras internas mais atrativas e assim criar uma corrida ao país com o regime mais vantajoso. Leva-se assim, precisamente ao contrário daquilo que a Diretiva pretendia: a uma assimetria legislativa entre os Estados-Membros<sup>6869</sup>.

Precisamente por todas as dificuldades levantadas é natural que os lesados tenham interesse que as autoridades da concorrência investiguem a infração. A Comissão Europeia pode assim vir a conduzir uma investigação tanto por iniciativa própria, como por queixa, no seguimento do disposto no artigo 7.º do Regulamento n.º 1/2003<sup>70</sup>.

Para facilitar a queixa por parte dos indivíduos que tenham conhecimento da existência de cartéis foi lançada em 2017 uma ferramenta para os *whistle-blowers* se manterem anónimos. Basta aceder ao *website*<sup>71</sup> que remete para uma página de envio de mensagens anónimo<sup>72</sup>.

---

<sup>67</sup> Neste sentido, encontramos o exemplo norte-americano, que tem provado ser um dos mais eficazes do Mundo e permite proteger os lesados (que são indemnizados), mas recompensar ao mesmo tempo, os requerentes de clemência, através da imunidade.

<sup>68</sup> Também desta opinião ANNA PISZCZ, “Is this rally a reform to facilitate follow-on actions for antitrust damages? Some thoughts on the Damages Directive”, in *Competition Law Challenges in the Next Decade*, Éditions Scientifiques Internationales, p. 72 (2016).

<sup>69</sup> Embora reconheçamos, como nos explica GIORGIO MONTI, que nem todas as questões são possíveis de serem codificadas, pois isso levaria a uma maior intromissão no direito nacional de cada Estado-Membro. - GIORGIO MONTI, “Liability issues not codified by the Damages Directive: how to fill such gaps?”, in *Private Enforcement of EU Competition Law: The Impact of the Damages Directive*, Pier Luigi Parcu, Giorgio Monti e Marco Botta (ed.), Edward Elgar Publishing, pp. 42-43 (2018).

<sup>70</sup> WOUTER P.J. WILS, «The relationship between public antitrust enforcement and private actions for damages», *World Competition*, Volume 32, N.º 1, March 2009, p. 3 (2009).

<sup>71</sup> <https://ec.europa.eu/competition/cartels/whistleblower/index.html>. Ainda numa tentativa de facilitar os pedidos de clemência e modernizar as ferramentas europeias, foi criado em 2019, o chamado *eLeniency* que permite as próprias empresas que pedem clemência enviarem os seus pedidos de uma forma simplificada. Disponível em: <https://ec.europa.eu/competition/cartels/leniency/eleniency.html>.

<sup>72</sup> No sentido também de proteger os *whistle-blowers*, foi aprovada a Diretiva (UE) 2019/1937 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de outubro de 2019, relativa à proteção das pessoas que denunciam violações do direito da União. Importa nomeadamente, o considerando 17: “Especificamente, a proteção dos denunciadores para reforçar a aplicação do direito da concorrência da União, incluindo no que diz respeito aos auxílios estatais, servirá para salvaguardar o funcionamento eficiente dos mercados na União, permitir a existência de condições equitativas para as empresas e proporcionar benefícios aos consumidores. No que diz respeito a normas do direito da concorrência aplicáveis às empresas, a importância das denúncias internas para a deteção de violações nesse domínio foi já reconhecida através da política de clemência seguida pela Comissão ao abrigo do artigo 4.º-A do Regulamento (CE) n.º 773/2004 da Comissão, assim como pela recente adoção, pela Comissão, de um instrumento de denúncia anónima. As violações relacionadas com o direito da concorrência e com as regras referentes aos auxílios estatais dizem respeito aos artigos 101.º, 102.º, 106.º, 107.º e 108.º do TFUE e às normas de direito derivado adotadas para a sua aplicação.”

Além disso, visto que normalmente o valor que cada indivíduo pede é baixo, mas o acesso aos tribunais é caro e demora muito tempo, poderá haver também um interesse por parte dos lesados nas ações coletivas<sup>73</sup>. Apesar do assunto já ter sido abordado pelas instituições europeias, todas as informações sobre o tema foram reveladas em atos não obrigatórios, nomeadamente na Recomendação 2013/396/EU<sup>74</sup>, onde se diz que os Estados-Membros devem implementar mecanismos que possibilitem uma ação coletiva.<sup>75</sup>

Na Recomendação, é proposto o modelo de *opt-in*<sup>76</sup>, visto que é aquele que melhor respeita a liberdade dos possíveis lesados que querem ou não participar na ação e cumpre a tradição da maior parte dos Estados-Membros. Sobre quem tem legitimidade para propor a ação, diz-se no considerando 18 que, caberá “(...) *a entidades certificadas ad hoc, entidades representativas designadas que satisfazem certos critérios fixados por lei ou por autoridades públicas.*” E, apesar de não se pormenorizar que critérios estão em causa concretamente, apresentam-se certas condições que a entidade representativa<sup>77</sup> deve cumprir:

- Entidade sem fins lucrativos;
- Relação direta entre os objetivos principais da entidade e os direitos garantidos pelo DUE que são violados em respeito dos quais a ação está a ser movida;
- Entidade com capacidade suficiente em termos financeiros, recursos humanos e apoio jurídico para representar vários lesados, agindo no seu melhor interesse.

---

<sup>73</sup> A Comissão explica que através das ações coletivas atinge-se um mecanismo que por razões de economia processual e/ou eficiência de aplicação se juntam ações semelhantes numa só ação. Isto traz grandes vantagens, aliás cerca de 80% dos consumidores europeus disseram que considerariam ir a tribunal se existisse a possibilidade de uma ação coletiva visto que assim, haveria uma divisão dos riscos e dos custos implicados numa ação.

<sup>74</sup> Recomendação da Comissão, de 11 de junho de 2013 sobre os princípios comuns que devem reger os mecanismos de tutela coletiva inibitórios e indemnizatórios dos Estados-Membros aplicáveis às violações de direitos garantidos pelo direito da União (2013/396/UE). Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32013H0396&from=EN>.

<sup>75</sup> SOFIA PAIS, «Private Antitrust Enforcement: A New Era for Collective Redress?», *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, vol. 2015, 8(12), pp. 14 e ss. (2015).

<sup>76</sup> Prevalece o modelo de *opt-in*, o que significa que a decisão do tribunal só é obrigatória a quem entrou na ação. Contrapõe-se a este modelo, o modelo de *opt-out*, que significa que a decisão é obrigatória a todos aqueles que não saírem da ação.

<sup>77</sup> TILL SCHREIBER, CARSTEN KRÜGER e PÁDRAIC BURKE são da opinião que as ações coletivas, especialmente quando dependentes de associações de consumidores, não são levadas a avante tipicamente por falta de incentivos, recursos e *know-how*. Por isso, consideram fundamental a criação de tribunais especializados, com pessoal adequado e com recursos organizacionais e técnicos. - TILL SCHREIBER/CARSTEN KRÜGER/PÁDRAIC BURKE, “Practical challenges for cross-border follow-on actions”, in *Private Enforcement of EU Competition Law: The Impact of the Damages Directive*, Pier Luigi Parcu, Giorgio Monti e Marco Botta (ed.), Edward Elgar Publishing, p. 35 (2018).

Há ainda a possibilidade de existirem ações coletivas sobre a mesma violação em vários países tendo em vista proteger grupos diferentes, o que salienta SOFIA OLIVEIRA PAIS<sup>78</sup>, cria o risco de *forum shopping*, algo ainda não abordado pela UE.

Portugal é um dos exemplos a seguir no que toca ao seu regime das ações populares, na nossa opinião. O sistema português segue o modelo *opt-out* e o direito à ação popular é um direito constitucional, previsto no artigo 52.º da Constituição da República Portuguesa e regulado na Lei n.º 83/95, de 31 de Agosto. A ação popular sempre pôde ser proposta, mesmo em situações de violação das leis da concorrência, pois apesar do artigo 53.º, número 3, alíneas a) e b) da Constituição da República Portuguesa não prever expressamente o pedido de indemnização por infrações anticoncorrenciais, a verdade é que esta enumeração é meramente exemplificativa.

No entanto, e para transpor a Diretiva 2014/104/EU, foi publicada a Lei n.º 23/2018, que contém regras quanto a ações de indemnização decorrentes da violação das regras da concorrência. Esta Lei passa a prever expressamente as ações populares nestas circunstâncias, nomeadamente no seu artigo 19.º e vem reforçar o já existente regime da lei civil geral.

Assim, as associações e fundações de defesa do consumidor, e as associações de empresas cujos associados sejam lesados pela infração ao Direito da Concorrência em causa, têm o direito de intentar uma ação popular para proteger os interesses de consumidores e das empresas que possam ter sido lesados por uma suposta violação.

Em suma, o exemplo português poderá ser tido em conta como um modelo a seguir por outros Estados-Membros, visto estar alinhado com os valores propostos pela UE e, como bem refere SOFIA OLIVEIRA PAIS<sup>79</sup>, através da ação popular os consumidores lesados ou as associações de consumidores conseguem mais facilmente ter a sua voz ouvida.

---

<sup>78</sup> SOFIA PAIS, «Private Antitrust Enforcement: A New Era for Collective Redress?», *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, vol. 2015, 8(12), pp. 20-21 (2015).

<sup>79</sup> *Idem*, p. 30.

### 2.2.2. Jurisprudência europeia

No seguimento da problemática acerca do acesso aos documentos de clemência por parte dos lesados, é importante em termos de contexto, estudarmos a jurisprudência europeia antes e depois da entrada em vigor da *Damages Directive*.

#### 1. *Pfleiderer*<sup>80</sup> - 14 Junho 2011

O caso conhecido como *Pfleiderer* foi dos primeiros com relevância nesta matéria, antes da Diretiva. A decisão do TJ decorre do pedido de acesso aos documentos de clemência por parte da empresa *Pfleiderer* (cliente das empresas punidas) tendo como objetivo preparar uma ação de indemnização.

Nesta decisão, o tribunal assume que qualquer lesado tem direito a reclamar o ressarcimento do dano que lhe foi causado pelo cartel e por isso mesmo, não deve ser vedado o acesso aos documentos de clemência. Aliás, acrescenta que as indemnizações civis contribuem para o sustento da efetividade da competição na UE. Cabe assim, aos Estados-Membros, na falta de leis europeias sobre o assunto, definir as condições através das quais esse acesso pode ser autorizado, tendo que haver uma reflexão dos interesses protegidos pelo DUE. Ou seja, tem que haver uma ponderação caso-a-caso, por parte dos tribunais nacionais, que devem ter nomeadamente em conta: os factos do caso à luz da lei nacional, o tipo de provas submetidas aquando do regime de clemência e, os direitos e interesses dos lesados.

MOODALIYAR<sup>81</sup> foi uma das vozes que se juntou contra esta decisão, visto que aos olhos de muitos, o tribunal falhou ao não dar os requisitos expressos para que exista a certeza de quando é que os documentos de clemência podem ser divulgados. Deixou-se nas mãos dos Estados-Membros essa determinação. SOFIA OLIVEIRA PAIS<sup>82</sup> sublinha que o tribunal apenas referiu o objeto idêntico do regime de clemência e da ação de indemnização, sem dar prioridade a um ou outro e sendo assim, não houve uma desvalorização do *public enforcement*.

#### 2. *Donau Chemie*<sup>83</sup> - 6 Junho 2013

---

<sup>80</sup> Acórdão do Tribunal de Justiça, de 14.06.2011, Proc. C-360/09.

<sup>81</sup> KASTURI MOODALIYAR, «Access to Leniency Documents: Should Cartel Leniency Applicants Pay the Price for Damages?», *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, vol. 2014, 7(10), pp. 173 a 177 (2014).

<sup>82</sup> SOFIA PAIS, «Entre clemência e responsabilidade – Uma história de sucesso?», *Cadernos de Direito Privado*, n.º 37, CEJUR: Braga, pp. 9 a 11 (2012).

<sup>83</sup> Acórdão do Tribunal de Justiça (Primeira Secção), de 06.06.2013, Proc. C-536/11.

Na seguinte decisão, o tribunal confirmou aquilo que foi afirmado no caso *Pfleiderer. Donau Chemie* foi uma das empresas condenadas a pagar uma coima pela participação num cartel, descoberto através do programa de clemência. No caso, é pedido por uma empresa lesada com o cartel, o acesso a esses documentos de clemência.

Decidiu-se que apenas se um documento apresentar um risco sério para a efetividade do regime de clemência, é que a sua não divulgação se justifica. No entanto, é sempre necessária uma ponderação caso-a-caso, pois qualquer um dos opostos extremos (quer nunca se aceite o acesso aos documentos, quer se aceite sempre o acesso aos documentos) pode fazer com que a aplicação dos artigos 101.º e 102.º do TFUE fique prejudicada.

O caso pode ser encarado como uma vitória para o *private enforcement*, no entanto, como bem reforça MOODALIYAR<sup>84</sup>, o tribunal limitou-se a reiterar a necessidade de uma ponderação dos Estados-Membros sem novamente definir critérios para tal ponderação. Criou-se assim, insegurança jurídica, visto que as autoridades de concorrência nacionais não podem garantir a proteção dos documentos de clemência e cabe a estas provar a importância do *public enforcement* no teste casuístico.

### 3. *Evonik Degussa*<sup>85</sup> - 14 Março 2017

Por fim, cabe agora analisar um caso decidido depois da entrada em vigor da Diretiva. Neste acórdão decidido pelo TJ, a *Evonik Degussa* (empresa que participou num cartel) vem opor-se à publicação da decisão condenatória desse cartel, no qual a empresa pediu clemência, tendo para o efeito contribuído para a detenção, investigação e prova deste ilícito e ficou imune à coima.

Na versão original não confidencial da decisão, a Comissão não publicou certos detalhes. No entanto, já em 2011, decidiu publicar uma versão mais alargada da decisão<sup>86</sup>. Opondo-se a esta nova versão, a *Degussa* foi recorrendo das decisões até chegar a questão ao TJ. Sendo que, argumentou a empresa que a decisão publicada em 2011 mencionava informações confidenciais, que ao serem publicadas violavam: 1) a confiança legítima de

---

<sup>84</sup> KASTURI MOODALIYAR, «Access to Leniency Documents: Should Cartel Leniency Applicants Pay the Price for Damages? », *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, vol. 2014, 7(10), pp. 177 a 179 (2014).

<sup>85</sup> Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção), de 14.03.2017, Proc. n.º C-162/15.

<sup>86</sup> Sobre esta tendência da Comissão Europeia pronuncia-se KRYSZYNA KOWALIK-BAŃCZYK, que afirma que há uma nova possibilidade da exposição dos documentos de clemência, através da publicação das decisões cada vez mais detalhadas. Algo visto como um claro apoio ao *private enforcement*. – KRYSZYNA KOWALIK-BAŃCZYK, «Access to leniency documents and actions for damages – an uneasy match», *Market and Competition Law Review*, vol. 1, n.º 1, Universidade Católica Editora Porto: Porto, pp. 182 a 184 (2017).

que essas informações, outrora comunicadas voluntariamente à Comissão, não fossem divulgadas e 2) o princípio da igualdade de tratamento quanto aos outros membros do cartel, que não cooperaram com a Comissão. Para além de que poderia prejudicar as atividades de inquérito da Comissão. Estas informações confidenciais permitiam detalhar os elementos constitutivos da infração e da participação da *Degussa* no cartel, o que fazia com que os lesados com o cartel pudessem mais facilmente provar o envolvimento da empresa no conluio e assim, serem indemnizados por esta.

O TJ veio dizer que estas informações, por terem mais de cinco anos, estão abrangidas pela presunção de perda do seu carácter secreto ou confidencial pelo decurso do tempo, sendo que esta presunção não foi ilidida pela *Degussa*. Além de que, não constitui interesse digno de proteção, o interesse de uma empresa não querer as suas condutas ilícitas divulgadas ao público. Acrescenta ainda o tribunal que, mesmo que as informações sejam obtidas através do regime de clemência, e embora se diga que a divulgação dos documentos de clemência seja prejudicial aos objetivos de inspeção e inquérito da Comissão, a verdade é que tal não significa que a Comissão não possa publicar informações relativas aos elementos constitutivos de uma infração apresentados no âmbito do programa de clemência.

Em suma, ficou confirmado que não é por uma empresa beneficiar de clemência, que os documentos por ela fornecidos beneficiam logo de uma proteção de confidencialidade, sem mais. Sendo que é ainda importante lembrar que há uma grande diferença entre citações literais dos documentos de clemência (que nunca podem ser divulgadas) e citações literais de elementos de informação tirados dos documentos fornecidos à Comissão no âmbito de um pedido de clemência (que podem ser divulgadas, mediante ponderação).

### 3. O regime de clemência norte-americano

#### 3.1. Enquadramento histórico

Os EUA tratam os cartéis como *felony crimes* e por isso, os indivíduos e as empresas estão sujeitos a penas de prisão ou multas<sup>87</sup>. A aplicação das leis anticoncorrenciais cabe ao DOJ e a investigação da existência de cartéis conta com a ajuda de variadas técnicas de investigação (chega até a ser possível a utilização de escutas telefónicas<sup>88</sup>) e com a assistência de agentes do FBI e da INTERPOL. Precisamente pelas práticas anticoncorrenciais serem criminalmente punidas, há um grande interesse de cooperação na investigação, em troca de imunidade<sup>89</sup>.

Essa imunidade consegue-se através dos regimes de clemência. Os EUA foram o primeiro país a inserir na sua ordem jurídica o regime de clemência, em 1978 e a partir daí, foram vários os países que seguiram o seu exemplo<sup>90</sup>. No entanto, este regime não era muito utilizado no início visto não trazer grandes benefícios e não ser suficientemente transparente<sup>91</sup>. Aponta ainda DESBROSSE<sup>92</sup> como principais razões para este insucesso, o facto de a clemência não ser automática e a declaração de clemência ser apenas uma declaração unilateral sem força jurídica vinculativa.

Só com a revisão, em 1993 é que o recurso a este sistema começou de forma exponencial. Esta revisão proporcionou um regime mais transparente, aumentaram-se as oportunidades e os incentivos das empresas em reportarem atividade criminal e a cooperarem com o DOJ<sup>93</sup>.

A partir de 1994 passou a existir o programa de clemência individual que oferece aos indivíduos a possibilidade de amnistia, independentemente da empresa. Em 2004, com o *Criminal Penalty Enhancement and Reform Act* (ACPERA), veio-se prever que

---

<sup>87</sup>DZMITRY BARTALEVICH, «EU competition policy and U.S. antitrust: a comparative analysis», *European Journal of Law and Economics*, vol. 44, issue 1, n.º 5, pp. 98 e 99 (2017).

<sup>88</sup> Medida permitida em 2005, através do Antitrust Criminal Investigation Act de 2005.

<sup>89</sup> SCOTT D. HAMMOND, “Cornerstones of an effective leniency program”, presented on the occasion of Chilean Competition Day, p. 2 (2009). Disponível em: [http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/03/2009\\_ddcc\\_0004.pdf](http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/03/2009_ddcc_0004.pdf) (consultado a 17 de Outubro de 2020).

<sup>90</sup> KEVIN MADDEN / RYAN JOHNSON, «Evaluating the impact of leniency programs on fines imposed on detected price-fixing cartels», *Western Undergraduate Economics Review*, vol. 18, p. 40 (2019).

<sup>91</sup> MIKE CLOUTIER, “Empirical Investigation of the U.S. Corporate Leniency Program”, Working Paper Queens University, p. 4 (2011). Disponível em: [http://qed.econ.queensu.ca/pub/students/phds/cloutier/EmpiricalLeniency\\_MikeCloutier.pdf](http://qed.econ.queensu.ca/pub/students/phds/cloutier/EmpiricalLeniency_MikeCloutier.pdf) (consultado a 28 de Outubro de 2020).

<sup>92</sup> PIERRE DESBROSSE, “Les Programmes de Clémence à L’Épreuve de la Globalisation des Marchés”, *Revue Internationale de Droit Économique*, Vol. 2, pp. 217-219 (2010).

<sup>93</sup> SCOTT D. HAMMOND, “Cornerstones of an effective leniency program”, presented on the occasion of Chilean Competition Day, pp. 3 e 4 (2009). Disponível em: [http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/03/2009\\_ddcc\\_0004.pdf](http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/03/2009_ddcc_0004.pdf) (consultado a 17 de Outubro de 2020).

em vez de as empresas que requerem clemência pagarem *treble damages*<sup>94</sup> aos lesados, apenas pagarão os danos realmente sofridos (ou *single damages*)<sup>95</sup>. Acabou-se ainda com a solidariedade entre os membros do cartel, isto é, o membro que pedir clemência não é responsável solidariamente perante os restantes membros do cartel em ações civis<sup>96</sup>. Por fim, aumentou-se o máximo de pena de prisão aplicável de 3 anos para 10 anos e o valor máximo das multas de 10 milhões de dólares para 100 milhões de dólares<sup>97</sup>.

Assim, hoje em dia, a regulação dos cartéis e do regime de clemência encontra-se dispersa por vários documentos legislativos, designadamente: Sherman Act; Clayton Antitrust Act of 1914; Robinson-Patman Act of 1936; Corporate Leniency Policy; U.S. Antitrust Sentencing Guidelines; Antitrust Criminal Penalty Enforcement and Reform Act of 2004 (ACPERA).

### 3.2. Regime atual

A obtenção de imunidade por parte da empresa significa que esta não pagará multa e que os trabalhadores não irão para a prisão. Apenas uma única empresa pode ficar imune. Ou seja, a segunda empresa e subsequentes não terão direito a clemência, apenas poderão entrar em *plea agreements*<sup>98</sup> e verão as suas coimas ser reduzidas, no entanto, tal já não se insere no programa de clemência.

---

<sup>94</sup> O pagamento de *treble damages* traduz-se na possibilidade dos lesados, numa ação, terem direito ao triplo do que é pedido – KASTURI MOODALIYAR, «Access to Leniency Documents: Should Cartel Leniency Applicants Pay the Price for Damages?», *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, vol. 2014, 7(10), pp. 184 e 185 (2014).

<sup>95</sup> As *single damages* apenas terão lugar quando o juiz na ação civil determinar que a empresa que pediu clemência, coopera de modo satisfatório com o lesado, assumindo o seu comportamento anticoncorrencial e permitindo o acesso a todos os documentos necessários, bem como a testemunhos dos trabalhadores. Ou seja, os lesados nos EUA, têm certa facilidade em aceder a todos os documentos de que necessitam da empresa ou mesmo de terceiros e trabalhadores. - ERIC MCCARTHY ET AL., «Litigation culture versus enforcement culture: A comparison of US and EU plaintiff recovery actions in antitrust cases», *The Antitrust Review of the Americas 2007*, a *Global Competition Review special report*, pp. 38 e 39 (2007). No entanto, esta cooperação de modo satisfatório é uma expressão que se mantém por aprofundar. Em 2010, tendo em vista a sua densificação, o Congresso modificou o ACPERA para esclarecer que nesta ponderação, o tribunal também deve considerar o benefício da cooperação do requerente a clemência. – CHRISTINE VARNEY / JOHN TERZAKEN, “United States”, in *The Cartels and Leniency Review*, pp. 342 a 399 (2017).

<sup>96</sup> DZMITRY BARTALEVICH, «EU competition policy and U.S. antitrust: a comparative analysis», *European Journal of Law and Economics*, vol. 44, issue 1, n.º 5, p. 99 (2017).

<sup>97</sup> SOFIA JEONG, “*Incentives to comply with antitrust law: Corporate leniency policy in the United States and in Europe*”, Law Library Student-Authored Works, Paper 76, p. 3 (2010). Disponível em [https://readingroom.law.gsu.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=1075&context=lib\\_student](https://readingroom.law.gsu.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=1075&context=lib_student) (consultado a 25 de Setembro de 2020).

<sup>98</sup> Traduz-se num acordo entre as partes, no qual a empresa ou o indivíduo assume expressamente a culpa, em troca de uma redução da multa ou pena de prisão. É assim, apresentada uma proposta ao tribunal (redução da multa ou redução da pena de prisão), sendo que este acordo é obrigatório para as partes, mas não para o tribunal. No entanto, normalmente os tribunais tendem a concordar. Além disso, o réu terá ainda

Porém, mesmo para a primeira empresa que requer clemência, a imunidade está dependente do preenchimento de vários requisitos<sup>99</sup>:

- No momento do requerimento de clemência, o DOJ não tem nenhuma informação sobre a atividade ilegal;
- Aquando da descoberta da atividade ilegal ser reportada, a empresa agiu prontamente e efetivamente para terminar o seu papel nessa atividade;
- A empresa reporta a atividade com sinceridade e completude;
- A empresa coopera e continua a cooperar de forma completa e contínua com o DOJ durante toda a investigação;
- A empresa restitui as partes lesadas, quando possível;
- A empresa não coagiu outra parte em participar no cartel e não é o líder ou criador do cartel.

Se a empresa se qualifica para receber a imunidade, então todos os trabalhadores também estarão protegidos e não serão criminalmente acusados.

Quando o DOJ já tiver recebido informações sobre a existência do cartel e se já começou uma investigação, então a imunidade ainda poderá ser dada à primeira empresa que requeira clemência, desde que nesse momento o DOJ ainda não tenha informação suficientemente relevante contra essa empresa que resultaria numa provável condenação<sup>100</sup>. Aplicam-se ainda os mesmos requisitos acima mencionados: término da relação com o cartel; total cooperação; restituição dos danos aos lesados, quando possível.

Quanto à reparação dos danos aos lesados, como já previamente dito, apenas haverá lugar ao pagamento de *single damages* e não haverá responsabilidade solidária relativamente aos restantes membros do cartel. Os lesados podem pedir indemnização, com base no Clayton Antitrust Act de 1914, nomeadamente recorrendo a duas normas:

---

que concordar em prescindir do seu direito de recorrer da decisão, se a sentença seguir o acordo - WOUTER P.J. WILS, “Leniency in Antitrust Enforcement: Theory and Practice”, 30 in *World Competition*, p. 34 (2006).

<sup>99</sup> São vários os autores, como JOHN TERZAKEN e CHRISTINE A. VARNEY que se referem a esta modalidade de clemência como Tipo A de clemência. - VARNEY, CHRISTINE / TERZAKEN, JOHN, “United States”, in *The Cartels and Leniency Review*, Christine A Varney and John Terzaken (ed.), The Law Reviews, pp. 369 e 370 (2017).

<sup>100</sup> São vários os autores, como JOHN TERZAKEN e CHRISTINE A. VARNEY que se referem a esta modalidade de clemência como Tipo B de clemência. - VARNEY, CHRISTINE / TERZAKEN, JOHN, “United States”, in *The Cartels and Leniency Review*, Christine A Varney and John Terzaken (ed.), The Law Reviews, pp. 369 e 370 (2017).

- Seção 4: os lesados podem pedir indemnizações em dinheiro, bem como custos despendidos com advogados. Existe um período máximo de quatro anos para fazer tal pedido, que começa a contar a partir do momento em que a causa da ação começa;
- Seção 16: os lesados podem processar com recurso a uma medida cautelar. É discutido se neste caso também se aplicarão os quatro anos para fazer este pedido.

Os restantes membros do cartel que não requereram clemência terão que pagar *treble damages*. Nestes casos, o autor da ação não paga honorários aos advogados até conseguir o pagamento dos danos. O resultado é uma vitória tanto para o cliente, como para o advogado. Esta solução permite assim que os autores com poucos fundos levem a tribunal quem os lesou, sem terem que ir pagando a ação ao longo do tempo e permite aos advogados garantirem *treble damages*.<sup>101</sup>

Existe ainda a oportunidade dos lesados se juntarem numa ação coletiva, sendo o modelo aplicado o modelo *opt-out*, segundo a regra 23 do diploma Federal Rules of Civil Procedure. Sendo este tipo de ações muito utilizado pelos advogados norte-americanos.<sup>102</sup>

É possível concluir através destas regras protetoras dos lesados, que o *private enforcement* é fulcral nos EUA na persecução das práticas anticoncorrenciais das empresas<sup>103</sup>.

Há também o programa de clemência para sujeitos individuais, que podem pedir clemência e beneficiar de imunidade de condenação criminal. Para tal, é necessário que se preencham certos requisitos:

- O indivíduo tem que pedir clemência antes de ter sido iniciada qualquer investigação por parte do DOJ e que este não tenha recebido qualquer informação sobre a existência do cartel;
- O indivíduo tem que reportar o cartel com sinceridade e completude;
- O indivíduo coopera e continua a cooperar de forma completa e contínua com o DOJ durante toda a investigação;
- O indivíduo não coagiu outra parte a participar no cartel e não é o líder ou instigador do cartel.

---

<sup>101</sup> ERIC MCCARTHY ET AL., «Litigation culture versus enforcement culture: A comparison of US and EU plaintiff recovery actions in antitrust cases», *The Antitrust Review of the Americas*, a Global Competition Review special report, p. 39 (2007).

<sup>102</sup> Idem, p. 39.

<sup>103</sup> MARIA ELISABETE RAMOS, «Situação do “private enforcement”», *C&R da AdC*, ano VII, n.º 27-28, Julho a Dezembro de 2016, p. 32 (2016).

Este regime de clemência para os indivíduos faz com que a empresa entre numa corrida, não só com os seus concorrentes, mas também com os seus trabalhadores. Enquanto um trabalhador estiver em risco de exposição, a empresa encontra-se em risco. Ou seja, se a empresa requerer clemência, então esta e todos os seus trabalhadores evitarão condenação criminal. Se pelo contrário, não for a empresa a requerer clemência, então esta estará numa permanente corrida com os seus trabalhadores<sup>104</sup>.

No âmbito do sistema de clemência norte-americano, encontramos ainda duas políticas que visam densificá-lo:

1. Política de “*Amnesty Plus*”: modo de encorajar os requerentes a clemência de um cartel, que apesar de não preencherem os requisitos para conseguirem imunidade, têm informações relevantes sobre um segundo cartel onde aí sim, terão imunidade – se isso acontecer, tal também levará a uma redução da multa no primeiro conluio. A política de “*Amnesty Plus*” acaba por ser a garantia de mais do que 100% clemência pelo segundo cartel, isto porque, o requerente não terá apenas imunidade quanto ao segundo cartel, como também beneficiará de uma redução da multa quanto ao primeiro cartel.<sup>105</sup>
2. Política de “*Penalty Plus*”: se a empresa sabe da existência de um segundo cartel, e não o reporta e essa conduta é mais tarde descoberta, isso será um fator agravador na sentença.

Importa ainda referir a chamada “*Omnibus Question*”, que tem um papel essencial. Esta é uma questão incluída no modelo de aplicação a clemência, tendo em vista saber se haverá envolvimento num cartel relacionado com outro produto ou indústria.<sup>106</sup>

Por fim, tal como acontece no regime europeu, existe a possibilidade de pedir o marco. Quer isto dizer que, o lugar para o candidato a clemência fica guardado durante tempo pré-determinado<sup>107</sup>, até arranjar toda a prova que é necessária. Pode assim, obter-se o marco se:

---

<sup>104</sup> SCOTT D. HAMMOND, “Cornerstones of an effective leniency program”, presented on the occasion of Chilean Competition Day, pp. 7 e 8 (2009). Disponível em: [http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/03/2009\\_ddcc\\_0004.pdf](http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/03/2009_ddcc_0004.pdf) (consultado a 17 de Outubro de 2020).

<sup>105</sup> WOUTER P.J. WILS, “Leniency in Antitrust Enforcement: Theory and Practice”, 30 in *World Competition*, pp. 10 e 11 (2006).

<sup>106</sup> NICOLO ZINGALES, «European and American Leniency Programmes: Two Models Towards Convergence?», *Competition Law Review*, volume 5, issue 1, pp. 40 e 41 (2008).

<sup>107</sup> Explicam, CHRISTINE A VARNEY e JOHN TERZAKEN que o prazo costuma ser de 30 dias, no entanto, este prazo pode ser estendido se o DOJ entender que o requerente está a fazer um esforço para terminar a sua investigação em tempo útil. – CHRISTINE VARNEY / JOHN TERZAKEN, “United States”, in *The Cartels and Leniency Review*, pp. 342 a 399 (2017);

- O requerente a clemência reportar que descobriu prova indicando a existência de uma prática anticoncorrencial;
- Revela a natureza geral da conduta descoberta;
- Identifica a indústria, produto ou serviço envolvido com pormenores suficientes que permitam determinar se a clemência ainda é possível;
- E, na maior parte das vezes, identificar quem faz parte do conluio<sup>108</sup>.

### 3.3. As dificuldades do sistema

#### 3.3.1. Alternativas ao regime de clemência

No regime de clemência existe um raciocínio de esperar pelo culpado para confessar, uma realidade que, na verdade, não se encontra praticamente em nenhuma outra área de investigação criminal. Esta “*passive detection*”, mostrou-se muito eficaz, apesar de tudo. Além de que, o facto de nos cartéis, normalmente, as vítimas estarem difusas e nem saberem que são, efetivamente, vítimas leva a que os regimes de clemência tenham uma importância crucial na punição dos conluios<sup>109</sup>. Porém, embora no início da vigência dos regimes de clemência, num curto espaço de tempo, tenha existido um grande impacto e se tenham descoberto vários cartéis, a longo prazo constatou-se que o número de cartéis descobertos tem vindo a diminuir drasticamente<sup>110</sup>.

Já muitas vezes se fazem ouvir, que defendem que os regimes de clemência não devem ser a única forma de chegar aos cartéis e não devem ter a primazia que até agora têm tido.

Como defendem ROSA e ALBERT METZ<sup>111</sup>, posição que acompanhamos, as autoridades da concorrência dependem demasiado dos programas de clemência,

---

<sup>108</sup> Pode acontecer ser concedido um marco anónimo e como se explica: “*An anonymous marker is given when counsel wants to secure the client’s place first in line for leniency by disclosing the other information listed above, but needs more time to verify additional information before providing the client’s name. For example, the Division might give counsel two or three days to gather additional information and to report the client’s identity to the Division.*” - Frequently Asked Questions About The Antitrust Division’s Leniency Program And Model Leniency Letters (2017). Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/page/file/926521/download>.

<sup>109</sup> ROSA M. ABRANTES-METZ / ALBERT D. METZ, “The Future of Cartel Deterrence and Detection”, *CPI Antitrust Chronicle*, January, p. 3 (2019). Disponível em: <https://www.competitionpolicyinternational.com/the-future-of-cartel-deterrence-and-detection/> (consultado a 3 de Outubro de 2020).

<sup>110</sup> JOAN-RAMON BORREL ET AL., “25 Years of Leniency Programs: A turning point in cartel prosecution”, in *CPI Antitrust Chronicle*, January, pp. 2 e 6 (2019). Disponível em: <https://www.competitionpolicyinternational.com/25-years-of-leniency-programs-a-turning-point-in-cartel-prosecution/> (consultado a 29 de Outubro de 2020).

<sup>111</sup> ROSA M. ABRANTES-METZ / ALBERT D. METZ, “The Future of Cartel Deterrence and Detection”, *CPI Antitrust Chronicle*, January, p. 3 (2019).

descurando investigações próprias. Os regimes de clemência não devem ser postos de parte, mas devem ser complementados por outros métodos, através, por exemplo, de *active market screening*<sup>112</sup> ou programas de *whistleblowers*<sup>113</sup>.

Aliás, VARNEY e TERZAKEN<sup>114</sup>, enfatizam que o facto do DOJ depender tanto do regime de clemência, faz com que se descubram apenas os cartéis em que a confiança já está abalada, fazendo com que os cartéis com mais sucesso permaneçam indetetáveis.

Acrescenta-se que é necessária uma atualização das autoridades de concorrência. Isto é, com o avançar da tecnologia a olhos vistos, poderemos esperar que num futuro próximo, os membros dos cartéis passem a recorrer a novas tecnologias que não deixem vestígios. Assim sendo, conforme os métodos de comunicação se tornam mais sofisticados, os métodos de detenção devem acompanhar essa inovação<sup>115</sup>.

Nos EUA, houve ainda recentemente uma proposta de lei para proteger quem denuncia os cartéis, o chamado CAARA. Esta proposta não incluía incentivos financeiros e previa que se o trabalhador que denuncia a empresa para quem trabalha, sentir que há retaliação por denunciar, este poderá reportar a situação ao *Secretary of Labor*. Porém, esta lei não saiu do papel e mantém-se como uma possível proteção a ser acrescentada ao vasto regime norte-americano de clemência.

Apesar de todas as recomendações, a tendência norte-americana será a de não inovar, a não ser no sentido de aumentar o valor das multas e a pena de prisão, especialmente para quem não admita a culpa<sup>116</sup>.

---

<sup>112</sup> Estudar o mercado é uma ótima forma de descobrir cartéis e apresenta-se como um complemento aos regimes de clemência. Aliás, está comprovado que através destes estudos possibilita-se a descoberta de algo errado, o que leva as empresas a, com medo de serem apanhadas, pedirem clemência. Embora exista quem apresente argumentos contra os estudos de mercado, por serem demasiado caros e levarem muito tempo, a verdade é que os recursos serão sempre insuficientes. Para além disso, o central destes estudos é um teste em que se reconhecem padrões, algo hoje em dia facilmente realizado pela IA e pelos programas de computador.

<sup>113</sup> Sugere-se que um incentivo monetário faz com que exista um impulso à queixa, independentemente de quem denuncia fazer parte ou não de um cartel. Este incentivo justifica-se também porque quem denuncia arrisca o seu emprego, reputação e provavelmente nunca mais trabalhará no mesmo sector.

<sup>114</sup> CHRISTINE VARNEY / JOHN TERZAKEN, “United States”, in *The Cartels and Leniency Review*, pp. 342 a 399 (2017).

<sup>115</sup> ROSA M. ABRANTES-METZ / ALBERT D. METZ, «The Future of Cartel Deterrence and Detection», *CPI Antitrust Chronicle*, January, p. 4 (2019).

<sup>116</sup> CHRISTINE VARNEY / JOHN TERZAKEN, “United States”, in *The Cartels and Leniency Review*, pp. 342 a 399 (2017).

## 4. Balanço crítico

### 4.1. Semelhanças entre os sistemas

Foram várias as revisões feitas ao sistema de clemência, tanto norte-americano como europeu – isto demonstra um processo de experimentação entre as jurisdições. As autoridades da concorrência têm assim vindo a aprender como desenhar um sistema de clemência mais estável.<sup>117</sup>

Ao longo do trabalho foi possível concluir que existem pontos em comum nos regimes de clemência europeu e norte-americano, nomeadamente podem-se focar dois pontos essenciais em comum:

1. O primeiro membro do cartel a pedir clemência e a notificar as autoridades de um cartel ainda não descoberto terá direito a imunidade ou a uma baixa substancial das penalidades;
2. A clemência é oferecida a quem coopera e traz provas relevantes para a investigação.

### 4.2. Diferenças entre os sistemas

No entanto, é também possível apontar diversas diferenças entre os sistemas. Antes demais uma das mais significativas diferenças é que nos EUA, as práticas anticoncorrenciais, como os cartéis são punidas criminalmente, enquanto que na UE, as práticas anticoncorrenciais, como os cartéis são punidas como ofensas civis.

É ainda um importante diferenciador, o facto de, no programa de clemência americano, compensar os lesados pelos danos efetivamente sofridos e pelos custos com os serviços legais ser um dos requisitos para obter clemência. Mas, como é sabido, o programa de clemência europeu não abrange a compensação dos lesados, sendo que estes terão que propor uma ação civil contra os membros dos cartéis para serem compensados.

Na UE, prevê-se ainda forma de clemência às empresas que requeiram clemência, mas não são rápidas o suficiente para conseguirem o primeiro lugar<sup>118</sup>. Nos EUA, as regras são mais apertadas, existindo apenas clemência para a primeira empresa e não existem sequer descontos para outras empresas subsequentes que requeiram clemência. O que existe é um sistema de *plea agreements* para quem não seja o primeiro requerente de clemência, mas tal já não se enquadra no programa de clemência.

---

<sup>117</sup>WOUTER P.J. WILS, «Leniency in Antitrust Enforcement: Theory and Practice», *World Competition*, Vol. 30, n. ° 1, March, p. 41 (2007).

<sup>118</sup> Existem descontos até 50% para estas, desde que cooperem e reportem informação valiosa e relevante para provar o caso.

Por fim, mas não menos relevante, uma grande diferença prende-se com a existência de punição para indivíduos que participam em cartéis nos EUA, o que conseqüentemente originou a criação de um programa de clemência para pessoas singulares, algo que não aconteceu no programa europeu.

Esta análise permite concluir que, uma possível incorporação entre o sistema norte-americano e o sistema europeu será, a nosso ver, difícil de conceber (se não mesmo impossível). Razões de tradição jurídica, objetivos dos programas de clemência (nos EUA, releva-se a dissuasão dos comportamentos, enquanto que na UE, relevam-se os efeitos de deteção) e graus de proteção da própria concorrência e dos consumidores podem justificar as assinaladas diferenças entre os dois sistemas e a difícil combinação entre eles<sup>119</sup>.

### 4.3. Principais falhas

#### 4.3.1. Sistema norte-americano

Tanto o sistema norte-americano, como o sistema europeu poderiam beneficiar de uma conjugação de algumas regras um do outro.

O sistema norte-americano, nomeadamente, poderia ponderar a introdução de benefícios a quem não chega em primeiro lugar na luta do pedido de clemência. Isto porque ao dar-se também benefícios a quem chega em segundo lugar, dá-se uma razão para os membros dos cartéis confessarem conforme o tempo vai passando.<sup>120</sup>

Além disso, e como apontado por muitos autores como WOUTER, ALBERT METZ e ROSA ABRANTES-METZ, o recurso aos regimes de clemência não deve ter tanta preponderância como tem hoje. Isto é, as autoridades da concorrência têm dependido demasiado dos programas de clemência, descurando investigações que poderiam desenvolver, em vez de apenas esperar passivamente.

---

<sup>119</sup> NICOLO ZINGALES, «European and American Leniency Programmes: Two Models Towards Convergence?», *Competition Law Review*, volume 5, issue 1, pp. 55 a 60 (2008).

<sup>120</sup> Idem, pp. 55 a 60.

#### 4.3.2. Sistema europeu

Já quanto ao sistema europeu, sendo este mais recente em relação ao sistema norte-americano e tendo um regime meramente civil e não penal, encontram-se falhas mais evidentes.

O facto de não haver responsabilidade individual e sanções criminais, fará com que, na nossa opinião, este sistema nunca seja tão bem sucedido como o sistema norte-americano<sup>121</sup>. Existe até quem defenda que os cartéis, por trazerem consequências tão negativas, estão num nível de perigo bem superior em relação a outras infrações do Direito da Concorrência e, por isso, deveriam dar origem a punições criminais<sup>122</sup>.

Além de que, facilitar o pagamento aos lesados é algo positivo. No entanto, não é uma condição para a obtenção de imunidade restituir, quando possível os lesados<sup>123</sup>. Acrescenta-se que o difícil acesso aos documentos de clemência por parte dos lesados no sistema europeu poderá ter um efeito negativo, visto que aumentar-se-á o risco de as empresas pedirem clemência com o propósito de esconder tais documentos e dificultar assim o pagamento de indemnizações<sup>124</sup>.

Há ainda lugar à redução das coimas às empresas que não sejam as primeiras a requerer clemência, porém essa redução está dependente do valor acrescentado que trazem a uma investigação já a decorrer. O que acontece é que as empresas não sabem muitas vezes que informação é que a Comissão Europeia tem ou precisa, até porque em várias situações as investigações são secretas<sup>125</sup>.

Existe igualmente uma falta de clareza quanto ao que fazer às empresas que são várias vezes descobertas como fazendo parte de cartéis, isto é, se se deve atribuir-lhes uma redução das penalidades mais baixa, visto que o regime de clemência como agora está pode criar uma situação adversa. Do ponto de vista de uma empresa, é melhor aproveitar os lucros que se conseguem com os cartéis, até ao momento de reportar à

---

<sup>121</sup> SCOTT D. HAMMOND, “Cornerstones of an effective leniency program”, presented on the occasion of Chilean Competition Day, pp. 5 e 6 (2009). Disponível em: [http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/03/2009\\_ddcc\\_0004.pdf](http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/03/2009_ddcc_0004.pdf) (consultado a 17 de Outubro de 2020).

<sup>122</sup> NUNO CASTRO MARQUES, «A Different Path to the Same Old Question: Why Should Cartels be Criminalised?», *Market and Competition Law Review*, vol. 1, n. ° 2, Outubro 2017, pp. 142, 143 e 168 (2017).

<sup>123</sup> WOUTER P.J. WILS, «The relationship between public antitrust enforcement and private actions for damages», *World Competition*, Volume 32, N. ° 1, March 2009, p. 29 (2009).

<sup>124</sup> PAULINA KORYNCINKA-RZADCA, «International Conference on the Harmonisation of Private Antitrust Enforcement: A Central and Eastern European Perspective», *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, vol. 2015, 8(12), p. 293 (2015).

<sup>125</sup> CATARINA MARVÃO, “The EU Leniency Programme and Recidivism”, *Rev Ind Organ* 48, p. 4 (2016). Disponível em: <https://www.econstor.eu/bitstream/10419/204738/1/site-wp0027.pdf> (consultado a 25 de Outubro de 2020).

Comissão Europeia a existência de tais cartéis e assim conseguir ou uma redução de coima ou, até mesmo imunidade. Assim, para a Comissão Europeia, empresas que tenham participado em mais do que quatro cartéis nos últimos anos, devem ser vistas com um sinal de perigo, apesar dos cartéis descobertos graças a elas<sup>126</sup>.

---

<sup>126</sup> CATARINA MARVÃO, “The EU Leniency Programme and Recidivism”, *Rev Ind Organ* 48, pp. 21 (2016). Disponível em: <https://www.econstor.eu/bitstream/10419/204738/1/site-wp0027.pdf> (consultado a 25 de Outubro de 2020).

## Conclusão

O programa de clemência é uma das ferramentas mais eficazes na luta contra os cartéis. No entanto, é ainda discutido quais as características que deve possuir para alcançar a maior eficácia possível. É importante que qualquer ordem jurídica que queira introduzir a clemência, entenda que apesar de as empresas pertencentes a um cartel não serem punidas ou pagarem menos de coima, esse não é um fator preponderante para não aplicar um regime de clemência.

As vantagens, sem dúvida, que se sobrepõem às desvantagens. Um bom programa de clemência cria a incerteza entre os membros do cartel, o que conseqüentemente leva a um aumento dos custos de criar e manter cartéis. Para além disso, deve ser acompanhado por sanções que são eficazmente aplicáveis, ou seja, quem faz parte de um cartel tem medo de a qualquer momento ser descoberto e ser-lhe aplicadas graves conseqüências.

Uma corrida à clemência é também desejável, algo que é obviamente mais bem conseguido por países que apenas concedem clemência à primeira empresa que confessa. Mas, tal também é alcançável por outras ordens jurídicas, que apesar de concederem reduções das coimas a outras empresas, têm a imunidade reservada apenas à primeira empresa requerente.

Algo ainda a nossa ver indispensável em qualquer regime de clemência é a transparência e previsibilidade, o que assevera segurança e certeza jurídica para os requerentes de clemência. É fundamental as empresas saberem com o que podem contar e sentirem-se informadas aquando da sua decisão de requerer clemência. Mas, a segurança das empresas que denunciam fazer parte de um cartel, não é só relevante juridicamente. A verdade é que, um programa de clemência ideal protege os requerentes de clemência de possíveis represálias. Para que os membros dos cartéis possam denunciar, estes têm antes demais sentir que não vão ser prejudicados pelos restantes membros.

Por fim, é discutido o quão benéfico seria os programas de clemência incluírem recompensas aos requerentes. São vários os autores na doutrina que dizem serem positivo, pois leva a um maior incentivo para a denúncia. Não conseguimos, porém, seguir esse entendimento.

Os requerentes de clemência, apesar de confessarem fazerem parte de um cartel, não deixam de ter cometido uma ilegalidade. Ao atribuir recompensas a estes, estaríamos a beneficiar ainda mais empresas que prejudicaram tanto concorrentes, como possivelmente consumidores, com os seus comportamentos e que lucraram

indevidamente. Parece-nos que se as sanções a aplicar aos cartéis forem severas, a imunidade ou redução da coima serão incentivos suficientes para as empresas requererem clemência.

Estudadas as características que um programa de clemência deve conter, analisámos dois exemplos práticos: o exemplo europeu e o exemplo norte-americano. Concluímos que apesar de almejarem o mesmo, a punição dos cartéis, a verdade é que o sistema norte-americano é muito mais eficaz no alcance desse objetivo do que o sistema europeu.

São várias as falhas que podem ser apontadas ao regime desenhado pela UE, sendo uma das principais o facto de a Comissão Europeia não ter poderes penais e de não existirem sanções para pessoas singulares. É claro que sanções meramente financeiras também têm a sua eficácia, no entanto, quando comparadas com sanções criminais, especialmente quanto a indivíduos, a verdade é que facilmente entendemos que o incentivo à denúncia será superior nesta segunda opção.

Outro assunto que tem causado grande alvoroço, é o acesso aos documentos de clemência, por parte dos lesados. Apesar das tentativas, a UE ainda não conseguiu chegar ao equilíbrio entre o *private* e o *public enforcement*. Achamos particularmente, quanto a esta questão, que o exemplo norte-americano tem grande mérito na forma como protegeu os lesados. Devemos repensar o programa de clemência, incluindo como requisito o pagamento dos danos aos lesados com os comportamentos dos cartéis. Assim sendo, não conseguimos apoiar ideias como as de CAUFFMAN, que defende uma responsabilidade civil residual dos requerentes a clemência, em troca do acesso aos documentos de clemência por parte dos lesados. Esta solução, a nosso ver, desprotege fortemente os lesados e beneficia quem fez parte de um cartel e apesar de constituir um estímulo para a partilha dos documentos, a verdade é que não é a medida mais justa. Sendo que o resultado é alcançável através de outras medidas mais imparciais, na nossa opinião.

Ainda para proteção dos lesados, parece-nos que o DUE beneficiaria bastante se adotasse regras vinculativas sobre ações coletivas, tomando como exemplo ordens jurídicas como a portuguesa. Estas ações provam ser uma mais-valia, especialmente em casos em que se pretende indemnizar quem sofreu um dano com o comportamento dos cartéis. Normalmente, os valores a indemnizar são valores baixos e por isso, os lesados têm todo o interesse em partilharem os custos que uma ação no tribunal acarreta.

Finalmente, a UE, deve a nosso ver, criar mecanismos para evitar que as empresas possam pedir clemência mais do que quatro vezes. Se uma empresa requer clemência

mais do que quatro vezes, claramente que utiliza o programa de clemência para abusar do sistema. Lucra o mais possível com os cartéis, e uma vez que estes comecem a ficar instáveis, abandona e denuncia os restantes membros.

Pode ainda acontecer que as empresas formem vários cartéis e, se entenderem que são investigados ou mesmo apanhados num deles, vão pedindo à vez clemência. Assim, lucram enquanto podem e depois dividem entre todos as coimas. Para evitar este tipo de abusos, parece-nos prudente manter um registo de todos os membros dos cartéis e analisar quantas vezes os requerentes de clemência fazem parte de cartéis com as mesmas empresas.

No entanto, o programa de clemência norte-americano não é perfeito, existem alguns pontos em que poderá melhorar. Antes demais, é necessária uma mudança de pensamento, isto é, os EUA não podem depender tanto do programa de clemência para descobrirem os conluios. O país é um sucesso quanto ao número de cartéis que deteta, mas esse número tem começado a estagnar e por isso, não se deve descurar de outros métodos de investigação. Além do mais, introduzir benefícios a outras empresas que não cheguem em primeiro lugar na corrida pela clemência, levará à descoberta de mais e melhor informação acerca dos cartéis e a um maior incentivo à denúncia.

É assim possível perceber que apenas com tentativas se arranjará um sistema de clemência o mais eficaz possível, capaz de tanto desvendar cartéis, como arranjar o equilíbrio entre dar imunidade ou redução de coimas às empresas, sem esquecer o direito dos lesados nas ações civis. Acreditamos que a luta contra os cartéis é beneficiada com estes programas e que o sistema europeu, apesar de mais recente que o norte-americano, se encontra num bom caminho para o aperfeiçoamento do seu programa de clemência.

## Bibliografia

- ABRANTES-METZ, ROSA M. / METZ, ALBERT D., “The Future of Cartel Deterrence and Detection”, *CPI Antitrust Chronicle*, January (2019), disponível em: <https://www.competitionpolicyinternational.com/the-future-of-cartel-deterrence-and-detection/> (consultado a 3 de Outubro de 2020);
- ALVES, LILIANA ISABEL, *O regime de clemência na defesa da concorrência da União Europeia e em Portugal*, dissertação para Mestrado em Direito Ciências Jurídico-Económicas na Faculdade de Direito da Universidade do Porto (2015);
- ARENA, AMEDEO, «Game Theory as a Yardstick for Antitrust Leniency Policy: the US, EU, and Italian Experiences in a Comparative Perspective», *Global Jurist*, Vol. 11, Issue 1 (Topics), Article 5, pp. 1-13 (2011);
- AUBERT, CÉCILE ET. AL., “The Impact of Leniency Programs on Cartels”, Working Paper, University of Bordeaux and Toulouse School of Economics (2003), disponível em: [http://idei.fr/sites/default/files/medias/doc/by/rej/impact\\_leniency.pdf](http://idei.fr/sites/default/files/medias/doc/by/rej/impact_leniency.pdf) (consultado a 3 de Outubro de 2020);
- BARTALEVICH, DZMITRY, «EU competition policy and U.S. antitrust: a comparative analysis», *European Journal of Law and Economics*, vol. 44, issue 1, n. ° 5, pp. 91-112 (2017);
- BORREL, JOAN-RAMON ET AL., “25 Years of Leniency Programs: A turning point in cartel prosecution”, in *CPI Antitrust Chronicle*, January (2019), disponível em: <https://www.competitionpolicyinternational.com/25-years-of-leniency-programs-a-turning-point-in-cartel-prosecution/> (consultado a 29 de Outubro de 2020);
- CAUFFMAN, CAROLINE, “The European Commission Proposal for a Directive on Antitrust Damages: A first Assessment”, in M-EPLI, Maastricht European Private Law Institute, Working Paper N. ° 2013/13 (2013), disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2339938](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2339938) (consultado a 29 de Outubro de 2020);
- CATÓN, PABLO GONZÁLEZ DE ZÁRATE, “Disclosure of Leniency Materials: A Bridge between Public and Private Enforcement of Antitrust Law”, *Research Paper in Law*, 8/2013 (2013), disponível em: [https://www.coleurope.eu/system/tdf/research-paper/researchpaper\\_8\\_2013\\_gonzalezdezaratecaton.pdf?file=1&type=node&id=14555&force=](https://www.coleurope.eu/system/tdf/research-paper/researchpaper_8_2013_gonzalezdezaratecaton.pdf?file=1&type=node&id=14555&force=) (consultado a 28 de Outubro de 2020);

- CARMELIET, TINE, «How lenient is the European leniency system? An overview of current (dis)incentives to blow the whistle», *Jura Falconis*, 48, n. ° 3, pp. 463-512 (2012);
- CLOUTIER, MIKE, “Empirical Investigation of the U.S. Corporate Leniency Program”, Working Paper Queens University (2011), disponível em: [http://qed.econ.queensu.ca/pub/students/phds/cloutier/EmpiricalLeniency\\_MikeCloutier.pdf](http://qed.econ.queensu.ca/pub/students/phds/cloutier/EmpiricalLeniency_MikeCloutier.pdf) (consultado a 28 de Outubro de 2020);
- DESBROSSE, PIERRE, “Les Programmes de Clémence à L’Épreuve de la Globalisation des Marchés”, *Revue Internationale de Droit Économique*, Vol. 2, pp. 211-240 (2010);
- GORJÃO-HENRIQUES, MIGUEL / SAAVEDRA, ALBERTO, «Diretiva ECN+ e a Nova Era do Direito da Concorrência (Desafios e Limites)», *Revista Ordem dos Advogados*, ano 80, Jan.-Jun., pp. 219-256 (2020);
- HAMMOND, SCOTT D., “Cornerstones of an effective leniency program”, presented on the occasion of Chilean Competition Day (2009), disponível em: [http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/03/2009\\_ddcc\\_0004.pdf](http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/03/2009_ddcc_0004.pdf) (consultado a 17 de Outubro de 2020);
- JEONG, SOFIA, “Incentives to comply with antitrust law: Corporate leniency policy in the United States and in Europe”, Law Library Student-Authored Works, Paper 76 (2010), disponível em [https://readingroom.law.gsu.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=1075&context=lib\\_student](https://readingroom.law.gsu.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=1075&context=lib_student) (consultado a 25 de Setembro de 2020);
- JURKOWSA-GOMULKA, AGATA, «How to throw the baby out with the bath water Water. A Few Remarks on the Currently Accepted Scope of Civil Liability for Antitrust Damages», *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, vol. 2015, 8(12), pp. 61-77 (2015);
- KMIECIK, ANDRZEJ/REINDL, ANDREAS, “European Union”, in *Competition Enforcement Agencies Handbook 2019*, GCR Insight, pp. 94-108 (2019);
- KORYNCINKA-RZADCA, PAULINA, «International Conference on the Harmonisation of Private Antitrust Enforcement: A Central and Eastern European Perspective», *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, vol. 2015, 8(12), pp. 291-295 (2015);

- KOWALIK-BAŃCZYK, KRYSZYNA, «Access to leniency documents and actions for damages – an uneasy match», *Market and Competition Law Review*, vol. 1, n. ° 1, Universidade Católica Editora Porto: Porto, pp. 173-185 (2017);
- LEDDY, MARK / EWING, ELAINE, «Cartel leniency programs: Caveats and Costs», *Competition Law & Policy Debate*, vol. 1, issue 4, pp. 29-33 (2015);
- LELIEFELD, DANIEL / MOTCHENKOVA, EVGENIA, “To Protect in order to Serve, adverse effects of leniency programs in view of industry asymmetry”, TILEC Discussion Paper (2007), disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=963110](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=963110) (consultado a 29 de Outubro de 2020);
- MADDEN, KEVIN/JOHNSON, RYAN, «Evaluating the impact of leniency programs on fines imposed on detected price-fixing cartels», *Western Undergraduate Economics Review*, vol. 18, pp. 38-60 (2019);
- MARCOS, FRANCISCO, «A desordem judicial e a defesa da concorrência», *C&R da AdC*, ano X, n.º 37, Janeiro a Março, pp. 29-45 (2019);
- MARQUES, NUNO CASTRO, «A Different Path to the Same Old Question: Why Should Cartels be Criminalised? », *Market and Competition Law Review*, vol. 1, n. ° 2, Outubro, pp. 141-176 (2017);
- MARVÃO, CATARINA, “The EU Leniency Programme and Recidivism”, *Rev Ind Organ* 48 (2016), disponível em: <https://www.econstor.eu/bitstream/10419/204738/1/site-wp0027.pdf> (consultado a 25 de Outubro de 2020);
- MASSA, CLÁUDIA, «The Disclosure of Leniency Statements and Other Evidence under Directive 2014/104/EU», *Market and Competition Law Review*, vol. 11, n. ° 1, Abril 2018, pp. 149-169 (2018);
- MCCARTHY, ERIC ET AL., «Litigation culture versus enforcement culture: A comparison of US and EU plaintiff recovery actions in antitrust cases», *The Antitrust Review of the Americas*, a GlobalCompetition Review special report, pp. 38-42 (2007);
- MELÍCIAS, MARIA JOÃO, «The art of consistency between public and private enforcement», *C&R da AdC*, ano VII, n. ° 26, Abril a Junho, pp. 37-49 (2016);
- MONTI, GIORGIO, “Liability issues not codified by the Damages Diretiva: how to fill such gaps?”, in *Private Enforcement of EU Competition Law: The Impact of the*

- Damages Directive*, Pier Luigi Parcu, Giorgio Monti e Marco Botta (ed.), Edward Elgar Publishing, pp. 42-61 (2018);
- MONTI, MARIO, “Fighting Cartels – Why and How? Why should we be concerned with cartels and collusive behaviour?” - discurso de abertura da 3rd Nordic Competition Policy Conference (2000), disponível em: [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/SPEECH\\_00\\_295](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/SPEECH_00_295) (consultado a 3 de Novembro de 2020);
  - MOODALIYAR, KASTURI, «Access to Leniency Documents: Should Cartel Leniency Applicants Pay the Price for Damages? », *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, vol. 2014, 7(10), pp. 159-189 (2014);
  - NOWAG, JULIAN, *Algorithmic Price-Setting by Platforms*, Oxford Business Law blog, (2018), disponível em: <https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2018/11/algorithmic-price-setting-plattforms> (consultado a 31 de Março de 2021);
  - PAIS, SOFIA, «Entre clemência e responsabilidade – Uma história de sucesso?», *Cadernos de Direito Privado*, n.º 37, CEJUR: Braga, pp. 3-11 (2012);
  - PAIS, SOFIA/PISZCZ, ANNA, «Package on Actions for Damages Based on Breaches of EU Competition Rules: Can One Size Fit All? », *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, vol. 2014, 7(10), pp. 209-234 (2014);
  - PAIS, SOFIA, «Private Antitrust Enforcement: A New Era for Collective Redress? », *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, vol. 2015, 8(12), pp. 11-32 (2015);
  - PISZCZ, ANNA, “Is this rally a reform to facilitate follow-on actions for antitrust damages? Some thoughts on the Damages Directive”, in *Competition Law Challenges in the Next Decade*, Sofia Pais (ed.), Éditions Scientifiques Internationales, pp. 59-74 (2016);
  - RAMOS, MARIA ELISABETE, «Situação do “private enforcement”», *C&R da AdC*, ano VII, n.º 27-28, Julho a Dezembro, pp. 27-83 (2016);
  - RODRIGUES, NUNO CUNHA, «Contratação Pública e concorrência: de mãos dadas ou de costas voltadas?», *C&R da AdC*, ano VII, n.º 32, Outubro a Dezembro, p. 131-145 (2017);
  - SCHREIBER, TILL / KRÜGER, CARSTEN / BURKE, PÁDRAIC, “Practical challenges for cross-border follow-on actions”, in *Private Enforcement of EU Competition Law: The*

*Impact of the Damages Directive*, Pier Luigi Parcu, Giorgio Monti e Marco Botta (ed.), Edward Elgar Publishing, pp. 15-41 (2018).

- SPAGNOLO, GIANCARLO, “Divide et Impera: Optimal Leniency Programs”, CEPR Discussion Paper, N. ° 4840 (2005), disponível em: <http://ftp.zew.de/pub/zew-docs/veranstaltungen/rmic/papers/GiancarloSpagnolo.pdf> (consultado a 3 de Outubro de 2020);
- VARNEY, CHRISTINE / TERZAKEN, JOHN, “United States”, in *The Cartels and Leniency Review*, Christine A Varney and John Terzaken (ed.), The Law Reviews, pp. 357-399 (2017);
- WILS, WOUTER P.J., «Leniency in Antitrust Enforcement: Theory and Practice», *World Competition*, Vol. 30, n. ° 1, March, pp. 25-64 (2007);
- WILS, WOUTER P.J., «The relationship between public antitrust enforcement and private actions for damages», *World Competition*, Volume 32, n. ° 1, March 2009, pp. 3-26 (2009);
- WILS, WOUTER P. J., «The Use of Leniency in EU Cartel Enforcement: An assessment after twenty years», *World Competition*, Vol. 39, n. ° 3, September 2016, Kluwer Law International: Holanda, pp. 327-388 (2016);
- ZINGALES, NICOLO, «European and American Leniency Programmes: Two Models Towards Convergence? », *The Competition Law Review*, volume 5, issue 1, pp. 5-60 (2008).

## Legislação

### Europeia:

- Comunicação da Comissão relativa à imunidade em matéria de coimas e à redução do seu montante nos processos relativos a cartéis - 2006/C 298/11, disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2006:298:0017:0022:PT:PDF>;
- Diretiva 2014/104/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de novembro de 2014, relativa a certas regras que regem as ações de indemnização no âmbito do direito nacional por infração às disposições do direito da concorrência dos Estados-Membros e da União Europeia, disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0104&from=PT>;
- Diretiva (UE) 2019/1 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de dezembro de 2018, que visa atribuir às autoridades da concorrência dos Estados-Membros competência para aplicarem a lei de forma mais eficaz e garantir o bom funcionamento do mercado interno, disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019L0001&from=EN>;
- Diretiva (UE) 2019/1937 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de outubro de 2019, relativa à proteção das pessoas que denunciam violações do direito da União, disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019L1937&from=en>;
- Orientações para o cálculo das coimas aplicadas por força do n.º 2, alínea a), do artigo 23.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003 – 2006/C 210/02. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2006:210:0002:0005:PT:PDF>;
- Recomendação da Comissão de 11 de Junho de 2013 sobre os princípios comuns que devem reger os mecanismos de tutela coletiva inibitórios e indemnizatórios dos Estados-Membros aplicáveis às violações de direitos garantidos pelo direito da União – 2013/396/EU, disponível em:

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32013H0396&from=EN>;

- 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, disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003R0001&from=PT>;
- Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC\\_3&format=PDF](https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC_3&format=PDF).

#### Nacional:

- Lei n.º 83/95, de 31 de Agosto, disponível em: [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=722&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=722&tabela=leis);
- Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio, disponível em: <https://dre.pt/application/conteudo/553391>;
- Lei n.º 23/2018, de 5 de Junho, disponível em: <https://dre.pt/home/-/dre/115456103/details/maximized>.

#### Norte-americana:

- Antitrust *Criminal Penalty Enhancement and Reform Act* (“ACPERA”);
- Clayton Antitrust Act of 1914;
- Corporate Leniency Policy;
- Federal Rules of Civil Procedure;
- Robinson-Patman Act of 1936;
- Sherman Antitrust Act;
- U.S. Antitrust Sentencing Guidelines;

## Jurisprudência

- Acórdão do Tribunal de Justiça, de 14.06.2011, Proc. n.º C-360/09, disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=85144&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2593650>;
- Acórdão do Tribunal de Justiça (Primeira Secção), de 06.06.2013, Proc. n.º C-536/11, disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=138090&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2593783>;
- Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção), de 14.03.2017, Proc. n.º C-162/15, disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=188851&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2593826>.