



Guilherme Ferraz Torrão de Oliveira e Costa

**O (des)equilíbrio entre o *public* e o *private enforcement* do Direito da
Concorrência da União Europeia: a proibição de acesso às declarações
de clemência**

Dissertação com vista à obtenção do
grau de Mestre em Direito, na
especialidade de Direito Internacional
e Europeu.

Orientador:

Professor Doutor Lúcio Tomé Feteira, Faculdade de Direito da
Universidade Nova de Lisboa

Março de 2018



Guilherme Ferraz Torrão de Oliveira e Costa

O (des)equilíbrio entre o *public* e o *private enforcement* do Direito da Concorrência da União Europeia: a proibição de acesso às declarações de clemência

Dissertação com vista à obtenção do grau de Mestre em Direito, na especialidade de Direito Internacional e Europeu.

Orientador:

Professor Doutor Lúcio Tomé Feteira, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa

Março de 2018

DECLARAÇÃO DO NÚMERO DE CARACTERES

O corpo desta dissertação, incluindo espaços e notas, ocupa um total de 199 919 caracteres.

*Para a minha Mãe, a melhor pessoa
que conheço e com quem aprendo
diariamente a ser mais e melhor.*

AGRADECIMENTOS

O resultado final de um trabalho desta envergadura não seria o mesmo sem a ajuda, compreensão, apoio e sincera amizade de diferentes pessoas que muito contribuíram para o mesmo. Assim, faço o agradecimento individual a algumas dessas pessoas:

À minha Mãe, pela compreensão e acompanhamento diários, pelos conselhos e advertências carinhosas, pela crença absoluta em mim quando eu próprio duvido e pelo apoio incondicional e em todas as horas;

Ao meu Pai, pelo exemplo acadêmico de excelência, pela partilha e companheirismo nesta caminhada, pelo apoio constante e conselhos sábios e céleres;

À minha Irmã, pelo apoio incondicional e que, fruto de me conhecer como ninguém, sabe sempre o que eu preciso em cada momento, sendo dos alicerces mais profundos da minha vida;

À Maria Beatriz Pinto, por trilhar os caminhos da vida ao meu lado e cuja compreensão, carinho e apoio tornaram, como sempre, os momentos mais sinuosos deste percurso em meros desafios;

Ao João Francisco Diogo, o “irmão mais velho” que com paciência inabalável tem acompanhado o meu percurso e que consegue serenar os momentos mais agitados;

Ao Ricardo Santos, amigo e companheiro de tantos projetos e aventuras e que, como sempre, esteve irredutivelmente ao meu lado;

À Juliana Silva, com quem foram dados todos os passos deste enorme desafio que foi o Mestrado e cuja amizade foi uma das melhores coisas que o mesmo me trouxe;

Ao Martim Farinha, cuja boa disposição, alegria e otimismo lançaram luz e esperança nos momentos mais negros;

Ao Afonso Ferreira, à Ana Mendonça, à Sofia Lobão e à Sofia Teixeira, que há já vários anos têm um lugar especial na minha vida e que foram incansáveis no apoio, motivação e ânimo em momentos cruciais;

Ao João Araújo, que sendo o amigo mais recente daqueles que aqui se encontram, representou, pela sua disponibilidade, atenção e apoio, um auxílio frequente e muito importante;

... o mais sentido e verdadeiro “obrigado” por terem tornado os últimos meses mais fáceis.

Um sincero e especial agradecimento ao meu orientador, o Professor Lúcio Tomé Feteira por tão prontamente ter aceite orientar esta dissertação, pela celeridade, disponibilidade e amabilidade em todas as respostas, dúvidas e apoquentações, bem como pela confiança que sempre depositou em mim e pela tranquilidade transmitida em todos os momentos.

Por fim, um agradecimento a todos os restantes familiares e amigos que, direta ou indiretamente, contribuíram para a realização desta dissertação e possibilitaram o cumprimento dos objetivos a que me propus.

MODO DE CITAR E OUTRAS CONVENÇÕES

- I. Nas notas de rodapé, as monografias serão citadas, pela primeira vez, pela seguinte ordem: nome completo do autor (apresentando-se o seu último nome em primeiro lugar), título integral da obra, edição, local de publicação, editora, data (mês e ano) e página(s) em que se encontra a informação analisada. Nas citações seguintes, quando da mesma obra se trate, esta será identificada pelo nome completo do autor, seguido da abreviatura “*op.cit.*” e a indicação da(s) respectiva(s) página(s). No caso em que a referência em causa seja exatamente igual à anterior ou, não o sendo, apenas variem as páginas em análise, a indicação aparecerá com a abreviatura “*Ibid.*” e, quando aplicável, a referência às páginas em causa.

- II. Tratando-se de artigos de uma publicação periódica, a primeira citação será feita pela seguinte ordem: nome completo do autor (apresentando-se o seu último nome em primeiro lugar), título integral da obra, página(s) em que se encontra a informação analisada, nome do periódico, volume, número, data (mês e ano) e a indicação das páginas em que o artigo se encontra no periódico. Nas citações seguintes, quando da mesma obra se trate, esta será identificada pelo nome completo do autor, seguido da abreviatura “*op.cit.*” e a indicação da(s) respectiva(s) página(s). No caso em que a referência em causa seja exatamente igual à anterior ou, não o sendo, apenas variem as páginas em análise, a indicação aparecerá com a abreviatura “*Ibid.*” e, quando aplicável, a referência às páginas em causa. Para os artigos disponíveis *online* a hiperligação em causa encontrar-se-á na bibliografia que se situa no final da dissertação.

- III. Nas notas de rodapé, tanto para as monografias como para os artigos quando o mesmo autor tenha diferentes obras citadas, após a primeira citação, em derrogação do referido nos pontos I e II, as mesmas serão identificadas com o nome completo do autor, o título abreviado da obra e a(s) página(s) em que se encontra a informação analisada.

- IV. No caso de artigos disponíveis online, citar-se-á da seguinte forma: nome completo do autor (apresentando-se o seu último nome em primeiro lugar), título integral da obra, nome do site/blog e a(s) página(s) em que se encontra a informação analisada.
- V. Tratando-se de jurisprudência, sendo toda ela do Tribunal de Justiça da União Europeia, a citação em nota de rodapé será feita da seguinte forma: número do caso, nome das partes (referido em itálico), data do acórdão, ECLI e, quando necessário, a identificação do(s) parágrafo(s) relevantes.
- VI. As abreviaturas e outros símbolos, utilizadas no corpo do texto e nas notas de rodapé, estarão identificadas, por ordem alfabética, na lista de abreviaturas que se segue, não obstante a sua referência na primeira vez que se abrevia.
- VII. Expressões em latim ou em língua estrangeira serão apresentadas em itálico.
- VIII. A bibliografia presente no final da dissertação foi elaborada ao abrigo da Norma Portuguesa (NP) 405.

ABREVIATURAS

ACPERA	<i>Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act</i>
AG	Advogado Geral
ANC	Autoridade Nacional da Concorrência
Art.º	Artigo
Arts.	Artigos
CSWD	<i>Commission Staff Working Document</i>
DOJ	<i>Department of Justice</i>
DUE	Direito da União Europeia
EM	Estado(s) Membro(s)
EUA	Estados Unidos da América
FTC	<i>Federal Trade Commission</i>
Ibid.	<i>Ibidem/no mesmo lugar</i>
N.º	Número
<i>op.cit.</i>	<i>opere citato/obra citada</i>
p.	Página
PE	Parlamento Europeu
pp.	Páginas
TFUE	Tratado de Funcionamento da União Europeia
TG	Tribunal Geral
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
TUE	Tratado da União Europeia
UE	União Europeia
§	Parágrafo/Secção

RESUMO

No início do século XXI, a União Europeia despertou para a necessidade de desenvolver e regular a aplicação privada do direito da concorrência (essencialmente através de ações de indemnização), não só porque o mesmo se encontrava num estado de absoluto subdesenvolvimento, mas também porque, dada a forte tradição de aplicação pública no Direito da União Europeia, a coordenação e harmonização entre os dois “braços” do *enforcement* jus-concorrencial era essencial; assim, foram estes os principais objetivos de um longo processo que levou à adoção da Diretiva 2014/104/UE.

Contudo, devido à experiência europeia muito vincada na aplicação pública, muitos são os autores que vêem a aplicação privada como um mero instrumento compensatório, tendo estas opiniões marcado e condicionado as opções tomadas pelo legislador europeu. Neste sentido, a comparação com as soluções vigentes no ordenamento jurídico dos Estados Unidos da América reveste-se de elevado interesse, na medida em que a cultura e experiência de *private enforcement* do outro lado do Atlântico é deveras superior, representando o exemplo paradigmático à escala mundial.

Tendo em consideração que a análise factual para uma ação de indemnização no âmbito do direito da concorrência é bastante diferente daquela que é feita nas ações de indemnizações “clássicas” e que nas mesmas existe uma evidente assimetria de informação, em prejuízo dos lesados, as regras sobre o acesso a elementos de prova (arts. 5.º a 8.º da Diretiva) são de importância capital. Acontece que, na tarefa de gerir e coordenar os diferentes interesses em jogo (por um lado desenvolver a aplicação privada e por outro manter a atratividade de um dos principais mecanismos da aplicação pública, os programas de clemência), a Comissão Europeia estabeleceu, contrariamente ao determinado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia em 2011 e 2013, uma proibição absoluta e *per se* da divulgação das declarações de clemência.

Neste sentido, o objetivo primordial da presente dissertação é o de questionar a referida proibição absoluta, nomeadamente por a mesma poder, no limite, colocar em causa o princípio da efetividade. Para além disso, propõe-se uma hipótese que se entende ser mais garantística dos interesses das vítimas, sem que tal prejudique a atratividade para as empresas de apresentarem pedidos de clemência às autoridades competentes.

Palavras-chave: *private* e *public enforcement*; Diretiva 2014/104/UE; declarações de clemência; acesso a elementos de prova.

ABSTRACT

At the beginning of the XXI century, the European Union awoke to the need of developing the private enforcement of competition law (essentially through damage actions), not only because it was in a state of absolute underdevelopment, but also because, given the strong tradition of public enforcement in European Union Law, the coordination and harmonization between the two "arms" of competition enforcement was essential. Those were the main objectives of a long process which led to the adoption of Directive 2014/104/EU.

However, due to the very strong European experience in public enforcement, many authors see private enforcement as a mere compensatory instrument and such opinions conditioned the choices made by the European legislator. In this sense, the comparison with the legal system of the United States of America is of great interest, since the culture and experience of private enforcement on the other side of the Atlantic is indeed superior, representing a paradigmatic example worldwide.

Since the factual analysis of an action for damages under competition law is quite different from what is required in "classical" claims and, apart from that, the existence of a clear asymmetry of information in detriment of the victims, the rules on access to evidence (Articles 5 to 8 of the Directive) are of paramount importance. In the task of managing and coordinating the different interests at stake (on the one hand, developing private enforcement and, on the other, maintaining the attractiveness of one of the main mechanisms of public enforcement, the leniency programs), the European Commission has established, contrary to which was determined by the Court of Justice of the European Union in 2011 and 2013, an absolute and *per se* prohibition of the disclosure of the leniency statements.

In this sense, the main objective of this dissertation is to question such prohibition, because, in the worst-case scenario, it may put in question the principle of effectiveness. In addition, it is presented a hypothesis, which is believed to better safeguard the interests of victims, without putting in jeopardy the attractiveness to the undertakings to submit leniency applications to the competent authorities.

Key-Words: public and private enforcement; Directive 2014/104/UE; leniency statements; access to evidence.

Introdução

Em finais de 2014 foi adotada a Diretiva 2014/104/UE do Parlamento Europeu e do Conselho¹ (“Diretiva 2014/104” ou “a Diretiva”) com o propósito de harmonizar as regras aplicáveis às ações de indemnização nos Estados-Membros (“EM”) por violação do direito da concorrência nacional e europeu. A necessidade de um ato legislativo como este surgiu do reconhecimento pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (“TJUE”), no caso *Courage*², da existência de um direito de indemnização detido pelos particulares que sejam vítimas de comportamentos anti-concorrenciais. O referido caso veio dar início a um dos mais intensos debates na União Europeia (“UE” ou “União”) quanto ao sistema de aplicação do direito da concorrência; este via, assim, ser acrescentado à tradicional aplicação pública (*public enforcement*) promovida pela Comissão Europeia (“Comissão”) e Autoridades Nacionais da Concorrência (“ANC”) a aplicação privada (*private enforcement*) conseguida através de ações judiciais intentadas nos tribunais nacionais dos EM³. Assim, a aplicação pública e privada coexistem e são partes complementares do sistema geral de *enforcement*.

Acontece que, apesar da complementaridade, estes dois “braços” da aplicação do direito da concorrência são independentes, ou seja, não existe uma relação hierárquica entre ambos⁴, o que leva à necessidade de uma cuidada harmonização, de forma a que os mesmos não se prejudiquem um ao outro. Isto é especialmente premente no âmbito do art. 101.º do Tratado de Funcionamento da União Europeia (“TFUE”) e disposições normativas correspondentes no direito nacional dos EM devido aos programas de clemência, na medida em que a possibilidade de as empresas, ao colaborarem com as autoridades públicas, ficarem

¹ 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, J.O. 2014, L 349/1, mencionada como “Diretiva 2014/104” ou “a Diretiva”.

² Caso C-453/99 do Tribunal de Justiça *Courage Ltd contra Bernard Crehan e Bernard Crehan contra Courage Ltd e outros* (20 de setembro de 2001) EU:C:2001:465, mencionado como “Courage”.

³ Para efeitos da presente dissertação entende-se como *private enforcement* apenas ações de indemnização deixando de parte os processos de injunção (“injunction”).

⁴ Veja-se, entre outros: GORJÃO-HENRIQUES, Miguel e ANASTÁCIO, Catarina – “Anotação ao artigo 9.º”, pp. 102-103 in GORJÃO-HENRIQUES, Miguel (dir.) – “Lei da Concorrência – Comentário Conimbricense”, 1.ª edição, Coimbra: Almedina Editora, maio 2013, pp. 82-108.

expostas a ações de indemnização pode ser um desincentivo à colaboração. Tal situação acaba por ser preocupante, na medida em que a eficácia destes programas é importante (mas não absolutamente crucial) tanto para a aplicação pública como para a privada. Note-se que estas ações de indemnização podem ser de dois tipos: aquelas cuja propositura da ação pelos particulares ocorre independentemente de investigações ou decisões das autoridades competentes (ações de *stand alone*) ou aquelas em que os lesados dão início à ação judicial após a decisão de condenação por parte da Comissão/ANC's (ações de *follow-on*).

Tendo em consideração as maiores probabilidades de sucesso destas últimas (devido à decisão administrativa que precede o processo judicial revestindo-se a primeira de elevado valor probatório em favor dos lesados) e estando, atualmente, a descoberta de cartéis, pela parte de tais autoridades, muito ligada aos programas de clemência é evidente a necessidade da existência de regras que garantam a contínua atratividade dos referidos programas; por tais razões, esta procura incessante pelo correto equilíbrio entre o *public* e o *private enforcement* foi uma das linhas orientadoras da Proposta de Diretiva⁵ apresentada pela Comissão em 2013. Contudo, é questionável se, efetivamente, as regras da Diretiva 2014/104 consagraram uma otimização entre os dois “braços” da aplicação do direito da concorrência. Tendo em conta a estreita relação entre os programas de clemência e as ações de *follow-on*, ao longo da presente dissertação serão as ações deste tipo as que estarão em análise.

As ações judiciais de responsabilidade civil no direito da concorrência exigem uma complexa análise (factual, económica, entre outras) e a informação relevante encontra-se assimetricamente distribuída em prejuízo dos lesados⁶. Efetivamente, as informações que as vítimas necessitam para poderem provar o seu direito a serem indemnizadas encontram-se, quase sempre, na posse ou dos

⁵ Comissão Europeia – “Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a certas regras que regem as ações de indemnização no âmbito do direito nacional por infrações às disposições do direito da concorrência dos Estados-Membros e da União Europeia”, 11 de junho de 2013, mencionada como “Proposta de Diretiva” ou “a Proposta”, p. 3.

⁶ SAAVEDRA, Alberto – “Access by National Courts and Private Plaintiffs to Leniency Documents Held by the Commission”, p. 66, *Revista de Concorrência e Regulação*, N.º 10, 2012, pp. 65-89.

infratores ou da Comissão/ANC's fruto dos programas de clemência e investigações realizadas. Como tal, algumas das disposições mais significativas da Diretiva são as que se encontram nos arts. 5.º a 8.º e que visam suprir a desigualdade de armas existente nestas situações, dotando os tribunais nacionais de mecanismos jurídicos que lhes permitam ordenar a divulgação de elementos de prova. Isto verifica-se como altamente proveitoso para os lesados, pois, assim, estes podem beneficiar dos elementos de prova recolhidos pelas autoridades competentes, que se podem revelar determinantes para os mesmos provarem a sua pretensão, dados os amplos poderes de investigação das mesmas.⁷

Assim, de forma a assegurar os vários interesses em causa, existem regras específicas para a divulgação dos diferentes tipos de elementos de prova consoante a sensibilidade dos mesmos; neste sentido, é perfeitamente ajustado que para os elementos de prova produzidos para efeitos de apresentação de um pedido de clemência haja regras especiais, tornando o acesso aos mesmos mais restrito⁸. No contexto destas regras, os arts. 6.º/6 e 7.º/1 surgem como uma proteção absoluta à divulgação e utilização das declarações de clemência aos lesados, sem qualquer possibilidade de as vítimas argumentarem pela necessidade de acederem a tais documentos ou de os juízes nacionais terem os mesmos em consideração quando decidem um determinado litígio.

Entende-se que, uma proibição *per se* como esta pode pôr em causa a efetividade do direito de indemnização detido pelos lesados, uma vez que se considera não ser possível afirmar, *a priori*, que determinadas categorias de documentos não serão necessárias como meios de prova. A consagração desta proibição, que é prejudicial aos interesses dos lesados (tornando a prova mais difícil, nos casos em que não a inviabilize), parece incompatível com a ideia de que a aplicação privada tem um “papel igualmente essencial na aplicação das

⁷ ROSSI, Leonor e FERRO, Miguel Sousa – “O “Private Enforcement” do Direito da Concorrência e o acesso a elementos de prova”, pp. 132-133, *Revista de Concorrência e Regulação*, N.º 22, 2015, pp. 131-195.

⁸ Como exemplo veja-se o art. 6.º/5 da Diretiva.

regras da concorrência”⁹ relativamente ao *public enforcement*. Compreende-se que o objetivo da Comissão com a estipulação de uma proibição absoluta como esta era o de proteger a atratividade dos programas de clemência, mas, conforme será desenvolvido adiante, perfilha-se a opinião de que um mecanismo tão inflexível como este não corresponde à melhor otimização possível entre a aplicação pública e privada do direito da concorrência.

Quer pela clareza das disposições da Diretiva, quer pelo facto de estas não conterem qualquer margem de conformação para os legisladores nacionais¹⁰, esta proteção absoluta será a solução em vigor na UE até uma eventual alteração da Diretiva. Tendo isto em consideração a análise aqui levada a cabo irá focar-se em exclusivo no direito europeu da concorrência, sendo feitas apenas pequenas e pontuais referências às leis dos EM quando necessário e oportuno. Contudo, e é esse o objetivo da presente dissertação, a inevitabilidade desta proibição *per se* não obsta a que se discuta se a mesma consubstancia a melhor opção para garantir a atratividade dos programas de clemência e, simultaneamente, promover o desenvolvimento do *private enforcement* que, fruto da fraca tradição europeia na matéria, deve ser incentivado e fomentado para poder vir a prosperar.

Assim, a presente dissertação, encontra-se organizada da seguinte forma: (i) abordagem ao fenómeno do *private enforcement* nos Estados Unidos da América (“EUA”), tendo em conta o seu carácter único à escala mundial; (ii) discussão sobre as funções que, no âmbito do Direito da União Europeia (“DUE”), podem ser atribuídas à aplicação privada, visto que é a posição que se adota quanto a estas que acaba por se revelar essencial para a opinião perfilhada quanto à proibição absoluta; (iii) análise ao desenvolvimento do *private enforcement* na UE para que melhor se compreenda o Direito Europeu da Concorrência; (iv) análise e discussão sobre as diferentes possibilidades para uma coordenação ótima entre a aplicação

⁹ Considerando 3 da Diretiva 2014/104.

¹⁰ Isto é o que resulta do art. 5.º/8, bem como da linguagem empregue nos arts. 6.º/6 e 7.º/1 e como se pode ver refletido, por exemplo, nos arts. 14.º/5 e 16.º/1 da “Proposta de Anteprojeto de Transposição da Diretiva Private Enforcement” apresentada pela Autoridade da Concorrência Portuguesa (“AdC”) a 22 de junho de 2016.

pública e privada, em especial a difícil coexistência entre os programas de clemência e as regras de divulgação de elementos de prova; (v) apresentação das conclusões quanto ao tema discutido.

1. O *private enforcement* no Direito dos Estados Unidos da América

No sistema jurídico dos EUA, o *enforcement* das normas de concorrência é feito a nível federal, estatal ou por iniciativa dos particulares lesados, tendo estes três grupos funções diferentes, mas complementares¹¹. A aplicação federal, levada a cabo pelo *Department of Justice* (“DOJ”), que pode aplicar sanções penais, e a *Federal Trade Commission* (“FTC”), concentra-se na proteção dos consumidores afetados por comportamentos à escala dos EUA ou entre diferentes Estados; a aplicação estatal, conduzida pelos *Attorneys General* de cada Estado, das leis da concorrência estaduais que ocorrem no próprio Estado. Paralelamente, os particulares atuam no seu próprio interesse, ou no interesse de um grupo a que pertencem, com o intuito de serem indemnizados pelos comportamentos anti-concorrenciais¹².

O *private enforcement* do direito da concorrência conhece, no ordenamento jurídico estadunidense, condições únicas à escala mundial, algo que faz com que o mesmo represente aproximadamente 90% dos casos de *enforcement* em tal país¹³; contudo, tais dados não significam nem a perfeição do sistema, nem que o mesmo deva e/ou possa ser “importado”, integralmente, para a UE. Ainda assim, uma análise¹⁴ ao *private enforcement* vigente nos EUA é relevante, não só porque permite escrutinar as raízes da aplicação privada do direito da concorrência e compreender o porquê de existirem diferentes estados de desenvolvimento entre a

¹¹ A aplicação do direito da concorrência nos EUA assume uma elevada complexidade dada a multiplicidade de grupos que podem atuar como *enforcers*. Assim, para uma abordagem genérica ao sistema de aplicação do direito da concorrência como um todo nos EUA veja-se: BRODER, Douglas – “Chapter 8: Antitrust Enforcement” in “U.S. Antitrust Law and Enforcement – A Practice Introduction”, Nova Iorque: Oxford University Press, 2010, pp. 177-206.

¹² “Relationship between Public and Private Antitrust Enforcement”, contribution from the United States submitted for Item III of the 121st meeting of the *Working Party No. 3 on Co-operation and Enforcement*, 15 de junho de 2015, p. 1.

¹³ KNIGHT, Thomas e CLAIRE, Casey Ste – “Reconciling the Conflict: Antitrust Leniency Programs and Private Enforcement”, *University of Florida Law School*, p. 4.

¹⁴ Esta, por razões de caráter prático e lógico, não será exaustiva focando-se, antes, nas origens, condições e falhas do sistema de *private enforcement* dos EUA, bem como nas lições que se podem retirar do mesmo.

UE e os EUA nesta matéria, mas também porque o estudo do sistema estadunidense possibilitou, e continua a possibilitar, a aprendizagem de importantes lições para a construção do sistema europeu de concorrência, nomeadamente quanto aos equilíbrios que se devem alcançar entre a aplicação pública e privada das normas jus-concorrenciais.

Antes de mais é necessário analisar as condições específicas que permitiram a existência de um *private enforcement* tão preponderante nos EUA. Logo em 1890, com a adoção do *Sherman Act*, a possibilidade de ações de indemnização por violação do direito da concorrência foi contemplada na sua secção 7¹⁵, algo que a lei que o sucedeu em 1914, o *Clayton Act*¹⁶, ainda tornou mais evidente¹⁷. Significa isto que a própria lei dos EUA encoraja diretamente a aplicação privada do direito da concorrência permitindo a existência de um sistema descentralizado que visa dissuadir a adoção de práticas anti-concorrenciais e garantir que as vítimas dos mesmos são devidamente compensadas¹⁸ por via de ações judiciais.

Este incentivo legislativo traduz-se, em suma, nas seguintes normas jurídicas consagradas pelo *Clayton Act*: (i) *treble damages*, isto é, a possibilidade de as vítimas de comportamentos anti-concorrenciais receberem um valor três vezes superior ao dano sofrido – secção (“§”) 4; (ii) medidas cautelares contra perdas ou danos iminentes - § 16; (iii) a atribuição de valor probatório de *prima facie* a decisões judiciais com o mesmo objeto decididos contra o mesmo réu - § 5(a); (iv) prazos de prescrição claramente estabelecidos - § 4(b) – com a possibilidade de serem suspensos - § 5(i); (v) no caso de vencerem a sua ação judicial as vítimas podem recuperar as custas judiciais, incluindo as que foram tidas com advogados, algo que é contrário à regra geral nos EUA de que cabe a cada parte suportar as próprias custas- § 5(a). Contudo, e conforme JONES

¹⁵ A par de estarem sujeitos a pagar indemnizações aos lesados, às empresas que violem o direito da concorrência podem ser aplicadas multas penais e a determinados indivíduos tais como diretores, administradores ou empregados penas de prisão caso tenham culpa pela violação ocorrida.

¹⁶ Clayton Act § 4, 15 United States Code (USC) § 15.

¹⁷ Para uma perspetiva da evolução histórica do sistema de *enforcement* dos EUA veja-se: BRODER, Douglas – “Chapter 1: Overview and U.S. Antitrust Enforcement” *in op.cit.*, pp. 2-12.

¹⁸ JONES, Alison – “Private Enforcement of EU Competition Law: a Comparison with, and Lessons from, the US”, *TLI Think! Paper* 10/2016, p. 3.

demonstra¹⁹, estas normas, por si só, não foram suficientes para desencadear um volume significativo de ações de indemnização, algo que só aconteceu nos 60 do século XX, atingindo o seu pico durante a década seguinte, tendo, em 1976, sido aprovado o primeiro programa de clemência²⁰ neste país.

Entre o início dos anos 50 e o final dos anos 60, o Supremo Tribunal de Justiça decidiu vários casos de direito da concorrência adotando interpretações extensivas das normas jus-concorrenciais em vigor o que permitiu às vítimas ganharem os seus casos mais facilmente²¹; esta questão encontra-se relacionada com a preponderância, até ao início da presidência de Ronald Reagan, do pensamento da Escola de Harvard na interpretação e aplicação do *antitrust*²². Por outro lado, aos particulares são garantidos amplos poderes de investigação (algo fundamental na recolha de meios de prova essenciais), existem normas federais que permitem a coligação de pedidos e ações coletivas (*class actions*), os advogados aceitam muitos destes casos numa base de *no win no fee* e os réus são solidariamente responsáveis pelos danos o que facilita a obtenção de compensação pelas vítimas²³.

É natural que, sem as disposições constantes do *Clayton Act*, seria bastante complicado existirem elevados níveis de *private enforcement* nos EUA, porém, atribuir a tais normas o caráter de únicas responsáveis pelos mesmos seria erróneo e corresponderia a uma visão limitada do sistema estadunidense, pois, como se viu, existem outras regras que fomentam este tipo de ações judiciais neste ordenamento jurídico.

Deve também ter-se em consideração que, o facto de a aplicação pública nunca ter sido muito veemente e encontrar-se limitada a determinados tipos de violações ao direito da concorrência fez com que a aplicação privada se

¹⁹ Ibid, pp. 5-7.

²⁰ Sobre os programas de clemência nos EUA veja-se: WILS, Wouter – “Leniency in Antitrust Enforcement: Theory and Practice”, pp. 26-29, *World Competition*, Volume 30, N.º 1, 2007, pp. 25-63.

²¹ JONES, Alison, *op. cit.*, pp. 5-6.

²² Oposta à linha de raciocínio da Escola de Harvard encontra-se a que é perfilhada pela Escola de Chicago. Sobre estas Escolas e as suas implicações veja-se: JONES, Alison e SUFRIN, Brenda – “EU Competition Law. Text, Cases, and Materials”, 6ª edição, Oxford: Oxford University Press, 2016, pp. 13-22.

²³ Ibid, p. 6 e notas de rodapé 29 a 32.

configurasse como o principal mecanismo ao dispor dos lesados para que os comportamentos anti-concorrenciais terminassem, contribuindo para o fortalecimento deste tipo de ações²⁴. Conforme sustentado por WILS, as *treble damages* atuam como um substituto do *public enforcement* nos EUA e visam preencher a chamada *deterrence gap* deixada por este, o que justifica a preponderância que as ações privadas assumem neste ordenamento jurídico²⁵.

É importante notar que, nos EUA, o *public enforcement* encontra-se também condicionado pelas opções político-económicas de cada Presidente, nomeadamente quanto ao intervencionismo Estatal no mercado, sendo isto algo que depende, também, da Escola de pensamento acolhida pelos diferentes Presidentes²⁶; isto explica o porquê de, durante a segunda metade do século XX, se terem verificado diferentes atuações das autoridades públicas responsáveis pela aplicação das regras de concorrência, especialmente o DOJ dada a sua estreita ligação ao Governo²⁷.

O sistema de *private enforcement* vigente nos EUA apresenta algumas falhas (à semelhança do que acontece com o *public enforcement*) e pontos que podem ser alvo de crítica, havendo bastante debate²⁸ quanto às virtudes e benefícios do mesmo²⁹, bem como sobre qual das modalidades de *enforcement* cumpre melhor os objetivos jus-concorrenciais. As preocupações incidem sobre diferentes prismas do modelo em causa, desde logo o facto de as características do

²⁴ Ibid, p. 6.

²⁵ WILS, Wouter - “Private Enforcement of EU Antitrust Law and its Relationship with Public Enforcement: Past, Present and Future”, pp.15-16, *World Competition*, Volume 40, N.º 1, março 2017, pp. 3-46

²⁶ Por exemplo, a Escola de Chicago (recorde-se a nota de rodapé n.º 22), apesar de anterior ao Presidente Reagan só com o mesmo se tornou preponderante ao nível da interpretação e aplicação com o mesmo.

²⁷ Numa lógica de exemplos concretos veja-se: BRODER, Douglas, *op.cit.*, pp. 9-12.

²⁸ A título de exemplo veja-se o interessante debate gerado na Doutrina com os seguintes artigos: LANDE, Robert H. e DAVIS, Joshua P. - “Comparative Deterrence from Private Enforcement and Criminal Enforcement of the U.S. Antitrust Laws”, *Brigham Young University Law Review*, 2011; WERDEN, Gregory J., HAMMOND, Scott D. e BARNETT Belinda A. - “Deterrence and Detection of Cartels: Using All The Tools and Sanctions”, *Antitrust Law Bulletin*, Volume 56, N.º 2, junho 2011, pp. 207-234; LANDE, Robert H. e DAVIS, Joshua P. - “The Extraordinary Deterrence of Private Antitrust Enforcement: A Reply to Werden, Hammond, and Barnett”, *Antitrust Law Bulletin*, Volume. 58, N.º. 1, março 2013, pp. 173-190.

²⁹ O elenco de críticas que se segue é somente exemplificativo, sendo o objetivo apenas o de mostrar algumas das críticas que têm vindo a ser feitas ao sistema de *private enforcement* dos EUA e as consequências das mesmas.

mesmo, ao promoverem mais o lucro privado do que o interesse público (especialmente devido às *treble damages* e às regras sobre custas), conduzirem a uma sobrecarga do sistema o que pode resultar em *enforcement* e dissuasão para lá do desejável. A isto acresce que este tipo de ações de indemnização, e em especial as *class actions*, tornaram-se tão comuns que o sistema ficou permeável ao erro e a uma instrumentalização indevida, na medida em que, de forma a evitar longos e custosos processos judiciais, os acusados aceitam resolver as disputas por acordo extrajudicial, muitas vezes em casos em que os autores nem têm o mérito da causa; por outras palavras, o modelo em análise acaba por funcionar como uma forma legalizada de chantagem e extorsão e fomenta que certos particulares recebam indemnizações por danos que não sofreram³⁰.

Um outro tipo de crítica a este sistema de aplicação privada é de que o mesmo, tendo em consideração os objetivos do direito da concorrência, acrescenta pouco à aplicação feita pelas autoridades governamentais (que com os mecanismos de investigação criminal se encontram muito melhor posicionadas para detetar cartéis) e que, inclusive, pode prejudicar o *public enforcement* por desencorajar a apresentação de pedidos de clemência³¹. Há que assinalar, porém, que não deixa de ser curioso que críticas feitas pelos mesmos autores sejam algo contraditórias: uns acusam o *private enforcement* de ser excessivo levando a uma sobrecompensação/dissuasão, enquanto outros apontam que o mesmo é manifestamente insuficiente.

Compreendem-se e concorda-se com algumas destas críticas, principalmente aquelas que estão relacionadas com o excesso de litigância,

³⁰ Estas características e problemas do sistema vigente nos EUA são por vezes referidas pelos autores europeus como os “US excess”, numa lógica de evitar os mesmos. Veja-se: CAMPBELL, Scoot e FEUNTEUN, Tristan – “Designing a Balanced System: Damages, Deterrence, Leniency and Litigants’ Rights – A Claimant’s Perspective”, pp. 27 e 29-30 in LOWE, Philip and MARQUIS, Mel (eds) – “European Competition Law Annual 2011: Integrating Public and Private Enforcement. Implications for Courts and Agencies”, Oxford: Hart Publishing, 2014, pp. 27-39.

³¹ Para uma apresentação sumária das críticas veja-se: LANDE, Robert H. – “Introduction: Benefits of private enforcement” pp. 1-2 e notas de rodapé 3 a 9 in FOER, Albert A. e STUTZ, Randy M. (eds) – “Private Enforcement of Antitrust Law in the United States”, Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2012, pp. 1-13; JONES, Alison/SUFRIN, Brenda, op. cit., p. 1047. Para uma análise crítica mais aprofundada e que opõe, diretamente, o *public* e o *private enforcement* veja-se: WERDEN, Gregory J./HAMMOND, Scott D./BARNETT Belinda A., op. cit.

nomeadamente quando existe falta de mérito, na medida em que tal representa uma situação injusta e contrária ao espírito do sistema; porém, é necessário não esquecer de que as mesmas representam hipóteses possíveis pelas regras existentes e não certezas empiricamente comprovadas³². Assim, a forma como se interpretam estas e outras críticas deve ser cuidadosa, na medida em que a maioria delas resultam de uma análise generalizada ao sistema, não sendo sustentadas por dados concretos³³.

Independentemente da concordância ou não com tais críticas é necessário entender que as mesmas tiveram efeito no sistema estadunidense levando a reformas profundas no mesmo³⁴. Em 2004, com o *Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act* (“ACPERA”), o legislador interveio de forma a diminuir os desincentivos para as empresas em participarem em programas de clemência ao introduzir a possibilidade de *de-treble damages*, ou seja, as empresas que participem em programas de clemência e cooperem com os autores no processo judicial respetivo só têm de pagar o valor do dano que causaram e não o seu triplo. Por outro lado, movida pelas críticas feita ao sistema de *private enforcement*, a jurisprudência evoluiu num sentido pouco favorável às vítimas, sendo, atualmente, mais difícil para estas ganharem os seus casos do que o era antes³⁵, algo que contrasta bastante com posições anteriores em que os advogados das vítimas eram louvados como *private attorneys general*³⁶, dado o contributo destes para a eficácia do sistema. Devido à recente tendência jurisprudencial receia-se que a evolução tenha sido excessiva e, conseqüentemente, desencorajado

³² DAVIS, Joshua P. e LANDE, Robert H. – “Defying Conventional Wisdom: The Case for Private Antitrust Enforcement”, p.7, *Georgia Law Review* Volume 48, N.º 1, fevereiro 2013, pp. 1-81.

³³ Neste sentido, estudos como o levado a cabo por DAVIS e LANDE (nota de rodapé anterior) assumem uma importância fundamental ao permitirem uma análise ao sistema com base em casos julgados e à luz de dados concretos, empíricos e estatísticos. Através deste estudo em concreto é possível afastar algumas das preocupações quanto ao *private enforcement*, bem como demonstrar que o mesmo desempenha um papel crucial quer a indemnizar as vítimas de comportamentos anti-concorrenciais, bem como a dissuadir tais comportamentos. Veja-se, em especial, a análise empírica feita entre as páginas 15 e 33, bem como a resposta às críticas levantadas ao *private enforcement* entre as páginas 38 e 78.

³⁴ JONES, Alison/SUFRIN, Brenda, *op. cit.*, p. 1047.

³⁵ *Ibid*, pp. 1047-1048 e, para mais referências, veja-se os autores e casos citados nas notas de rodapé 46 a 53.

³⁶ DAVIS, Joshua P./LANDE, Robert H. – “Defying...”, p. 4 e nota de rodapé n.º 11.

a aplicação privada dada a dificuldade que existe para as vítimas em provar o que alegam, mesmo sendo a pretensão meritória³⁷.

Com a análise que se fez ao sistema estadunidense é possível compreender que os sistemas de aplicação de direito da concorrência nos EUA e na UE apresentam diferenças significativas entre si, algo que acontece por várias razões. Ao contrário do que aconteceu na União, onde apenas com a adoção da Diretiva 2014/104 é que o direito de indemnização por violações ao direito da concorrência foi reconhecido como tal no direito derivado da UE, nos EUA, logo no primeiro ato legislativo jus-concorrencial, tal direito foi estipulado e tem vindo a ser desenvolvido e encorajado desde então; significa isto que, enquanto nos EUA o *private enforcement* foi uma realidade desde os primórdios do direito da concorrência, na União o mesmo apenas surgiu bastante mais tarde primeiro por reconhecimento jurisprudencial e, posteriormente, por consagração legislativa³⁸.

Deste modo, no espaço europeu, coube desde cedo à Comissão a função de principal aplicadora das normas de concorrência, função essa que desempenhou, assumindo um papel absolutamente central e desenvolvendo um forte *public enforcement* de cariz administrativo deste lado do Atlântico; como tal, aos poucos, cada EM criou a sua ANC que, ao operarem munidas de poderes de Direito Público e em cooperação com a Comissão, fortaleceram este tipo de *enforcement*. Por outro lado, nos EUA, as autoridades federais responsáveis pelo *public enforcement* nunca assumiram um papel central paralelo ao da Comissão na UE, pelo que coube sempre aos particulares recorrerem aos tribunais de forma a fazerem cessar os comportamentos ilegais que os afetavam levando ao desenvolvimento do *private enforcement*.³⁹

Assim, pode afirmar-se que a UE e os EUA têm vindo a experienciar diferentes modelos da aplicação do direito da concorrência, um baseado na aplicação pública de carácter administrativo e o outro alicerçado na aplicação

³⁷ Ibid, p. 1048.

³⁸ JONES, Alison, *op. cit.*, p. 11.

³⁹ Ibid, p. 6.

privada de cariz judicial, respetivamente; dadas estas experiências distintas, bem como devido a outro tipo de diferenças⁴⁰ inerentes aos sistemas jurídicos em si (*common law* no caso dos EUA e *civil law* na UE, maioritariamente) é impossível comparar e transpor o sistema vigente nos EUA para o ordenamento jurídico europeu.

Ao invés de “copiar” o modelo estadunidense, a União deve retirar ensinamentos e aprender com o mesmo (incorporando as vantagens e evitando as desvantagens⁴¹), nomeadamente o facto evidente de as ações de indemnização desempenharem um papel importante no processo de *enforcement* e cumprirem funções de compensação e dissuasão⁴². A análise de ambos os sistemas deixa evidente que fazer depender o *enforcement*, exclusivamente, de um dos modelos revela-se insuficiente para atingir os objetivos inerentes ao direito da concorrência, quer pelos problemas vistos no sistema dos EUA, quer pela ausência de compensação das vítimas gritante que sucede na UE; significa isto que apenas com um sistema que inclua um equilíbrio complementar entre os dois modelos (sem que um prejudique o outro) é que se poderá atingir um nível ótimo de *enforcement* deste ramo jurídico.

Em suma, o desenvolvimento do modelo de *private enforcement* europeu não deve consistir numa transposição plena do sistema estadunidense (algo que efetivamente não aconteceu), porém não se concorda com aqueles que não vêm a necessidade de utilizar as ações de indemnização em causa como uma ferramenta de dissuasão, devido ao facto de não existir, no Direito da UE, uma *deterrence gap* como a que existe no dos EUA⁴³; entende-se que, apesar de na UE o *public enforcement* ser manifestamente mais robusto do que do outro lado do Atlântico,

⁴⁰ Por exemplo, as *treble damages* e os poderes de investigação conferidos aos particulares não são compatíveis com o núcleo duro de regras de Direito Civil e Direito Processual Civil, respetivamente, comuns aos EM da UE.

⁴¹ Veja-se: STÜRNER, Rolf – “Duties of Disclosure and Burden of Proof in the Private Enforcement of European Competition Law” pp. 163-178 in BASEDOW, Jürgen – “Private Enforcement of EC Competition Law”, International Competition Law Series, volume 25, The Netherlands: Kluwer Law International, 2007, pp. 163-192.

⁴² JONES, Alison, *op. cit.*, p. 10.

⁴³ WILS, Wouter - “Private Enforcement of EU...”, p. 16.

isso não significa, conforme se explicará adiante, que a aplicação privada não possa ter um papel significativo no sistema de *enforcement* europeu, tanto como instrumento de dissuasão como de compensação.

2. As funções do *private enforcement* na União Europeia: mera compensação das vítimas ou também dissuasão de comportamentos anti-concorrenciais?

O debate quanto às funções que podem ser atribuídas à aplicação privada do direito da concorrência no DUE é vital, na medida em que a perspetiva que se adota quanto a estas é determinante para a posição que se assume quanto ao problema que serve de tema à presente dissertação. Assim, antes de mais, deve deixar-se claro a visão que se perfilha quanto ao assunto: o *private enforcement*, para além da sua evidente função compensatória, desempenha uma igualmente essencial função de dissuasão, algo que ocorre paralelamente com o *public enforcement*, o que leva a uma necessária coordenação e harmonização entre ambos vista a sua complementaridade, mas sem a existência de uma relação hierárquica estabelecida *per se*.

É consensual que a função fundamental do *private enforcement*, especialmente na sua vertente de ações de indemnização, é a de compensar as vítimas pelos danos que lhes foram causados por comportamentos anti-concorrenciais (perspetiva *ex post* à violação). Para além desta, uma parte considerável da Doutrina⁴⁴, alicerçada na posição do Tribunal de Justiça⁴⁵, entende que o *private enforcement* tem, também, uma importante função de dissuasão (perspetiva *ex ante* à violação) dos comportamentos anti-concorrenciais, algo que contribui para um sistema jus-concorrencial efetivo na UE.

⁴⁴ Por exemplo: KOMNINOS, Assimakis P. – “Public and Private Antitrust Enforcement in Europe: Complement? Overlap?”, *The Competition Law Review*, Volume 3, N.º 1, dezembro 2006, pp- 5-26; KOMNINOS, Assimakis P. – “The Relationship between Public and Private Enforcement: *quod Dei Deo, quod Caesaris Caesaris*” in LOWE, Philip and MARQUIS, Mel (eds), *op. cit.*, pp. 141-157; CARBONELLI, Vincenzo – “Private enforcement of EU Competition Law between public and private issues”, *International Journal of Public Law and Policy*, Volume 2, N.º 4, 2012, pp. 335-351; NAZZINI, Renato/ NIKPAY, Ali – “Private Actions in EC Competition Law”, *Competition Policy International*, Volume 4, N.º 2, Outono 2008, pp. 107-141; HÜSCHEL RATH, Kai / PEYER, Sebastian – “Public and Private Enforcement of Competition Law - a Differentiated Approach”, *CCP Working Paper 13-5*, abril 2013;

⁴⁵ *Courage*, parágrafo (“§”) 27. Logo em 2001, com o julgamento que se citou, o TJUE foi categórico ao afirmar que este tipo de ações de indemnização reforçam o caráter operacional das normas de concorrência.

É importante não esquecer que o objetivo primordial do direito da concorrência é o de contribuir ativamente para o bem-estar social através da eficiência de mercado, sendo necessário um sistema de *enforcement* eficaz para dissuadir as empresas de adotarem práticas que tenham em vista falsear a concorrência e para as punir quando cometem tais infrações; uma vez que os comportamentos em causa originam danos concretos a empresas e consumidores, estes têm o direito de ser indemnizados. Com a efetividade de tal direito, a aplicação privada das normas concorrenciais consubstancia-se como uma realidade e, aliada à aplicação pública das regras em causa, os aspetos negativos que cabem às empresas ponderar quando tomam a decisão de violar o direito da concorrência aumentam, contribuindo, assim, para uma maior dissuasão dos comportamentos anti-concorrenciais⁴⁶. Há, contudo, autores⁴⁷ que entendem o *private enforcement* como um mero mecanismo à disposição das vítimas para serem ressarcidas pelos seus danos (o que representa uma visão muito limitada deste⁴⁸) ou que, atribuindo-lhe a função de dissuasão, a veem como algo de escassa importância, pelo que não hesitam em concordar com a proibição absoluta imposta pela Diretiva à divulgação das declarações de clemência.

Importa, destarte, analisar genericamente⁴⁹ os argumentos de ambos os segmentos doutrinários para compreender as posições em causa. De acordo com WILS, para efeitos de dissuasão, o *public enforcement* é inerentemente superior ao *private enforcement* por três razões essenciais: (i) beneficia de poderes de investigação e de sancionamento mais eficazes; (ii) o segundo, ao ser guiado pela ideia de lucro dos particulares, diverge sistematicamente do interesse geral; e (iii)

⁴⁶ MELÍCIAS, Maria João – “The art of consistency between public and private enforcement: practical challenges in implementing the Damages Directive in Portugal”, p. 10.

⁴⁷ Por exemplo: WILS, Wouter – “Should Private Antitrust Enforcement Be Encouraged in Europe”, *World Competition*, Volume 26, N.º 3, setembro 2003, pp. 473-488; WILS, Wouter – “Principles of European Antitrust Enforcement”, 1.ª edição (Oregon, Hart Publishing, 2005), pp. 111-127; MORAIS, Luís Silva – “Integrating Public and Private Enforcement of Competition Law in Europe - Legal and Jurisdictional Issues” in LOWE, Philip and MARQUIS, Mel (eds), *op. cit.*, pp. 109-140; NEBBIA, Paolisa – “Damages actions for the infringement of EC competition law: compensation or deterrence?”, *European Law Review*, Volume 33, N.º 1, fevereiro 2008, pp. 21-43.

⁴⁸ HÜSCHEL RATH, Kai / PEYER, Sebastian, *op. cit.*, p. 8.

⁴⁹ Para uma abordagem exaustiva do assunto recomenda-se a leitura, entre outras, das referências presentes nas notas de rodapé 43 e 46; o propósito do presente capítulo é o de discutir o assunto brevemente para que melhor se compreenda a posição quanto ao tema de fundo que se discute na presente dissertação.

é mais dispendioso que a aplicação pública do direito da concorrência.⁵⁰ Por outro lado, segundo NAZZINI e NIKPAY, o *private enforcement* reforça o efeito dissuasor das regras concorrenciais por três razões principais: (i) aumenta os recursos disponíveis para o julgamento dos casos de infração; (ii) melhora os índices de deteção e condenação; e (iii) aumenta as consequências financeiras dessa mesma deteção e condenação⁵¹.

Concorda-se com esta última posição, na medida em que com o desenvolvimento, vulgarização e fortalecimento deste tipo de ações de indemnização a eficácia do sistema aumentará, pois sob os infratores passa a pender a possibilidade efetiva de serem condenados a pagar indemnizações às vítimas, a par da aplicação de coimas por parte das autoridades públicas competentes. Com a verificação real de tal possibilidade, torna-se evidente que as desvantagens financeiras e reputacionais para as empresas de levarem a cabo comportamentos anti-concorrenciais aumentam, algo que poderá, em certos casos, ser crucial para a prevenção *ex ante* de tais comportamentos.

A acrescentar a isto veja-se que, no momento em que este tipo de ações judiciais se tornarem mais comuns e permitirem às vítimas serem efetivamente ressarcidas, estas começarão a estar mais atentas a certos comportamentos do mercado e, provavelmente, apresentarão mais denúncias e proporão mais ações junto dos tribunais, visto saberem que, para além da cessação do comportamento restritivo da concorrência, poderão, posteriormente, ser indemnizadas. Esta circunstância também poderá vir a pesar na decisão das empresas que pretendem entrar em conluio, pois sabem que à fiscalização das ANC's e da Comissão, se acrescenta um certo “escrutínio” efetuado pelos particulares⁵², pois as vantagens que estes podem retirar de uma maior atenção ao mercado crescem

⁵⁰ WILS, Wouter – “Should Private...”, p. 480.

⁵¹ NAZZINI, Renato/NIKPAY, Ali, *op. cit.*, p. 111.

⁵² KNIGHT, Thomas e CLAIRE, Casey Ste, *op. cit.*, p. 3.

significativamente com o desenvolvimento do *private enforcement*⁵³, aumentando o impacto dissuasor deste e a cultura de concorrência⁵⁴.

Dos argumentos avançados por WILS⁵⁵, apenas o terceiro parece representar, efetivamente, uma desvantagem, mas, ainda assim, deve ter-se em conta que os recursos disponíveis para as autoridades públicas são limitados, pelo que, apesar de serem mais dispendiosas⁵⁶, estas ações de indemnização continuam a ser necessárias. O primeiro argumento não se consubstancia num problema, desde que as regras de divulgação de elementos de prova sejam favoráveis às vítimas (tal como o art. 5.º da Diretiva), pois permite às mesmas, com base em critérios de proporcionalidade, aceder a elementos de prova determinantes; para além disso, os amplos poderes de investigação são essenciais apenas para as ações de *stand alone*, encontrando-se aquelas que se focam na presente dissertação (as do tipo *follow-on*) facilitadas pela decisão da Comissão/ANC's. Quanto ao segundo argumento, pese embora a verdade *lapaliciana* da primeira parte do mesmo, o que se segue é claramente infundado; tendo em conta o que se expôs no parágrafo anterior, podemos observar que a prossecução do interesse privado das vítimas em serem indemnizadas não se afasta do interesse geral em que exista um sistema de concorrência cada vez mais eficaz. Significa isto que, apesar da motivação das vítimas não ser a de contribuir para uma melhor eficácia do sistema como um todo⁵⁷, a verdade é que indiretamente, as atitudes das mesmas acabam

⁵³ MONTI, Mario – “Private litigation as a key complement to public enforcement of competition rules and the first conclusions on the implementation of the new Merger Regulation”, speech at IBA - 8th Annual Competition Conference, setembro 2004, pp. 2 e 3.

⁵⁴ GAVIL, Andrew I. – “Designing Private Rights of Action for Competition Policy Systems: The Role of Interdependence and the Advantages of a Sequential Approach”, pp. 3-4 in LOWE, Philip and MARQUIS, Mel (eds), *op. cit.*, pp. 3-15.

⁵⁵ Tenha-se em consideração que Wouter Wils é a principal referência na corrente doutrinária que vê o *private enforcement* como um meio compensatório e não de dissuasão, pelo que, para além dos artigos citados neste capítulo veja-se também: WILS, Wouter – “The Relationship between Public Antitrust Enforcement and Private Actions for Damages”, *World Competition*, Volume 32, N.º 1, 2009, pp. 3-26 e WILS, Wouter - “Private Enforcement of EU...”, pp.3-46.

⁵⁶ Sobre os elevados custos ligados à divulgação de elementos de prova e conseqüente possibilidade de serem resolvidas por acordo disputas sem mérito da causa veja-se: PAPP, Florian Wagner-von – “Access to Evidence and Leniency Materials”, disponível no SSRN, 2016, pp.8-10.

⁵⁷ WILS, Wouter – “Should Private...”, pp. 482-483.

por ter esse impacto⁵⁸ (interessando mais, neste caso, os efeitos causados do que as motivações que provocaram os primeiros).

Na sequência desta lógica há também autores que sustentam a necessidade de, devido à forte experiência de aplicação pública na União, o desenvolvimento da aplicação privada ser monitorizado e supervisionado pelo primeiro, quase como se uma relação de pai e filho se tratasse⁵⁹. É evidente que o *private enforcement* tem muito a beneficiar com uma aplicação pública eficaz, especialmente utilizando as decisões de condenação da Comissão/ANC's, mas, e mantendo-nos na metáfora parental, se um pai não deve cortar as aspirações e sonhos de um filho e tantas vezes se sacrifica pelo mesmo, também a aplicação pública não deverá castrar o desenvolvimento da aplicação privada, nomeadamente criando riscos desnecessários para a efetividade do direito de indemnização.

Tal como aponta KOMNINOS, os tribunais, ao decidirem cada caso concreto, não se preocupam com o interesse lucrativo dos ofendidos, mas sim em punir os infratores de práticas que distorciam a concorrência⁶⁰, algo que se encontra alinhado com o interesse geral de eficiência do sistema jus-concorrencial; neste sentido, subscrevem-se, por inteiro, as seguintes palavras do referido autor:

“an effective system of private enforcement does not alter the basic goal of the competition rules, which is to safeguard the public interest in maintaining a free and undistorted competition, and should by no means be thought of as antagonistic to the public enforcement model. Ideally the two models can work to complement each other.”⁶¹

Apesar da complementaridade existente entre o *public* e o *private enforcement* e do contributo de ambos para a prevenção *ex ante* de comportamentos anti-concorrenciais, tal é alcançado por meios diferentes (não se deve esquecer a independência entre ambos), o que leva a inevitáveis choques e

⁵⁸ CARBONELLI, Vincenzo, *op. cit.*, p. 336.

⁵⁹ GAVIL, Andrew L., *op. cit.*, p. 5.

⁶⁰ KOMNINOS, Assimakis P., – “The Relationship...”, p. 144.

⁶¹ *Ibid*, p. 145.

necessidades de, por vezes, restringir um ou o outro⁶²; contudo, não se entende esta independência como uma separação⁶³ entre a aplicação pública e privada, interpretando-se, ao invés disso, como sendo dois “braços” do mesmo “corpo” e que visam o mesmo objetivo final: garantir, da melhor forma possível, a eficácia do sistema jus-concorrencial.

Considera-se que nenhum dos tipos de *enforcement* se encontra, à partida, melhor posicionado que o outro para esse fim, pelo que deve existir uma coordenação casuística das situações de conflito entre os dois “braços” da aplicação do direito da concorrência⁶⁴; estas tensões existem e a solução não deve passar por uma simples aceitação dos antagonismos através do estabelecimento de uma hierarquia que conduza a uma prevalência do *public* sobre o *private enforcement*, algo que pode levar a que este seja bloqueado e restringindo sem que para isso haja uma justificação efetiva.⁶⁵ A coordenação entre os dois modelos em causa tem de ser casuística e a adaptada às exigências de cada tensão em concreto e não alicerçada numa hierarquia pré-definida, inflexível e desadaptada da realidade que pretende regular⁶⁶.

Por exemplo, a necessidade de aplicação uniforme do direito europeu da concorrência, impõe que os tribunais nacionais não possam decidir casos que já foram objeto de uma decisão da Comissão em sentido contrário a tal decisão (art. 16.º/1 do Regulamento 1/2003⁶⁷ que é uma decorrência da jurisprudência *Masterfoods*⁶⁸), o que se manifesta como uma clara limitação da aplicação privada (pelos tribunais nacionais) em benefício da certeza jurídica e de uma coerente e

⁶² Porém, tal deve ser aferido para cada tipo de choque, não sendo benéfico para o sistema de direito de concorrência uma primazia estabelecida *a priori* de um sobre o outro, tal como refere KOMNINOS – “Public and Private...”, pp. 16-17.

⁶³ MORAIS, Luís Silva, *op. cit.*, pp. 112-114.

⁶⁴ SAAVEDRA, Alberto, *op. cit.*, p. 83.

⁶⁵ PISZCZ, Anna – “Is this really a reform to facilitate follow-on actions for antitrust damages? Some thoughts on the Damages Directive”, p. 67 in PAIS, Sofia Oliveira (ed.) – “Competition Law Challenges in the Next Decade” (Brussels, P.I.E Peter Lang, 2016), pp. 59-73.

⁶⁶ KOMNINOS, Assimakis P.,- “The Relationship...”, p. 146.

⁶⁷ 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, J.O 2003 L 1/1, mencionado como “Regulamento 1/2003”.

⁶⁸ Caso 344/98 do Tribunal de Justiça *Masterfoods Ltd contra HB Ice Cream Ltd*. (14 de dezembro de 2000), EU:C:2000:689, mencionado como “Masterfoods”.

uniforme aplicação do direito da concorrência pela Comissão⁶⁹. Esta regra não é apenas uma decorrência do princípio do primado do DUE⁷⁰ (com a decisão da Comissão a não poder ser contrariada pelos tribunais nacionais), mas representa também um caso em que a aplicação privada do direito da concorrência pelos tribunais nacionais se submete, claramente, à aplicação pública pela Comissão.

Compreende-se a necessidade de tal regra e consequente limitação do *private enforcement*, pois, imagine-se, a total ausência de coerência e de certeza jurídica num sistema complexo como a atual ordem jurídica europeia se tal regra de primazia não existisse (o controlo jurisdicional é, naturalmente, efetuado pelo TJUE). Um outro ponto de conflito entre os dois tipos de *enforcement* é aquele que serve de “pano de fundo” à presente dissertação, ou seja, a tensão que resulta da clara necessidade quer de preservar a atratividade dos programas de clemência, quer de garantir que nada impedirá as vítimas de serem ressarcidas pelos danos sofridos que será discutido em momento próprio.

Em suma, existem efeitos positivos e vantagens⁷¹ que o *private enforcement* pode trazer ao sistema jurídico da concorrência. Como será abordado ao longo dos próximos capítulos, entende-se que as regras que garantem uma indemnização efetiva às vítimas poderão levar a um aumento da dissuasão às práticas anti-concorrenciais ao acentuar as consequências negativas da violação das mesmas; como tal, não se pode concordar com aqueles que, numa tentativa compreensível de proteger o *status quo* da aplicação do direito da concorrência na UE, interpretam o *private enforcement* como um mero instrumento de compensação.

⁶⁹ Nem a jurisprudência Masterfoods, nem o art. 16.º do Regulamento 1/2003 representam a imposição de um princípio de superioridade do *public* sobre o *private enforcement*, tal como é explicado por KOMNINOS, Assimakis P., – “Public and Private...”, pp. 23-25.

⁷⁰ O art. 16.º/2, por exemplo, representa uma tal manifestação com a decisão da Comissão a sobrepor-se à das autoridades nacionais da concorrência, sendo ambas autoridades do *public enforcement*.

⁷¹ Numa lógica de sumário veja-se: WOODS, Donnadh, SINCLAIR, Aílsa e ASHTON, David – “Private enforcement of Community competition law: modernisation and the road ahead”, *Competition Policy Newsletter*, N.º 2, verão 2004, p. 32 ou CAMPBELL, Scoot e FEUNTEUN, Tristan, *op. cit.*, p. 28.

3. O desenvolvimento do *private enforcement* pelas instituições europeias: o papel primordial do Tribunal de Justiça e da Comissão Europeia

O direito de indemnização por danos causados devido a infrações ao direito da concorrência, apesar de atualmente se encontrar consagrado quer na jurisprudência do TJUE, quer no direito derivado da União, não resulta expressamente dos Tratados e só recentemente conheceu efetivos desenvolvimentos pelo que, durante muitos anos, foi um direito não exercido pelas vítimas. Deste modo, afigura-se como crucial compreender e analisar o papel das instituições europeias no desenvolvimento genérico do *private enforcement*, e especificamente a forma como a tensão existente entre a proteção dos programas de clemência e a divulgação dos documentos desses programas às vítimas foi abordada pelas primeiras. Neste sentido, a presente análise seguirá uma sequência cronológica e centrar-se-á, por um lado, na jurisprudência do TJUE e, por outro, nas iniciativas levadas a cabo pela Comissão Europeia e que conduziram à adoção da Diretiva 2014/104.

3.1 – Os acórdãos fundadores do *private enforcement* e as primeiras iniciativas da Comissão

O marco mais antigo que se pode encontrar relativamente à aplicação privada do direito da concorrência reside no caso *BRT*⁷², no qual o TJUE determinou que os então arts. 85.º/1 e 86.º do Tratado CEE (hoje arts. 101.º/1 e 102.º do TFUE) se prestavam, “pela sua própria natureza, a produzir efeitos diretos nas relações entre particulares”⁷³ e, por conseguinte, que as referidas disposições criam “na esfera jurídica dos particulares direitos que os órgãos jurisdicionais nacionais devem proteger”⁷⁴. Era dado, destarte, um primeiro passo (ainda que muito incipiente) para possibilitar os particulares que eram vítimas de

⁷² Caso 127/73 do Tribunal de Justiça *Belgische Radio en Televisie e société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs contra SV SABAM e NV Fonior* (30 de janeiro de 1974), EU:C:1974:6, mencionado como “BRT”.

⁷³ *Ibid.*, § 16.

⁷⁴ *Ibid.*

comportamentos anti-concorrenciais de intentarem ações em tribunal para verem os seus danos ressarcidos.

Ora, apesar de o TJUE ter reconhecido o efeito direto das referidas normas, bem como o facto de as mesmas criarem direitos para os particulares, o órgão judicial da UE não determinou que direitos eram esses, nem de que forma é que os mesmos resultavam diretamente das disposições dos Tratados. Convém recordar que, de acordo com a doutrina *Van Gend & Loos*⁷⁵, o efeito direto resulta de proibições claras e incondicionais impostas pelas normas de direito primário, mas tal como aponta MILUTINOVIC⁷⁶, à altura do acórdão em causa, as proibições que resultavam dos arts. 85.º e 86.º ainda estavam longe de serem claras (conceitos jus-concorrenciais básicos como o de “acordo” ou de “empresa” ainda não se encontravam cristalizados, por exemplo), pelo que a decisão do TJUE só pode ser compreendida pela necessidade de, por razões práticas, declarar o efeito direto das disposições em causa⁷⁷.

Contudo, a declaração de efeito direto dos atuais arts. 101.º/1 e 102.º não significou um florescimento da aplicação privada dos mesmos, essencialmente pela ausência de desenvolvimento do alcance e dos efeitos que os direitos que surgiam de tais disposições tinham. Neste sentido, foi preciso aguardar 25 anos pelo acórdão *Courage* para que o Tribunal começasse, verdadeiramente, a dar diretrizes precisas relativamente ao *private enforcement*; neste, o TJUE reconheceu, explicitamente, que:

“A plena eficácia do artigo [101.º] do Tratado e, em particular, o efeito útil da proibição enunciada no seu n.º1 seriam postos em causa se não fosse possível a qualquer pessoa reclamar reparação do prejuízo que lhe houvesse sido causado por um contrato ou um comportamento suscetível de restringir ou falsear o jogo da concorrência.”⁷⁸

⁷⁵ Caso 26/62 do Tribunal de Justiça *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming Van Gend & Loos contra Administração Fiscal neerlandesa* (5 de fevereiro de 1963), EU:C:1963:1, mencionado como “*Van Gend & Loos*”.

⁷⁶ MILUTINOVIC, Veljko – “The ‘Right to Damages’ in a ‘System of Parallel Competences’: A Fresh Look at BRT v. SABAM and its Subsequent Interpretation”, pp. 347-349 in LOWE, Philip and MARQUIS, Mel (eds), *op. cit.*, pp. 341-376.

⁷⁷ *Ibid*, pp. 349-350.

⁷⁸ *Courage*, § 26.

O Tribunal, para chegar à conclusão ora em apreço, alicerçou-se na ideia (que é frequentemente invocada desde os acórdãos *Van Gend & Loos* e *Costa/ENEL*⁷⁹) de que a UE constitui uma ordem jurídica própria, sendo os destinatários da mesma, não apenas os EM, mas também os seus nacionais. Por conseguinte, o DUE não cria, para os particulares, apenas deveres, mas também lhes atribui direitos, independentemente das normas estaduais, nomeadamente quando tais direitos possam beneficiar de efeito direto⁸⁰. Com esta apreciação, os particulares passaram a poder interpor, nos tribunais nacionais, ações judiciais com vista a serem indemnizados pelos danos resultantes de contratos ou de comportamentos que violem normas de direito da concorrência, independentemente do reconhecimento de tal possibilidade ao nível do direito nacional; apesar disto, estas ações encontram-se subordinadas ao princípio da autonomia processual, ou seja, cabe aos EM estipularem os trâmites processuais que se aplicam às mesmas.

Contudo, ciente de que na ausência de normas harmonizadas a nível dos EM da União seria difícil para os particulares exercerem este direito, o TJUE submeteu o princípio da autonomia processual nacional ao cumprimento de dois princípios básicos: o da equivalência e o da efetividade⁸¹. Assim, o Tribunal determinou, no parágrafo 29 do acórdão *Courage*, que cabia à ordem jurídica interna de cada EM designar os “órgãos jurisdicionais competentes e regular as modalidades processuais” para o exercício do referido direito à indemnização “desde que essas modalidades não sejam menos favoráveis do que as das ações análogas de natureza interna e não tornem praticamente impossível ou excessivamente difícil” a efetivação de tal direito.

Através da repetição sistemática da expressão “na falta de regras comunitárias na matéria”⁸² (quer no acórdão em análise, quer na jurisprudência

⁷⁹ Caso 6/64 do Tribunal de Justiça *Flaminio Costa contra E.N.E.L* (15 de julho de 1964) EU:C:1964:66, mencionado como “Costa/ENEL”.

⁸⁰ *Courage*, § 19.

⁸¹ *Ibid*, § 29.

⁸² Veja-se, a título de exemplo, *Courage* § 29.

que o seguiu), o TJUE transmitia sinais claros da importância de harmonização do direito em causa a nível europeu, visto que se nada fosse feito nesse sentido, a evolução do mesmo (a haver) seria feita, de seu modo e por cada EM, o que levaria a uma falta de uniformização onde se pretende que existam, pelo menos, níveis mínimos da mesma. Pese embora a importância dos princípios analisados no parágrafo acima, os mesmos são apenas meros garantes da existência e efetivação do direito de indemnização, não se podendo substituir a uma regulamentação lógica, coerente e harmonizada.

O órgão judicial da UE corporizou, por via do acórdão em análise, um dos possíveis direitos que resultam dos arts. 101.º/1 e 102.º, a que o Tribunal havia conferido efeito direto no acórdão *BRT*. É interessante verificar que, tal como este último representa uma *horizontalização* dos princípios resultantes do *Van Gend & Loos*, o acórdão *Courage* traduz-se no mesmo fenómeno, mas relativamente à jurisprudência *Francovich*⁸³. Se neste, o TJUE reconheceu a responsabilidade dos Estados-Membros perante os particulares (efeito vertical) pelo incumprimento de obrigações resultantes dos Tratados, no julgamento *Courage*, o Tribunal estendeu o mesmo princípio às relações entre particulares (efeito horizontal), ou seja, se um indivíduo viola uma obrigação decorrente de disposições dos Tratados (no caso concreto adotar comportamentos que restrinjam a concorrência), então fica sujeito a ter de indemnizar os lesados desse comportamento⁸⁴. Note-se que, no momento da tomada de posição do TJUE, as ANC's não estavam obrigadas a aplicar o Direito da UE, bem como alguns Estados (Portugal, por exemplo) não tinham, ainda, a sua própria autoridade da concorrência, o que justifica, ainda mais, a opção adotada pelo Tribunal.⁸⁵

Um aspeto final que importa realçar do acórdão *Courage* é o de que, neste, o Tribunal determinou, de forma expressa no parágrafo 27, que o direito à

⁸³ Casos apensos 6/90 e 9/90 do Tribunal de Justiça *Andrea Francovich e Danila Bonifaci e outros contra República Italiana* (19 de novembro de 1991) EU:C:1991:428, mencionado como “Francovich”.

⁸⁴ MILUTINOVIC, Veljko - “The ‘Right to damages’ in a ‘System of Parallel Competences’...”, pp. 346-347.

⁸⁵ *Ibid*, p. 346 e nota de rodapé n.º 35.

indemnização não só reforça o “caráter operacional” das normas concorrenciais, como também desencoraja práticas que violem tais normas; significa isto que, na visão do TJUE, estas ações judiciais “são suscetíveis de contribuir substancialmente para a manutenção de uma concorrência efetiva” na UE, ou seja, para além da função de compensação das vítimas que é intrínseca a estas ações judiciais, também lhes é conferida uma função de dissuasão dos comportamentos anti-concorrenciais. Ao reconhecer que o *private enforcement* desempenha esta função, o Tribunal admitiu que a aplicação privada do direito da concorrência produz efeitos semelhantes aos da aplicação pública não havendo, *a priori*, uma superioridade hierárquica da segunda face à primeira.

Na sequência da decisão *supra* analisada e após a entrada em vigor do Regulamento 1/2003, que implementou uma modernização e descentralização do sistema europeu de concorrência⁸⁶, a Comissão publicou, nos finais de 2005, um *Green Paper*⁸⁷ relativo a ações de indemnização no contexto do direito da concorrência. Este documento, preparado por juízes e académicos especialistas na área, foi feito com o propósito claro de trazer para o debate público diversas opções que poderiam ser adotadas pela UE na construção de regras comuns para a aplicação privada do direito da concorrência através de ações de indemnização propostas nos tribunais nacionais. Pode entender-se que a Comissão acolheu a ideia transmitida pelo TJUE no caso *Courage* e deu, destarte, o primeiro passo no

⁸⁶ Sobre a modernização e descentralização introduzidas pelo Regulamento 1/2003 veja-se, por exemplo: VENIT, James S. – “Brave new world: The modernization and decentralization of enforcement under Articles 81 and 82 of the EC Treaty”, *Common Market Law Review*, Volume 40, N.º 3, (2003), pp. 545–580; WILS, Wouter – “Principles of...”, pp. 1-59; FETEIRA, Lúcio Tomé – “Regulation 1/2003 and the interplay between European and National Competition Laws”, pp. 654-656 in “Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia Volume IV”, Lisboa: Coimbra Editora, setembro 2010, pp. 639-668; GORJÃO-HENRIQUES, Miguel – “Direito da União”, 7ª Edição, Coimbra: Almedina Editora, 2014, pp. 608-610.

Note-se que, apesar de o Regulamento não se aplicar ao *private enforcement*, nem por isso deixa de ter implicações no mesmo, nomeadamente o facto de os tribunais nacionais puderem aplicar, livremente, o n.º 3 do art. 101.º (art. 6.º), a possibilidade da Comissão intervir nos processos nacionais como *animus curiae* (art. 15.º) e a impossibilidade dos tribunais nacionais tomarem decisões contrárias àquelas que já foram tomadas pela Comissão (art. 16.º).

⁸⁷ Livro Verde - Ações de indemnização devido à violação das regras comunitárias no domínio antitrust, 19 de dezembro de 2005, mencionado como “Green Paper”.

sentido de alcançar a tão desejada harmonização legislativa destas ações de indemnização.

Desde logo, deve ter-se em consideração que, à semelhança da posição do TJUE, também no *Green Paper*, foi acolhido o entendimento de que o *private enforcement* prossegue os mesmos objetivos que a aplicação das regras concorrenciais pelas autoridades doadas de poder público⁸⁸ e que, por isso mesmo, se encontram em pé de igualdade a nível de importância, mas não de desenvolvimento⁸⁹. Devido a esta equiparação entre o *public* e o *private enforcement* e consequente teor das opções apresentadas pelo *Green Paper*, não tardaram a surgir autores⁹⁰ que apelidaram este documento de excessivamente *americanizado*, o que levou, como se verá, a que muitas das hipóteses levantadas pelo mesmo fossem abandonadas nas iniciativas seguintes do órgão executivo da União.

As posições expressadas em resposta ao *Green Paper* variaram, de forma muito considerável, desde fortes oposições ao desenvolvimento destas ações de indemnização⁹¹ até um forte apoio ao referido desenvolvimento. Ainda assim, o entendimento comum resultante de tais respostas foi o de que a possibilidade de as vítimas serem ressarcidas pelos seus danos é, em princípio, um objetivo desejável, uma vez que contribui, paralelamente, não só para a efetividade do sistema jurídico de concorrência europeu, mas também tem uma função de justiça corretiva/compensação⁹². O documento a que agora se dedica atenção incidu sobre aspetos fundamentais para o desenvolvimento inicial das ações de indemnização destacando-se, para o que importa analisar, os seguintes: (i) acesso

⁸⁸ *Green Paper*, p.3.

⁸⁹ Veja-se que o *Green Paper* é categórico ao determinar, na p.4, que “esta área do direito caracteriza-se, nos 25 Estados-Membros, por um “subdesenvolvimento total””.

⁹⁰ HODGES, Christopher – “Competition Enforcement, Regulation and Civil Justice: What is the Case?”, pp. 1394-1396, *Common Market Law Review*, volume 43, N.º 5, 2006, pp. 1381-1407; WOUTER, Wils – “Private Enforcement of EU...”, p. 19 e os autores referidos nesse texto na nota de rodapé n.º 71.

⁹¹ HODGES, Christopher, *op. cit.*, pp. 1401-1407. O autor questiona mesmo a existência de provas quanto à necessidade de mudanças e inclusão, no sistema de *enforcement* europeu, de normas que promovessem a aplicação privada do direito da concorrência.

⁹² MILUTINOVIC, Veljko – “The ‘Right to Damages’ under EU Competition Law: from *Courage v. Crehan* to the White Paper and Beyond”, *The Netherlands: Kluwer Law International*, 2010, p. 77 e notas de rodapé 28 e 29.

aos elementos de prova e (ii) coordenação da aplicação da legislação pelos poderes públicos e pelos particulares.

Inerente às dez opções do *Green Paper* relativas ao acesso aos elementos de prova⁹³, estava a ideia de que os tribunais têm, necessariamente, de ter poderes para ordenar a divulgação de elementos de prova, ponto com o qual, se concorda, pois o mesmo é fundamental para corrigir a assimetria de informação que caracteriza estas ações judiciais e dificulta a sua proliferação. Considera-se crucial a existência de um princípio geral de divulgação de elementos de prova, princípio esse limitado por requisitos de necessidade e proporcionalidade controlados pelos tribunais nacionais. Assim, assegura-se que as vítimas terão os elementos de prova necessários para provar o seu direito de indemnização, sem que tal possa resultar numa possibilidade de extorsão como, por vezes, acontece nos EUA⁹⁴. Entende-se, deste modo, que as vítimas devem poder ter acesso, por intermédio de decisão judicial, a documentos individuais ou categorias de documentos (conjugação das opções 1 e 2 do ponto (i) do *Green Paper*), sendo inclusive esta a posição que vingou, de forma genérica, na Diretiva 2014/104 como se pode ver nos arts. 5.º/1, 2 e 3 da mesma.

Analisou-se também a possibilidade de inverter ou atenuar o ónus da prova neste tipo de ações (opções 8 a 10), uma vez que, devido à assimetria de informação existente, o alegado infrator poderia mais facilmente provar a não infração do que o requerente provar os diversos pressupostos da responsabilidade civil. Contudo, tal inversão seria contrária às regras da maioria dos ordenamentos jurídicos⁹⁵ e, como tal, optou-se, e bem, por atribuir carácter vinculativo às decisões das ANC's⁹⁶, pois desde que haja a garantia de observância dos direitos fundamentais de defesa processual, esta alternativa permite a prova automática dos

⁹³ *Green Paper*, p. 6-7.

⁹⁴ PAPP, Florian Wagner-von, *op. cit.*, p. 5.

⁹⁵ Sobre ónus da prova no direito da concorrência e nos sistemas jurídicos dos EM da União veja-se: STÜRNER, Rolf, *op. cit.*, pp. 183-188.

⁹⁶ Tal como resulta do início da opção 8 do *Green Paper* (p.6) e como ficou cristalizado no art. 9.º/1 da Diretiva.

pressupostos “ilicitude” e “culpa” ficando a faltar “nexo de causalidade” e “dano”, o que facilita a tarefa das vítimas.

Quanto à questão específica da coordenação entre o *public* e o *private enforcement* e consequente acesso às declarações de clemência, a mesma foi tratada nas opções 6, 7, 28, 29 e 30 do *Green Paper*. As opções 6 e 28 previam a exclusão *per se* de acesso a tais documentos, posição com a qual não se concorda, apesar de ter sido a que acabou por ser consagrada na Diretiva. A opção 7 pretendia obter respostas para um acesso mais genérico, mas condicionado, enquanto as opções 29 (imunidade de indemnização) e 30 (limitação da responsabilidade solidária), apesar de não se referirem diretamente à divulgação das declarações de clemência, ofereciam modelos que, se implementados, poderiam ser conjugados com uma possibilidade de acesso aos referidos documentos. Em conclusão, o mérito do *Green Paper* reside no facto de ter aberto o debate quanto a diversas possibilidades e opções para o desenvolvimento das ações de indemnização nesta matéria⁹⁷, no seguimento da consagração deste direito pelo TJUE no acórdão *Courage*.

Sete meses após a apresentação do *Green Paper*, o Tribunal de Justiça decidiu o caso *Manfredi*⁹⁸ que representou mais um importante marco no desenvolvimento do *private enforcement* na UE. O acórdão ora em apreço não só reforçou as ideias expressas pelo Tribunal em *Courage*⁹⁹, como também

⁹⁷ Para uma abordagem resumida das respostas dadas ao *Green Paper* nas suas diferentes matérias veja-se: DE SMIJTER, Eddy/O’SULLIVAN, Dennis – “The Manfredi judgment of the ECJ and how it relates to the Commission’s initiative on EC antitrust damages actions”, *Competition Policy Newsletter*, Número 3, Outono 2006, pp. 23-26.

⁹⁸ Casos apensos 295-298/04 do Tribunal de Justiça *Vincenzo Manfredi contra Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA* (C-295/04), *Antonio Cannito contra Fondiaria Sai SpA* (C-296/04) e *Nicolò Tricarico* (C-297/04) e *Pasqualina Murgolo* (C-298/04) *contra Assitalia SpA* (13 de julho de 2006), EU:C:2006:461, mencionado como “Manfredi”.

⁹⁹ O TJUE reforçou, naturalmente, a existência de um direito dos particulares a indemnização por acordos contrários aos arts. 101.º e 102.º (*Manfredi*, § 39), mas também de que para que o referido direito exista basta que haja “um nexo de causalidade entre o referido dano e um acordo ou uma prática proibida pelo artigo [101.º TFUE]” (*Manfredi*, § 61), podendo surgir quer de um contrato, quer de um comportamento violador da disposição normativa em causa. De ressaltar ainda que, também nesta decisão, o Tribunal reforçou as funções que o direito em causa desempenha para a eficácia geral do sistema jus-concorrencial (*Manfredi*, § 91). A principal mais-valia destas “repetições” do TJUE face ao acórdão *Courage* é a de que, através das mesmas, foram reforçados os aspetos mais essenciais a ser tidos em conta no desenvolvimento legislativo das ações de indemnização em causa, constituindo as mesmas, importantes auxílios para os trabalhos levados a cabo pela Comissão.

desenvolveu a concretização dos princípios da equivalência e efetividade através da aplicação dos mesmos a casos concretos. Relativamente a estes últimos, veja-se que o Tribunal não só voltou a referir-se aos mesmos como princípios fundamentais a serem respeitados pelos tribunais nacionais e, conseqüentemente, funcionando como limites ao princípio da autonomia nacional, mas também deu mais conteúdo aos mesmos face ao que havia resultado do acórdão *Courage*¹⁰⁰. A esta reafirmação, o Tribunal acrescentou duas concretizações que demonstraram o *modus operandi* dos princípios da equivalência e da efetividade e das quais se pode demonstrar as conseqüências indesejáveis da falta de harmonização deste tipo de ações.

Por um lado, no que toca aos prazos de prescrição¹⁰¹, o Tribunal reforçou que cabe à ordem jurídica de cada Estado determinar os prazos de prescrição desde que sejam equivalentes aos prazos de ações judiciais de natureza análoga no ordenamento jurídico interno (equivalência) e desde que não tornem o exercício do direito praticamente impossível (efetividade)¹⁰². Por outro lado, no parágrafo 99, o TJUE abriu a hipótese de serem atribuídas às vítimas indemnizações por danos especiais (“punitive damages”), desde que tal seja possível para ações judiciais semelhantes na ordem jurídica interna.

Facilmente se compreende que a inexistência de harmonização destas regras entre os ordenamentos jurídicos dos Estados-Membros leva a problemas no âmbito da eficácia do sistema jus-concorrencial europeu; ora, a discrepância que pode existir nos sistemas jurídicos de cada EM leva a uma tutela deste direito de forma bastante diferente em cada ponto da União, daí que uma harmonização de regras tão elementares como prazos ou o tipo de indemnização a atribuir sejam tão importantes.

Assim, em suma, com o acórdão *Manfredi* o Tribunal reafirmou a sua posição quanto ao desenvolvimento do direito de indemnização em causa,

¹⁰⁰ A título de exemplo: *Manfredi*, §§ 62, 64, 71, 77.

¹⁰¹ *Manfredi*, §§ 77-82.

¹⁰² *Ibid*, §§ 78 e 79.

nomeadamente a necessidade de que tal direito seja efetivo¹⁰³, e demonstrou, através de duas concretizações dos princípios fundamentais para este direito, os efeitos nefastos que a ausência de regras comuns pode significar.

No que toca às iniciativas da Comissão, ao *Green Paper*, sucedeu-lhe o *White Paper*¹⁰⁴, cujo conteúdo se traduz numa mudança do foco¹⁰⁵ e numa clara rejeição do modelo americano de *private enforcement*¹⁰⁶, sendo que a leitura do mesmo deve ser feita em conjunto com o *Commission Staff Working Document* (“CSWD”)¹⁰⁷. Dado o âmbito da presente dissertação, focar-se-ão apenas¹⁰⁸ os pontos 2.2 e 2.9 do *White Paper*¹⁰⁹ (acesso a elementos de prova: divulgação *inter partes* e interação entre programas de clemência e ações por danos, respetivamente) aos quais correspondem os capítulos 3 e 10 do CSWD¹¹⁰.

Relativamente ao acesso a elementos de prova, o *White Paper* veio confirmar o que havia sido determinado no *Green Paper*, ou seja, que os tribunais nacionais devem ter poderes, respeitando determinadas condições de proporcionalidade e necessidade, para ordenar às partes ou a terceiros a divulgação de categorias relevantes de elementos de prova¹¹¹. Deste modo, os lesados devem apresentar razões plausíveis para requerem o acesso a determinados documentos dada a essencialidade dos mesmos para provarem a sua pretensão¹¹². A consagração destas condições avançou, visto que as mesmas se encontram genericamente estabelecidas nos n.ºs 1 a 3 do art. 5.º da Diretiva e nada se tem a

¹⁰³ DE SMIJTER, Eddy/O’SULLIVAN, Dennis, *op. cit.*, p. 24.

¹⁰⁴ Livro Branco - Ações de indemnização devido à violação das regras comunitárias no domínio antitrust, 2 de abril de 2008, mencionado como “White Paper”.

¹⁰⁵ CAUFFMAN, Caroline – “The interaction of Leniency Programmes and Actions for Damages”, p. 183, *The Competition Law Review*, Volume 7, N.º 2, julho 2011, pp. 181-220.

¹⁰⁶ Um dos principais objetivos inerentes a todo o documento é o de construir um sistema de aplicação privada do direito da concorrência genuinamente europeu, ou seja, em que as medidas propostas se encontram alicerçadas nas tradições e cultura jurídica dos Estados-Membros, *White Paper*, p.3.

¹⁰⁷ Commission Staff Working Paper accompanying the White Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules, 2 de abril de 2008, mencionado como “Commission Staff Working Paper”.

¹⁰⁸ Para uma abordagem resumida aos demais temas do White Paper veja-se: MILUTINOVIC, Veljko - “The ‘Right to Damages’ under EU Competition Law...”, pp. 80-83.

¹⁰⁹ *White Paper*, pp. 4-5 e 10.

¹¹⁰ CSWD, pp. 23-40 e 81-89.

¹¹¹ Vejam-se alguns dos possíveis efeitos negativos de uma ausência de sujeição a condições que são referidas no ponto 70 do CSWD, pp. 23-24.

¹¹² *White Paper*, p.5.

criticar¹¹³, na medida em que se entende como vital a determinação de condições para que um tribunal nacional ordena a divulgação de elementos de prova¹¹⁴.

Contudo, quanto às opções do *White Paper* relativamente à relação entre os programas de clemência e os pedidos de indemnização, já existem críticas a apresentar. Quer no ponto 2.2, quer no ponto 2.9, a Comissão frisou a necessidade de dar uma proteção adequada às declarações de clemência para que a possível divulgação das mesmas às vítimas não se viesse a prejudicar a atratividade dos programas de clemência.

Através da leitura do *White Paper* e do CSWD não é possível compreender o real alcance da “proteção adequada” que a Comissão pretendia atribuir às declarações de clemência, na medida em que não se entende tal expressão como um sinónimo da proibição absoluta de divulgação que veio a ser consagrada nos arts. 6.º/6 e 7.º/1 da Diretiva. Efetivamente, aquilo que é avançado, especialmente no CSWD¹¹⁵, são as razões pelas quais a proteção em causa é necessária (razões essas com as quais se concorda), mas não se pondera a natureza da proibição de divulgação¹¹⁶, nem se discute porque meios é que a “proteção adequada” pode ser alcançada.

É certo que não é feita nos documentos qualquer referência quanto à possibilidade de existirem exceções face à proibição de divulgação e, como tal, poderia entender-se que a Comissão estaria, tacitamente, a determinar esta proibição como absoluta, porém, a natureza do documento aconselhava a que se abrisse o debate sobre o verdadeiro alcance desta proibição e não que a questão fosse omitida.

¹¹³ Assim sendo, apesar da análise que tem vindo a ser feita quanto à divulgação de elementos de prova de forma genérica, prescinde-se da mesma quando, ainda neste capítulo, se referir a consagração da mesma na Diretiva sob pena de repetição face ao que se disse aqui.

¹¹⁴ Para uma análise mais aprofundada do regime geral de acesso a elementos de prova à luz da Diretiva (art. 5.º), veja-se, por exemplo: PAPP, Florian Wagner-von, *op. cit.*, pp. 33-53 e ROSSI, Leonor e FERRO, Miguel Sousa, *op. cit.*, pp. 181-183.

¹¹⁵ Veja-se, em especial, os pontos 294 a 302 do CSWD, pp. 86-87.

¹¹⁶ Apenas no ponto 299 (pp.86-87) é possível constatar algo semelhante a uma proibição absoluta na passagem “The Commission will never disclose to parties in private actions for damages any corporate statements it receives in the context of its Leniency Notice”; porém, tal afirmação corresponde apenas a uma prática reiterada da Comissão e não a uma opção legislativa.

Evidentemente, quer pelo teor das justificações apresentadas no CSWD, quer pela ideia orientadora de todo o *White Paper* em preservar um forte sistema de *public enforcement* e de se focar na função de compensação da aplicação privada das regras de concorrência¹¹⁷, se percebe que o objetivo da Comissão era o de introduzir uma proibição absoluta como acabou por acontecer na Diretiva; porém, a questão deveria ter sido discutida nos termos acima referidos ou, então, a Comissão deveria ter assumido, desde logo e sem reservas, a sua posição quanto ao assunto.

Em suma, o *White Paper* representa o culminar de uma primeira fase de desenvolvimento do *private enforcement* no Direito da União Europeia. É de assinalar a mudança de entendimento da parte da Comissão quanto às funções do *private enforcement* entre o *Green* e o *White Paper*; se, em 2005, o órgão executivo da União lhe atribuía, para além da função da compensação, a de dissuasão, tal perceção mudou em 2008, onde foi categoricamente afirmado que a função de dissuasão era, essencialmente, conferida ao *public enforcement*¹¹⁸.

3.2- A segunda fase de desenvolvimento do *private enforcement*: *Pfleiderer*¹¹⁹ e *Donau Chemie*¹²⁰

Conforme já se destacou e analisou, o TJUE teve (e continua a ter) um papel de elevado destaque na evolução e construção do sistema de aplicação privada das normas jus-concorrenciais na UE. Posteriormente à publicação do *White Paper*, mas antes da adoção da Diretiva 2014/104, o Tribunal decidiu dois casos absolutamente fundamentais para a posição que se defende na presente dissertação. Nos mesmos, o órgão judicial da União, entendeu como possível a divulgação das declarações de clemência às vítimas, caso os tribunais nacionais assim o decidissem¹²¹. Tais juízos assumem uma relevância especial, visto representarem

¹¹⁷ WILS, Wouter, “Private Enforcement of EU...”, p. 22.

¹¹⁸ MORAIS, Luís Silva, *op. cit.*, p. 113.

¹¹⁹ Caso C-360/09 do Tribunal de Justiça, *Pfleiderer AG contra Bundeskartellamt* (14 de junho de 2011) EU:C:2011:389, mencionado como “Pfleiderer”.

¹²⁰ Caso C-536/11 do Tribunal de Justiça, *Bundeswettbewerbshörde contra Donau Chemie AG e outros* (6 de junho de 2013) EU:C:2013:366, mencionado como “Donau Chemie”.

¹²¹ *Pfleiderer* § 32 e *Donau Chemie* § 49.

uma ideia contrária à que a Comissão expressara no *White Paper* e à que foi consagrada na Diretiva.

Relativamente ao processo de reenvio prejudicial *Pfleiderer*, a autora havia solicitado “que lhe fosse autorizada a consulta, sem limitações, dos autos do processo de contraordenação em matéria de concorrência relativo ao papel decorativo, tendo em vista a preparação de uma ação cível de indemnização”¹²²; após ter acesso a uma lista dos meios de prova obtidos durante a investigação, a *Pfleiderer* requereu o acesso a todas as peças dos autos, incluindo os documentos relacionados com os pedidos de clemência, mas a estes a autoridade da concorrência recusou o acesso¹²³. Em sede de recurso, o tribunal competente (*Amtsgericht Bonn*), apesar de ordenar à autoridade da concorrência alemã que entregasse tais documentos à autora, decidiu também suspender a ação para esclarecer junto do Tribunal de Justiça se o DUE impedia que um particular tenha acesso a documentos submetidos voluntariamente a uma ANC ao abrigo de um programa nacional de clemência¹²⁴.

Para responder a tal questão, o Tribunal começou por recordar que não existiam à data, em matéria de clemência e de direito de acesso a elementos de prova, qualquer tipo de regras comuns¹²⁵, sendo que apenas existem documentos de *soft law* (comunicação de clemência de 2006 e o regime-modelo de programas de clemência¹²⁶); na ausência de regulamentação vinculativa, entendeu o TJUE que cabia aos “Estados-Membros estabelecer e aplicar as regras nacionais”¹²⁷ quanto a tais matérias, relembrando logo no parágrafo 24 a obrigatoriedade dos Estados em respeitarem os princípios da equivalência e efetividade.

Após tal enquadramento, o órgão judicial da União destacou, por um lado, a importância, utilidade e eficácia dos programas de clemência, bem como os riscos que a divulgação das declarações de clemência representa para a atratividade

¹²² *Pfleiderer*, § 10.

¹²³ A matéria de facto encontra-se nos §§ 9 a 18 do caso *Pfleiderer*.

¹²⁴ *Ibid*, § 18.

¹²⁵ *Ibid*, § 20.

¹²⁶ *Ibid*, §§ 21 e 22.

¹²⁷ *Ibid*, § 23.

dos programas¹²⁸; mas, por outro lado, as conclusões do acórdão *Courage* foram reforçadas, nomeadamente quanto à função de dissuasão que as ações de indemnização possuem e na mais-valia que as mesmas representam para a manutenção de uma concorrência efetiva na UE¹²⁹. Ora, consciente de que, quer os programas de clemência, quer o direito à indemnização, são merecedores de tutela jurídica, mas que nenhum se sobrepõe, *per se*, sobre o outro, o Tribunal entendeu que caberia aos tribunais nacionais, numa lógica casuística, à luz de todos os elementos pertinentes e de acordo com a lei nacional, avaliar qual dos dois deveria prevalecer¹³⁰, visto que, naturalmente, as circunstâncias concretas de cada caso serão decisivas, nomeadamente a quantidade e qualidade dos elementos de prova a que a vítima tem ou pode vir a ter acesso.

Esta decisão do Tribunal gerou desde logo bastante controvérsia doutrinária, pois ao admitir que os tribunais nacionais podiam ordenar a divulgação de declarações de clemência, esta instituição europeia veio contrariar¹³¹ a “proteção adequada” que a Comissão entendia que deveria ser dada às declarações de clemência e que havia sido defendida pelo Advogado-Geral Ján Mazák nas conclusões¹³² que apresentou relativamente ao caso *Pfleiderer*¹³³.

No entender do Advogado-Geral, um sistema de clemência eficiente é relevante não só para os interesses públicos, mas também para os privados, na medida em que sem a referida eficiência muitos serão os cartéis que permanecerão por detetar¹³⁴. Assim, a manutenção da atratividade dos programas de clemência (que seria fortemente posta em causa com a divulgação dos documentos voluntariamente entregues pelas empresas que pretendam beneficiar dos

¹²⁸ Ibid, §§ 25-27.

¹²⁹ Ibid, §§ 28 e 29.

¹³⁰ Ibid, §§ 30-32.

¹³¹ O abalo criado por esta decisão jurisprudencial foi tão acentuado que levou a *European Competition Network* (“ECN”) a apresentar uma resolução em maio de 2012 relativa à proteção do material dos programas de clemência conforme pode ser visto em MORAIS, Luís Silva, *op. cit.*, pp. 128-129.

¹³² Conclusões do advogado-geral Mazák apresentadas em 16 de dezembro de 2010, *Pfleiderer AG contra Bundeskartellamt*, EU:C:2010:782, mencionadas como “Conclusões AG Mazák”.

¹³³ JONES, Alison/SUFRIN, Brenda, *op.cit.*, p. 1068.

¹³⁴ Conclusões AG Mazák, § 41.

mesmos¹³⁵) é igualmente importante para os particulares e, como tal, não se deve permitir a divulgação de tais elementos de prova, sendo que tal ausência de divulgação não prejudica os mesmos¹³⁶. Deve ter-se presente que a este raciocínio se encontra associada a ideia de uma hierarquia entre o *public* e o *private enforcement*, em que o primeiro se sobrepõe ao segundo.

Essencialmente, o raciocínio do Advogado-Geral assenta na premissa de que as declarações de clemência, por constituírem um documento autoincriminatório, ao serem divulgadas aos lesados, irão colocar os requerentes de clemência numa situação pior daqueles que não colaboraram com as autoridades públicas, caso as vítimas tenham acesso às mesmas. Neste sentido, tal possibilidade deve ser vedada, uma vez que a mesma iria fazer com que as empresas deixassem de colaborar com tais autoridades, pois os incentivos em denunciarem-se deixariam de ser superiores aos que poderiam obter ao permanecerem em segredo e em conluio; assim, independentemente das circunstâncias concretas de cada caso, as vítimas nunca poderiam ter acesso a este tipo de documentos¹³⁷.

Conforme já se tem vindo a referir, não se pode concordar com esta visão, estando antes de acordo com a posição apresentada pelo Tribunal, pese embora as fragilidades e aspetos incertos que a mesma encerra, como por exemplo a incoerência que pode existir entre os diferentes EM devido a cada tribunal nacional fazer a sua própria interpretação. Veja-se que o acórdão *Pfleiderer* é uma concretização do princípio da efetividade¹³⁸, pois ao permitir que os tribunais nacionais façam, de acordo com a sua lei nacional, uma análise casuística, pesando os diferentes interesses em jogo em cada caso, o TJUE garantiu a possibilidade de, em casos em que as vítimas não conseguem aceder a outros elementos de prova, as mesmas encontrem nas declarações de clemência uma salvaguarda final que

¹³⁵ Ibid, § 38.

¹³⁶ Ibid, § 47.

¹³⁷ CAUFFMAN, Caroline – “Access to Leniency related documents after *Pfleiderer*”, *Maastricht European Private Law Institute Working Paper N.º 2012/3*, fevereiro 2012, pp. 7-8.

¹³⁸ Ibid, pp. 11-12.

lhes permita um direito de indemnização efetivo, o que se reflete como uma cláusula de flexibilidade¹³⁹. Assim, com a sua decisão em *Pfleiderer*, o Tribunal surpreendeu não só por ter apresentado uma interpretação diferente da que havia sido feita até então pela Comissão e pelo advogado-geral (e com a qual a maioria da doutrina concorda), mas também pelo facto de ter decidido que a análise dos tribunais nacionais deveria ser feita caso a caso, impedindo estes de julgar improcedente o acesso a determinados documentos pelo mero facto de estes se integrarem em dada categoria.¹⁴⁰

Cinco dias antes da apresentação da Proposta de Diretiva que viria a resultar na Diretiva 2014/104, o Tribunal de Justiça decidiu o caso *Donau Chemie*, seguindo a interpretação feita em *Pfleiderer*, mas densificando e clarificando (ainda que pouco) a mesma.

O caso ora em apreço, também ele um reenvio prejudicial, é, factualmente, bastante semelhante a *Pfleiderer*: após a aplicação de coimas por comportamentos violadores do art. 101.º, as vítimas propuseram uma ação judicial de indemnização pelos danos resultantes de tal comportamento e pediram ao tribunal nacional (*Oberlandesgericht Wien*) acesso aos autos do processo judicial que havia condenado as infratoras¹⁴¹. Contudo, a solução do caso que se analisou *supra* não poderia ser aplicada, neste, pois, nos termos da lei nacional austríaca, sem acordo das partes os tribunais não podem ordenar o acesso a tais autos¹⁴². Ora, confrontado, por um lado com a sua lei nacional e por outro com a decisão do TJUE em *Pfleiderer*, o tribunal austríaco entendeu questionar o órgão judicial da União sobre a compatibilidade da referida disposição interna com a ordem jurídica da UE¹⁴³.

Entre os parágrafos 20 a 28, o Tribunal fez questão de recordar os passos dados nos doze anos decorridos entre o caso *Courage* e aquele que ali se decidia.

¹³⁹ KOMNINOS, Assimakis P. – “The Relationship...”, p. 154.

¹⁴⁰ WARDHAUGH, Bruce – “Cartel Leniency and Effective Compensation in Europe: the Aftermath of *Pfleiderer*”, *Web Journal of Current Legal Issues*, Volume 19, N.º 3, 2013, p. 15.

¹⁴¹ *Donau Chemie*, §§ 5 e 6.

¹⁴² *Ibid*, §§ 7 e 8.

¹⁴³ *Ibid*, §§ 9 a 13.

Deve entender-se estas constantes reafirmações do TJUE como uma forma de cimentar, na ordem jurídica europeia, não só a existência em si deste direito das vítimas a serem indemnizadas, mas também das funções que o Tribunal entende que o mesmo assume no seio do sistema de concorrência criando, de tal forma, jurisprudência assente na matéria; tais considerações assumem especial relevância numa altura em que ainda não havia a concretização deste direito nas normas jurídicas da União.

No que à compatibilidade da norma de direito austríaco com a ordem jurídica da UE concerne, o TJUE foi categórico ao afirmar que o direito da União, especialmente o princípio da efetividade, se opõe a uma norma que não permita aos órgãos jurisdicionais nacionais levar a cabo uma ponderação dos interesses em causa em cada caso concreto, aplicando-se tal interpretação a todo o tipo de documentos, incluindo os documentos comunicados no quadro de um programa de clemência¹⁴⁴. O Tribunal refere, e bem, que “qualquer regra rígida (...) é suscetível de lesar a aplicação efetiva, designadamente, do artigo 101.º TFUE e dos direitos que esta disposição confere aos particulares”¹⁴⁵ e, como tal, uma regra dessa natureza seria contrária ao princípio da efetividade, sendo o cumprimento deste absolutamente vital para o direito de indemnização por comportamentos anti-concorrenciais.

Quanto à questão concreta dos documentos produzidos para efeitos de um programa de clemência, apesar do TJUE, no parágrafo 42 do acórdão, reconhecer a importância destes programas e os riscos que a divulgação dos documentos em causa representa para a eficácia dos mesmos programas (como havia feito em *Pfleiderer*), nem por isso o Tribunal reconheceu a validade de uma proibição *per se*, na medida em que “apenas a existência de um risco de que um determinado documento lese concretamente um interesse público ligado à eficácia de um

¹⁴⁴ Ibid, § 49.

¹⁴⁵ Ibid, § 31.

programa nacional de clemência pode justificar que esse documento não seja divulgado”¹⁴⁶.

Ora, expressa-se aqui uma total concordância com o juízo do Tribunal, quer em *Pfleiderer*, quer em *Donau Chemie* e, conforme será desenvolvido adiante, crê-se que deveria ter sido uma solução semelhante à dos julgamentos em causa que deveria ter constado da Diretiva. É interessante verificar que, no primeiro caso, o TJUE referiu que a aferição caso a caso deveria ser feita em contexto com a lei nacional dos EM e depois, no segundo caso, o Tribunal é categórico em demonstrar um caso em que uma lei nacional não é compatível com tal necessidade de aferição. Note-se, porém, que, ao deixar a decisão para os tribunais nacionais e ao não apresentar diretrizes precisas de atuação para os mesmos, a posição do TJUE padece de um problema crucial: a exposição de uma incerteza jurídica já existente na ordem jus-concorrencial europeia. Nada, até então, impedia os tribunais nacionais de procederem a esta análise casuística, mas os acórdãos em causa deixaram isso evidente, pelo que poderiam ter ajudado a mitigar eventuais diferenças interpretativas pelo território da União. Apesar de este ser um risco real e evidente¹⁴⁷, o mesmo não só não é incontornável, como não foi criado pelo Tribunal; o órgão judicial da União apenas deixou claro aquilo que já era possível antes.

3.3 – A Diretiva 2014/104

A 11 de junho de 2013, a Comissão apresentou uma Proposta de Diretiva que, após a pronúncia do Comité Económico e Social Europeu e aprovação e assinatura pelo Parlamento Europeu (este propôs alterações tendo algumas sido incluídas na versão final) e pelo Conselho da União Europeia, veio a ser adotada, a 26 de novembro de 2014 como a Diretiva 2014/104/UE do Parlamento Europeu e do Conselho¹⁴⁸.

¹⁴⁶ Ibid, § 48.

¹⁴⁷ WARDHAUGH, Bruce, *op. cit.*, p. 20.

¹⁴⁸ Para mais informações sobre a tramitação, discussão e aprovação da Proposta de Diretiva veja-se: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/HIS/?uri=CELEX:32014L0104&qid=1512037996729>, consultado a 30 de novembro de 2017.

Antes de mais, deve elogiar-se, globalmente, a adoção da Diretiva; apesar do ponto central da presente dissertação ser a discordância pela proteção conferida aos programas de clemência através da proibição absoluta de divulgação das declarações de clemência, isso não obsta a que, de forma genérica, não se elogie e concorde com a Diretiva que, sem dúvida, irá beneficiar e promover o desenvolvimento do *private enforcement*.

Efetivamente, com a adoção e conseqüente transposição da Diretiva para os 28 ordenamentos jurídicos dos EM¹⁴⁹, as ações de indemnização por danos resultantes de infrações ao direito da concorrência e os diversos aspetos que enquadram e regulam as mesmas e que há muito eram discutidos e debatidos, inclusive pelo TJUE, tiveram, finalmente, consagração no direito derivado da União. Não haja dúvidas que, com a harmonização introduzida pela Diretiva, os lesados por comportamentos anti-concorrenciais encontram-se numa posição muito melhor daquela que estavam antes para recuperarem, efetivamente, os seus danos.

Destarte, devem destacar-se os esforços dispensados a construir um sistema marcadamente europeu tendo em consideração as tradições jurídicas dos EM (por exemplo, a proibição de reparação excessiva – art. 3.º da Diretiva) recusando, assim, a “importação” de um outro modelo já existente (nomeadamente aquele que vigora nos EUA), pese embora as importantes lições que se retiraram do mesmo. Deve também aplaudir-se a introdução de algumas normas que se revestem de elevado interesse para as vítimas, tais como: valor probatório conferido às decisões finais da autoridade nacional da concorrência de cada Estado-Membro e às dos restantes Estados (art. 9.º), prazo de prescrição mínimo de 5 anos (art. 10.º), responsabilidade solidária entre as várias empresas pertencentes a um cartel (art. 11.º), presunção ilidível de que os cartéis, *per se*, causam danos (art. 17.º/2), entre

¹⁴⁹ Processo ainda não completo faltando a Portugal e Grécia transpor a Diretiva (última confirmação a 27 de março de 2018)

outras; como é facilmente observável, todas estas disposições visam efetivar o cumprimento do direito de indemnização detido pelas vítimas.¹⁵⁰

Contudo, não favoráveis às vítimas são os arts. 6.º/6 e 7.º/1, que contrariam, de forma clara, a decisão do Tribunal nos casos *Pfleiderer* e *Donau Chemie*, pois os EM encontram-se obrigados a incluir no seu direito nacional uma disposição que impede os órgãos jurisdicionais nacionais de fazerem uma avaliação casuística e, como tal, de decidirem, à luz das circunstâncias concretas de cada caso, se estas impõem que se permita a divulgação das declarações de clemência¹⁵¹. Compreender-se-ia uma regra geral de proibição, isto é, que tal divulgação só poderia ser autorizada como *ultima ratio* e quando nenhum outro tipo de documentos fosse suficiente para que as vítimas pudessem provar aquilo que alegavam; agora, não se pode concordar com uma proibição absoluta, pois podem surgir certos casos em que as vítimas poderão não ser indemnizadas pela impossibilidade de utilizarem tais elementos de prova.

Para se compreender a opção adotada pela Comissão, a análise da exposição de motivos que acompanhou a Proposta de Diretiva é crucial. Desde logo, o primeiro objetivo da Proposta é o de “otimizar a interação entre a aplicação pública e privada do direito da concorrência” devendo estas, para tal, serem complementares¹⁵². A centralidade do problema que se discute na presente dissertação pode ser observada pelo facto de a Comissão se dedicar, exclusivamente, ao mesmo em relação à otimização que se referiu *supra*. Efetivamente, e concordando com o destacado pelo órgão executivo da União, o contexto normativo que vigorava à data não garantia uma relação otimizada entre o *public* e o *private enforcement*, a doutrina *Pfleiderer* carecia de ser melhor concretizada e, sem sombra de dúvida, a atratividade dos programas de clemência

¹⁵⁰ Para uma abordagem genérica à Diretiva veja-se, como exemplo: JONES, Alison/ SUFRIN, Brenda, *op. cit.*, pp. 1070-1080 com especial atenção para a Tabela 14.1 contida nas pp. 1079-1080.

¹⁵¹ Em sentido contrário veja-se: MARQUES, Ana Sofia – “Regime De Clemência no Direito Da Concorrência Europeu: Reflexões quanto ao acesso a documentos em ações de indemnização por infrações ao Direito da Concorrência”, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Escola do Porto Dissertação de Mestrado, na área de Direito Público, Internacional e Europeu, 2017, pp. 23-27.

¹⁵² Proposta de Diretiva; Exposição de motivos: 1.2 – “Justificação e objetivos da proposta”, p. 3.

deveria ser mantida, tendo em conta o seu papel para o sistema jus-concorrencial¹⁵³.

Contudo, não se pode concordar com a Comissão quando a solução proposta pela mesma estabelece uma proteção absoluta às declarações de clemência¹⁵⁴, pois a eficiência dos referidos programas não pode ser mantida a todo o custo e, muito menos, pela possível desvantagem para as vítimas. Em casos limite, as declarações de clemência poderão ser o único elemento de prova existente para que as vítimas garantam o seu direito à indemnização, mas, por força das disposições da Diretiva, tal não será possível, algo que se entende como violador do princípio da efetividade afirmado, concretizado e reafirmado pelo TJUE nos vários acórdãos que se analisaram.

É importante não esquecer que, ao contrário do que sucedera aquando da apresentação do *White Paper*, no momento em que a Diretiva foi proposta, o Tribunal já se tinha pronunciado sobre o assunto em causa, existindo uma diferença de dois anos entre o acórdão *Pfleiderer* e a Proposta que aqui se analisa. Tal intervalo temporal parece suficiente para que a Comissão tivesse construído uma solução baseada em tal decisão judicial e não se tivesse resumido a determinar que a mesma apresenta problemas e, como tal, não é adequada¹⁵⁵. É de assinalar que a Comissão se mostrou sempre irredutível em recuar neste ponto, visto que, no Relatório emitido pelo Parlamento Europeu sobre a Proposta¹⁵⁶, a assembleia representativa dos cidadãos europeus propôs, em resumo, que a proteção conferida aos documentos de um programa de clemência fosse uma regra geral (suscetível a exceções) e não uma de cariz absoluto¹⁵⁷, mas nem assim a Comissão reconsiderou, consagrando a solução da qual se discorda.

¹⁵³ Ibid, pp. 3 e 4.

¹⁵⁴ Ibid, p. 14.

¹⁵⁵ Ibid, pp. 1 e 2.

¹⁵⁶ Parlamento Europeu – “Relatório sobre a proposta de diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a certas regras que regem as ações de indemnização no âmbito do direito nacional por infrações às disposições do direito da concorrência dos Estados-Membros e da União Europeia”, 4 de fevereiro de 2014, mencionado como “Relatório do PE”.

¹⁵⁷ *Relatório do PE*, art.6.º/2-A, p.23 e Parecer da Comissão de Assuntos Jurídicos, alteração n.º 16, p. 48. A proposta do Parlamento Europeu será desenvolvida e analisada adiante, na medida em que se entende que a mesma poderia, efetivamente, ter sido a solução mais indicada.

Em síntese, a evolução do *private enforcement*, nomeadamente do direito à indemnização por violações das normas de concorrência, no DUE, foi tardio, mas conheceu um crescimento muito assinalável desde o início do século XXI. É de destacar não só o trabalho essencial das instituições europeias, em especial o desempenhado pelo Tribunal de Justiça e pela Comissão, mas também o envolvimento de empresas, sociedades de advogados, académicos, juízes, entre outros (essencialmente possibilitado pela consulta pública feita pela Comissão em resposta ao *Green* e *White Paper*) que ofereceram contributos essenciais para a criação de um sistema de *private enforcement* europeu.

É de assinalar que a visão da Comissão sobre as funções da aplicação privada e a interação desta com a aplicação pública foi mudando com os anos; no *Green Paper* o órgão executivo da UE perfilhava, como se viu, um entendimento de que ambos os “braços” da aplicação do direito da concorrência estavam num certo patamar de igualdade quanto à função de dissuasão, visão que mudou a partir do *White Paper* onde, apesar de não ter chegado à ideia de WILS da superioridade intrínseca do *public enforcement* sobre as ações de indemnização enquanto elemento dissuasor, a Comissão passou a entender que, quando em conflito, a aplicação pública deve prevalecer sobre o *private enforcement*. Assim, a Comissão concentrou-se em assegurar que este último garante, efetivamente, uma indemnização às vítimas (quando não prejudique a aplicação pública), sendo o cumprimento da função de dissuasão reconhecido, mas abordado como um efeito secundário.¹⁵⁸

4. O difícil equilíbrio entre os programas de clemência e o *private enforcement*: a proteção absoluta à divulgação das declarações de clemência

Os arts. 6.º/6 e 7.º/1 da Diretiva 2014/104 vieram estabelecer um contexto normativo que, por um lado, proíbe os tribunais nacionais de ordenarem a divulgação das declarações de clemência e, por outro, tais elementos de prova

¹⁵⁸ CAUFFMAN, Caroline – “The interaction...”, pp. 182-183.

devem ser considerados inadmissíveis para efeitos de uma ação de indemnização, caso as vítimas tenham acesso às mesmas através da consulta do processo junto de uma ANC; por outras palavras, sob as declarações de clemência¹⁵⁹ recai uma proteção absoluta de divulgação e utilização em tribunal para fins indemnizatórios, opção da qual se discorda e que veio alterar a interpretação feita pelo TJUE em *Pfleiderer e Donau Chemie*¹⁶⁰.

É por demais evidente que a atratividade dos programas de clemência deve ser protegida, na medida em que os mesmos são um mecanismo muitíssimo eficaz para o sistema jus-concorrencial, quer pelo efeito de dissuasão que representam, quer por permitirem terminar com infrações ao direito da concorrência que, doutro modo, provavelmente não seria possível; para além disso, não se coloca em causa a importância que as mesmas assumem para o *private enforcement*, nomeadamente em tornarem possíveis as ações de *follow-on*.

Por conseguinte, é manifesto que as empresas infratoras só irão colaborar com a Comissão/ANC's, se a cooperação se revelar vantajosa; neste sentido, é óbvio que se as declarações de clemência não tivessem um estatuto especial de proteção no âmbito das regras de divulgação de elementos de prova da Diretiva e estivessem, assim, submetidas às cláusulas gerais dos arts. 5.º/1 e 3 e 6.º/4, tal não representaria uma proteção adequada a tais documentos. O conteúdo destas declarações reveste-se de elevado valor probatório para os lesados, pelo que, se as mesmas não fossem devidamente protegidas, poderiam ser frequentemente divulgadas às vítimas, sendo tal uma circunstância que poria, efetivamente, a atratividade dos programas de clemência em risco.¹⁶¹ Por outras palavras, há um receio, fundado, de que a divulgação sistemática das declarações de clemências se

¹⁵⁹ O mesmo se aplica às “propostas de transação” (art. 6.º/6/b), mas as mesmas não serão alvo de análise.

¹⁶⁰ PAIS, Sofia Oliveira – “Antitrust private enforcement and collective redress in Portugal”, pp. 29-31 *in* PAIS, Sofia Oliveira (ed.), *op. cit.*, pp. 19-33.

¹⁶¹ A necessidade de proteção da atratividade dos programas de clemência corresponde a um entendimento praticamente unânime na Doutrina, pelo que se veja, como exemplo: CAUFFMAN, Caroline – “The interaction ...”, pp. 183-184; MACCULLOCH, Angus e WARDHAUGH, Bruce – “The Baby and the Bathwater: The Relationship in Competition Law between Private Enforcement, Criminal Penalties, and Leniency Policy”, disponível no SSRN, junho 2012, pp. 20-21; JONES, Alison/ SUFRIN, Brenda, *op. cit.*, p. 1068.

traduzisse num prejuízo para estes programas e, conseqüentemente, para todo o sistema de *enforcement*¹⁶². Porém, entende-se que a reação a este medo pode ter sido exagerada, na medida em que para proteger o sistema de clemência poderia não ser necessária a proteção absoluta, visto que o mesmo poderia continuar atrativo com uma regra geral de proibição que, contrariamente à solução vigente, permitiria o cumprimento do princípio da efetividade.

A proibição absoluta acabou por ser consagrada, por um lado devido à prevalência dada às posições que entendem que o *private enforcement* não cumpre funções de dissuasão e, por outro, devido ao caráter de novidade que a aplicação privada representa no DUE; assim, questões que possam afetar a aplicação pública (intrinsecamente ligada aos programas de clemência) foram relativamente repudiadas, de forma a não pôr em causa o sistema de *public enforcement* já instituído. Permite-se, assim, o desenvolvimento da aplicação privada até ao ponto em que não interfira com o *public enforcement* e, quando tal acontece, este deve impor-se àquele por se encontrar melhor posicionado para dissuadir as práticas restritivas da concorrência. A isto acresce a veiculação da ideia de que uma empresa apenas apresentará um pedido de clemência se conseguir evitar, por completo, qualquer tipo de consequência financeira negativa¹⁶³; isto não é propriamente assim, tendo em conta que, não raras vezes, as empresas apresentam pedidos de clemência para evitar males maiores, ou seja, na iminência da aplicação de uma coima a possibilidade de ver a mesma reduzida já representa uma realidade atrativa para as empresas.

Em suma, dado estarmos perante uma das mais complexas tensões entre os dois “braços” do *enforcement* do direito da concorrência, a mesma não poderia ser regulada por uma regra nem demasiado flexível, nem excessivamente rígida, impondo-se, sim, uma solução que permitisse uma justiça adequada ao caso concreto.

¹⁶² Proposta de Diretiva, pp. 3 e 14.

¹⁶³ CATÓN, Pablo González de Zárate – “Disclosure of Leniency Material: a Bridge between Public and Private Enforcement of Antitrust Law”, *Research Papers in Law* 8/2013, College of Europe, 2013, p.13.

4.1 – Os programas de clemência na União Europeia

Antes de abordar criticamente a solução consagrada pela Diretiva nos arts. 6.º/6 e 7.º/1 importa referir e tecer algumas considerações sobre os programas de clemência individualmente considerados, pois não se vê como possível analisar a interação entre estes e o *private enforcement*, especialmente tendo em conta as ações judiciais de *follow-on*, sem que os mesmos sejam compreendidos.

Fortemente inspirados pelos seus homólogos nos EUA, estes programas existem na União desde 1996¹⁶⁴, tendo sido revistos em 2002 e 2006¹⁶⁵; os mesmos encontram a sua referência legislativa no art. 4.º-A do Regulamento 773/2004¹⁶⁶, apesar de terem sido sempre desenvolvidos através de Comunicações da Comissão, ou seja, os mesmos representam um elemento jurídico não-vinculativo, o que aumenta o seu carácter flexível. Os programas em causa são, atualmente, a pedra angular do *public enforcement*, visto que a grande maioria das decisões adotadas pela Comissão têm por base pedidos de clemência; por exemplo, entre 2001 e 2015 foram aplicadas coimas a 87 cartéis, sendo que em 66 dos mesmos (75% dos casos) foi atribuída imunidade à primeira empresa a colaborar com o órgão executivo da UE e a várias outras foi garantida uma redução da coima¹⁶⁷, o que demonstra a preponderância que os mesmos assumem na condenação destas graves infrações ao direito da concorrência.

Gradualmente, os EM têm vindo a implementar nos respetivos ordenamentos jurídicos os seus próprios programas de clemência, constituindo, para tal, o regime-modelo¹⁶⁸ da ECN um auxílio importante, enquanto documento orientador dado o seu carácter não-vinculativo (o que permite, simultaneamente,

¹⁶⁴ Para uma perspetiva histórica veja-se: WILS, Wouter – “Leniency in Antitrust...”, pp. 34-36.

¹⁶⁵ 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) de 8 de dezembro de 2006, mencionada como a “Comunicação de clemência”.

¹⁶⁶ Regulamento (CE) n.º 773/2004 da Comissão de 7 de abril de 2004 relativo à instrução de processos pela Comissão para efeitos dos artigos 81.º e 82.º do Tratado CE, J.O 2004 L 123, mencionado como “Regulamento 773/2004”.

¹⁶⁷ WILS, Wouter – “The Use of Leniency in EU Cartel Enforcement: An Assessment after Twenty Years”, pp. 333-334, *World Competition*, Volume 39, N.º 3, setembro 2016, pp. 327-388.

¹⁶⁸ European Competition Network Model Leniency Programme, novembro de 2012, disponível em: http://ec.europa.eu/competition/ecn/mlp_revised_2012_en.pdf, consultado a 9 de janeiro de 2018.

uma harmonização entre os diferentes programas de clemência dos EM¹⁶⁹ e uma atenção às especificidades internas de cada Estado, dado o seu carácter não obrigatório), tal como o *know-how* partilhado entre a Comissão e as diferentes ANC's, ao abrigo da rede de autoridades da concorrência¹⁷⁰.

Os objetivos dos programas de clemência são, essencialmente, três: (i) detetar práticas anti-concorrenciais que, de outro modo, permaneceriam por descobrir dada a natureza secreta dos cartéis; (ii) garantir a cessação das infrações em curso e punir as mesmas; e (iii) funcionar como um elemento dissuasor, na medida em que a sua existência aumenta a instabilidade e desconfiança no seio dos cartéis, uma vez que as empresas sabem que, a qualquer momento, uma pode denunciar as restantes¹⁷¹. Não obstante este último objetivo, o mesmo só será possível caso exista um risco real de deteção dos comportamentos contrários às normas de concorrência por via de um esforço efetivo de investigações *ex officio*; significa isto que as empresas têm, efetivamente, de recear que o cartel seja descoberto, pois, caso contrário, por mais que os incentivos à colaboração sejam adequados, as empresas não o farão porque sabem que mantendo-se em conluio não serão descobertas. Não se pode ignorar a capacidade de aprendizagem das empresas e, por conseguinte, a possibilidade de, com o tempo e experiência, desenvolverem estratégias mais eficazes de conluio que sejam impermeáveis às incertezas e receios criados pela clemência; neste sentido, é essencial que a prioridade cimeira da Comissão/ANC's seja a condução das suas próprias investigações, sendo estas complementadas com os pedidos de clemência e não o inverso.¹⁷²

Estes programas traduzem-se na atribuição de imunidade ou redução das coimas a aplicar pela Comissão/ANC's a empresas que, voluntariamente e

¹⁶⁹ CAUFFMAN, Caroline – “The interaction...”, pp. 199-200.

¹⁷⁰ Comunicação da Comissão sobre a cooperação no âmbito da rede de autoridades de concorrência (2004/C 101/03) de 27 de abril de 2004, mencionada como a “Comunicação de cooperação”.

¹⁷¹ NICOLAU, Joana Santos – “The effectiveness of Leniency Programs on Cartel Prosecution – An Economic Analysis of the European Case”, Dissertação de Mestrado em Economia pela Universidade Católica Portuguesa, novembro 2015, pp. 5-8.

¹⁷² WILS, Wouter – “The Use of Leniency...”, pp. 350-351.

cumprindo determinados requisitos¹⁷³, colaborem com vista à cessação de cartéis nos quais participam¹⁷⁴. Por conseguinte, para levar as empresas a colaborar com estas entidades públicas, é necessário que as vantagens que as mesmas retirem da colaboração em causa sejam superiores àquelas que poderiam obter ao continuarem em conluio com as demais. Porém, isto não significa que as empresas só irão colaborar se evitarem, por completo, quaisquer consequências negativas de um ponto de vista financeiro. Consequentemente, para além das naturais considerações jurídicas, devem ter-se em linha de conta questões económicas, psicológicas e sociológicas, pois todas estas serão necessárias para garantir que os incentivos atribuídos às empresas são adequados e que os lesados veem o “perdão” concedido aos infratores como algo que os beneficia¹⁷⁵.

Contextualizados os programas de clemência, importa agora destacar os efeitos positivos dos mesmos, analisar os seus efeitos negativos e debater que tipo de aspetos podem funcionar como desincentivos para as empresas apresentarem pedidos de clemência¹⁷⁶. A consequência positiva mais evidente da introdução destes programas na UE reside no número crescente de cartéis condenados pela Comissão¹⁷⁷, algo que acontece, em parte, devido à informação fornecida por aqueles que apresentam um pedido de clemência¹⁷⁸. Os programas de clemência

¹⁷³ Quanto à tramitação de um processo de clemência, bem como os diversos requisitos a cumprir vejam-se os pontos 8 a 30 da Comunicação de clemência e WILS, Wouter – “The Use of Leniency...”, pp. 328-331.

¹⁷⁴ Tal como referido pela Comissão em <http://ec.europa.eu/competition/cartels/leniency/leniency.html> (consultado a 15 de janeiro de 2018); aconselha-se a leitura do conteúdo da hiperligação presente nesta nota de rodapé para a aferição da posição oficial do órgão executivo da UE relativamente à sua política de clemência.

¹⁷⁵ Neste sentido é importante garantir processos públicos, justificados e transparentes para fomentar a confiança dos particulares nos programas de clemência garantindo, simultaneamente, o respeito por diferentes direitos humanos no âmbito de tais programas; neste sentido veja-se: CARMELIET, Tine – “How lenient is the European leniency system? An overview of current (dis)incentives to blow the whistle”, pp. 485-511, *Jura Falconis*, Volume 48, N.º 3, 2011, pp. 463-512.

¹⁷⁶ O *private enforcement* enquadra-se nestes últimos, mas será abordado adiante num subcapítulo autónomo.

¹⁷⁷ WILS, Wouter – “The Use of Leniency...”, Tabela 1, p. 333-334, onde é visível o aumento de cartéis condenados desde 1996 quando os programas de clemência foram implementados.

¹⁷⁸ *Ibid*, Tabela 2, p. 339. Aqui são demonstrados os cartéis descobertos exclusivamente através da clemência. Se cruzados estes dados com os da Tabela 1, citada na nota de rodapé anterior, conclui-se que unicamente através de um pedido de clemência foram condenados 10% (1996-2000), 21% (2001-2005), 48% (2006-2010) e 47% (2011-2015) do N.º de cartéis de cada período referido. Conforme resulta da Tabela 1 houve mais casos do que estes em que foram apresentados pedidos de clemência, sendo que estas percentagens que se indicaram contemplam os cartéis que foram descobertos, apenas e somente, graças à existência dos programas de clemência (nota de rodapé 51, p. 339).

consubstanciam-se, deste modo, num meio privilegiado de recolha de informação não só por levarem à descoberta de cartéis que de outro modo permaneceriam secretos (vários são os casos em que não há indícios de estarem a ocorrer práticas restritivas da concorrência ou, havendo, é difícil a obtenção das provas para condenar as empresas em causa), mas também porque tal é feito de uma forma menos dispendiosa e mais eficaz do que através das investigações *ex officio*. A Comissão beneficia, quer com as informações/elementos de prova entregues no momento do pedido de clemência, quer com a colaboração contínua que as empresas estão obrigadas a prestar até ao momento de condenação dos participantes no cartel (ponto 12 da Comunicação de clemência), permitindo-lhe detetar e punir mais cartéis.¹⁷⁹

Um outro aspeto positivo da existência dos programas de clemência é o facto de os mesmos serem uma fonte de destabilização e dissuasão das práticas anti-concorrenciais. Os cartéis, enquanto organização ilegal que são, padecem de determinados problemas na sua governação interna, nomeadamente a circunstância de as empresas terem de confiar umas nas outras sabendo que não podem recorrer aos tribunais caso essa confiança seja quebrada¹⁸⁰. Ora, se as estes problemas se acrescenta a possibilidade de uma das empresas denunciar as restantes lucrando com isso¹⁸¹, mais razões existem para a desconfiança entre as empresas, algo que se revela fundamental para que determinados cartéis cessem a sua atividade ou nem se cheguem a constituir; significa isto que os riscos acrescidos que os programas de clemência representam para a estabilidade de um cartel funcionam como um importante mecanismo de dissuasão de práticas restritivas da concorrência¹⁸².

¹⁷⁹ WILS, Wouter – “The Use of Leniency...”, pp. 335-337; FREIRE, Paula Vaz – “Análise Económica dos Programas de Clemência no Direito da Concorrência”, p. 192, *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Ano 1, N.º 1, 2015, pp. 191-203.

¹⁸⁰ Esta situação é uma concretização do afamado “dilema dos prisioneiros” no contexto da utilização dos programas de clemência como se pode ver em: FREIRE, Paula Vaz, *op. cit.*, pp. 195-197.

¹⁸¹ É importante não esquecer que, em princípio, as empresas constituintes de um cartel são concorrentes e, como tal, uma das empresas denunciar as restantes pode ser altamente lucrativo, na medida em que não só ficam isentas da aplicação da coima, como vêem os seus concorrentes a ser amplamente prejudicados.

¹⁸² WILS, Wouter – “The Use of Leniency...”, pp. 337-339; FREIRE, Paula Vaz, *op. cit.*, pp. 195-197.

Neste sentido, o facto de apenas à primeira empresa que colabora com a Comissão ser atribuída imunidade de coima (ponto 8 da Comunicação de clemência) aumenta este sentimento de instabilidade no seio do cartel, na medida em que quem colaborar primeiro tirará mais benefícios que as restantes. Naturalmente, é impossível obter dados de quantos cartéis não se constituíram desde que os programas de clemência foram implementados na União, porém, uma das interpretações possíveis da redução do número de cartéis condenados pela Comissão entre 2001-2005/2006-2010 e 2011-2015¹⁸³ é exatamente esta, ou seja, aos poucos, a mera possibilidade de uma empresa requerer clemência reduz os lucros expectáveis de um cartel e, como tal, conduz a uma menor verificação destas infrações ao direito da concorrência.

Note-se, contudo, que a redução do número de cartéis condenados pela Comissão pode também ser interpretada como fruto de uma dependência crescente e excessiva deste órgão nos programas de clemência e consequente adaptação dos cartéis aos desafios suscitados com a introdução de tais programas; esta interpretação ganha maior eco e validade com o cruzamento dos dados anteriores com aqueles que indicam a clara diminuição de cartéis condenados em virtude de investigações *ex officio*¹⁸⁴. Sendo ambas as interpretações em causa plausíveis, cumpre dizer que, de facto, a Comissão não pode atribuir aos programas de clemência um estatuto “sacrossanto” e utilizar os mesmos como a base do seu sistema de *enforcement*, mas sim como complemento que os programas em causa representam; sem o risco de serem detetadas, as empresas infratoras não irão, naturalmente, colaborar com as autoridades públicas.

Deve ter-se em linha de conta que estes programas podem ser utilizados de uma forma perversa ou ter efeitos indesejáveis à luz das normas de concorrência. A forma como se devem procurar resolver os mesmos deve ser cautelosa para não tornar essas soluções em desincentivos à colaboração entre as empresas e a Comissão.

¹⁸³ WILS, Wouter – “The Use of Leniency...”, Tabela 1, p. 333-334.

¹⁸⁴ Ibid, Tabela 5, p. 351.

Desde logo, é necessário ter presente que a atribuição de clemência constitui uma benesse que é garantida a empresas que infringiram o direito da concorrência, o que pode criar, especialmente nas vítimas, um sentimento de injustiça, visto que empresas que as lesaram não serão punidas pela Comissão. Por conseguinte, é importante garantir que, apesar destas questões, os programas de clemência sejam interpretados como mecanismos úteis para levar ao término de comportamentos anti-concorrenciais¹⁸⁵, bem como vantajosos para o ressarcimento dos danos causados às vítimas (e não como um instrumento que impeça tal situação)¹⁸⁶.

Dois outros tópicos a equacionar, e aos quais inclusive já se aludiu, são, por um lado, a aprendizagem feita pelas empresas com vista a contornarem os propósitos dos programas de clemência e, por outro lado, os lucros que a empresa que recebe imunidade obtém face às restantes e como pode utilizar isso em seu benefício ou afetar, através de tal ação, a estrutura do mercado. Estas são duas dimensões daquilo que é usualmente designado como “clemência estratégica”, questão esta que deve ser sempre equacionada nas opções da Comissão/ANC’s, na medida em que as empresas poderão ter sempre esta utilização em vista, daí que estes programas, apesar de úteis, não sejam totalmente fiáveis, pois lida-se com empresas que procuram a infração¹⁸⁷.

Relacionado de perto com estas possíveis situações encontra-se o tratamento previsto para três tipos de empresas: (i) as que exercem coação sobre as demais para entrar ou manterem-se em conluio, (ii) as reincidentes¹⁸⁸, ou seja, aquelas que participam, pelo menos, pela segunda vez num cartel e (iii) aquelas

¹⁸⁵ WILS, Wouter – “The Use of Leniency...”, pp. 344-345; FREIRE, Paula Vaz, *op. cit.*, p. 194.

¹⁸⁶ Comunicação de clemência, ponto 39. É importante não esquecer que o *public enforcement* não garante indemnizações às vítimas, ou seja, apesar da vantagem obtida com a cessação do comportamento (e, consequentemente, não continuarem a ter prejuízos), com os processos administrativos da Comissão/ANC’s as vítimas não são ressarcidas pelos danos que sofreram durante o tempo em que a infração ocorreu, sendo tal apenas possível através do *private enforcement*.

¹⁸⁷ As diferentes dimensões da clemência estratégica podem ser vistas em: WILS, Wouter – “The Use of Leniency...”, pp. 341-343 e FREIRE, Paula Vaz, *op. cit.*, p. 198-200.

¹⁸⁸ Sobre os programas de clemência e a reincidência em geral veja-se, por exemplo: MARVÃO, Catarina – “The EU Leniency Programme and Recidivism”, *Review of Industrial Organization*, Volume 48, N.º 1, fevereiro 2016, pp.1-27.

que lideram o cartel (“ringleaders”)¹⁸⁹. Enquanto as primeiras não podem, em caso algum, receber imunidade da coima, apesar de poderem ser beneficiadas com uma redução da mesma¹⁹⁰, as restantes podem ser isentas de tal consequência contraordenacional¹⁹¹. Ora, tais opções são compreensíveis e, apesar de eventuais efeitos nefastos, nomeadamente o de incentivar práticas restritivas da concorrência, os mesmos encontram-se atenuados, visto todos estes aspetos serem devidamente equacionados no cálculo das coimas a aplicar¹⁹².

Como é verificável a construção de um regime de clemência adequado é uma tarefa delicada e cujo ponto central é o de encontrar o equilíbrio ideal entre os incentivos e desincentivos conferidos às empresas que colaborem com as autoridades públicas. Se por um lado, as empresas têm de se sentir motivadas a denunciar os cartéis em que participam (algo que acontece, maioritariamente, fruto de uma avaliação do que compensa mais de um ponto vista financeiro), por outro lado, tal não pode ser concebido de um modo em que a possibilidade de recorrer aos programas de clemência seja vista como um incentivo a práticas restritivas da concorrência ou algo demasiado generoso. Assim, para além deste equilíbrio, para que a política de clemência europeia atinja os seus propósitos, é vital que a mesma seja um complemento às investigações *ex officio* e não o contrário¹⁹³.

¹⁸⁹ Sobre os *ringleaders* em geral veja-se, por exemplo: MARVÃO, Catarina e SPAGNOLO, Giancarlo – “What Do We Know about the Effectiveness of Leniency Policies? A Survey of the Empirical and Experimental Evidence”, *Stockholm Institute of Transition Economics Working Paper*, N.º 28, Outubro 2014, pp. 16-19.

¹⁹⁰ Ponto 13 da Comunicação de clemência.

¹⁹¹ Não deve ser esquecido que a possibilidade de receber imunidade é o ponto mais atrativo dos programas de clemência.

¹⁹² 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), de 1 de setembro de 2006, ponto 28.

¹⁹³ No sentido da insuficiência dos programas de clemência para detetar determinados tipos de cartéis veja-se, genericamente, o Relatório da OCDE – “*Ex officio* cartel investigations and the use of screens to detect cartels”, outubro de 2013. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/competition/exofficio-cartel-investigation-2013.pdf> (consultado a 15 de janeiro de 2018).

4.2- A proteção absoluta das declarações de clemência como uma opção desvantajosa para otimizar a interação entre o *public* e o *private enforcement*

O desenvolvimento da aplicação privada do direito da concorrência e a (esperada) banalização das ações de indemnização podem resultar num desincentivo à apresentação de pedidos de clemência, caso não sejam estabelecidos os necessários equilíbrios. Tendo em conta que as empresas, mesmo colaborando com a Comissão, podem enfrentar processos judiciais, é natural que esta consequência negativa seja mais um elemento a ponderar pelas empresas quando decidem ou não participar num programa de clemência; contudo, ao contrário do que se tem tentado transparecer, não é este fator, sozinho, que faz com que as empresas decidam não colaborar com as autoridades públicas, havendo várias outras circunstâncias a equacionar, conforme se viu.

Em princípio, não se deve colocar as empresas que colaboram com as autoridades públicas numa situação pior do que aquelas que não o fizeram, na medida em que isso será um sinal claro às primeiras de que não compensa colaborar¹⁹⁴. Porém, a este princípio de proteção da empresa “infratora-colaboradora” deve sobrepor-se outro que se entende ser legalmente superior: o princípio da efetividade conforme reconhecido e reafirmado pelo Tribunal de Justiça e consagrado no art. 4.º da Diretiva; à luz deste princípio o exercício do direito de indemnização não pode ser “praticamente impossível ou excessivamente difícil”, ou seja, as regras respeitantes a estas ações judiciais têm de permitir uma indemnização efetiva.

Ora, tal como a própria conceção dos programas de clemência, também a arquitetura da interação entre estes e as ações de indemnização só é conseguida através de delicados equilíbrios, de forma a alcançar a otimização do sistema de *enforcement*, ou seja, procurando a solução que menos prejudique os objetivos do

¹⁹⁴ Veja-se, por exemplo: BUCCIROSSI, Paolo, MARVÃO, Catarina e SPAGNOLO, Giancarlo – “Leniency and Damages”, *Stockholm Institute of Transition Economics Working Paper*, N.º 28, outubro 2014, p.2.

mesmo. Entende-se que a estatuição de uma proibição absoluta de divulgação e utilização das declarações de clemência não traz ganhos significativos para a atratividade dos programas de clemência e, no limite, pode colocar em causa a indemnização efetiva das vítimas.

Como já se fez notar, as ações de indemnização em direito da concorrência são factualmente complexas e caracterizadas por uma gritante assimetria de informação a desfavor dos lesados, pelo que, aos mesmos, deve ser garantido acesso aos elementos de prova de forma mais ampla possível. Se é certo que, fruto dos arts. 9.º/1 da Diretiva e 16.º do Regulamento 1/2003¹⁹⁵, a prova dos pressupostos da responsabilidade civil “ilicitude” e “culpa” se encontra facilitada, certo é também que tal não acontece relativamente aos pressupostos “nexo de causalidade” e “dano” (este último especialmente quanto à sua quantificação)¹⁹⁶. Destarte, a exclusão, *per se*, de qualquer categoria de elementos de prova afigura-se como problemática, pois, é impossível, *a priori*, determinar que os mesmos não serão necessários para garantir a indemnização efetiva dos lesados¹⁹⁷.

Mais do que a própria divulgação em si, aquilo que é crucial no âmbito do princípio da efetividade é a possibilidade de os juízes nacionais avaliarem, casuisticamente, a necessidade de divulgação de qualquer tipo de documento, devendo esta ser ordenada apenas nos casos em que tal for imprescindível para assegurar um direito de indemnização efetivo, algo que não será possível com uma proibição absoluta¹⁹⁸. Assim, ao invés da proibição absoluta, a Comissão poderia ter optado por uma regra geral de proibição, ou seja, sujeita a exceções quando estritamente necessário e sujeita à proteção temporal dos chamados “elementos

¹⁹⁵ Isto para os casos em que o cartel é condenado pela Comissão ou pela ANC do Estado em que a ação é proposta, pois nos casos em que a decisão foi adotada pela ANC de outro EM a mesma tem apenas, e em princípio, o valor de *prima facie* (art. 9.º/2), podendo vir a revelar-se o acesso à declaração de clemência crucial para impedir os réus de ilidir a presunção em causa.

¹⁹⁶ Quanto às diferentes implicações do art. 9.º da Diretiva veja-se, como exemplo: PISZCZ, Anna, *op. cit.*, pp. 59-65.

¹⁹⁷ Por esta razão os elementos de prova do art. 6º/5 não podem ser considerados como salvaguarda suficiente, pois é impossível antever que os mesmos bastarão.

¹⁹⁸ GROUSSOT, Xavier e PIERRE, Justin – “Transparency and Liability in Leniency Programmes: a Question of Balancing?” p. 13, *Lund University Legal Research Series*, Paper N.º 1/2015, janeiro 2015, pp. 1-18.

cinzentos” presentes no art. 6.º/5¹⁹⁹. Se essa tivesse sido a escolha do órgão executivo da UE estaríamos perante uma norma jurídica mais garantística para as vítimas, sem que isso pusesse em causa a atratividade dos programas de clemência.

Pese embora ter sugerido diversas alterações à Proposta de Diretiva apresentada pela Comissão, o PE aprovou a referida proposta em primeira leitura²⁰⁰; quanto às modificações propostas, a Comissão chegou a uma solução de compromisso²⁰¹, na qual a posição desta face à proteção absoluta das declarações de clemência se manteve, caindo, assim, a hipótese levantada pelo PE de que a mesma fosse uma “regra geral”²⁰². Acontece que a adoção desta proibição é manifestamente contrária à posição do Tribunal, expressa em *Pfleiderer* e *Donau Chemie*, pois, ao não permitir aos tribunais nacionais uma aferição casuística dos interesses em causa, é violado o princípio da efetividade (que é a base de todo o regime de divulgação de elementos de prova sob a égide da Diretiva²⁰³), havendo, por isso, quem qualifique esta rígida proteção *per se* como incompatível com o direito primário da UE²⁰⁴. É certo que a visão casuística que o Tribunal expressou nos casos referidos foi amplamente incluída na Diretiva, mas os mesmos não fizeram qualquer diferenciação entre categorias de documentos, pelo que se impunha que, à luz da Diretiva, também não existisse distinção entre documentos.

Tanto em *Pfleiderer*²⁰⁵ como em *Donau Chemie*²⁰⁶, o TJUE foi categórico ao determinar que é contrário ao Direito da União - em especial o direito à indemnização efetiva tal como concebido em *Courage* e reafirmado em *Manfredi*, ou seja uma decorrência do art. 101.º TFUE-, a existência uma regra de tal maneira rígida no ordenamento jurídico dos EM que não permita aos tribunais nacionais

¹⁹⁹ WILS, Wouter – “Private Enforcement of EU...”, pp. 35-37.

²⁰⁰ A adoção da Diretiva seguiu o Processo Legislativo Ordinário (art. 294.º TFUE).

²⁰¹ Veja-se a “posição da Comissão sobre as alterações do PE em 1ª leitura”: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/HIS/?uri=CELEX:32014L0104> (consultado a 18 de janeiro de 2018).

²⁰² *Relatório do PE*, art.6.º/2-A, p. 23.

²⁰³ ROSSI, Leonor e FERRO, Miguel Sousa, *op.cit.*, p. 181.

²⁰⁴ KERSTING, Christian – “Removing the Tension between Public and Private Enforcement: Disclosure and Privileges for Successful Leniency Applicants”, pp.3-4, *Journal of European Competition Law & Practice*, Volume 5, N.º 1, janeiro 2014, pp. 2-5.

²⁰⁵ *Pfleiderer*, § 32.

²⁰⁶ *Donau Chemie*, § 49.

avaliar se, de acordo com as circunstâncias do caso concreto, a divulgação de determinados elementos de prova seria ou não necessária para garantir a indemnização dos lesados²⁰⁷. O fundamento para a incompatibilidade do art. 6.º/6/a da Diretiva com o princípio da efetividade encontra-se, pois, nesta questão: se os EM estão proibidos, por força do direito primário da União, de ter na sua ordem jurídica uma regra desta natureza, não podem ser forçados a fazê-lo, por via de direito derivado, uma vez que também o legislador da UE se encontra vinculado ao princípio da efetividade.²⁰⁸

Note-se que este princípio não obriga à divulgação das declarações de clemência, impondo sim a obrigatoriedade de dotar o juiz nacional de um mecanismo que lhe permita avaliar, à luz das circunstâncias específicas de cada caso, a necessidade (e não conveniência) dessa divulgação²⁰⁹. Acredita-se, pois, que se existisse uma regra geral de proibição, muitos seriam os casos em que os tribunais nacionais chegariam à conclusão da falta de necessidade de aceder às declarações de clemência²¹⁰, mas, pelo menos, poderiam fazer essa análise não se encontrando condicionados por proibições absolutas, conforme estão atualmente. Assim, nos poucos casos em que a utilização de tais declarações se revelasse fundamental, os juízes nacionais poderiam utilizar as mesmas garantindo, deste modo, que não ficariam lesados por indemnizar. Naturalmente, por uma questão de coerência, a acompanhar esta alteração, também o art. 7.º/1 teria de ser alterado admitindo a admissibilidade de utilização das declarações de clemência como meio de prova, sendo este um pressuposto lógico da proposta que se apresenta.

²⁰⁷ Desta forma, a solução consagrada pela Diretiva pode ser vista como um “rolling back” para os interesses das vítimas, face ao que havia sido determinado pelo TJUE: PISZCZ, Anna, *op. cit.*, p. 67.

²⁰⁸ KERSTING, Christian, *op. cit.*, p. 3.

²⁰⁹ DUNNE, Niamh – “It never rains but it pours? Liability for “umbrella effects” under EU competition law in *Kone*”, p. 1821, *Common Market Law Review*, volume 51, N.º 6, 2014, pp. 1813-1828.

²¹⁰ Algo que seria “tranquilizador” para as empresas, na medida em que apenas em casos muito excecionais veriam as declarações a ser divulgadas.

4.2.1 - A necessidade de exceções à proibição de divulgação das declarações de clemência

Tendo em consideração, quer a complexidade factual, quer a assimetria de informação, poderão existir casos em que somente através da declaração de clemência é que os lesados conseguirão provar, para o seu caso concreto, o preenchimento dos pressupostos da responsabilidade civil e serem, assim, indemnizados. Note-se que, devido à própria natureza casuística dos fatores referidos, é impossível prever as diferentes situações em que as declarações de clemência possam vir a ser fundamentais, mas também não se afigura como possível afirmar que este tipo de declarações nunca serão necessárias, visto tal ser imprevisível²¹¹. Como tal, considera-se que a opção deveria ter sido a determinação de uma proibição geral que contivesse uma cláusula de salvaguarda excecional em defesa dos lesados e não uma proibição absoluta que leve, no pior dos cenários, a que uma vítima não seja indemnizada.

Uma das principais preocupações resultantes desta proibição *per se* é o facto de o conteúdo e as informações presentes numa declaração de clemência variarem de caso para caso, sendo impossível determinar um padrão que garanta que o documento em causa nunca será necessário. Apesar de no art. 2.º/16 da Diretiva existir uma definição de declaração de clemência, a mesma, principalmente, devido ao conceito vago e indeterminado “informações” que possui, pode ser preenchida de diferentes formas, ou seja, aquilo que uma declaração de clemência contém pode diferir consoante o tipo de “informações” que a empresa requerente decidir incluir na declaração em si. Neste sentido, mesmo tendo em conta o carácter não vinculativo da Comunicação de clemência, esta constitui um importante auxílio para compreender aquilo que pode figurar numa declaração de clemência; as empresas basear-se-ão, certamente, na mesma para a elaboração de uma

²¹¹ Esta circunstância de uma certa imprevisibilidade é acentuada pelo número residual de ações de indemnização, o que torna mais difícil contextualizar situações em que as declarações de clemência pudessem ou não ser necessárias, pese embora o facto de tal averiguação depender das circunstâncias do caso concreto e, como tal, mesmo que o número destas ações judiciais fosse superior continuaria a avogar-se pela possibilidade dos tribunais nacionais procederem a uma avaliação casuística quando necessário.

declaração deste género, tendo em vista o cumprimento dos requisitos estabelecidos pela Comissão para que o pedido de clemência seja aceite; por outro lado, quando as empresas se dirigirem às ANC's, os critérios e definições constantes das respetivas leis nacionais desempenharão um papel auxiliar semelhante ao da Comunicação.

Usando a Comunicação de clemência como ponto de análise, nomeadamente o ponto 9/a, verifica-se que são bastantes e de elevado valor probatório para as vítimas as “informações” que uma declaração de clemência pode conter e que estas beneficiam de uma certa margem discricionária aquando do seu preenchimento pela empresa requerente. O primeiro parágrafo do ponto 9/a requer uma “descrição pormenorizada do acordo do alegado cartel” e ilustra esse requisito com uma lista exemplificativa de questões a incluir no preenchimento do mesmo, nos quais poderão ser abrangidos elementos essenciais quanto aonexo de causalidade e ao dano, ou seja, informações altamente pertinentes para os lesados conseguirem provar os pressupostos da responsabilidade civil que não são abarcados pela presunção inilidível do art. 9.º/1²¹².

Apesar de certos autores afirmarem que, por regra, as declarações de clemência não têm informações quanto a esses elementos²¹³, nada impede a empresa que apresenta o pedido de ser tão minuciosa (quer em pormenores, quer em exemplos) quanto desejar na redação da sua declaração, algo que, fruto da proibição de divulgação das mesmas, acaba por ser incentivado pela Diretiva, pois quanto mais detalhes que possam ser configurados como “informações” uma empresa conseguir incluir na sua declaração de clemência, mais protegida se encontrará numa ação judicial consequente. Por outras palavras, é permitido ao requerente de clemência fazer um certo ‘recorte’ da declaração de clemência que

²¹² KIRST, Philipp/BERGH, Roger Van den – “The European Directive on Damages Actions: a Missed Opportunity to Reconcile Compensation of Victims and Leniency Incentives”, p.3, *Journal of Competition Law & Economics*, Volume 12, N.º 1, março 2016, pp. 1-30.

²¹³ GROUSSOT, Xavier e PIERRE, Justin, *op. cit.*, p. 2. Os autores utilizam a expressão “hardly ever mention” quanto à presença de elementos nas declarações de clemência referentes ao “nexo de causalidade” e ao “dano” pelo que, como é inevitável, admitem que, mesmo sendo em poucos casos, existem vezes em que são submetidas informações relativas aos pressupostos em causa, o que justifica a necessidade de uma aferição casuística quando possa a efetividade do direito de indemnização das vítimas possa estar em risco.

Ihe confira uma maior proteção no processo judicial, prejudicando, destarte, os lesados.

Conforme nota PAPP, por si só já existe um incentivo à retenção de elementos de prova incriminatórios por parte das empresas constituintes de um cartel, de forma a evitarem as ações de indemnização, sendo esse fator contrariado pela necessidade de apresentar elementos de prova para beneficiarem de clemência²¹⁴. Ora, se as regras aplicáveis vêm incentivar as empresas a entregar esses documentos, mas tornam os mesmos inacessíveis às vítimas, não se pode considerar que tais normas se encontrem concebidas no interesse do *private enforcement*, mesmo tendo presente a intrínseca relação de simbiose existente entre as ações de *follow-on* e o sucesso dos programas de clemência.

É certo que, ao abrigo do art. 6.º/7 da Diretiva, os tribunais nacionais podem, a pedido do demandante, aceder às declarações, mas apenas para confirmar se o mesmo se encontra em conformidade com a definição em causa (e não para divulgar aos lesados) e, caso tal não se verifique, a parte não abrangida pelo n.º 6 poderá ser divulgada de acordo com a categoria de elemento de prova em que se encontre²¹⁵; porém, desde que todo o conteúdo possa ser enquadrado como “informações” sobre o cartel em causa, dificilmente algo poderá ser feito²¹⁶. O problema, aqui, reside no teor vago da definição e do conteúdo das declarações de clemência²¹⁷ (algo que está correto, pois os casos podem ser muito diferentes e, como tal, impõe-se uma definição flexível) e, conseqüentemente, as empresas utilizarão isso a seu favor, incluindo o máximo de informações na declaração de

²¹⁴ PAPP, Florian Wagner-von, *op. cit.*, p. 10.

²¹⁵ Art. 6.º/8 da Diretiva. Sobre este mecanismo de escrutínio judicial, veja-se: CHIRITA, Anca D. – “The Disclosure of Evidence under the ‘Antitrust Damages’ Directive 2014/104/EU”, abril de 2017, disponível no SSRN, pp. 7-8.

²¹⁶ Neste sentido seria interessante que, quando justificado, algum tribunal nacional solicitasse ao TJUE, a título de reenvio prejudicial (art. 267.º TFUE), um esclarecimento quanto à interpretação deste conceito de “informações”, de forma a existir uma maior harmonização entre as práticas judiciais dos EM.

²¹⁷ Há, inclusive, quem entenda que da definição em causa resulta uma proteção à “apresentação” feita pelas empresas e não às informações, pelo que estas poderiam ser extraídas de outro modo (ex.: prova testemunhal): PAPP, Florian Wagner-von, *op. cit.*, pp.58-59. Não se interpreta, desse modo, a definição em questão (mesmo em conjugação com a definição de “informações preexistentes – art. 2.º/17) e, crê-se, que tal interpretação lesaria, de forma semelhante ao que já foi visto, as expectativas das empresas que colaboram com as autoridades públicas e, por conseguinte, a atratividade dos programas de clemência.

clemência. Dada a ideia orientadora e subjacente a toda a Diretiva de proteger a atratividade dos programas de clemência, a utilização do mecanismo do art. 6.º/7 e 8 deverá apenas acontecer para aquilo que não se enquadre, de todo, como “informações”²¹⁸. Caso a interpretação deste termo seja feita de forma excessivamente restritiva, a proteção da atratividade dos programas de clemência seria amplamente prejudicada, pois, as empresas veriam divulgados elementos de prova que, legitimamente, entenderam estar protegidos, algo que lesa, em muito, a atratividade que a Diretiva tanto almejou proteger.

Deve notar-se também que, quando comparada com as leis nacionais, a definição de “declaração de clemência” da Diretiva é mais restritiva²¹⁹ e, apesar de ser óbvio que para efeitos das leis de transposição da mesma deve ser a definição do art. 2.º/16 a prevalecer, não se pode ignorar o eventual conflito entre os requisitos pedidos pelas leis nacionais para a apresentação das declarações de clemência e o significado que lhes é conferido para efeitos da Diretiva. Se não existir uma compatibilização entre os requisitos necessários para a apresentação de uma declaração de clemência e a definição em causa e, devido a isso, forem divulgados meios probatórios que as empresas consideraram, legitimamente, estar protegidos, coloca-se o mesmo problema referido *supra* quanto à interpretação que deverá ser feita da expressão “informações”.

Parece evidente que a incerteza resultante destes exemplos poderá ser mais prejudicial para a atratividade dos programas de clemência do que a divulgação, em regime de exceção²²⁰, das declarações de clemência, na medida em que, com a consagração da mesma, as empresas saberiam o que teriam de fazer para que os documentos em causa não fossem divulgados, podendo melhor gerir as suas expectativas jurídicas. Ao invés disso, com a atual conjugação entre a definição do

²¹⁸ Veja-se que, à luz do art. 6.º/7, os tribunais nacionais podem pedir assistência à autoridade da concorrência competente, sendo de esperar, na lógica de defesa ao *public enforcement*, que, na grande maioria dos casos (para não dizer todos), perfilharão uma interpretação ampla e não lesiva dos interesses das empresas requerentes de clemência. Neste sentido: CHIRITA, Anca D., *op. cit.*, pp. 7-8.

²¹⁹ PISZCZ, Anna, *op. cit.*, pp. 68-69.

²²⁰ Para evitar que tal possibilidade de divulgação fosse interpretada como prejudicial para as empresas que colaboram, os tribunais nacionais poderiam utilizar alguns dos mecanismos elencados no considerando 18 da Diretiva, desde que o direito à reparação efetiva não fosse posto em causa (como o próprio esclarece).

art. 2.º/16, a proibição absoluta do art. 6.º/6 e o mecanismo de verificação judicial dos n.ºs 7 e 8 do art. 6.º (que nem seria necessário se a proibição em causa não fosse absoluta, pois se as vítimas não conseguissem provar a sua argumentação poderiam recorrer, como *ultima ratio*, à declaração²²¹), estamos perante um quadro de alguma incerteza jurídica. Isto poderá prejudicar a vontade de as empresas de apresentarem um pedido de clemência, dada a possibilidade de aquilo que confiaram preencher os requisitos de uma declaração de clemência (e assim estar protegido dos lesados) acabar por ser divulgado àqueles.

Através da regra geral de proibição proposta, permitir-se-ia à empresa que colabora ter um controlo quanto àquilo que pretende divulgar, pois saberia que, desde que fornecesse aos lesados os elementos de prova necessários às vítimas para garantir a efetividade do seu direito de indemnização, não haveria lugar à aplicação da exceção de proibição de divulgação²²². É esta possibilidade de controlo da situação que é dada a quem requer clemência na solução que aqui se propõe, por contraposição à situação de dependência de interpretações judiciais em que as empresas são atualmente colocadas, que acaba por fazer a diferença quanto àquilo que melhor salvaguarda a atratividade dos programas de clemência.

A ideia a transmitir é, pois, a de que as empresas poderão, através das declarações de clemência, proteger determinado tipo de informações, desde que isso não comprometa a efetiva indemnização das vítimas, cabendo, assim, esta responsabilidade às empresas; desta forma, tanto a função de dissuasão, como a de compensação do *private enforcement* saem reforçadas (sem que isso prejudique abertamente a aplicação pública – a cooperação continua a sempre a compensar) e, como tal, todo o sistema de *enforcement* é beneficiado.

²²¹ Esta possibilidade de os juízes poderem consultar as declarações de clemência não deixa também de criar alguma confusão, na medida em que os juízes podem aceder às mesmas, mas não podem decidir com base em tais declarações (apesar de, naturalmente, isso levar a que os juízes criem convicção quanto ao conteúdo com que foram confrontados).

²²² Por vezes algumas das reservas quanto às divulgações de clemência prende-se com o acesso, por parte de concorrentes lesados, a segredos comerciais ou outro tipo de informações sensíveis e não tanto quanto às informações em si; estas ações “prospetivas” ou ações de “fishing” são vistas como uma preocupação pela Comissão (considerando 23 e art. 5.º/3/b da Diretiva). Sendo este tipo de informações, na maioria dos casos, irrelevantes para a efetividade do direito de indemnização, estaria à responsabilidade das empresas evitar a sua divulgação através do fornecimento de todos os elementos de prova necessários.

Poderá argumentar-se que, se com os restantes elementos de prova não foi possível indemnizar os lesados, então não será a declaração de clemência a fazer a diferença; compreende-se o argumento, porém, é impossível ter uma certeza absoluta e *a priori* de tal situação, uma vez que as circunstâncias concretas de cada caso serão diferentes, e impedir a indemnização de potenciais lesados porque não foram consultados determinados documentos contraria, manifestamente, o princípio da efetividade conforme postulado pelo Tribunal de Justiça e determinado no art. 4.º da Diretiva.

Outro caso em que a impossibilidade de aceder às declarações de clemência se poderá revelar problemática será em situações em que outros elementos de prova sejam ocultados ou destruídos. Apesar desta questão se encontrar algo mitigada no caso da destruição de elementos de prova²²³, o mesmo não acontece para os casos em que as provas possam ser ocultadas e não entregues às autoridades públicas. Levanta-se aqui a hipótese de certas informações serem transmitidas na declaração de clemência (estando assim protegidas dos lesados), mas não acompanhadas de elementos de prova. Aquilo que é essencial para a Comissão condenar o cartel, não é, necessariamente, o mesmo que poderá ser determinante para os lesados provarem o seu direito à indemnização e, como tal, essa ausência de elementos de prova e impossibilidade de aceder ao conteúdo das declarações de clemência poderá, em certos casos, revelar-se impeditivo para a efetividade do direito de reparação que assiste às vítimas. Veja-se, novamente, como esta proibição absoluta pode vir a constituir-se como uma fonte de incentivos às empresas para dificultarem a indemnização das vítimas que elas próprias

²²³ O 4.º parágrafo do ponto 12/a da Comunicação de clemência coloca como condição de cooperação sincera e plena a abstenção de destruição de elementos de prova (a sua inobservância pode levar à não atribuição de imunidade de coima). O considerando 33 e o art. 8.º/1/b e 2 da Diretiva esclarece que à “destruição de elementos de prova relevantes” podem ser aplicadas sanções, tais como a “possibilidade de tirar conclusões desfavoráveis”. Assim, no caso de destruição de elementos de prova, já existem alguns fatores dissuasivos, mas a possibilidade de divulgação das declarações de clemência poderia ser mais um fator que levasse a que as empresas não o fizessem.

criaram²²⁴ e, por contraposição, como a existência de uma exceção à referida proibição poderia ser o suficiente para desincentivar as empresas a tais práticas.

É evidente que esta hipotética exceção à proibição de divulgação levanta as suas preocupações, mas, ainda assim, não se acredita que seria um fator fundamental para uma empresa optar por não cooperar com as autoridades, especialmente com a implementação de outras regras que a seguir se referirão. Independentemente disto, a mensagem a transmitir às empresas que violam o direito da concorrência tem de ser simples e clara: desde o início do século o paradigma normativo mudou e estas são responsáveis por indemnizarem aqueles que lesaram com os seus comportamentos anti-concorrenciais, acrescentando a isto o facto de, agora, os lesados terem à sua disposição um vasto leque de prerrogativas jurídicas que lhes permitem, mais facilmente, exercerem esse seu direito a uma reparação integral dos danos sofridos. Esta alteração de contexto, aliado a um desejável fortalecimento das investigações *ex officio*²²⁵, faz com que, mesmo em circunstâncias piores que antes, continue a compensar a colaboração com a Comissão/ANC's.

Quer-se com isto dizer que, mesmo estando as empresas que colaboram com as autoridades públicas sujeitas a ter de indemnizar os lesados, continua a compensar às mesmas apresentarem um pedido de clemência, pois caso contrário as consequências negativas serão piores, uma vez que à indemnização acrescerá a coima, podendo ser esta evitada devido através da utilização dos programas de clemência.

É, deste modo, que se verifica o impacto dissuasor que o desenvolvimento do *private enforcement* pode ter, desde que acompanhado de investigações autónomas, de forma a criar a convicção, junto dos cartelistas, de que ao requererem clemência estão a evitar um mal maior e, como tal, que a adoção de práticas restritivas da concorrência não compensa de todo. Entende-se que a

²²⁴ PAPP, Florian Wagner-von, *op. cit.*, pp.65-66. O autor refere que as consequências negativas podem não ser suficientemente dissuasivas para as vítimas o que aumenta as legítimas preocupações quanto à possível destruição de elementos de prova.

²²⁵ Que, recorde-se (nota de rodapé 184), têm vindo a diminuir vertiginosamente.

conjugação entre o *private enforcement* e as investigações *ex officio* (com a possibilidade de clemência sempre presente) é, aliás, mais fiável do que o panorama atual, uma vez que, conforme se viu, as empresas podem fazer um uso estratégico dos programas de clemência que será contrário aos interesses jusconcorrenciais. Destarte, regras que ponham em causa, mesmo que seja em poucos casos, a efetividade do direito de indemnização das vítimas, poderão ser interpretadas por estas como um sinal de que, em caso de conflito, a Comissão privilegia certos infratores em detrimento dos lesados (e não em prejuízo dos restantes infratores), podendo isto resultar em mais um desincentivo para as vítimas desempenharem o seu papel essencial no desenvolvimento do *private enforcement*.

4.2.2 – Limitar a responsabilidade solidária como meio de manter a atratividade dos programas de clemência

Tendo em consideração o art. 11.º/1 e 5, as empresas que participaram num cartel são solidariamente responsáveis, podendo os lesados exigir de uma delas a reparação integral de todos os danos causados pelo cartel, tendo, posteriormente, a empresa demandada direito de regresso sobre as demais²²⁶. Este regime geral é alvo de algumas exceções, destacando-se a do n.º 4, que se aplica à empresa beneficiária de imunidade de coima, sendo esta apenas solidariamente responsável “perante os seus adquirentes ou fornecedores diretos ou indiretos” (art. 11.º/4/a) e “perante os outros lesados, apenas se não puder ser obtida reparação integral das outras empresas implicadas na mesma infração ao direito da concorrência” (art. 11.º/4/b)²²⁷. Uma interpretação errónea deste artigo conduziria à ideia que, novamente, a Comissão estaria, à custa das vítimas²²⁸, a proteger as empresas que colaboram com as autoridades públicas, mas tal não se verifica.

²²⁶ Esta questão da limitação da responsabilidade solidária das empresas que participam nos programas de clemência pode ser regulada de diferentes formas e modelos. Como exemplificação de alguns veja-se: CAUFFMAN, Caroline – “The interaction...”, pp. 208-218.

²²⁷ Para uma explicação da abordagem adotada pela Comissão na Diretiva veja-se: WILS, Wouter – “Private Enforcement of EU...”, pp. 26-30 e 41-45.

²²⁸ KERSTING, Christian, *op. cit.*, p. 4. O autor entende que, deixar para as vítimas a prova de que não conseguem obter dos restantes infratores a reparação integral constitui um ónus muito pesado e que, então, os lesados deveriam poder obter reparação integral da empresa que beneficia de imunidade da coima

Tendo em consideração que, por regra, a empresa à qual foi concedida imunidade de coima não contesta a decisão adotada pela Comissão²²⁹, é perante esta que, primeiramente, a decisão de condenação do cartel se torna definitiva podendo as vítimas propor uma ação contra esta ainda antes do trânsito em julgado da decisão face às demais; por outras palavras, sem uma exceção de limitação da responsabilidade solidária, a empresa à qual foi atribuída dispensa de coima torna-se no alvo primordial para ser demandada em tribunal²³⁰. Porém, com a existência de tal exceção, não compensa aos mesmos (a não ser que se enquadrem na alínea a) do referido artigo) a propositura de uma ação contra aquela empresa, na medida em que não conseguirá obter dela a reparação integral dos seus danos. Tomando-se este aspeto em consideração compreende-se a proteção conferida à empresa que coopera, pois, de outro modo, a atratividade dos programas de clemência estaria em sério risco, uma vez que, no momento de pesar os prós e os contras da colaboração, estes últimos poderiam ser mais significativos.

Ao contrário do que sucede quanto à proteção absoluta da divulgação das declarações de clemência, esta exceção ao regime da responsabilidade solidária pode qualificar-se como forma adequada de coordenar os dois tipos de *enforcement* do direito da concorrência²³¹. Nesta situação o princípio da efetividade não é posto em causa, dada a alínea b) do art. 11.º/4 *in fine*, pois, caso as vítimas não consigam obter a reparação integral das restantes empresas do cartel poderão sempre recorrer, como *ultima ratio*, àquela que beneficiou de imunidade coima.

Esta limitação da responsabilidade solidária visa premiar, no âmbito da aplicação privada, as empresas que cooperam com a Comissão/ANC's no *public enforcement* ao mesmo tempo que garante o cumprimento do princípio da

podendo esta, depois, receber uma comparticipação total das outras empresas infratoras. Não se concorda com esta possibilidade, pois, psicologicamente, o impacto de ter de pagar tudo e em primeiro lugar pode ser fundamental para uma empresa decidir não apresentar um pedido de clemência prejudicando, para além do necessário, a atratividade destes programas.

²²⁹ BUCCIROSSI, Paolo, MARVÃO, Catarina e SPAGNOLO, Giancarlo, *op. cit.*, p. 2.

²³⁰ KIRST, Philipp/BERGH, Roger Van den, *op. cit.*, p. 11.

²³¹ Esta opção surgiu, pela primeira vez, na opção 30 do *Green Paper*.

efetividade das ações de indemnização²³². O art. 11.º/4 apresenta várias vantagens, desde logo tornando ainda mais vantajosa a cooperação com as autoridades públicas para a primeira empresa a fazê-lo, algo que acaba por aumentar a destabilização no seio do cartel, pois a empresa que, em primeiro lugar denuncia as restantes, tem ainda mais a ganhar. Paralelamente, tendo em conta que esta disposição normativa contém uma salvaguarda de indemnização dos lesados pela empresa beneficiária de imunidade, caso as restantes empresas do cartel não o consigam fazer, o direito a uma reparação integral efetiva é plenamente garantido²³³. Entende-se que este reforço da atratividade dos programas de clemência é mais uma demonstração da existência de alternativas a uma proibição absoluta quanto à divulgação das declarações de clemência, pois continuam a existir incentivos às empresas em colaborar com as autoridades públicas e, apenas os adquirentes ou fornecedores diretos/indiretos poderão, logo após a adoção da decisão de condenação, demandar a empresa beneficiária de imunidade.

Contudo, na sequência da proposta aqui apresentada, entende-se que, de forma a evitar qualquer vislumbre de perda da atratividade dos programas de clemência, poderia ser-se mais ousado do que o atual art. 11.º/4 e estender a cláusula de salvaguarda da alínea b) também aos lesados elencados na alínea a). Por outras palavras, a empresa à qual é atribuída dispensa de coima só teria de indemnizar qualquer tipo de lesado, caso as restantes empresas do cartel não o conseguissem fazer²³⁴, evitando-se, assim, riscos com a entrada em bancarrota das restantes empresas infratoras²³⁵. Ainda assim, a empresa beneficiária de imunidade não poderia estar isenta de pagar, a título de direito de regresso, uma comparticipação aos restantes infratores, sob pena de se consubstanciar uma

²³² Para uma justificação detalhada desta exceção ao regime geral do art. 11.º/1 veja-se o considerando 38 da Diretiva.

²³³ MACCULLOCH, Angus/WARDHAUGH, Bruce, *op. cit.*, p. 24.

²³⁴ Quanto mais limitada estiver a responsabilidade civil da empresa que beneficia de imunidade de coima, menos problemática será a divulgação das declarações de clemência: PAPP, Florian Wagner-von, *op. cit.*, p. 60.

²³⁵ KOMNINOS, Assimakis P., – “The Relationship...”, pp. 151-152. Como aponta o autor, uma solução semelhante encontrava-se determinada no ordenamento jurídico húngaro até à adoção da Diretiva, opção essa que é de lamentar que a Comissão não tenha aproveitado e incorporado em tal instrumento jurídico. Quanto ao modelo húngaro veja-se: BUCCIROSSI, Paolo, MARVÃO, Catarina e SPAGNOLO, Giancarlo, *op. cit.*, pp. 4-6; 12-15; 21-27; CAUFFMAN, Caroline – “The interaction...”, pp. 204 e 217-218.

situação de enriquecimento sem causa²³⁶; o montante da mesma deveria refletir a responsabilidade relativa da empresa em causa pelos danos totais do cartel causados a todos os lesados, mas limitada ao valor do dano causado aos seus adquirentes ou fornecedores diretos ou indiretos²³⁷.

É evidente que esta solução acaba por beneficiar, apenas, a primeira empresa a colaborar com as autoridades públicas (o que pode conduzir a um aumento da utilização estratégica destes programas), levando a que não seja atrativo para as restantes fazê-lo, não obstante as informações/elementos de prova das outras empresas também se revelarem fundamentais²³⁸; deste modo, este aumento das benesses concedidas à primeira empresa pode, eventualmente, ser visto como algo prejudicial. Não se crê que assim seja. Ao tornar ainda mais vantajosa a colaboração apenas e somente para a primeira empresa, fortalece-se a incerteza e instabilidade que os programas de clemência podem criar no seio dos cartéis aumentando, assim, o seu impacto dissuasor²³⁹. Por outro lado, ao saberem da apresentação de um pedido de clemência por uma das empresas parte do cartel, as restantes infratoras deparam-se com uma situação em que, quase certamente, serão condenadas e, por conseguinte, a colaboração, mesmo que seja para obter apenas uma redução da coima, acaba por compensar.

Neste sentido de maior proteção à empresa à qual é atribuída imunidade, SAAVEDRA propôs uma solução interessante relativa à divulgação das declarações de clemência que se consubstanciava na possibilidade de apenas a declaração daquela empresa ser protegida, podendo as vítimas ter acesso às declarações de clemência das restantes empresas que colaboram com a Comissão/ANC's²⁴⁰. Apesar desta proposta ser melhor do que a visão consagrada

²³⁶ PAPP, Florian Wagner-von, *op. cit.*, p.57. Há autores (KIRST, Philipp/BERGH, Roger Van den, *op. cit.*, pp. 17-25) que apresentam modelos que defendem, a par da dispensa de coima, a atribuição de imunidade de indemnização algo que não se concorda por levarem a um enriquecimento sem qualquer tipo de contrapartida e sanção daí que haja a necessidade do direito de regresso. Esta opção havia sido mencionada no *Green Paper* na opção 29.

²³⁷ No quadro jurídico vigente esta questão encontra-se prevista no art. 11.º/5 e 6.

²³⁸ FREIRE, Paula Vaz, *op. cit.*, p. 201.

²³⁹ Atingindo um nível ótimo do “dilema dos prisioneiros”: KIRST, Philipp/BERGH, Roger Van den, *op. cit.*, p. 13.

²⁴⁰ SAAVEDRA, Alberto, *op. cit.*, pp. 75 e 84-86.

na Diretiva, não se considera a mesma como ideal, na medida em que, nos casos em que apenas uma empresa apresenta pedido de clemência, os lesados permanecem desprotegidos além de que se reitera, que a regra geral de proibição não seria tão prejudicial para a atratividade dos programas de clemência, como se pretende fazer ver.

Perfilha-se, pois, a opinião de que, no sentido de maximizar a atratividade dos programas de clemência e a dissuasão geral do sistema de *enforcement*, o ideal seria, por um lado, limitar ao máximo a responsabilidade de indemnização da empresa que beneficia de dispensa de coima (mantendo sempre uma cláusula de salvaguarda para o cumprimento do princípio da efetividade²⁴¹) e, por outro, garantir o acesso a todos os documentos pertinentes para os lesados provarem o seu caso, incluindo, se necessário, o acesso às declarações de clemência²⁴².

Em resumo, a principal preocupação relativa à divulgação das declarações em causa é que “by applying for leniency, the applicant (though almost certainly obtaining a savings on any fine) opens itself to greater exposure for civil liability, should the content of the leniency application find its way into the hands of the plaintiffs’ bar”²⁴³; ora, se se garantisse que a empresa beneficiária de dispensa de coima apenas teria de divulgar a declaração de clemência, bem como indemnizar as vítimas, se, por qualquer outro modo, não fosse possível indemnizar os lesados parece que se alcançaria uma solução justa e equilibrada. Assim, tutelam-se tanto os interesses da aplicação pública, mantendo a atratividade dos programas de clemência, como os da aplicação privada, ao garantir que, sob qualquer tipo de circunstância, o direito dos lesados a uma indemnização efetiva será respeitado. Para além disso, com esta limitação da responsabilidade civil da empresa que beneficia da imunidade de coima, deixam de existir incentivos para que esta apresente as informações e elementos de prova de acordo com o estritamente

²⁴¹ Qualquer disposição que, ao limitar a responsabilidade da empresa que recebeu clemência, interfira com o direito de indemnização efetiva é contrária ao princípio em causa conforme concebido pelo TJUE: BUCCIROSSI, Paolo, MARVÃO, Catarina e SPAGNOLO, Giancarlo, *op. cit.*, p. 7.

²⁴² *Ibid*, p. 5.

²⁴³ *Ibid*, p. 20. O considerando 38 das Conclusões do AG Mazák oferece um bom desenvolvimento desta preocupação.

necessário para que lhe seja concedida a referida dispensa podendo, assim, facultar mais meios probatórios, facilitando o árduo trabalho das vítimas²⁴⁴.

4.2.3 – Incerteza jurídica e *forum shopping*

Outra preocupação muito suscitada em relação à possibilidade de divulgação das declarações de clemência baseada numa avaliação casuística feita pelos tribunais nacionais é a incerteza jurídica que daí advém²⁴⁵. Esta questão (muito veiculada após o caso *Pfleiderer*) assenta na ideia de que, ao não saberem de antemão se as declarações de clemência serão divulgadas ou não, as empresas podem sentir-se desincentivadas a colaborar com as autoridades públicas, algo que prejudica a efetividade dos programas de clemência²⁴⁶.

Antes de mais, conforme referido por CATÓN, deve ter-se em consideração que, ao contrário do que as críticas em causa sugerem, esta situação não foi criada pelo TJUE no caso em questão; até à adoção da Diretiva 2014/104 não existia qualquer regra de Direito da União que impedisse a divulgação das declarações de clemência e, como tal, mesmo antes da decisão *Pfleiderer*, as empresas que apresentavam pedidos de clemência não podiam estar inteiramente seguras, nem ter qualquer tipo de expectativa jurídica, de que as declarações de clemência não fossem divulgadas aos lesados, sendo que isto nunca impediu as mesmas de participarem neste tipo de programas²⁴⁷.

É evidente, e a posição aqui expressa vai nesse sentido, que não pode ser dado aos tribunais nacionais um “cheque em branco” quanto à divulgação destes documentos, pois, conforme se disse, a divulgação generalizada dos mesmos prejudica a atratividade dos programas de clemência. Uma das principais reservas quanto a uma regra não absoluta é que, conforme aponta PAPP, as práticas de divulgação de documentos, nos diferentes ordenamentos jurídicos que compõem a

²⁴⁴ BUCCIROSSI, Paolo, MARVÃO, Catarina e SPAGNOLO, Giancarlo, *op. cit.*, p. 26.

²⁴⁵ DE STEFANO, Gianni – “Access of Damage Claimants to Evidence Arising out of EU Cartel Investigations: A Fast-evolving scenario”, p. 102 e notas de rodapé 101 e 102, *Global Competition Litigation Review*, N.º 3, Sweet & Maxwell, 2012, pp. 95-110; CAUFFMAN, Caroline – “The interaction...”, p. 195; MORAIS, Luís Silva, *op. cit.*, pp. 126-128.

²⁴⁶ CATÓN, Pablo González de Zárate, *op. cit.*, p.17.

²⁴⁷ *Ibid.*

UE, são bastante díspares (algo bastante evidente na dicotomia *common law* e *civil law*, com os EM que se inserem neste último a apresentarem uma abordagem muito restritiva quanto ao tema²⁴⁸), o que levaria a uma ausência de harmonização indesejável²⁴⁹.

Neste sentido, a decisão do TJUE tanto em *Plfeiderer*, como em *Donau Chemie* carecia de desenvolvimento legislativo adequado²⁵⁰, ou seja, a Comissão deveria ter incluído na Diretiva uma norma, mesmo que altamente precisa e estrita, que estivesse em concordância com os casos referidos, de forma a atenuar a incerteza jurídica existente (recorde-se que, devido à articulação de diferentes aspetos da Diretiva, a incerteza quanto à divulgação em causa ainda existe e é mais gravosa do que se existisse uma regra geral de proibição), ao invés de consagrar uma cláusula antagónica com os julgamentos em questão, pondo em causa o princípio da efetividade.

A ideia de que, ao se consagrar uma proibição de divulgação sujeita a exceções, se estaria a aumentar a incerteza jurídica é errónea, na medida em que, pelo contrário, a estatuição de tal norma traria maiores certezas jurídicas do que as oferecidas pelo panorama jurídico vigente até então, enquanto, simultaneamente, se assegurava que, em todos os casos em que existisse o direito das vítimas a serem indemnizadas, o mesmo era garantido.

De forma a atingir o melhor equilíbrio entre os diferentes bens jurídicos a tutelar seria necessário definir da melhor maneira a exceção, ou seja, deixar claro e evidente que a divulgação das declarações de clemência só poderia ser ordenada quando este se revelasse como o único meio à disposição das vítimas para garantir a efetividade do seu direito de indemnização. Inclusive, dada a maior experiência

²⁴⁸ PAPP, Florian Wagner-von, *op. cit.*, pp.5-6.

²⁴⁹ Como exemplo veja-se ROSSI, Leonor/FERRO, Miguel Sousa, *op.cit.*, pp. 185-186 em relação à lei portuguesa onde os autores demonstram que a mesma é incompatível com certas disposições da Diretiva por ser demasiado restritiva.

²⁵⁰ KIRST, Philipp/BERGH, Roger Van den, *op. cit.*, pp. 5-7. Como aqui se pode constatar, com base numa avaliação casuística não regulamentada, os tribunais nacionais chegaram a interpretações díspares (ainda assim, dadas as naturais diferenças de caso para caso, não se pode esperar que a solução alcançada seja sempre semelhante; aquilo que deverá estar harmonizado é a forma como será possível ordenar a divulgação das declarações de clemência). Para mais detalhes sobre essas decisões veja-se: DE STEFANO, Gianni, *op. cit.*, pp. 103-105.

da Comissão relativamente aos diferentes casos de direito da concorrência por comparação com os tribunais nacionais, esta regra geral de proibição poderia ter sido acompanhada de uma Comunicação da Comissão onde fossem estabelecidas, sob a forma de *soft law*, orientações do órgão executivo da União para os tribunais nacionais mais facilmente interpretarem as diferentes circunstâncias dos casos concretos²⁵¹. Assim, oferecer-se-ia maior previsibilidade às empresas que colaboram com as autoridades públicas relativamente às possíveis situações em que as declarações seriam divulgadas às vítimas e auxiliar-se-ia os tribunais nacionais nas decisões destas ações de indemnização, nomeadamente quanto à forma de chegar a determinadas conclusões judiciais sem recurso às declarações de clemência, relegando a utilização destas para um plano meramente excepcional e de verificação pontual.

Esta solução, principalmente devido à proposta de Comunicação da Comissão, poderia também contribuir para mitigar uma outra crítica bastante comum ao *private enforcement* em geral e à possível divulgação das declarações de clemência em particular: o *forum shopping*²⁵². É por demais óbvio que a regra geral de proibição aqui proposta pode levar a que, determinadas jurisdições nacionais, sejam mais favoráveis do que outras relativamente à divulgação das declarações em causa, levando a que os lesados proponham ações nessas jurisdições, de forma a obter, mais facilmente, os referidos documentos, levando a uma aplicação desigual e não harmonizada nos diferentes EM da União²⁵³.

São vários os aspetos a realçar para que não se encare esta situação como um problema. Desde logo há que ter presente que, tendo a violação em causa

²⁵¹ Não se pode ignorar o efeito altamente positivo das diversas Comunicações da Comissão em diferentes aspetos do direito da concorrência. Devido à sua natureza não vinculativa estas Comunicações têm-se verificado como importantes elementos interpretativos e contribuído para uma harmonização europeia mais flexível.

²⁵² Sobre este tema veja-se, de um modo genérico: TELFER, Robert Thomas Currie – “Forum shopping and the private enforcement of EU competition law: is forum shopping a dead letter?”, PhD Thesis, School of Law, College of Social Sciences, University of Glasgow, setembro 2016.

²⁵³ DE STEFANO, Gianni, *op. cit.*, pp. 103-105

dimensão europeia, terá de se respeitar o Regulamento 1215/2012²⁵⁴, pelo que, a haver *forum shopping*, será nos termos permitidos pelo próprio direito derivado da UE²⁵⁵; a isto acresce que a possibilidade de o autor escolher de entre várias jurisdições nacionais para propor a ação faz parte da própria natureza da União, devendo ser encarado com naturais cautelas²⁵⁶, mas não como algo negativo. Em segundo lugar, esta questão é apenas mais um dos vários aspetos²⁵⁷ a ponderar pelos lesados quando escolhem onde propor a ação judicial em causa, pelo que a sua relevância pode acabar por ser residual²⁵⁸.

Por último, deve ter-se em consideração que a margem de discricionariedade deixada aos juízes na proposta apresentada é reduzida e encontra-se intrinsecamente ligada às circunstâncias concretas de cada caso. Como tal, não se poderia esperar grandes discrepâncias entre os EM, pelo menos em relação à interpretação judicial; por outras palavras, a falta de harmonização (a existir) aconteceria não devido à aplicação da exceção - os juízes só a poderiam utilizar como *ultima ratio* devendo chegar a tal conclusão por considerações objetivas e exemplificadas na Comunicação em causa -, mas sim por força das circunstâncias de cada caso, em especial os elementos de prova disponíveis para os lesados, sendo isto algo impossível de harmonizar.

Concluindo, não se pode concordar com a opção consagrada pela Comissão na Diretiva. Tal solução, ao impedir que as vítimas argumentem pela necessidade de aceder à declaração em causa e ao vedar ao juiz nacional tal aferição casuística, põe em causa o princípio da efetividade do direito de indemnização das vítimas e, conjugada com outras normas deste instrumento jurídico, poderá pôr em causa os bens jurídicos que a mesma tentou proteger. Conforme se demonstrou, a estatuição

²⁵⁴ Regulamento (UE) n.º 1215/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2012, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial, J.O 2012 L 351/1, mencionado como “Regulamento 1215/2012”.

²⁵⁵ Regulamento 1215/2012, arts. 4.º a 8.º.

²⁵⁶ Não se pretende criar uma situação em que as diferentes jurisdições dos EM na UE competem entre si de forma ‘cega’ e sem medir as consequências para se tornarem na jurisdição de eleição para os autores de ações em sede de *private enforcement*.

²⁵⁷ Por exemplo: celeridade processual, custas judiciais, prazo de prescrição, etc.

²⁵⁸ CATÓN, Pablo González de Zárate, *op. cit.*, pp. 16-17.

de uma regra geral de proibição com uma cláusula de salvaguarda no interesse das vítimas não resultaria num panorama tão incerto e prejudicial para as empresas que colaboraram com a Comissão/ANC's, ao ponto de colocar em causa a atratividade dos programas de clemência, especialmente se tal regra geral fosse acompanhada de alterações nas regras de responsabilidade, bem como de uma Comunicação da Comissão que auxiliasse os juízes nacionais na sua tarefa interpretativa.

4.2.4 – A solução no ordenamento jurídico dos EUA

Quer pelo facto de no Direito dos EUA as consequências negativas serem mais gravosas comparativamente com o que sucede no DUE, quer devido a algumas características intrínsecas ao próprio ordenamento jurídico, naquele acaba por ser mais fácil coordenar os dois modelos de *enforcement*, sem que os mesmos se anulem.

Desde logo, o facto de no sistema jurídico estadunidense existirem regras de divulgação de elementos de prova muito amplas (pese embora as mais recentes evoluções legislativas serem no sentido de restringir essas mesmas regras) acaba por facilitar bastante a tarefa das vítimas, reduzindo a assimetria de informação e não tornando as vítimas tão dependentes dos elementos de prova produzidos para efeitos da apresentação de um pedido de clemência²⁵⁹, sendo, por isso mais fácil a proliferação de ações *stand alone*²⁶⁰. Deste modo, a tensão entre os dois “braços” da aplicação do direito da concorrência é manifestamente inferior ao que sucede na União. Esta questão está também relacionada com as diferentes experiências de *enforcement* nos ordenamentos jurídicos em questão, especialmente pelo facto de uma maior preponderância, no caso europeu, da aplicação público-administrativa.

Para além disso, o *de-treble of damages* introduzido pelo ACPERA em 2004 revelou-se como fundamental, na medida em que, assim, os infratores que apresentem um pedido de clemência e colaborem com os lesados no sentido de

²⁵⁹ PAPP, Florian Wagner-von, *op. cit.*, pp.12-17.

²⁶⁰ Por contraposição, na UE, as ações de *follow-on* são (e continuarão a ser) a maioria, visto não haver, ainda, um desenvolvimento do sistema que permita o total desenvolvimento das ações de *stand alone*. A própria Diretiva foi, claramente, desenhada com o foco principal no primeiro tipo de ações.

assegurar o seu direito de indemnização, passam, apenas, a ser responsáveis pelo pagamento de *single damages* e apenas aos seus lesados diretos²⁶¹. Simultaneamente, através deste ato legislativo as consequências penais para os infratores ao direito da concorrência foram aumentadas, enquanto pode ser garantida imunidade penal para as empresas que cooperam com o DOJ; por outras palavras, a clemência nos EUA acaba por ser altamente vantajosa, na medida em reduz as consequências financeiras e penais, não significando, de todo, que as empresas que colaboram com as autoridades públicas fiquem piores do que aquelas que permanecem em conluio.

Tendo em consideração estas atenuantes garantidas pelos programas de clemência estadunidenses, a cooperação com as vítimas pode ser exigida como uma condição para a atribuição da mesma, sem que isso seja visto como uma perda de atratividade para as vítimas²⁶². Assim, a obtenção ou não da declaração de clemência torna-se irrelevante, na medida em que a empresa que colabora tem de ajudar os lesados para que estes garantam a sua indemnização, sendo, portanto, esta uma “não questão” na ordem jurídica dos EUA²⁶³.

As soluções do ACPERA não são incorporáveis no DUE, uma vez que o mesmo não contempla nem consequências penais, nem *treble damages*. No contexto normativo europeu, a melhor solução parece ser a que se referiu que visa a limitação da responsabilidade da empresa que colabora, tendo esta de indemnizar as vítimas apenas quando as mesmas não conseguem obter indemnização das restantes e podendo ter de pagar uma participação a título de direito de regresso. evitando-se assim tanto a não compensação das vítimas, como situações de enriquecimento sem causa.

²⁶¹ CAUFFMAN, Caroline – “The interaction...”, p. 203.

²⁶² MACCULLOCH, Angus/WARDHAUGH, Bruce, *op. cit.*, pp. 5-6.

²⁶³ BUCCIROSSI, Paolo, MARVÃO, Catarina e SPAGNOLO, Giancarlo, *op. cit.*, p. 3.

4.2.5 – A (não) solução do Regulamento 1049/2001²⁶⁴

Por força do art. 6.º/2 (que é reforçado pelo considerando 20 da Diretiva), as disposições do artigo 6.º não podem prejudicar “as regras nem as práticas ao abrigo do Regulamento (CE) n.º 1049/2001”. Sendo este Regulamento²⁶⁵ uma consagração do princípio da abertura conforme postulado no art. 1.º do Tratado da União Europeia (“TUE”)²⁶⁶ e desenvolvido pelo art. 15.º do TFUE, a principal valência do mesmo, no contexto do presente tema, seria a de criar uma eventual possibilidade de os lesados acederem às declarações de clemência, mas apenas se o pedido tivesse sido apresentado à Comissão²⁶⁷. Isto assim é, pois, como se verá, à luz do referido Regulamento e da jurisprudência do TJUE que se debruça sobre o mesmo, a avaliação casuística tem sempre de ser feita, pelo que os lesados teriam a oportunidade de demonstrar a absoluta necessidade, dado o seu caso concreto, de acederem às declarações de clemência. Fala-se aqui no condicional, uma vez que, devido a uma esquizofrenia normativa (ou numa demonstração de que a introdução do atual no n.º 2 do art. 6.º não foi mais que um compromisso político com o PE), a Comissão esvaziou a referida norma de efeito prático ao estabelecer o art. 16.º-A do Regulamento 773/2004²⁶⁸.

Esta norma determina que o acesso às declarações de clemência é “concedido apenas para efeitos do exercício dos direitos de defesa em procedimentos perante a Comissão”, ou seja, o acesso encontra-se reservado para as empresas infratoras, não sendo possível divulgar os documentos em causa aos lesados; adicionalmente, é estabelecida uma limitação de utilização das

²⁶⁴ Regulamento (CE) n.º 1049/2001 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 30 de maio de 2001, relativo ao acesso do público aos documentos do Parlamento Europeu, do Conselho e da Comissão, J.O 2001 L 145/43, mencionado como “Regulamento 1049/2001”.

²⁶⁵ Sobre o mesmo veja-se, genericamente: ROSSI, Leonor e VINAGRE E SILVA, Patrícia – “Public access to documents in the EU”, Oxford: Hart Publishing, 2016.

²⁶⁶ Considerando 1 do Regulamento 1049/2001.

²⁶⁷ O Regulamento aplica-se apenas aos documentos detidos pelo Parlamento Europeu, Conselho e Comissão (art. 1.º/a).

²⁶⁸ Este artigo foi introduzido, a par de outros, pelo Regulamento (UE) 2015/1348 da Comissão de 3 de agosto de 2015 que altera o Regulamento (CE) n.º 773/2004 relativo à instrução de processos pela Comissão para efeitos dos artigos 81.º e 82.º do Tratado CE, J.O. 2015, L 208/03. Veja-se: WILS, Wouter – “Private Enforcement of EU...”, pp. 36-37.

informações retiradas dessas declarações (semelhante à do art. 7.º/1 da Diretiva²⁶⁹), sendo apenas admissível para efeito de exercícios de defesa, ou seja, mesmo que os lesados obtenham informações do conteúdo da declaração de clemência não as podem utilizar. Por outras palavras, aquilo que até pode ser divulgado por via do Regulamento 1049/2001, é tornado impossível de utilizar por via do alterado Regulamento 773/2004 (estes dois Regulamentos, a par com o Regulamento 1/2003, devem ser interpretados em conjunto de forma a garantir uma aplicação coerente entre os mesmos²⁷⁰), não tendo, portanto, qualquer efeito útil neste contexto.

Efetivamente, a possibilidade de divulgação das declarações de clemência existente ao abrigo do Regulamento 1049/2001 configurar-se-ia como uma brecha na “armadura” criada pela Comissão para proteger os documentos em causa, pelo que esta alteração introduzida pelo Regulamento 2015/1348 consubstancia uma forma de evitar tal situação²⁷¹. Note-se que, caso não tivesse existido esta alteração o sistema teria ficado (ainda) mais complexo, na medida em que teríamos um tratamento díspar entre os casos em que a clemência era concedida pela Comissão ou por uma ANC. Tendo em consideração que o Regulamento 1049/2001 apenas vincula as instituições europeias, os casos estritamente nacionais ficariam de fora da aplicação do mesmo e, portanto, inteiramente sujeitos às regras da Diretiva que já contém esta dupla proibição de divulgação e utilização.

Importa compreender o porquê da importância que teria o art. 6.º/2 da Diretiva, caso o Regulamento 773/2004 não tivesse sido alterado, sendo para tal essencial compreender o acervo jurisprudencial sobre a matéria. Apesar do intuito do Regulamento 1049/2001 ser o de conferir aos cidadãos europeus a maior

²⁶⁹ Por força deste artigo as normas de acesso a documentos dos próprios EM não podem sobrepor-se ao consagrado na Diretiva, pois não existe na Diretiva nenhuma disposição semelhante ao art. 6.º/2, mas referente às leis nacionais. Para além disso seria ingénuo esperar que as leis de acesso a documentos das ANC's nos EM permitissem tal acesso, sendo estas, por regra, mais restritivas que a própria Diretiva. Para o caso português veja-se, por exemplo: ROSSI, Leonor e FERRO, Miguel Sousa, *op. cit.*, pp. 150-164 e 208.

²⁷⁰ Neste sentido veja-se: LUNDQVIST, Björn e ANDERSSON, Helene – “Access to Documents for Cartel Victims and Cartel Members – is the System Coherent?”, junho de 2015, disponível no SSRN, p.8.

²⁷¹ ROSSI, Leonor e FERRO, Miguel Sousa, *op. cit.*, pp. 144-146.

amplitude do seu direito de acesso a documentos das instituições da União, tal faculdade jurídica encontra naturais exceções no art. 4.º. Tendo isto em consideração, os particulares podem requerer o acesso às declarações de clemência enquanto documentos na posse da Comissão podendo esta invocar uma das exceções da norma referida, algo que, sem qualquer tipo de surpresa, faz, recorrendo, por regra, à exceção do n.º 2 e do n.º 3; como é natural, caso haja litígio a questão pode ser submetida ao TJUE nos termos do art. 263.º TFUE.

Desde logo deve notar-se uma diferença fundamental no conteúdo destas exceções à divulgação por comparação com a proibição absoluta da Diretiva; em quase todas as exceções do art. 4.º (nas quais se incluem as dos n.ºs 2 e 3), *in fine*, encontra-se a expressão “exceto quando um interesse público superior imponha a divulgação”. Significa isto que, seja qual for o caso, aos particulares é conferida a possibilidade de argumentarem pela absoluta necessidade de acederem à declaração de clemência para a efetividade do seu direito de indemnização, bem como é permitido ao Tribunal levar a cabo uma ponderação dos interesses em causa e decidir em conformidade; é, pois, a ausência desta possibilidade no seio da Diretiva que se critica.

No caso *EnWB*²⁷², o TJUE reconheceu que num processo de aplicação do art. 101.º, por via de certos documentos se enquadrarem numa determinada categoria, sobre os mesmos recai uma presunção geral que não obriga a Comissão a proceder a um exame individual e concreto para cada documento da referida categoria podendo, assim, recorrer à presunção em causa para, legitimamente, recusar o acesso aos documentos com base nas exceções do art. 4.º do Regulamento 1049/2001²⁷³; a existência desta presunção foi recentemente reafirmada no caso *Degusa*²⁷⁴. Ainda neste sentido, o TJUE recorreu à jurisprudência *Pfleiderer* e *Donau Chemie*, para reafirmar “que é pouco provável

²⁷² Caso C-365/12-P do Tribunal de Justiça, *Comissão Europeia contra EnBW Energie Baden-Württemberg AG* (27 de janeiro de 2014), EU:C: 2014:112, mencionado como “EnBW”.

²⁷³ *EnWB*, §§ 81, 92-93 (referentes ao art. 4.º/2 1.º e 3.º travessões) e 114-116 (referentes ao art. 4.º/3).

²⁷⁴ Caso C-162/15-P do Tribunal de Justiça, *Evonik Degussa GmbH contra Comissão Europeia* (14 de março de 2017), EU:C:2017:205, mencionado como “Degusa”, § 77.

que a ação de indemnização tenha de assentar em todos os elementos que figuram no *dossier* relativo a esse processo”²⁷⁵, algo com que se concorda, pois, conforme se tem vindo a deixar claro, não se entende que o acesso às declarações de clemência seja necessário em todos os casos, sendo, aliás, evidente, que poderá apenas ser útil numa franca minoria de situações.

Contudo, é essencial compreender que esta presunção geral pode ser ilidida²⁷⁶ pelo interessado no acesso, uma vez que se fosse da responsabilidade da Comissão o efeito útil da presunção encontrar-se-ia esvaziado²⁷⁷. Assim, o particular deve demonstrar:

“a necessidade que tem de aceder a determinado documento que consta do processo da Comissão, a fim de que esta possa, casuisticamente, ponderar os interesses que justificam a comunicação de tais documentos ou a sua proteção, tomando em consideração todos os elementos pertinentes do processo. Na falta dessa necessidade, o interesse que tem em obter a reparação do prejuízo sofrido em razão de uma violação do artigo [101.º TFUE] não constitui um interesse público superior, na aceção do artigo 4.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1049/2001.”²⁷⁸

Consequentemente, pode entender-se desta interpretação do Tribunal que, existindo a necessidade, o direito de indemnização que decorre do art. 101.º TFUE pode ser considerado um “interesse público superior” e, por conseguinte, haver a ponderação relativa à divulgação dos documentos em causa, de forma a assegurar a sua efetividade²⁷⁹. Seria exatamente este tipo de abordagem que se pretendia ver

²⁷⁵ *EnWB*, § 106.

²⁷⁶ *Ibid*, § 100.

²⁷⁷ *Ibid*, § 101.

²⁷⁸ *Ibid*, §§ 106-107.

²⁷⁹ Nos parágrafos 59 a 78 e 162 a 166 do caso *AXA* (Caso T-677/13 do Tribunal Geral, *Axa Versicherung AG contra Comissão Europeia* (7 de julho de 2015), EU: T:2015:473, mencionado como “*AXA*”), o Tribunal Geral (“TG”) densificou os critérios referidos pelo TJUE em *EnWB* para refutar a presunção geral estabelecida nesse mesmo caso. É interessante verificar que, de um ponto de vista decisório, existe uma clara divergência de opinião entre o TG e o TJ, sendo o primeiro bastante mais restritivo no que concerne à aplicação das exceções do art. 4.º do Regulamento 1049/2001 quando comparado com o TJUE. Por exemplo, o acórdão *EnWB* que agora se comentou foi um recurso de anulação do acórdão de 1ª instância (Caso T-344/08 do Tribunal Geral, *EnBW Energie Baden-Württemberg AG contra Comissão Europeia*, (22 de maio de 2012), EU: T:2012:242). Contudo, esta diferença de opinião quanto à divulgação em si não prejudica o que aqui se aborda, na medida em que o que importa no contexto da presente dissertação é a possibilidade de solicitar a divulgação em si e quanto a tal aspeto não existe qualquer tipo de divergência. Neste sentido, veja-se genericamente CHIRITA, Anca D., *op. cit.* e ROSSI, Leonor e FERRO, Miguel Sousa, *op. cit.*, p. 142.

refletida na Diretiva, ou seja, uma regra geral que proibisse a divulgação, mas permitisse, por razões de absoluta imperatividade, mas estritamente definidas e como medida de *ultima ratio*, a possibilidade de os lesados argumentarem pela necessidade da divulgação e os tribunais nacionais poderem procederem a uma análise casuística e concreta dos interesses em causa. Infelizmente, a Diretiva e as restantes alterações introduzidas na ordem jurídica europeia, nomeadamente no Regulamento 773/2004, nem de um ponto de vista teórico, atribuem esta faculdade de argumentação aos lesados²⁸⁰.

Poderá ainda argumentar-se que, dada a manifesta utilidade e importância dos programas de clemência no atual quadro jurídico do *enforcement* do direito da concorrência (inclusive para a aplicação privada devido às ações de *follow-on*), em qualquer ponderação de interesses, os juízes decidirão no sentido de proteger a atratividade dos programas de clemência. Tendo em consideração que este não é o espaço próprio para futurologia, a resposta a tal argumento é naturalmente incerta, pelo que se deveria ter consagrado, com as devidas salvaguardas, uma cláusula que permitisse a adequada análise das circunstâncias concretas. Para além disso, deve aqui destacar-se o referido pelo Tribunal Geral (“TG”) no caso AXA:

“(…) embora tais considerações [relativas à proteção dos programas de clemência] possam justificar a recusa de acesso a determinados documentos que constam de um processo de aplicação das normas de concorrência, não implicam que esse acesso possa ser sistematicamente recusado, devendo todo o pedido de acesso a documentos em causa ser objeto de uma apreciação, caso a caso, que atenda a todos os elementos do processo.”²⁸¹

Conforme aponta PAPP, a utilização do Regulamento 1049/2001 e a possibilidade de os particulares ilidirem a presunção estabelecida em *EnWB* poderia ser a única forma de assegurar a conformidade da Diretiva 2014/104 com o direito primário da União²⁸² (algo questionável, pois os casos em que a clemência era conferida por uma ANC estariam desde logo excluídos), mas dada a

²⁸⁰ PAPP, Florian Wagner-von, *op. cit.*, p. 63.

²⁸¹ AXA, § 119.

²⁸² PAPP, Florian Wagner-von, *op. cit.*, p. 64.

impossibilidade criada pelo art. 16.º-A do Regulamento referido, a conclusão pela incompatibilidade da proibição *per se* de acesso às declarações de clemência é uma inevitabilidade.

Deste modo, e ao contrário do que poderia parecer, o art. 6.º/2, o Regulamento 1049/2001 acaba por não se revelar como uma possibilidade para os lesados acederem às divulgações de clemência. A análise da jurisprudência que aqui se referiu faz aumentar a perplexidade quanto às opções tomadas pela Comissão, na medida em que, para além da proposta que se apresentou, também a presunção geral estabelecida em *EnWB* poderia ter sido uma solução a equacionar.

4.2.6 – A insuficiência do artigo 15.º/1 do Regulamento 1/2003 como única via alternativa

Em virtude do princípio da cooperação leal (art. 4.º/3 TUE) e do art. 15.º/1 do Regulamento 1/2003 (atuação da Comissão enquanto *amicus curiae* nos processos nacionais), os tribunais nacionais podem solicitar ao órgão executivo da UE que lhes faculte documentos que esta tenha na sua posse, algo a que esta instituição tem mostrado maior predisposição do que quando o pedido é efetuado diretamente por um particular²⁸³. É, aliás, com base também nestas disposições que WILS sustenta o carácter não absoluto dos arts. 6.º/6 e 7.º/1²⁸⁴, mas, por várias razões, discorda-se do referido autor.

Desde logo, veja-se que, à semelhança do que aconteceria caso o Regulamento 1049/2001 fosse uma via possível, o alcance desta hipótese encontra-se limitado aos casos em que a declaração de clemência se encontra na posse da Comissão; aquelas que se encontram nas ANC's estão, *ab initio*, excluídas por via do art. 7.º/1 da Diretiva que torna a sua utilização inadmissível em tribunal. Neste sentido, e tendo em consideração o que se viu anteriormente, também aqui o art. 16.º-A do Regulamento 773/2004 impediria a utilização das declarações de clemência, dado o âmbito de aplicabilidade reduzido que a norma apresenta, pelo

²⁸³ ROSSI, Leonor e FERRO, Miguel Sousa, *op. cit.*, p. 144.

²⁸⁴ WILS, Wouter – “Private Enforcement of EU...”, p. 34-35.

que, caso a Comissão concedesse aos tribunais nacionais acesso a tais documentos, os mesmos não seriam passíveis de consideração no processo em curso em favor do lesado. Mesmo se não fosse este o caso, ainda assim, esta via revelar-se-ia como manifestamente insuficiente.

Seria ingénuo e erróneo considerar que, após o esforço hercúleo da Comissão em proteger as declarações de clemência, esta iria facultar as mesmas aos tribunais nacionais quando estes as pedissem. Aliás, se atendermos à Comunicação de cooperação, verificamos que, de forma categórica, é afirmado que, “em momento algum”, informações como as declarações de clemência serão transmitidas pela Comissão aos tribunais nacionais²⁸⁵, pelo que, por via do princípio da auto-vinculação administrativa, já se sabe a posição desta instituição quanto a tais pedidos. Ao contrário dos arts. 4.º/3 TUE e 15.º/1 do Regulamento 1/2003, a Comunicação não tem carácter vinculativo (sem ser para a Comissão), pelo que o Considerando 26-A não se pode opor às referidas normas e, como tal, caso a Comissão recuse o acesso aos mesmos, o litígio poderá ser submetido ao Tribunal de Justiça tanto através do art. 263.º como pelo art. 267.º TFUE²⁸⁶; contudo, o teor da Comunicação não deixa de refletir aquela que será a prática da Comissão e, como tal, pode ter um efeito altamente dissuasor nos tribunais nacionais levando os mesmos a não apresentarem, de todo, o pedido. Para além disso, como demonstrado por ROSSI e FERRO, esta é uma via repleta de obstáculos processuais e pode levar a um longo período até que os documentos sejam disponibilizados²⁸⁷.

Considerando tudo o que se disse, não só esta via parece estar impossibilitada em virtude do art. 16.º-A como, ainda que assim não seja, a mesma é claramente insuficiente para garantir a observância do princípio da efetividade.

²⁸⁵ Considerando 26-A da Comunicação de cooperação. Este Considerando representa uma adição feita a 5 de agosto de 2015, à semelhança do que aconteceu com as alterações introduzidas no Regulamento 773/2004.

²⁸⁶ WILS, Wouter – “Private Enforcement of EU...”, p. 35.

²⁸⁷ ROSSI, Leonor e FERRO, Miguel Sousa, *op. cit.*, pp. 142-144. Uma análise interessante ao caso que os autores abordam nas páginas referidas (um caso decidido nos tribunais do Reino Unido, normalmente designado como *Alstom* ou *National Grid*) pode ser visto em: LUNDQVIST, Björn e ANDERSSON, Helene, *op. cit.*, pp. 9-11.

A jurisprudência *Pfleiderer* e *Donau Chemie* é categórica ao estabelecer que é aos tribunais nacionais (e não à Comissão) que assiste a possibilidade de, enquanto aplicadores do direito independentes e imparciais, ponderar os diferentes interesses em causa e, assim, decidir qual deve prevalecer no caso concreto.

Em suma, a proibição dos arts. 6.º/6 e 7.º/1 é, sem margem para dúvidas, absoluta e, como tal, incompatível com o princípio da efetividade, pois num contexto jurídico em que não é possível prever todas as circunstâncias de cada caso concreto, a exclusão *per se* de uma determinada categoria de elementos de prova poderá “tornar praticamente impossível ou excessivamente difícil” o exercício do direito de indemnização que decorre, diretamente, de um dos textos constitucionais da União Europeia.

Conclusão

O *private enforcement* do direito da concorrência encontra-se, ainda, numa fase de desenvolvimento precoce mas, se se considerar a evolução existente desde o acórdão *Courage*, a mesma é muitíssimo significativa. Num período temporal inferior a 15 anos, as instituições da União, a par com os EM, foram capazes de progredir de um “subdesenvolvimento total” para a consagração, no direito derivado da UE e no ordenamento jurídico dos EM, de regras gerais que introduzem um certo nível de homogeneidade no plano europeu e que possibilitam aos lesados um acesso mais eficaz e efetivo ao seu direito de indemnização.

A Diretiva 2014/104 não é, de modo algum, um ponto de chegada quanto a este assunto, havendo, ainda, muitos aspetos que carecem de desenvolvimento adequado e, os restantes, de constante atenção, avaliação e atualização de forma a aferir o verdadeiro impacto e sucesso destas introduções legislativas. Neste sentido, será essencial um acompanhamento e análise de como a aplicação privada do direito da concorrência é acolhida nos EM, nomeadamente naqueles com uma escassa tradição deste tipo de ações judiciais, como Portugal²⁸⁸. É indubitável que,

²⁸⁸ Por força do art. 20.º da Diretiva, a Comissão tem, até final de 2020, de apresentar um relatório ao PE e ao Conselho sobre determinadas questões relacionadas com o impacto da Diretiva.

com a adoção da Diretiva e consequentes leis de transposição para os diferentes ordenamentos jurídicos dos EM, as vítimas se encontram numa posição muito mais vantajosa do que antes para serem ressarcidas pelos danos sofridos. Para a efetiva implementação destas regras é essencial a promoção e disseminação junto das empresas e dos consumidores de uma cultura de concorrência que leve a uma consciencialização, pela parte destes, dos direitos que lhes assistem.²⁸⁹

Através dos arts. 5.º a 8.º da Diretiva, a preocupante assimetria de informação que caracteriza estas ações judiciais encontra-se algo mitigada, na medida em que, agora, os lesados conseguem muito mais facilmente ter acesso a informações vitais para que as suas legítimas pretensões sejam reconhecidas judicialmente. Contudo, a proteção absoluta à divulgação das declarações de clemência poderá vir a representar uma “areia na engrenagem” do *private enforcement*, tendo em consideração que, sob determinadas circunstâncias, os lesados poderão não ser ressarcidos. Entende-se tal proibição *per se* como gravosa, pois, devido à mesma, poderão surgir certos casos específicos em que as vítimas, mesmo tendo mérito da causa e existindo elementos de prova que o sustentem, os lesados não podem aceder nem utilizar os referidos meios probatórios, sendo-lhes, assim, vedada a justiça no caso concreto.

Deste modo, sustenta-se que deveria ter sido consagrada uma regra geral de proibição que permitisse, aos juízes nacionais, ponderar as diferentes circunstâncias de cada caso concreto e, assim, decidir casuisticamente se se impõe a divulgação das declarações de clemência como o único meio adequado para garantir a efetividade do direito de indemnização.

É notório que este aspeto em concreto representa um dos desafios mais exigentes para o sistema de *enforcement* e, devido ao mesmo, a Comissão encontra-se numa encruzilhada, pois tanto quer proteger a atratividade dos programas de clemência, como quer incentivar a aplicação privada. É evidente que, dada a forte tradição de *public enforcement* na UE, mudanças radicais no sistema

²⁸⁹ JONES, Alison/ SUFRIN, Brenda, *op. cit.*, pp. 1080-1082.

são complicadas mas, independentemente disso, a Comissão tinha a obrigação de estabelecer regras em conformidade com o princípio da efetividade, algo que se entende que não sucedeu. Neste sentido, e apesar de, por decurso do prazo, o recurso de anulação do art. 263.º TFUE já não ser possível, ao abrigo de um eventual reenvio prejudicial (art. 267.º), esta norma da Diretiva pode vir a ser declarada inválida por infringir o direito primário da União²⁹⁰. Efetivamente, caso o TJUE se depare com um processo de reenvio prejudicial semelhante ao caso *Donau Chemie*, é expectável que o órgão judicial mantenha a conclusão a que chegou nesse acórdão e, por conseguinte, seja determinado que “o direito da União, em especial o princípio da efetividade”, se opõe à proibição absoluta dos arts. 6.º/6 e 7.º/1. Será, sem dúvida, uma das questões mais interessantes a acompanhar nos próximos anos.

É importante recordar que, desde 2001, o Tribunal tem vindo a afirmar, repetidamente, a necessidade de efetividade deste direito²⁹¹ e que o mesmo “reforça o carácter operacional das regras comunitárias da concorrência e é de natureza a desencorajar acordos ou práticas, frequentemente disfarçados, capazes de restringir ou falsear o jogo da concorrência”²⁹², pelo que não se pode ignorar o potencial dissuasor do *private enforcement*, nem restringir o mesmo. Deste modo, não se pode concordar com as posições que veem o impacto das ações de indemnização apenas numa lógica de *ex post*, uma vez que tal não se verifica, cumprindo tais ações judiciais, à semelhança dos programas de clemência, uma função de dissuasão dos comportamentos restritivos da concorrência.

É, assim, essencial uma mudança de mentalidade no seio do *enforcement* do direito da concorrência. Não se pretende uma ‘americanização’ do sistema europeu, mas antes uma consciencialização de que o florescimento do *private enforcement* acarretou determinadas mudanças neste sistema e que, por

²⁹⁰ Sobre a possibilidade de, ao abrigo do art. 267.º TFUE, uma norma de uma Diretiva ser considerada inválida pelo Tribunal por violação do direito primário da UE, veja-se: CAMPOS, João Mota de/ CAMPOS, João Luís Mota de/ PEREIRA, António Pinto – “Manual de Direito Europeu”, 7ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. pp. 424-426 e 442-445.

²⁹¹ *Courage*, § 29.

²⁹² *Ibid*, § 27.

consequência, deve haver uma efetiva e correspondente adaptação a estas. Deste modo, há que ter bem presente que a Comissão e as ANC's têm de confiar nos seus programas de clemência, é certo, mas investir ainda mais nas investigações *ex officio*, bem como em promover, através de uma eficiente aplicação privada, uma crescente cultura de concorrência.

O panorama jurídico atual consagra, diferentemente do que sucedia no passado, um bem jurídico que deve ser totalmente tutelado: o direito das vítimas a serem indemnizadas; neste sentido, é este que tem de ser garantido em primeiro lugar, especialmente quando em colisão com o facto de as empresas não se quererem expor a ações de indemnização, ou seja, uma decorrência de um comportamento ilegal e, por conseguinte, não digno de proteção jurídica. Evidentemente, os programas de clemência têm uma importância capital para a aplicação do direito da concorrência, inclusive para a aplicação privada e, como tal, aqueles que colaboram devem ser protegidos (daí que se tenha proposto a divulgação das declarações apenas como *ultima ratio*), mas, chegando ao limite, devem ser as empresas infratoras a serem prejudicadas e não as vítimas. O fortalecimento da atividade de investigação autónoma das autoridades públicas permitirá criar a ideia de que, mesmo que a colaboração à luz das regras atuais não seja tão vantajosa como antes, a apresentação de pedidos de clemência continua a ser a melhor alternativa ao dispor das empresas para aliviarem as consequências negativas da descoberta das suas atividades ilícitas.

Acredita-se que o completo desenvolvimento do *private enforcement* tornará possível uma melhor eficácia do sistema de concorrência aliando a compensação das vítimas a uma efetiva dissuasão dos comportamentos anti-concorrenciais; porém, para tal, não devem existir categorias de documentos excluídos *per se* da possibilidade de acesso pelas vítimas. A interiorização desta mudança face ao paradigma que se tem vindo a cristalizar na ordem jurídica europeia é, indubitavelmente, o grande desafio contemporâneo de toda a comunidade jus-concorrencial.

Bibliografia

Monografias e Artigos:

- BRODER, Douglas - “U.S. Antitrust Law and Enforcement – A Practice Introduction”, Nova Iorque: Oxford University Press, 2010;
- BUCCIROSSI, Paolo, MARVÃO, Catarina e SPAGNOLO, Giancarlo – “Leniency and Damages”, *Stockholm Institute of Transition Economics Working Paper*, N.º 28, outubro 2014. Disponível em: <https://swopec.hhs.se/hasite/papers/hasite0032.pdf> (consultado, pela última vez, a 3 de março de 2018);
- CAMPBELL, Scoot e FEUNTEUN, Tristan – “Designing a Balanced System: Damages, Deterrence, Leniency and Litigants’ Rights – A Claimant’s Perspective” in LOWE, Philip and MARQUIS, Mel (eds) – “European Competition Law Annual 2011: Integrating Public and Private Enforcement. Implications for Courts and Agencies”, Oxford: Hart Publishing, 2014, pp. 27-39;
- CAMPOS, João Mota de, CAMPOS, João Luís Mota de e PEREIRA, António Pinto – “Manual de Direito Europeu”, 7ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. pp. 424-426 e 442-445;
- CARBONELLI, Vincenzo – “Private enforcement of EU Competition Law between public and private issues”, *International Journal of Public Law and Policy*, Volume 2, N.º 4, 2012, pp. 335-351;
- CARMELIET, Tine – “How lenient is the European leniency system? An overview of current (dis)incentives to blow the whistle”, *Jura Falconis*, Volume 48, N.º 3, 2011, pp. 463-512. Disponível em: <https://www.law.kuleuven.be/apps/jura/public/art/48n3/carmeliet.pdf> (consultado, pela última vez, a 3 de março de 2018);
- CATÓN, Pablo González de Zárate – “Disclosure of Leniency Material: a Bridge between Public and Private Enforcement of Antitrust Law”, *Research Papers in Law* 8/2013, College of Europe, 2013. Disponível em:

<https://www.coleurope.eu/research-paper/disclosure-leniency-materials-bridge-between-public-and-private-enforcement-antitrust> (consultado, pela última vez, a 3 de março de 2018);

- CAUFFMAN, Caroline – “Access to Leniency related documents after *Pfleiderer*”, *Maastricht European Private Law Institute Working Paper N.º 2012/3*, fevereiro 2012. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2004958 (consultado, pela última vez, a 3 de março de 2018);

- CAUFFMAN, Caroline – “The interaction of Leniency Programmes and Actions for Damages”, *The Competition Law Review*, Volume 7, N.º 2, julho 2011, pp. 181-220. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1941692 (consultado, pela última vez, a 3 de março de 2018);

- CHIRITA, Anca D. – “The Disclosure of Evidence under the ‘Antitrust Damages’ Directive 2014/104/EU”, abril de 2017. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2800910 (consultado, pela última vez, a 3 de março de 2018);

- DAVIS, Joshua P. e LANDE, Robert H. – “Defying Conventional Wisdom: The Case for Private Antitrust Enforcement”, *Georgia Law Review*, Volume 48, N.º 1, fevereiro 2013, pp. 1-81;

- DE SMIJTER, Eddy e O’SULLIVAN, Dennis – “The Manfredi judgment of the ECJ and how it relates to the Commission’s initiative on EC antitrust damages actions”, *Competition Policy Newsletter*, N.º 3, Outono 2006. Disponível em: http://ec.europa.eu/competition/publications/cpn/2004_2_31.pdf (consultado, pela última vez, a 3 de março de 2018);

- DE STEFANO, Gianni – “Access of Damage Claimants to Evidence Arising out of EU Cartel Investigations: A Fast-evolving scenario”, *Global Competition Litigation Review*, N.º 3, Sweet & Maxwell, 2012, pp. 95-110. Disponível em:

<https://www.lw.com/thoughtLeadership/access-of-damage-claimants-eu-cartel-investigations> (consultado, pela última vez, a 3 de março de 2018);

- DUNNE, Niamh – “It never rains but it pours? Liability for “umbrella effects” under EU competition law in *Kone*”, *Common Market Law Review*, Volume 51, N.º 6, 2014, pp. 1813-1828;

- FETEIRA, Lúcio Tomé – “Regulation 1/2003 and the interplay between European and National Competition Laws” in “Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia Volume IV”, Lisboa: Coimbra Editora, setembro 2010, pp. 639-668;

- FREIRE, Paula Vaz – “Análise Económica dos Programas de Clemência no Direito da Concorrência”, *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Ano 1, N.º 1, 2015, pp. 191-203. Disponível em:

https://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2015/1/2015_01_0191_0203.pdf

(consultado, pela última vez, a 3 de março de 2018);

- GAVIL, Andrew I. – “Designing Private Rights of Action for Competition Policy Systems: The Role of Interdependence and the Advantages of a Sequential Approach”, in LOWE, Philip and MARQUIS, Mel (eds), - “European Competition Law Annual 2011: Integrating Public and Private Enforcement. Implications for Courts and Agencies”, Oxford: Hart Publishing, 2014, pp. 3-15;

- GORJÃO-HENRIQUES, Miguel e ANASTÁCIO, Catarina – “Anotação ao artigo 9.º”, in GORJÃO-HENRIQUES, Miguel (dir.) – “Lei da Concorrência – Comentário Conimbricense”, 1.ª edição, Coimbra: Almedina Editora, maio 2013, pp. 82-108;

- GORJÃO-HENRIQUES, Miguel – “Direito da União”, 7ª Edição, Coimbra: Almedina Editora, 2014;

- GROUSSOT, Xavier e PIERRE, Justin – “Transparency and Liability in Leniency Programmes: a Question of Balancing?”, *Lund University Legal Research Series*, Paper n.º1/2015, janeiro 2015. Disponível em:

https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2545011 (consultado, pela última vez, a 3 de março de 2018);

- HODGES, Christopher – “Competition Enforcement, Regulation and Civil Justice: What is the Case?”, *Common Market Law Review*, Volume 43, N.º 5, 2006, pp. 1381-1407

- HÜSCHEL RATH, Kai e PEYER, Sebastian – “Public and Private Enforcement of Competition Law - a Differentiated Approach”, *CCP Working Paper 13-5*, abril 2013. Disponível em: <http://competitionpolicy.ac.uk/documents/8158338/8235394/CCP+Working+Paper+13-5.pdf/86d76261-eda5-4de7-af2a-51d9684e0c45> (consultado, pela última vez, a 3 de março de 2018);

- JONES, Alison e SUFRIN, Brenda – “EU Competition Law. Text, Cases, and Materials”, 6ª edição, Oxford: Oxford University Press, 2016;

- JONES, Alison – “Private Enforcement of EU Competition Law: a Comparison with, and Lessons from, the US”, *TLI Think! Paper 10/2016*. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2715796;

- JONES, Clifford – “Private Enforcement of Antitrust Law in the EU, UK and USA”, Oxford: Oxford University Press, 1999;

- KERSTING, Christian – “Removing the Tension between Public and Private Enforcement: Disclosure and Privileges for Successful Leniency Applicants”, *Journal of European Competition Law & Practice*, Volume 5, N.º 1, janeiro 2014, pp. 2-5. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2328126 (consultado, pela última vez, a 3 de março de 2018);

- KIRST, Philipp e BERGH, Roger Van den – “The European Directive on Damages Actions: a Missed Opportunity to Reconcile Compensation of Victims and Leniency Incentives”, *Journal of Competition Law & Economics*, Volume 12, N.º 1, março 2016, pp. 1-30;

- KNIGHT, Thomas e CLAIRE, Casey Ste. – “Reconciling the Conflict: Antitrust Leniency Programs and Private Enforcement”, *University of Florida Law School*. Disponível em: https://people.clas.ufl.edu/thomasknight/files/KnightSteClaire_JLE.pdf (consultado, pela última vez, a 3 de março de 2018);
- KOMNINOS, Assimakis P. – “Public and Private Antitrust Enforcement in Europe: Complement? Overlap?”, *The Competition Law Review*, Volume 3, N.º 1, dezembro 2006, pp. 5-26. Disponível em: <http://new.clasf.org/CompLRev/Issues/Vol3Issue1Art1Komninos.pdf> (consultado, pela última vez, a 3 de março de 2018);
- KOMNINOS, Assimakis P. – “The Relationship between Public and Private Enforcement: quod Dei Deo, quod Caesaris Caesari” in LOWE, Philip and MARQUIS, Mel (eds) – “European Competition Law Annual 2011: Integrating Public and Private Enforcement. Implications for Courts and Agencies”, Oxford: Hart Publishing, 2014, pp. 141-157. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1870723;
- LANDE, Robert H. e DAVIS, Joshua P. – “Comparative Deterrence from Private Enforcement and Criminal Enforcement of the U.S. Antitrust Laws”, *Brigham Young University Law Review*, 2011. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1565693;
- LANDE, Robert H. – “Introduction: Benefits of private enforcement” in FOER, Albert A. e STUTZ, Randy M. (eds) – “Private Enforcement of Antitrust Law in the United States”, Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2012, pp. 1-13;
- LANDE, Robert H. e DAVIS, Joshua P. – “The Extraordinary Deterrence of Private Antitrust Enforcement: A Reply to Werden, Hammond, and Barnett”, *Antitrust Law Bulletin*, Volume. 58, N.º 1, março 2013, pp. 173-190. Disponível em: <https://scholarworks.law.ubalt.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.goo>

gle.pt/&httpsredir=1&article=1373&context=all_fac (consultado, pela última vez, a 3 de março de 2018);

- LIANOS, Ioannis; DAVIS, Peter; NEBBIA, Paolisa – “Damages Claims for the Infringement of EU Competition Law”, Oxford: Oxford University Press, 2015;

- LUNDQVIST, Björn e ANDERSSON, Helene – “Access to Documents for Cartel Victims and Cartel Members – is the System Coherent?”, junho de 2015. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2621258 (consultado, pela última vez, a 3 de março de 2018);

- MACCULLOCH, Angus e WARDHAUGH, Bruce – “The Baby and the Bathwater: The Relationship in Competition Law between Private Enforcement, Criminal Penalties, and Leniency Policy”, junho 2012. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2089369 (consultado, pela última vez, a 3 de março de 2018);

- MARQUES, Ana Sofia – “Regime De Clemência no Direito Da Concorrência Europeu: Reflexões quanto ao acesso a documentos em ações de indemnização por infrações ao Direito da Concorrência”, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Escola do Porto Dissertação de Mestrado, na área de Direito Público, Internacional e Europeu, 2017. Disponível em: <https://repositorio.ucp.pt/handle/10400.14/23212> (consultado, pela última vez, a 3 de março de 2018);

- MARVÃO, Catarina – “The EU Leniency Programme and Recidivism”, *Review of Industrial Organization*, Volume 48, N.º 1, fevereiro 2016, pp.1-27;

- MARVÃO, Catarina e SPAGNOLO, Giancarlo – “What Do We Know about the Effectiveness of Leniency Policies? A Survey of the Empirical and Experimental Evidence”, *Stockholm Institute of Transition Economics Working Paper*, N.º 28, Outubro 2014. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2511613 (consultado, pela última vez, a 3 de março de 2018);

- MELÍCIAS, Maria João – “The art of consistency between public and private enforcement: practical challenges in implementing the Damages Directive in Portugal”. Disponível em:

http://www.concorrenca.pt/vPT/Noticias_Eventos/Intervencoes_publicas/Documents/M.J.%20Mel%C3%ADcias_TREVISO%20article%20on%20private%20enforcement.pdf (consultado, pela última vez, a 3 de março de 2018);

- MILUTINOVIC, Veljko – “The ‘Right to Damages’ in a ‘System of Parallel Competences’: A Fresh Look at BRT v. SABAM and its Subsequent Interpretation” in LOWE, Philip and MARQUIS, Mel (eds) - “European Competition Law Annual 2011: Integrating Public and Private Enforcement. Implications for Courts and Agencies”, Oxford: Hart Publishing, 2014, pp. 341-376;

- MILUTINOVIC, Veljko – “The ‘Right to Damages’ under EU Competition Law: from *Courage v. Crehan* to the White Paper and Beyond”, The Netherlands: Kluwer Law International, 2010;

- MONTI, Mario – “Private litigation as a key complement to public enforcement of competition rules and the first conclusions on the implementation of the new Merger Regulation”, speech at IBA - 8th Annual Competition Conference, setembro 2004. Disponível em: http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-04-403_en.htm?locale=en (consultado, pela última vez, a 3 de março de 2018);

- MORAIS, Luís Silva – “Integrating Public and Private Enforcement of Competition Law in Europe - Legal and Jurisdictional Issues” in LOWE, Philip and MARQUIS, Mel (eds) - “European Competition Law Annual 2011: Integrating Public and Private Enforcement. Implications for Courts and Agencies”, Oxford: Hart Publishing, 2014, pp. 109-140;

- NAZZINI, Renato/ NIKPAY, Ali – “Private Actions in EC Competition Law”, *Competition Policy International*, Volume 4, N.º 2, Outono 2008, pp. 107-141. Disponível em:

<https://www.competitionpolicyinternational.com/assets/0d358061e11f2708ad9d6>

[2634c6c40ad/Nikpay_webwcover.pdf](https://repositorio.ucp.pt/handle/10400.14/18767) (consultado, pela última vez, a 3 de março de 2018);

- NEBBIA, Paolisa – “Damages actions for the infringement of EC competition law: compensation or deterrence?”, *European Law Review*, Volume 33, N.º 1, fevereiro 2008, pp. 21-43;

- NICOLAU, Joana Santos – “The effectiveness of Leniency Programs on Cartel Prosecution – An Economic Analysis of the European Case”, Dissertação de Mestrado em Economia pela Universidade Católica Portuguesa, novembro 2015. Disponível em: <https://repositorio.ucp.pt/handle/10400.14/18767> (consultado, pela última vez, a 3 de março de 2018);

- PAIS, Sofia Oliveira – “Antitrust private enforcement and collective redress in Portugal” in PAIS, Sofia Oliveira (ed.), “Competition Law Challenges in the Next Decade” (Brussels, P.I.E Peter Lang, 2016), pp. 19-33;

- PAPP, Florian Wagner-von – “Access to Evidence and Leniency Materials”, 2016. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2733973;

- PISZCZ, Anna – “Is this really a reform to facilitate follow-on actions for antitrust damages? Some thoughts on the Damages Directive” in PAIS, Sofia Oliveira (ed.) – “Competition Law Challenges in the Next Decade” (Brussels, P.I.E Peter Lang, 2016), pp. 59-73;

- SAAVEDRA, Alberto – “Access by National Courts and Private Plaintiffs to Leniency Documents Held by the Commission”, *Revista de Concorrência e Regulação*, N.º 10, 2012, pp. 65-89;

- STÜRNER, Rolf – “Duties of Disclosure and Burden of Proof in the Private Enforcement of European Competition Law” in BASEDOW, Jürgen – “Private Enforcement of EC Competition Law”, International Competition Law Series, Volume 25, The Netherlands: Kluwer Law International, 2007, pp. 163-192;

- ROSSI, Leonor e FERRO, Miguel Sousa – “O “Private Enforcement” do Direito da Concorrência e o acesso a elementos de prova”, *Revista de Concorrência e Regulação*, N.º 22, 2015, pp. 131-195;
- ROSSI, Leonor e VINAGRE E SILVA, Patrícia – “Public access to documents in the EU”, Oxford: Hart Publishing, 2016;
- TELFER, Robert Thomas Currie – “Forum shopping and the private enforcement of EU competition law: is forum shopping a dead letter?”, PhD Thesis, School of Law, College of Social Sciences, University of Glasgow, setembro 2016. Disponível em: <http://theses.gla.ac.uk/8002/1/2016TelferPhD.pdf> (consultado, pela última vez, a 3 de março de 2018);
- VENIT, James S. – “Brave new world: The modernization and decentralization of enforcement under Articles 81 and 82 of the EC Treaty”, *Common Market Law Review*, Volume 40, N.º 3, (2003), pp. 545–580;
- WARDHAUGH, Bruce – “Cartel Leniency and Effective Compensation in Europe: the Aftermath of *Pfleiderer*”, *Web Journal of Current Legal Issues*, Volume 19, N.º 3, 2013. Disponível em: <http://webjcli.org/article/view/251/369> (consultado, pela última vez, a 3 de março de 2018);
- WERDEN, Gregory J., HAMMOND, Scott D. e BARNETT Belinda A. – “Deterrence and Detection of Cartels: Using All the Tools and Sanctions”, *Antitrust Law Bulletin*, Volume 56, N.º 2, junho 2011, pp. 207-234;
- WILS, Wouter – “Leniency in Antitrust Enforcement: Theory and Practice”, *World Competition*, Volume 30, N.º 1, 2007, pp. 25-63;
- WILS, Wouter – “Principles of European Antitrust Enforcement”, 1.ª edição (Oregon, Hart Publishing, 2005);
- WILS, Wouter - “Private Enforcement of EU Antitrust Law and its Relationship with Public Enforcement: Past, Present and Future”, *World Competition*, Volume 40, N.º 1, março 2017, pp. 3-46;

- WILS, Wouter – “Should Private Antitrust Enforcement Be Encouraged in Europe”, *World Competition*, Volume 26, N.º 3, setembro 2003, pp. 473-488;
- WILS, Wouter – “The Relationship between Public Antitrust Enforcement and Private Actions for Damages”, *World Competition*, Volume 32, N.º 1, 2009, pp. 3-26;
- WILS, Wouter – “The Use of Leniency in EU Cartel Enforcement: An Assessment after Twenty Years”, *World Competition*, Volume 39, N.º 3, setembro 2016, pp. 327-388;
- WOODS, Donncadh, SINCLAIR, Ailsa e ASHTON, David – “Private enforcement of Community competition law: modernisation and the road ahead”, *Competition Policy Newsletter*, N.º 2, verão 2004. Disponível em: http://ec.europa.eu/competition/publications/cpn/2004_2_31.pdf (consultado, pela última vez, a 3 de março de 2018).

Jurisprudência:

- Caso 26/62 do Tribunal de Justiça, *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming Van Gend & Loos contra Administração Fiscal neerlandesa* (5 de fevereiro de 1963), EU:C:1963:1;
- Caso 6/64 do Tribunal de Justiça, *Flaminio Costa contra E.N.E.L* (15 de julho de 1964) EU:C:1964:66;
- Caso 127/73 do Tribunal de Justiça, *Belgische Radio en Televisie e société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs contra SV SABAM e NV Fonior* (30 de janeiro de 1974), EU:C:1974:6;
- Casos apensos 6/90 e 9/90 do Tribunal de Justiça, *Andrea Francovich e Danila Bonifaci e outros contra República Italiana* (19 de novembro de 1991) EU:C:1991:428;
- Caso 344/98 do Tribunal de Justiça, *Masterfoods Ltd contra HB Ice Cream Ltd.* (14 de dezembro de 2000), EU:C:2000:689;

- Caso C-453/99 do Tribunal de Justiça, *Courage Ltd contra Bernard Crehan e Bernard Crehan contra Courage Ltd e outros* (20 de setembro de 2001) EU:C:2001:465;
- Casos apensos 295-298/04 do Tribunal de Justiça, *Vincenzo Manfredi contra Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA (C-295/04), Antonio Cannito contra Fondiaria Sai SpA (C-296/04) e Nicolò Tricarico (C-297/04) e Pasqualina Murgolo (C-298/04) contra Assitalia SpA* (13 de julho de 2006), EU:C:2006:461;
- Conclusões do advogado-geral Mazák apresentadas em 16 de dezembro de 2010, *Pfleiderer AG contra Bundeskartellamt*, EU:C:2010:782;
- Caso C-360/09 do Tribunal de Justiça, *Pfleiderer AG contra Bundeskartellamt* (14 de junho de 2011) EU:C:2011:389;
- Caso T-344/08 do Tribunal Geral, *EnBW Energie Baden-Württemberg AG contra Comissão Europeia*, (22 de maio de 2012), EU: T:2012:242;
- Caso C-536/11 do Tribunal de Justiça, *Bundeswettbewerbsbehörde contra Donau Chemie AG e outros* (6 de junho de 2013) EU:C:2013:366;
- Caso C-365/12-P do Tribunal de Justiça, *Comissão Europeia contra EnBW Energie Baden-Württemberg AG* (27 de janeiro de 2014), EU:C: 2014:112;
- Caso T-677/13 do Tribunal Geral, *Axa Versicherung AG contra Comissão Europeia* (7 de julho de 2015), EU: T:2015:473;
- Caso C-162/15-P do Tribunal de Justiça, *Evonik Degussa GmbH contra Comissão Europeia* (14 de março de 2017), EU:C:2017:205.

Legislação:

- Regulamento (CE) n.º 1049/2001 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 30 de maio de 2001, relativo ao acesso do público aos documentos do Parlamento Europeu, do Conselho e da Comissão, J.O 2001 L 145/43;

- 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, J.O 2003 L 1/1;
- Regulamento (CE) n.º 773/2004 da Comissão de 7 de abril de 2004 relativo à instrução de processos pela Comissão para efeitos dos artigos 81.º e 82.º do Tratado CE, J.O 2004 L 123;
- Regulamento (UE) n.º 1215/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2012, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial, J.O 2012 L 351/1;
- 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, J.O. 2014, L 349/1.

Documentos da Comissão Europeia:

- Comunicação da Comissão sobre a cooperação no âmbito da rede de autoridades de concorrência (2004/C 101/03) de 27 de abril de 2004;
- Livro Verde - Ações de indemnização devido à violação das regras comunitárias no domínio antitrust, COM (2005) 672, 19 de dezembro de 2005. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=CELEX%3A52005DC0672> (consultado, pela última vez, a 3 de março de 2018);
- 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), de 1 de setembro de 2006;
- 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) de 8 de dezembro de 2006;
- Commission Staff Working Paper accompanying the White Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules, SEC (2008), 404, 2 de abril de 2008.

Disponível em:
http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/files_white_paper/working_paper.pdf (consultado, pela última vez, a 3 de março de 2018);

- Livro Branco - Ações de indemnização devido à violação das regras comunitárias no domínio antitrust, COM (2008) 165, 2 de abril de 2008. Disponível em:
<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=LEGISSUM:l26124>
(consultado, pela última vez, a 3 de março de 2018);

- Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a certas regras que regem as ações de indemnização no âmbito do direito nacional por infrações às disposições do direito da concorrência dos Estados-Membros e da União Europeia, COM (2013), 404, 11 de junho de 2013. Disponível em:
<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2013:0404:FIN:EN:PDF>
(consultado, pela última vez, em 3 de março de 2018).

Outro tipo de documentos:

- European Competition Network Model Leniency Programme, novembro de 2012. Disponível em:
http://ec.europa.eu/competition/ecn/mlp_revised_2012_en.pdf (consultado, pela última vez, a 3 de março de 2018);

- Parlamento Europeu – “Relatório sobre a proposta de diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a certas regras que regem as ações de indemnização no âmbito do direito nacional por infrações às disposições do direito da concorrência dos Estados-Membros e da União Europeia”, (COM (2013/0404 – C7-0170 /2013 – 2013/0185(COD)) 4 de fevereiro de 2014. Disponível em:
<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=//EP//NONSGML+REPORT+A7-2014-0089+0+DOC+PDF+V0//PT> (consultado, pela última vez, a 3 de março de 2018);

- Proposta de Anteprojeto de Transposição da Diretiva Private Enforcement” apresentada pela Autoridade da Concorrência Portuguesa, 22 de junho de 2016.

Disponível em:
http://concorrencia.pt/vPT/Noticias_Eventos/ConsultasPublicas/Documents/Private%20Enforcement/Proposta%20de%20Anteprojecto.pdf (consultado, pela última vez, a 3 de março de 2018);

- Relationship between Public and Private Antitrust Enforcement”, contribution from the United States submitted for Item III of the 121st meeting of *the Working Party No. 3 on Co-operation and Enforcement*, 15 de junho de 2015. Disponível em: https://www.ftc.gov/system/files/attachments/us-submissions-oecd-other-international-competition-fora/publicprivate_united_states.pdf (consultado, pela última vez, a 3 de março);

- Relatório da OCDE – “*Ex officio* cartel investigations and the use of screens to detect cartels”, outubro de 2013. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/competition/exofficio-cartel-investigation-2013.pdf> (consultado a 15 de janeiro de 2018).

ÍNDICE

AGRADECIMENTOS	v
MODO DE CITAR E OUTRAS CONVENÇÕES	vi
ABREVIATURAS	viii
RESUMO.....	ix
ABSTRACT	x
Introdução	1
1. O <i>private enforcement</i> no Direito dos Estados Unidos da América.....	5
2. As funções do <i>private enforcement</i> na União Europeia: mera compensação das vítimas ou também dissuasão de comportamentos anti-concorrenciais?.....	13
3. O desenvolvimento do <i>private enforcement</i> pelas instituições europeias: o papel primordial do Tribunal de Justiça e da Comissão Europeia.....	20
3.1 Os acórdãos fundadores do <i>private enforcement</i> e as primeiras iniciativas da Comissão	20
3.2 A segunda fase de desenvolvimento do <i>private enforcement</i>: <i>Pfleiderer e Donau Chemie</i>	31
3.3 A Diretiva 2014/104.....	37
4. O difícil equilíbrio entre os programas de clemência e o <i>private enforcement</i>: a proteção absoluta à divulgação das declarações de clemência	41
4.1 Os programas de clemência na União Europeia.....	44
4.2 A proteção absoluta das declarações de clemência como uma opção desvantajosa para otimizar a interação entre o <i>public</i> e o <i>private enforcement</i>.....	51
4.2.1 A necessidade de exceções à proibição de divulgação das declarações de clemência	55
4.2.2 Limitar a responsabilidade solidária como meio de manter a atratividade dos programas de clemência	62
4.2.3 Incerteza jurídica e <i>forum shopping</i>	67
4.2.4 A solução no ordenamento jurídico dos EUA.....	71
4.2.5 A (não) solução do Regulamento 1049/2001	73
4.2.6 A insuficiência do artigo 15.º/1 do Regulamento 1/2003 como única via alternativa.....	78
Conclusão	80

Bibliografia.....	84
Monografias e Artigos:	84
Jurisprudência:	93
Legislação:	94
Documentos da Comissão Europeia:	95
Outro tipo de documentos:	96