



**Sólon Emanuel Salgado Moura**

**Os Acordos de Colusão:  
O Direito à Informação nas Acções de Indemnização**

Dissertação apresentada no âmbito do  
2º Ciclo de Estudos em Direito da Faculdade de  
Direito da Universidade de Coimbra  
Na área de especialização em Ciências Jurídico-Forenses  
Orientador: Prof.<sup>a</sup> Doutora Carolina Castro Nunes Vicente Cunha

**Coimbra  
2014**



UNIVERSIDADE DE COIMBRA

UNIVERSIDADE DE COIMBRA  
FACULDADE DE DIREITO  
2º CICLO DE ESTUDOS EM DIREITO

Os Acordos de Colusão:

O Direito à Informação nas Acções de Indemnização

Sólon Emanuel Salgado Moura



Dissertação apresentada no âmbito do  
2º Ciclo de Estudos em Direito da Faculdade de  
Direito da Universidade de Coimbra  
Área: Ciências Jurídico-Forenses

Orientador: Prof.<sup>a</sup> Doutora Carolina Castro Nunes Vicente Cunha

Coimbra

2014

“In intuitu personarum, sine privilegio ante legem.”

Pelas pessoas não privilegiadas perante a Lei.

*Francisco Moura*

Aos meus pais e irmãos,  
por tudo.

## Abreviaturas

AC- Autoridades da Concorrência (indistintamente, a Comissão ou qualquer ANC).

AdC- Autoridade da Concorrência.

ANC- Autoridades Nacionais da Concorrência.

CDFUE- Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

CEDH- Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

CRP- Constituição da República Portuguesa.

DLG- Direitos, Liberdades e Garantias.

ECN- European Competition Network.

EM- Estados Membros da União Europeia.

EUA- Estados Unidos da América.

LdC- Lei da Concorrência.

RGCO- Regime Geral das Contra-Ordenações.

TEDH- Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

TFUE- Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

TGUE- Tribunal Geral da União Europeia.

TJUE- Tribunal de Justiça da União Europeia (incorpora também o TGUE).

TUE- Tratado da União Europeia.

UE- União Europeia.

## Índice

Abreviaturas .....	4
1- Introdução. ....	7
2- O Estado da arte. ....	10
2.1.- O panorama europeu.....	10
2.1.1- Legislação comunitária.....	10
2.1.2- O Programa de Clemência Europeu.....	13
2.1.3- O Programa de Clemência Europeu e as acções de responsabilidade civil por violações do art. 101º TFUE. ....	17
2.1.4- O caso Pfeleiderer: breve referência.....	19
2.1.5.- O Caso Courage v Crehan: Breve referência.....	20
2.1.6.- A posição da Comissão.....	23
3- Fundamentos de Mudança: Princípios e Direitos Fundamentais. ....	29
3.1.- O direito de acesso à informação.....	29
3.2.- O Direito à Privacidade e à Confidencialidade.....	33
3.3.- O Direito ao Silêncio. ....	35
3.4.- O Princípio da Transparência. ....	36
4- O Direito da Concorrência em Portugal. ....	38
4.1.- O Panorama geral.....	38
4.2.- O Regime de Dispensa e Redução da Coima.....	40
4.3.- O Acesso à Documentação. ....	42
5- A Proposta de Directiva.....	44
5.1.- O Acesso à Informação.....	44
5.2.- Categorias de informação. ....	47
5.3.- Vinculatividade das Decisões das AC. ....	51
5.4.- Opção por uma directiva.....	52
6. Propostas de Mudança. ....	53
6.1.- Acesso aos elementos de prova.....	54
6.2.- Presunção de dano. ....	57
6.3.- A responsabilidade civil solidária e subsidiária.....	57

6.4.- Alargamento do âmbito da clemência.....	58
6.5.- <i>Low cost compliance reinforcement</i> .....	59
7.- Conclusão.....	62
BIBLIOGRAFIA .....	64

## 1- Introdução.

A presente dissertação versará sobre a problemática da aplicação privada do direito da concorrência. Em especial, abordaremos a necessidade de acesso à informação, na medida em que esta constitui instrumento e fundamento de acções de responsabilidade civil ou extracontratual assentes na violação das normas da concorrência respeitantes aos acordos entre empresas. De facto, o conhecimento da existência de acordos colusórios, bem como a possibilidade de aceder e fazer uso de informação na posse de entidades administrativas reguladoras da concorrência, pesará inegavelmente no número e sucesso das acções de que falamos, bem como na possibilidade dos lesados obterem o justo ressarcimento.

A adesão de Portugal à União Europeia, implica, no âmbito do tema que ora nos ocupa, o acompanhamento do progressivo processo de integração económica que deu origem ao chamado Mercado Único existente no espaço intracomunitário, cuja realização passa pela protecção de um mercado com um nível de liberdade de concorrência maior possível.

No entanto, uma vez que se trata de um projecto em desenvolvimento e porque a realidade económica é, sempre, volúvel, surge a necessidade de regulação dos mais variados aspectos desse mercado. Temáticas como a protecção do consumidor, a liberdade de trocas e prestações de serviços, de estabelecimento e de trabalho, são alguns exemplos que têm vindo a ser objecto de regulação por parte da Comissão Europeia e do Conselho da Europa.

Um desses aspectos mais importantes é o Direito da Concorrência, que, desde a origem da Comunidade Europeia, e muito por influência do ordenamento jurídico dos Estados Unidos da América (EUA), tem vindo a sofrer constantes actualizações e evoluções com o objectivo de maximizar a sua eficácia. Na verdade, como na generalidade da miríade de temáticas do Direito, podemos falar na existência de dois modelos de criação e aplicação do direito concorrencial. Por um lado, o modelo anglo-saxónico, representado pelos EUA, Inglaterra, Japão, entre outros, e, por outro, o modelo dito continental, globalmente liderado pela União Europeia, bem como as economias nacionais que a integram, dentre as quais as mais representativas serão a Alemanha, França e Itália. Este último modelo caracteriza-se por uma produção normativa mais cautelosa e garantística, ao

passo que o primeiro é mais pragmático e orientado para a eficiência. Em ambos, é patente a influência dos modelos económicos e de mercado adoptados ao longo do século XX.

Tem crescido a consciência da existência de dois graus de actuação para tornar a aplicação da legislação *antitrust* eficaz, tanto a nível preventivo, demovendo os agentes económicos de praticarem actos que restrinjam, diminuam ou excluam a livre concorrência, como a nível persecutório ou sancionatório dos infractores e indemnizatório dos lesados. Os modelos acima referidos, orientados pelas suas idiossincrasias, foram lançando mão de diferentes métodos e instrumentos para coordenar a interacção entre ambas as formas de resposta aos problemas concorrenciais, no sentido de maximizar a sua eficiência e reduzir os danos gerados pelas infracções às normas de concorrência.

A primeira lei atinente à regulação concorrencial de que há registo remonta ao Império Romano<sup>1</sup>. Porém, enquanto ramo autónomo do Direito, esta disciplina é bastante recente. A falta de cultura jurídica neste campo por parte de magistrados, advogados e da generalidade dos intervenientes económicos é bem conhecida e apontada como um dos elementos que importa corrigir. O essencial da criação normativa neste campo, bem como a fiscalização do correcto funcionamento do mercado e da punição dos infractores, tem cabido (e servido) a entidades de direito público. Desde os órgãos legiferantes às entidades administrativas de regulação e fiscalização, quer possuam competências e atribuições sectoriais (sector da água, electricidade, comunicações, etc.) quer tenham uma natureza mais ampla ou genérica, o direito da concorrência é considerado como de natureza pública. Para evitar distorções na concorrência será necessário intervir preventivamente (através da regulação e controlo de concentrações e combatendo práticas distorcivas, individuais ou plurais) e/ou ex post (casos de abuso de posição dominante, de acordos entre empresas). À aplicação das normas de concorrência por entidades públicas é, na doutrina internacional, dado o nome de *public enforcement*, que poderá definir-se como “a aplicação pública/administrativa do direito da concorrência que é levada a cabo por autoridades administrativas especializadas, que dirigem as suas actuações aos particulares e têm o poder de lhes impor sanções, sendo portanto a disputa vertical(...)”<sup>2</sup>. Complementarmente, no oposto do espectro, temos a aplicação privada do direito concorrencial, essencialmente constituída pelo início de procedimentos administrativos de fiscalização por iniciativa de

---

<sup>1</sup> Segundo Luís Caramelo Gomes (ver nota 106, *infra*) tratava-se da Lex Iulia de Anona, de 46 a.C., para regulação do comércio do trigo.

<sup>2</sup> Lei da Concorrência: Comentário Conimbricense, dir. Miguel Gorjão Henriques, Almedina, Maio de 2013.



particulares, ao exercerem o direito de petição e de queixa às entidades competentes, pelas acções judiciais nos casos de infracções com fundamento em responsabilidade civil, e ainda o recurso a métodos alternativos de resolução de litígios, como a arbitragem, a mediação e a transacção extrajudicial (seja para obstar à instauração de acções judiciais ou para lhes pôr termo), ou seja, trata-se de uma interacção horizontal. Designa-se, na doutrina, por *private enforcement*.

Desde o último quartel do século passado, tornou-se consensual que a coexistência de ambos os modelos de aplicação das normas de concorrência contribui para a sua eficácia mútua bem como para a salvaguarda de outros interesses além da regulação do funcionamento do mercado, como sejam a protecção dos consumidores e a maximização da eficiência do processo produtivo e dos intervenientes económicos. De facto, as alterações normativas em qualquer dos campos influenciarão, por regra, o outro<sup>3</sup>, como se inferirá do exposto abaixo.

O principal aspecto que pretendemos frisar é o da relação entre o acesso à informação (enquanto elemento de prova) respeitante a infracções e que chegam ao conhecimento das autoridades da concorrência e entidades similares, susceptíveis de constituir fundamento e meio de prova em acções civis instauradas por particulares. Muito se tem debatido, e o consenso ainda aparenta estar longe, sobre a extensão e tipo de informação que aos particulares será acessível ou estará vedado. Neste campo, os modelos continental e anglo-saxónico têm formas de encarar a questão bastante assimétricas, caracterizando-se o último por uma maior admissibilidade de obtenção de provas, independentemente de quem as tenha em seu poder.

Acha-se, actualmente, a seguir os trâmites procedimentais uma proposta de directiva europeia, analisada infra, que visa coordenar e uniformizar as legislações de todos os Estado-Membros no que toca à regulação da interacção entre a aplicação pública e privada das normas concorrenciais, com reflexos no acesso à informação em posse de entidades públicas/ administrativas, por parte de particulares interessados de um qualquer Estado-Membro. A mesma directiva assumirá neste trabalho, um papel pivotal, limitando o alcance material deste estudo, sem prejuízo de eventuais incursões em temáticas conexas, quando tal se afigure necessário. Seguir-se-á uma abordagem de uma perspectiva integrada da legislação comunitária, actualmente em vigor.

---

<sup>3</sup> Cf. Assimakis P. Komminos (ver nota 7).

## 2- O Estado da arte.

Para podermos proceder à análise integrada do panorama jurídico em que a questão do acesso à informação por parte de particulares que se considerem lesados, tão-só dentro do âmbito de jurisdição europeu, por causa da existência de acordos entre empresas destinados a restringir, falsear ou impedir (em absoluto) a concorrência, convirá ter presente o conjunto de normas a nível comunitário e nacional neste contexto relevantes.

### 2.1.- O panorama europeu

#### 2.1.1- Legislação comunitária

No quadro da Comunidade Europeia, encontramos, em primeiro lugar, o art. 101º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE). Esta é a norma de direito substantivo que tipifica actuações consideradas anticoncorrenciais, e que se pretendem combater, que conhecemos por cartéis. São o fundamento legal comunitário para as acções de indemnização<sup>4</sup> a intentar por parte dos eventuais lesados, quer sejam outras empresas (a montante ou a jusante do segmento de mercado em que operam os infractores, ou seja, produtores, fornecedores ou distribuidores cuja actividade seja conexas/dependente com/da actividade a que se dedicam as entidades prevaricadoras, ou, ainda, ao mesmo nível enquanto empresas concorrentes, em sentido estrito, que laboram na mesma área que os lesantes competindo entre si pela predominância do mercado) quer sejam particulares (na qualidade de adquirentes de produtos ou serviços, directos ou indirectos).

Interessar-nos-á, de igual modo, o Tratado da União Europeia (doravante TUE), também designado Tratado de Maastricht, em vigor desde 1 de Novembro de 1993<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> Entre nós, é no art. 483 do Código Civil (C.C.) que está prevista a responsabilidade civil e seus pressupostos.

<sup>5</sup> Naturalmente, na sua versão actual, dada pelo Tratado de Lisboa, em vigor desde de 1 de Dezembro de 2009.

O Regulamento n.º 1/2003 de 16 de Dezembro de 2002 referente à execução das regras de concorrência da UE que proíbem os acordos anticoncorrenciais (incluindo cartéis) e os abusos de posição dominante, previstas nos artigos 101.º e 102.º TFUE. Estabelece as condições em que a Comissão, as autoridades nacionais da concorrência (doravante apenas «ANC») e os tribunais nacionais aplicam essas disposições em casos concretos.

Desde logo, encontramos o art. 2º, nos termos do qual cabe à parte que se considera lesada a prova da infracção do art. 101º ou 102º do Tratado.

Por força do art. 3º nº1 do regulamento citado, quando os tribunais nacionais e ANC aplicarem, no âmbito das suas competências e atribuições, as normas de direito da concorrência nacionais que sejam paralelas aos arts. 101º e 102º do Tratado, a aplicação simultânea destes últimos é obrigatória para essas entidades quando o comércio entre os Estados-Membros possa ser afectado, devendo constar das suas decisões que a infracção é também sancionada pelas normas comunitárias além das nacionais. Tal aplicação assume especial interesse aqui, na medida em que tem consequências na troca de informações entre a Comissão, os tribunais e as ANC. Acresce o disposto no art. 12º, quanto ao intercâmbio de informações, que poderá haver troca de dados entre a Comissão e as ANC, mesmo no que toca a dados confidenciais, nº1, com as restrições constantes dos nºs 2 e 3.

O art. 15º n.º 1, prevê que nos processos relativos à aplicação dos arts. 101º ou 102º do Tratado, aos tribunais nacionais é admitido requerer à Comissão que lhes sejam enviadas informações na posse desta<sup>6</sup>.

Segundo o artigo 16.º, n.º 1, quando se pronunciarem sobre acordos, decisões ou práticas ao abrigo dos artigos 101.º ou 102.º TFUE que já tenham sido objecto de decisão da Comissão, os tribunais nacionais não podem tomar decisões que sejam contrárias à decisão aprovada por esta. Os tribunais nacionais devem evitar tomar decisões que entrem em conflito com uma decisão prevista pela Comissão em processos a que esta tenha já dado início. Com esse objectivo de harmonização de julgados e de economia processual, o tribunal nacional pode avaliar da necessidade de suspender a instância, até decisão da Comunicação sobre o que se considera causa prejudicial, decisão essa, que, segundo o nº2 do art. 16º será vinculativa para o tribunal nacional, não obstante a Comissão não ser um

---

<sup>6</sup> Veja-se a Comunicação da Comissão – Relatório sobre a aplicação do Regulamento 1/2003, acerca da cooperação entre a Comissão e os tribunais dos Estados-Membros da UE na aplicação dos artigos 101.º e 102.º do Tratado onde se aprofunda a interpretação e a aplicação prática desta disposição.

tribunal per se, mas sim uma entidade administrativa. A salvaguarda reside no art. 31º do Regulamento 1/2003, onde se prevê o controlo pelo Tribunal de Justiça<sup>7</sup> “das decisões da Comissão em que tenha sido fixada pela Comissão uma coima ou uma sanção pecuniária compulsória. O Tribunal de Justiça pode suprimir, reduzir ou aumentar a coima ou a sanção pecuniária compulsória aplicada.” Resulta da leitura, *a contrario sensu*, deste preceito a exclusão de recursos de decisões onde a Comissão entenda não haver colisão com os arts. 101º e/ou 102º do Tratado, a contrario.

Relativamente ao acesso aos documentos em posse do Parlamento Europeu, do Conselho e da Comissão, veja-se o Regulamento nº 1049/2001 do Parlamento Europeu e do Conselho de 30 de Maio de 2001<sup>8</sup>.

Relevante, ainda, é o Regulamento (CE) n.º 773/2004 de 7 de Abril de 2004 relativo à instrução de processos pela Comissão para efeitos dos artigos 81º e 82º (actualmente 101º e 102º do Tratado) onde se determina que os documentos obtidos através do acesso ao processo da Comissão só podem ser utilizados para efeitos de processos judiciais ou administrativos de aplicação dos sobreditos artigos do Tratado. No art. 15º prevê-se o acesso apenas aos destinatários de uma comunicação de objecções, nº1 e apenas para garantir os direitos de defesa dentro do procedimento administrativo, nº4. No art. 16º nº1 veda-se o acesso às informações consideradas confidenciais, e, nos números seguintes, regula-se o pedido de confidencialidade que as empresas cooperantes podem emitir, para salvaguarda dos dados fornecidos que a Comissão entenda, de início, que não caibam nas categorias de documentos confidenciais.

Esta exposição introdutória servirá para situar o leitor quanto aos diplomas legais pertinentes para a nossa exposição e que convirá ter presentes. Além disso, a análise

---

<sup>7</sup> Como afirma Assimakis P. Komminos no seu artigo “Public and Private Antitrust Enforcement in Europe: Complement? Overlap?” – *The Competition Law Review*, vol.3 issue 1, págs. 5 a 26: “The fact that the Court of Justice appears to have entrusted the Commission with a primacy over national proceedings and courts does not contradict our analysis here [defendendo a independência dos tribunais nacionais face à Comissão em matéria de decisões com base na violação do art. 101º do Tratado, por oposição à ideia de que existiria, em especial após a decisão proferida no caso *Masterfoods v. Royal Canin* de 15/02/2002, uma relação hierárquica que subordinaria os primeiros à última]. This ‘primacy’ is not one of the Commission, as competition authority, over civil courts, but rather of the Commission, as supranational Community organ, over national courts”.

<sup>8</sup> Com mais desenvolvimento infra.

integrada destes textos permite compreender o seu carácter altamente modelador das legislações de cada EM, o que justifica a importância de se compreender a situação actual e de se actuar logo a este nível, pelas razões expendidas *infra*. Serve também para alertar para o conjunto de diplomas e normas que a Proposta de Directiva e as modificações por nós propendidas, tudo, abaixo, haverão de afectar, implicando uma conformação dos primeiros.

### 2.1.2- O Programa de Clemência Europeu.

O actual Programa de Clemência em vigor data de 2006<sup>9</sup> (doravante apenas Comunicação sobre a Clemência), tendo sido revisto recentemente, em Novembro de 2012 e veio substituir o Programa de Clemência, de 2002<sup>10 11</sup>.

Foi implementado como instrumento de combate à cartelização, tendo obtido até à data significativos sucessos na descoberta e aplicação de sanções e dissolução de cartéis a operar no espaço europeu. Este instrumento visa aumentar o respeito pelas normas de concorrência previstas no TFUE, ao criar desconfiança entre membros de actuais ou futuros cartéis, aumentando as hipóteses de detecção deste tipo de infracção, e consequentemente, aumentar o efeito dissuasor<sup>12</sup>.

Nos actuais termos da Comunicação da Comissão relativa à imunidade em matéria de coimas e à redução do seu montante nos processos relativos a cartéis em que tenham tomado parte, as empresas candidatas ao programa de clemência poderão beneficiar de uma isenção completa da coima que lhes seria aplicável<sup>13</sup>. Logo no seu ponto 1, a Comunicação sobre a Clemência define que “Os cartéis consistem em acordos e/ou práticas concertadas entre dois ou mais concorrentes que têm por objectivo coordenar o seu comportamento concorrencial no mercado e/ou influenciar os parâmetros relevantes da

---

<sup>9</sup> Jornal Oficial da União Europeia 2006/C 298/11.

<sup>10</sup> Jornal Oficial da União Europeia C 45, de 19 de Fevereiro de 2002, págs. 3 a 5.

<sup>11</sup> Foi em 1996 que foi primeiramente implementado este tipo de programa, através da Comunicação da Comissão constante no Jornal Oficial das Comunidades Europeias 96/C 207/04, de 18 de Julho de 1996.

<sup>12</sup> Comunicação da Comissão – Relatório sobre a aplicação do Regulamento 1/2003.

<sup>13</sup> A título de exemplo, veja-se o sumário da Decisão da Comissão de 3 de Maio de 2006 no Processo COMP/F/C.38.620 — Peróxido de hidrogénio e perborato, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2006:353:0054:0059:PT:PDF>. Surgem, de forma discriminada, as multas potencialmente aplicáveis, bem como as efectivamente aplicadas em função do benefício concedido pela cooperação, nos moldes da Comunicação sobre a Clemência.

concorrência através de práticas como a fixação de preços de aquisição ou de venda ou outras condições de transacção, a atribuição de quotas de produção ou de venda, a repartição de mercados, incluindo a concertação em leilões e concursos públicos, a restrição das importações ou exportações e/ou acções anticoncorrenciais contra outros concorrentes. Estas práticas figuram entre as infracções mais graves ao disposto no artigo 81.o<sup>14</sup> do Tratado CE”. De entre as práticas mais comuns destinadas a prevenir, limitar ou distorcer a concorrência surgem mais comumente a fixação de preços, a distribuição de quotas de mercado e as limitações à produção por parte dos intervenientes. A gravidade destas infracções funda-se nos vários tipos de prejuízos geralmente associados, nomeadamente, a redução ou exclusão da competitividade entre empresas, que impede ou atrasa a racional e eficiente alocação de recursos (económicos, humanos e matérias primas), a inovação técnico-científica de métodos de produção e distribuição mais eficazes. Em consequência disto, os preços das matérias-primas sobem, tal como os preços e variedade dos produtos finais disponíveis para os consumidores, sobrecarregando-os, limita-se a liberdade de estabelecimento e de emprego por parte de empresas que teriam interesse em operar num dado mercado. Acaba ainda por afectar o mercado de trabalho e o nível de emprego<sup>15</sup>.

Assim, cabe à Comissão fazer aplicar a proibição constante do art. 101º do TFUE, através do Regulamento 1/2003, art. 1º, que lhe confere poderes de investigação, arts. 17º e ss., e de aplicação de sanções, arts. 23º e ss., até um total de 10% do balanço de exercício do ano anterior, art. 23º nº 2. Tendo presente tal possível valor e a possibilidade de serem totalmente isentadas, a presente medida constitui um incentivo a que as empresas que tenham participado em acordos de cartelização se voluntariem para denunciar e fornecer provas contra os restantes membros do cartel. Aliás, o facto de a isenção plena ser concedida apenas ao aplicante que primeiro<sup>16</sup> faculte os elementos, incriminatórios e contemporâneos<sup>17</sup> das práticas do cartel, necessários<sup>18</sup>, bem como a subsequente

---

<sup>14</sup> Actualmente, art. 101º. Ver nota 5, supra.

<sup>15</sup> Veja-se, p. ex., Ponto 2 da Comunicação sobre a Clemência; Livro Branco da Comissão Europeia de 2 de Abril de 2008, ponto 1.2 4º parágrafo.

<sup>16</sup> Ponto 8 da Comunicação sobre a Clemência.

<sup>17</sup> Acresce a este requisito temporal, a necessidade, segundo o ponto 36 da Comunicação sobre a Clemência, a necessidade de os dados facultados terem de se referir a infracções a contar das quais não tenha ainda transcorrido o prazo prescricional de 5 anos fixado pelo art. 25º nº1 do Regulamento 1/2003.

<sup>18</sup> Ponto 9 da Comunicação sobre a Clemência.

cooperação<sup>19</sup> com a Comissão, juntamente com os momentos em que a mesma cooperação deixa de ser relevante<sup>20</sup> para que seja concedida a isenção total<sup>21</sup>, visam promover a *rush to rattle*, ou seja, que as empresas sejam tentadas a submeter a aplicação ao programa de clemência antes das outras, expondo o cartel. Além disto, exige-se ainda da empresa candidata que cesse a conduta colusória<sup>22</sup> além de lhe serem impostas obrigações de cariz negativo, ou seja, deverá a mesma “abster-se de destruir, falsificar ou dissimular elementos de prova relativos ao alegado cartel e de divulgar a sua intenção de apresentar um pedido de imunidade ou o teor deste, excepto a outras autoridades de concorrência.”<sup>23</sup>

Às empresas que tenham coagido alguma das restantes empresas a participar no acordo fica vedada a imunidade plena<sup>24</sup>, podendo a mesma, se inicialmente concedida vir a ser retirada, se, a final, a Comissão apurar que a beneficiária exerceu algum tipo de coacção<sup>25</sup>.

Para as empresas que não reúnam os requisitos previstos no ponto 9 da Comunicação ou não sejam as primeiras a apresentar-se, resta ainda a possibilidade de beneficiarem da redução do montante da coima. A redução variará entre 30%-50%, para a primeira empresa candidata, 20%-30% para a segunda e para as seguintes, sem número limite, note-se, até 20%, do total da coima aplicável<sup>26</sup>. Para tal deverão fornecer dados que representem um “valor acrescentado”, (cf. ponto 24) bem como preencher os restantes requisitos cumulativos (cf. sub ponto 12 als. a) a c)). O conceito de “valor acrescentado” vem desenvolvido no ponto 25, onde se apela à essencialidade das informações reforçarem, pela natureza ou grau de detalhe das mesmas, a capacidade da Comissão de provar a

---

<sup>19</sup> Ponto 12 al. a) e nota 3 da mesma alínea com indicação de jurisprudência, da Comunicação sobre a Clemência.

<sup>20</sup> De referir a introdução em 2006 do sistema de marcador, que consiste na apresentação de um pedido de clemência facultando apenas informação de conteúdo limitado (ponto 15 da Comunicação sobre a Clemência), a ser complementado *a posteriori*. Reunidos os elementos, poderá a empresa a quem foi concedido o marco, apresentar o pedido formal de clemência, valendo este como se tivesse sido formulado na data do marcador.

<sup>21</sup> Pontos 10 e 11 da Comunicação sobre a Clemência. O ponto 11 resume os requisitos necessários para a concessão de isenção da coima aplicável, nomeadamente (1) que a Comissão não disponha ainda de elementos de prova bastantes para poder fundar uma decisão sobre a violação do art. 101º do TFUE, (2) que ainda não tenha sido agraciada outra empresa com a isenção condicional prevista no ponto 8 al. a), (3) que os elementos probatórios sejam contemporâneos da alegada infracção, e, (4) que o pedido de clemência se faça acompanhar da declaração da empresa com o conteúdo previsto no ponto 9 al. a). Todos estes requisitos são cumulativos entre si.

<sup>22</sup> Ponto 12 al. b) da Comunicação sobre a Clemência.

<sup>23</sup> Ponto 12 al. c) da Comunicação sobre a Clemência

<sup>24</sup> Ponto 13 da Comunicação sobre a Clemência.

<sup>25</sup> Ponto 22 da Comunicação sobre a Clemência.

<sup>26</sup> Ponto 26 da Comunicação sobre a Clemência.

existência do suposto cartel<sup>27</sup>. Caso a empresa infractora que se candidata seja a primeira a fornecer as informações de valor acrescentado, sem que possa beneficiar da imunidade, estas não serão consideradas para efeito da quantificação da coima a ser-lhe aplicada<sup>28</sup>.

Quanto aos tipos de informação, convirá, antes de mais, distinguir entre informação pré-existente (à aplicação ao programa de clemência) das informações fornecidas com o pedido formal de candidatura. Na primeira categoria caberão todo o tipo de registos respeitantes à conduta proibida pelo art. 101º do TFUE, conquanto sejam anteriores ao pedido de clemência ou contemporâneos mas produzidos à margem do programa de clemência, por qualquer dos intervenientes no cartel. Assim, p. ex., emails, mensagens escritas, vídeos, cartas de onde se possa retirar a marcação de reuniões, o fim a que o acordo se destina, o *modus operandi*, a alocação de mercado de cada empresa, a fixação de preços, a regulação da quantidade ou da qualidade de produtos ou serviços produzidos, enfim tudo o que exista num qualquer tipo de suporte (papel, digital, fita), que possa prefigurar a prova do acordo colusório e que a empresa candidata tenha em seu poder. Por outro lado, todas as informações que sejam produzidas aquando ou após a submissão do pedido à Comissão e que acompanhem este último ou venham a ser entregues posteriormente pela empresa aplicante integram a outra categoria. Desta farão parte, além das declarações da empresa, pontos 31 e ss. da Comunicação sobre a Clemência, os elementos de prova que sejam supervenientes em relação ao pedido de imunidade, os testemunhos por parte das pessoas individuais que integram a estrutura da empresa, entre outros. Quanto às declarações de empresas prestadas à Comissão, as mesmas poderão assumir a forma escrita ou oral, salvo se o conteúdo das mesmas já tiver sido transmitido a terceiros<sup>29 30</sup>. Caso sejam prestadas oralmente, poderá o registo gravado

---

<sup>27</sup> Tanto a nível comunitário como nacional, ao contrário, por exemplo, dos EUA, não existe a modalidade “amnesty plus”, ou seja, conceder-se uma compensação ou redução adicional da sanção aplicável às empresas, caso a informação facultada dê início a novos procedimentos de investigação e sanção.

<sup>28</sup> Ponto 26, último parágrafo, da Comunicação sobre a Clemência.

<sup>29</sup> Ponto 32 da Comunicação sobre a Clemência.

<sup>30</sup> O termo “terceiros” parece não se aplicar a qualquer ANC dos vários Estados Membros. Salvo melhor entendimento, na Comunicação da Comissão sobre a cooperação no âmbito da rede de autoridades de concorrência - Jornal Oficial da União Europeia 2004/C 101/03 – entre as ANC e entre estas e a Comissão coexiste um regime de competências paralelas como se lê no ponto 5. Ainda cf. o ponto 38 da mesma comunicação, aos interessados aconselha-se a submissão de novos pedidos às ANC competentes, consoante os casos. Detendo as AC competências paralelas e não existindo um sistema de programas completamente harmonizados de imunidade, não se vê razão para excluir a apresentação de declarações orais caso um pedido paralelo seja feito a uma qualquer ANC. Assim terceiros serão, e. g., outros co-infractores, eventuais lesados pelo acordo de colusão, autoridades tributárias, e, em geral, pessoas alheias ao procedimento administrativo investigatório/sancionatório.



e transcrito vir a ser consultado pelos interessados directos a quem tiver sido enviada uma comunicação de objecções, ainda que apenas uma vez, em regra<sup>31</sup>. Nelas se incluem, por exemplo, uma descrição em detalhe da alegada infracção e a identificação dos elementos envolvidos na mesma.

Todo este conjunto de informações que sejam feitas chegar à Comissão integrará o respectivo dossiê, aberto para efeito do procedimento de investigação e eventual sanção. Tal implica que esses dados ficam protegidos do acesso por qualquer pessoa, sendo apenas admitido a quem seja parte no procedimento. Desenvolveremos no ponto seguinte e no ponto 4.2, *infra*.

### 2.1.3- O Programa de Clemência Europeu e as acções de responsabilidade civil por violações do art. 101º TFUE.

Se por um lado o Programa de Clemência constitui uma ferramenta que promove a eficácia da detecção e extinção de cartéis, dando assim cumprimento aos deveres da Comissão de fazer valer o art. 101º do TFUE, e portanto, sendo uma forma de *public enforcement* das normas de defesa da concorrência, por outro lado, as acções de responsabilidade civil, propostas perante os tribunais nacionais dos Estados-Membros (EM), assentes na violação do mesmo preceito, ainda que visem directamente tão-só o ressarcimento dos lesados pelos acordos de colusão, indirectamente concorrem para a eficácia do direito da concorrência e dissuasão contra futuras práticas proibidas. Se os infractores forem condenados a pagar indemnizações aos lesados pelas suas práticas, então o efeito dissuasor daí adveniente contribuirá para que, de futuro, as empresas tenham esse factor em consideração no momento de se juntarem ou darem início a práticas de cartelização<sup>32</sup>. Mais, pesará na decisão de se apresentarem-se ao Programa de Clemência, o que traz implicações para o tema que nos ocupa, e que voltaremos a abordar.

---

<sup>31</sup> Cf. art. 15º do Regulamento 773/2004 e Ponto 27, 1º parágrafo, da “Comunicação da Comissão relativa às regras de acesso ao processo nos casos de aplicação dos artigos 81.o e 82.o do Tratado CE, artigos 53.o, 54.o e 57o do Acordo EEE e do Regulamento (CE) n.o 139/2004 do Conselho” Jornal Oficial da União Europeia 2005/C 325/07. O segundo parágrafo do Ponto 27 ressalva a possibilidade de novos acessos sempre que se trate de carrear novas provas, de defesa ou de acusação, para o processo da Comissão.

<sup>32</sup> De facto, no caso *Courage Ltd. V Bernard Crehan*, C-453/99, o Tribunal de Justiça da União Europeia (doravante TJUE) veio afirmar que “a existência do direito de indemnização fortalece a validade das regras de concorrência da Comunidade e desencoraja acordos ou práticas, frequentemente secretas, passíveis de

Já desde a publicação do *Green Paper*<sup>33</sup> sobre acções de indemnização por violação das regras de concorrência da Comunidade Europeia que é reconhecido o papel complementar das duas formas de fazer observar as normas comunitárias da concorrência. Como se afirma neste documento: “As regras antitrust estabelecidas nos artigos 81.º e 82.º do Tratado são aplicadas tanto pelos poderes públicos como a nível dos particulares. Estas duas formas de aplicação integram um sistema comum e prosseguem os mesmos objectivos: impedir as práticas anticoncorrenciais proibidas pela legislação no domínio antitrust e proteger as empresas e os consumidores destas práticas e de quaisquer danos por elas causados. Constituem também um instrumento valioso para criar e manter uma economia competitiva.”<sup>34</sup>

Em 2 de Abril de 2008 foi apresentado um estudo, designado por *White Paper* ou Livro Branco, da Comissão<sup>35</sup>. O mesmo foi elaborado tendo em consideração os comentários e sugestões feitos ao Livro Verde, incidindo, pois, sobre a mesma temática das acções de indemnização. Neste documento, a Comissão reconhece que a existência de mecanismos de compensação mais eficazes dos lesados contribuiria para o aumento da detecção de casos de cartéis e para uma maior responsabilização dos infractores.

No entanto, existe oposição à ideia de melhorar os mecanismos de compensação dos lesados, ao facilitar o acesso a provas, avançando-se o argumento de que tal prejudicaria a eficácia dos programas de clemência, europeu e nacionais<sup>36</sup>, por desmotivar os potenciais interessados, visto serem logo os primeiros na linha de fogo da responsabilidade ao confessarem e entregarem provas de terem sido parte num alegado cartel. De facto, o ponto 39 da Comunicação sobre a Clemência logo diz “(...) o facto de uma empresa ter cooperado com a Comissão durante o seu procedimento administrativo (...) o facto de ser concedida imunidade em matéria de coimas ou uma redução do seu

---

restringir ou distorcer a concorrência. Desse ponto de vista, as acções de indemnização perante os tribunais nacionais poderão contribuir significativamente para a manutenção da concorrência dentro da Comunidade”. (Tradução livre da nossa parte.)

<sup>33</sup> Publicado em 19 de Dezembro de 2005. Disponível em <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/documents.html>, onde também se acham disponíveis os comentários remetidos pela comunidade civil em geral, em resposta ao mesmo.

<sup>34</sup> Green Paper, pág 3. Ponto 1.1, 1º parágrafo.

<sup>35</sup> Disponível na mesma página web que o Livro Verde, ver nota 33. Consultar também o Documento de Trabalho do pessoal da Comissão que acompanha o Livro Branco.

<sup>36</sup> Até Fevereiro de 2013, Malta era o único país com um programa nacional de clemência ainda por implementar, segundo Jorge de Figueiredo Dias e Flávia Loureiro, anotação ao art. 70º, Lei da Concorrência, Comentário Conimbricense, Almedina, 2013. Também a Croácia, que passou a integrar a União Europeia em 1 de Julho de 2013, não possui um programa de clemência.

montante **não protege a empresa das consequências de direito civil**<sup>37</sup> da sua participação numa infracção ao art. 81º CE”. Acresce a isto a possibilidade, ainda hoje em discussão, de aos lesados ser reconhecida legitimidade processual, quer sejam adquirentes directos ou indirectos dos produtos ou serviços em que o cartel operava, quer actuem individual ou colectivamente. A ser acolhida esta extensão, alarga-se sensivelmente o número de acções indemnizatórias nos tribunais civis, o que no entender da Comissão e de alguns autores seria prejudicial para o sucesso dos programas de clemência. Argumenta-se, assim, que as medidas de clemência perderiam o seu efeito atractivo, reduzindo por seu turno a detecção do número de casos e isso levaria à redução das compensações a serem pagas pelos infractores.

#### 2.1.4- O caso Pfleiderer: breve referência<sup>38</sup>.

No seguimento de uma decisão<sup>39</sup>, que veio a tornar-se definitiva, por parte do Bundeskartellamt (a ANC alemã) sobre a verificação de um cartel, a empresa Pfleiderer, adquirente de produtos que certos membros do cartel produziam (no caso, papel de parede), considerou-se lesada por tal conduta. Tendo em vista obter o ressarcimento dos prejuízos que reclamava através da propositura de uma acção de indemnização, a Pfleiderer requereu ao Bundeskartellamt que lhe fosse concedido inteiro acesso ao processo, inclusive aos elementos recolhidos através de uma candidatura ao programa de clemência da entidade, bem como as restantes provas apreendidas.

A ANC em questão indeferiu o pedido, facultando apenas uma versão não confidencial do dossiê onde não constavam informações comerciais confidenciais, documentos internos do Bundeskartellamt nem elementos fornecidos ao abrigo do programa de clemência. De igual modo, o acesso às provas apreendidas foi também vedado.

Inconformada, a Pfleiderer intentou uma acção no Tribunal Distrital de Bonn (Amtsgericht), no sentido de obter o pleno provimento do seu pedido. O Tribunal concedeu o acesso aos dados pedidos pela Pfleiderer, sustentando, porém, a execução da decisão, enquanto dirigia ao TJUE a questão prévia, a saber, se se deveria interpretar a legislação

---

<sup>37</sup> Jornal Oficial da União Europeia 2006/C 298/11. Negrito nosso.

<sup>38</sup> Com base no texto de M. G. Nielen (nota 70), págs. 5 e 6.

<sup>39</sup> Esta decisão data de 21 de Janeiro de 2008.

comunitária da concorrência no sentido de às vítimas de cartéis ser vedado o acesso a dados do dossiê da ANC obtidos através do programa de clemência, quando tenham em vista obter compensação pelos prejuízos em sede de responsabilidade civil.

Veio o TJUE decidir<sup>40</sup> que nem as disposições dos arts. 101º e 102º do TFUE nem o Regulamento 1/2003 versavam sobre esta temática, ou seja, não haviam normas concretas sobre a clemência ou sobre o acesso a informações obtidas aos abrigo desse tipo de programas. Mais acrescentava, que as comunicações sobre clemência, a de 2002 e a, à data, em vigor, de 2006, não constituíam regulamentação vinculativa dos EM e respectivas ANC. O mesmo valeria quanto ao Modelo de Programa de Clemência da European Competition Network (ECN)<sup>41</sup>. Nestes termos, caberia aos EM definir e executar as normas de acesso a provas obtidas através dos respectivos programas de clemência, sem perder de vista que não podem obstar ou dificultar excessivamente a implementação e aplicação efectiva dos arts. 101º e 102º.

Ao longo do acórdão, o Tribunal pronunciou-se ainda sobre a utilidade dos programas de clemência, bem como sobre a possibilidade de uma ampla liberdade de acesso a provas recolhidas por meio desses programas poder vir a comprometer o interesse das empresas infractoras em cooperar.

### 2.1.5.- O Caso Courage v Crehan<sup>42</sup>: Breve referência

Neste study-case, em questão estava um contrato de concessão celebrado entre o Sr. Bernard Crehan e uma produtora de cerveja, a Courage Ltd. Nos termos do acordo, o Sr. Crehan obrigava-se a adquirir da Courage, em regime de exclusividade, determinada quantidade mínima de cerveja fornecida por esta, para venda no estabelecimento concessionado, além de obrigar a não concorrer com a própria Courage Ltd.. Chegado ao ponto em que o valor da aquisição ao produtor/fornecedor excedia o valor que conseguia recuperar na venda aos clientes do estabelecimento, o Sr. Crehan deixou de pagar a renda da concessão. A Courage Ltd. deu início aos procedimentos para obter o valor em atraso.

---

<sup>40</sup> Decisão de 14/06/2011, Caso C-360/09, Pflaiderer AG v Bundeskartellamt, parágrafo 32.

<sup>41</sup> De Setembro de 2006, revisto em Novembro de 2012, disponível em <http://ec.europa.eu/competition/ecn/documents.html>.

<sup>42</sup> C-453/99 e Acórdão do TJUE de 20 de Setembro de 2001. Sumário disponível em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61999J0453:PT:HTML>.

Pretendendo fazer cessar o contrato, Crehan arguiu, já perante o Tribunal que o acordo que o ligava à cervejeira seria nulo por violação do art. 81º nº1 e por aplicação do nº2 do mesmo preceito do TFUE, à data, e, que tinha sofrido perdas em consequência do negócio entre ambos. A questão foi tida por pertinente, porquanto o art. 81º, actual 101º do TFUE, nada diz sobre as consequências jurídicas do foro civil, além da nulidade prevista no nº2, de que é exemplo uma acção de indemnização por danos sofridos. Deste modo, em caso de silêncio por parte do TFUE, cabe às legislações nacionais dos EM, definir quais os procedimentos e soluções de direito a aplicar a estas questões no âmbito da tutela civilística, não perdendo de vista a necessidade de não se tornar impossível ou excessivamente difícil o exercício dos direitos atribuídos pela legislação comunitária sob pena de lesar o princípio da efectividade<sup>43</sup>. O *Court of Appeal of England and Wales* decidiu declarar o contrato entre as partes como sendo nulo, por violar o normativo comunitário, hesitando porém em pronunciar-se sobre a possibilidade de o Sr. Crehan reclamar uma indemnização em consequência dos prejuízos que alegava ter sofrido. Isto porque, em Inglaterra, como sabemos, vigora o sistema do precedente judicial. Considerava-se jurisprudência assente que nenhuma das partes envolvidas num acordo ilícito poderia, por força e com a dissolução do mesmo, ter direito a ser ressarcido por perdas ou danos que porventura tivesse sofrido em consequência do mesmo<sup>44</sup>. Por outro lado, não muito antes, precisamente o mesmo tribunal tinha decidido neste sentido, vendo-se agora na dúvida de conceder a indemnização prevista a nível comunitário ou aplicar a *judicial ruling* já existente de que às partes num acordo ilegal não assiste nenhum direito de tal natureza, adveniente da cessão de um tal acordo ilícito. Surgiram pois, dúvidas sobre a compatibilidade destas duas interpretações. Assim, a *Court of Appeal of England and Wales* colocou ao TJUE as seguintes questões: 1º- se a parte num contrato susceptível de restringir ou distorcer a concorrência, no sentido do art. 81º do TFUE, poderia obter indemnização da contraparte com base nos prejuízos advenientes do dito acordo. Em concreto, 2º- se o queixoso poderá obter o provimento do seu pedido com fundamento nos prejuízos resultantes de um acordo que viole o art. 81º do TFUE e 3º- se, por consequência, a norma comunitária preclude a norma nacional que lhe nega esse direito. Além disso 4º-

---

<sup>43</sup>Sumário da decisão do TJUE, ponto 2 3º parágrafo, disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30dbb50e026b594e4086b568fc9866da3b65.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuKbNz0?text=&docid=102199&pageIndex=0&doclang=EN&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=542614>.

<sup>44</sup> Parágrafo 11 do sumário do Acórdão referido na nota 43.

caso se deva considerar precludida a norma nacional conflituante, quais os elementos constitutivos do direito indemnizatório a ter em consideração para fundamentar a admissibilidade do pedido.

Em síntese<sup>45</sup>, a resposta do Tribunal de Justiça foi a seguinte:

Qualquer indivíduo pode beneficiar do direito de indemnização derivado da existência de prejuízos provenientes de um contrato ilícito à luz das normas comunitárias da concorrência. Nesse sentido haverá preclusão das normas nacionais que sejam contrárias.

A não ser assim, prejudicar-se-ia a plena efectividade do art. 81º do TFUE. A existência de tal direito reforça o funcionamento das normas concorrenciais e desencoraja acordos ou práticas colusórias, por regra secretas, que distorçam ou restrinjam a concorrência.

Cabe aos EM determinar a competência dos tribunais e definir pormenorizadamente as regras procedimentais para que os lesados por tais infracções obtenham a devida compensação, desde que as mesmas não sejam mais desfavoráveis do que as normas internas relativas a causas idênticas em natureza, em respeito pelo princípio da equivalência.

No entanto, considerando o acima dito, na ausência de normas comunitárias, não haverá preclusão das normas nacionais que impeçam qualquer das partes no acordo de pedirem ressarcimento quando se prove que essa parte tem uma responsabilidade significativa na distorção da concorrência. De facto, segundo o princípio geralmente aceite entre os EM e já aplicado pelo Tribunal, não pode a parte num acordo beneficiar de uma sua conduta ilegal.

Caberá ao tribunal nacional, aferir as condições em que as partes contrataram e se à parte que se arvora no direito a ser compensada foi deixada a liberdade de contratar. Só neste caso poderá ser excluído o direito à indemnização.

---

<sup>45</sup> Ver o sumário da decisão do caso em análise, disponível no endereço web acima, nota 43.

## 2.1.6.- A posição da Comissão

No tocante à divulgação de informação obtida por investigação oficiosa<sup>46</sup>, obtida através de pedidos de informação por parte da Comissão ou através de candidaturas submetidas a programas de clemência, a Comissão é, no mínimo, avessa à revelação dos elementos que tenha em sua posse. Por princípio, “todos os cidadãos da União e todas as pessoas singulares ou colectivas que residam ou tenham a sua sede estatutária num Estado-Membro têm direito de acesso aos documentos das instituições, órgãos e organismos da União, seja qual for o respectivo suporte, sob reserva dos princípios e condições a definir nos termos do presente número”<sup>47 48</sup>. Ressalta dos considerandos 1, 4, 6 e 11, bem como do art. 6º nº1, todos do Regulamento 1049/2001, que a documentação em poder das instituições a que o mesmo se refere, quer seja criada pelas mesmas, quer lhe seja feita chegar<sup>49</sup>, será acessível, por princípio ou standard, ao público e objecto do “mais amplo acesso possível”.

No entanto, no que toca à revelação de informação em poder da Comissão, o art. 4º prevê algumas excepções. No nº1 al. a), prevê-se a recusa de acesso, quando o mesmo possa prejudicar a protecção à política financeira, monetária ou económica da Comunidade ou de um Estado-Membro. Nos termos do nº2, haverá recusa do acesso a documentos em posse das ditas instituições quando tal possa prejudicar a protecção de interesses de inspecção, inquérito e auditoria, o que nos interessa do ponto de vista dos dados que sejam obtidos através de programas de clemência. Excepção feita caso exista algum interesse público prevalente. De seguida, no nº3 a mesma excepção se aplica quanto à restrição de documentação para uso interno ou obtida por qualquer dessas instituições, quando a facilitação dessa documentação possa prejudicar gravemente o processo decisório da instituição. Por fim, o nº 4 refere-se à documentação em poder de terceiros<sup>50</sup>, dispondo que os mesmos terão de ser previamente consultados, antes de qualquer disponibilização do material. A este concreto número se refere o ponto 40 da Comunicação sobre a Clemência,

---

<sup>46</sup> Considerando 23, 24 e 25 e arts. 17º e ss. do Regulamento 1/2003, na sua versão consolidada.

<sup>47</sup> Art. 15º (anterior art. 255º do Tratado CE) nº 3 do TFUE.

<sup>48</sup> Semelhante previsão consta do art. 2º nº1 do Regulamento 1049/2001.

<sup>49</sup> Veja-se também o art. 2º nº3.

<sup>50</sup> O art. 3º al. b) define terceiros como sendo “qualquer pessoa singular ou colectiva ou qualquer entidade exterior à instituição em causa, incluindo os Estados-Membros, as restantes instituições ou órgãos comunitários e não-comunitários e os Estados terceiros”.

onde se diz que “A Comissão considera que, na generalidade, a divulgação pública de documentos e declarações escritas ou em registo áudio recebidos no contexto desta Comunicação prejudicaria certos interesses públicos ou privados, como por exemplo a protecção do objectivo das actividades de inspecção e inquérito, na acepção do artigo 4º do Regulamento (CE) nº 1049/2001, mesmo que posteriormente à tomada de uma decisão”.

A Comissão escuda-se nas excepções do art. 4º para não divulgar documentação que lhe é submetida por parte de candidatos a medidas de clemência, sendo, aliás, o seu procedimento regra quanto aos pedidos de acesso a informação que detenha, por parte de sujeitos que não as partes directas no procedimento administrativo por que é responsável. Alega que os interessados em recorrer ao programa de clemência seriam demovidos de cooperar com a Comissão, se a divulgação desses dados os colocasse em situação mais desfavorável que os restantes envolvidos no cartel perante a jurisdição civil, desde logo por a sua cooperação implicar uma confissão da parte daqueles<sup>51</sup>. Ora isto leva, no entender da Comissão, a uma redução da eficácia dos programas de clemência, que se traduz num menor número de detecção de infracções, lesando o interesse público da eficaz aplicação das normas da concorrência e, paralelamente, da aplicação privada efectiva das mesmas.

O mesmo se pode dizer da documentação reunida pela Comissão fora do âmbito do programa de clemência. Caroline Cauffman<sup>52</sup> dá conta de um exemplo concreto. Em 2006, uma empresa solicitou à Comissão o acesso a cinco documentos a que esta fazia alusão na sua decisão relativa à verificação de uma infracção na área da concorrência. Tendo sido negado o acesso aos mesmos, com o argumento de que tal prejudicaria o propósito da investigação, cf. art. 4º nº2 do Regulamento 1049/2001, a empresa apresentou uma queixa ao Provedor de Justiça Europeu. Este, referindo os casos *JT’s Corporation*<sup>53</sup> e *Verein für Konsumenteninformation*<sup>54</sup>, chamou a atenção de que o argumento avançado pela Comissão deveria ser visto caso a caso e não meramente hipotético, e portanto não como actuação de princípio. O risco de prejuízo para os objectivos de investigação deveria ser ponderado e razoavelmente previsível. Mais aponta o Provedor de Justiça, que, nesses dois casos citados, o Tribunal de Justiça considerou insuficiente a ponderação dos

---

<sup>51</sup> Veja-se ponto 6 da Comunicação sobre a Clemência.

<sup>52</sup> Caroline Cauffman, *The Interaction of Leniency Programmes and Actions for Damages*, *The Competition Law Review*, Volume 7, Issue 2, págs. 181 – 220, Julho de 2011.

<sup>53</sup> Caso T-123/99, *JT’s Corporation v Commission* [2000] ECR II-3269, nº 46.

<sup>54</sup> Caso T-2/03, *Verein für Konsumenteninformation v Commission* [2005] ECR II-1121, nº 73.



interesses em causa quando referida apenas a categorias de documentos e não ao conteúdo concreto e específico de cada um. Fez ainda notar que a Comissão não só não se referiu ao concreto conteúdo dos documentos na sua recusa, como ao não o fazer, não poderia ter sopesado os interesses conflitantes entre a revelação de informação a um alegado lesado por práticas anticoncorrenciais, que em última análise também se reconduz ao interesse público da efectiva aplicação das normas da concorrência por via privada, e a protecção do interesse de investigação, também reconduzível ao interesse anterior. Acrescentando ainda, o Provedor avançou que deveria ter sido feita a distinção entre documentos obtidos ao abrigo da medida de clemência, de documentos obtidos através de solicitação da Comissão ao abrigo do art. 18º do Regulamento 1/2003, de documentos obtidos através de buscas ou inspecções feitas nos termos do art. 20º do mesmo regulamento. Em especial quanto a esta última categoria, entendeu o Provedor que a sua revelação não prejudicaria os interesses da investigação, se estes fossem, numa fase posterior, desvelados. Mais, tendo por referência o Documento de Trabalho do pessoal da Comissão que acompanha o Livro Branco e a decisão do TJUE no caso *Courage*, o Provedor de Justiça afirmou que a acção indemnizatória do requerente também serviria o interesse público, pelo que deveria ter sido ponderado pela Comissão na sua decisão<sup>55</sup>.

No caso *Pfleiderer*, o Tribunal de Justiça, no ponto 33 do acórdão, afirmou que as normas da União Europeia, em concreto o Regulamento 1/2003, devem ser interpretadas como não preclusivas do direito de um lesado por uma violação do art. 101º do TFUE obter o acesso a documentos provenientes de um infractor, **mesmo que por via de cooperação num programa de imunidade em matéria de coimas**<sup>56</sup>.

Também o Regulamento 773/2004 restringe o acesso à informação por parte dos denunciadores de uma situação de cartel. O art. 6º nº1 autoriza apenas que seja facultada ao denunciante uma cópia da versão não confidencial da comunicação de objecções. Quando seja aplicável o procedimento de transacção<sup>57</sup>, a Comissão apenas informará por escrito o autor da denúncia da natureza e objecto do processo<sup>58</sup>.

---

<sup>55</sup>Caso 3699/2006/ELB, disponível em <http://www.ombudsman.europa.eu/cases/summary.faces/pt/4944/html.bookmark>.

<sup>56</sup> Negrito nosso.

<sup>57</sup> O procedimento de transacção é expressamente referido nos arts. 2º, 6º e 10º-A do Regulamento 773/2004, na sua versão consolidada. A Comissão emitiu também uma comunicação publicada no Jornal Oficial da

Outro beco sem saída é o acesso ao dossiê da Comissão, através dos tribunais nacionais, em que estes solicitam àquela, para e por causa de uma acção de indemnização por violação do art. 101º do TFUE, que lhes sejam divulgados os dados na posse da Comissão. Segundo o art. 4º nº3 do TUE<sup>59</sup> juntamente com o art. 15º nº1 do Regulamento 1/2003, entre a Comissão e os tribunais nacionais existirá um dever de cooperação mútua. Esta cooperação vem esclarecida na chamada Comunicação sobre a Cooperação<sup>60</sup>, onde se discorre sobre como a mesma se deverá operar, quando em causa esteja a aplicação do art. 101º do TFUE pelos tribunais nacionais. Assim, por motivo de uma acção em curso, pode um tribunal pedir documentos que a Comissão tenha em seu poder<sup>61</sup>. Para garantir que as informações confidenciais não sejam ventiladas, o actual art. 339º do TFUE determina que aos membros, funcionários e outros agentes da Comissão fica vedada a divulgação de informações que estejam abrangidas pela obrigação de sigilo profissional, mesmo depois da cessação de funções dos mesmos. Conjuntamente com o ponto 23 da Comunicação sobre a Cooperação, sabemos que “as informações abrangidas pelo sigilo profissional podem ser informações confidenciais e segredos comerciais. Estes últimos são informações em relação às quais não apenas a divulgação ao público mas também a simples transmissão a uma pessoa diferente daquela que forneceu a informação pode lesar gravemente os interesses desta última”. No ponto seguinte, lê-se: “a leitura combinada dos artigos 10º e 287º<sup>62</sup> do Tratado CE **não**<sup>63</sup> proíbe em absoluto que a Comissão transmita aos tribunais

---

União Europeia - 2008/C 167/01, que divisa as linhas orientadoras deste procedimento. A transacção constitui outro dos instrumentos de cooperação entre a Comissão e uma empresa infractora. Trata-se de um mecanismo independente da imunidade em matéria de coimas, sendo, porém, possível cumular as duas medidas, se verificados os requisitos (ponto 1 e 33 desta Comunicação da Comissão relativa à condução de procedimentos de transacção para efeitos da adopção de decisões nos termos do artigo 7º e do artigo 23º do Regulamento nº 1/2003 do Conselho nos processos de cartéis.

<sup>58</sup>Também aqui a informação em posse da Comissão será resguardada, cf. o art. 10º-A nº2, que nos diz que os elementos enunciados da al.a) a d) serão apenas comunicados aos interessados directos e considerados como confidenciais face a terceiros (veja-se, ainda, o art. 15º que, sob a epígrafe “Acesso ao processo e utilização dos documentos”, apenas se refere aos interessados directos), salvo autorização prévia expressa pela Comissão. Também aqui, à semelhança do procedimento de clemência, é necessário que as empresas “reconheçam a sua participação numa infracção ao artigo 81º do Tratado, bem como a sua responsabilidade no contexto da mesma”, cf. art. 2º, último parágrafo. Claro está, também aqui, essa confissão não é acessível a terceiros que se considerem lesados.

<sup>59</sup> Onde se lê: “Em virtude do princípio da cooperação leal, a União e os Estados-Membros respeitam-se e assistem-se mutuamente no cumprimento das missões decorrentes dos Tratados.”

<sup>60</sup> Comunicação da Comissão sobre a cooperação entre a Comissão e os tribunais dos Estados-Membros da UE na aplicação dos artigos 81º e 82º do Tratado CE, publicada no Jornal Oficial da União Europeia - 2004/C 101/04, de 27 de Abril de 2004.

<sup>61</sup> Veja-se o ponto 21 da Comunicação sobre a Cooperação.

<sup>62</sup> Actualmente, art 4º do TUE e art. 339º do TFUE, respectivamente.

nacionais informações abrangidas pela obrigação de sigilo profissional”. Porém, logo a seguir no ponto 26 da mesma Comunicação, pode a Comissão abster-se de facultar os documentos pedidos para “salvaguardar os interesses comunitários ou evitar interferências com o seu funcionamento e independência, nomeadamente por pôr em risco o cumprimento da missão que lhe foi confiada” (a de velar pela aplicação efectiva das normas da concorrência, no tema que nos ocupa). Novamente, e como acima já foi dito, aos interesses comunitários, na opinião expressa da Comissão, contrapõem-se, e portanto não se conciliam, os interesses privados dos lesados por condutas de cartéis, pelo que a Comissão “não transmitirá aos tribunais nacionais informações apresentadas voluntariamente por um requerente de imunidade em matéria de coimas ou de redução do seu montante sem a anuência do mesmo”. A anuência da empresa infractora coloca-a, em princípio, em primeiro lugar na linha de uma acção em tribunal. Quanto à informação em poder da Comissão e que não tenha sido facultada à mesma através do seu programa de clemência, subsiste ainda a condição a que se refere o ponto 25 da Comunicação sobre a Cooperação, nos termos do qual, a Comissão questionará o tribunal requerente sobre se este pode e irá garantir o respeito pelos direitos contidos no art. 339º do TFUE e se poderá garantir a protecção da informação confidencial e dos segredos comerciais. Apenas em caso de resposta afirmativa haverá transmissão de informações da parte desta, com a especificação de quais os elementos a ser especialmente protegidos. Por fim, a Comissão pode recusar a transmissão de dados em circunstâncias excepcionais relacionadas com a prevalência de interesses da Comunidade Europeia, nomeadamente a salvaguarda dos interesses desta, ou para evitar interferências com o seu funcionamento e independência, pondo em risco o cumprimento das tarefas que lhe são cometidas<sup>64</sup>.

Por último, refira-se que o art. 30º do Regulamento 1/2003 determina a publicação no Jornal Oficial do nome dos infractores, o conteúdo essencial da decisão da Comissão bem como as coimas aplicadas. Excluem-se conteúdos da categoria dos segredos comerciais. Para além deste dever, a Comissão publica ainda uma versão não confidencial da decisão. Além disso, se for o caso, indicará, na versão pública da sua decisão, o nome

---

<sup>63</sup> Negrilo nosso.

<sup>64</sup> Esta linha de argumentação surge no caso Zwartveld e no caso Postbank - Processo C-2/88, Zwartveld, Col. 1990, p. I-4405, 10 e 11 e processo T-353/94, Postbank, Col. 1996, p. II-921, 93 – para que remete o rodapé 44 da Comunicação sobre a Cooperação.

de quem tenha cooperado com a Comissão ao abrigo do programa de imunidade ou redução de coimas, bem como a sua actuação no cartel, para justificar o porquê da concessão da imunidade plena ou do montante de redução da coima aplicada. Ora isto pode deixar esses infractores em situação mais frágil em relação aos membros do cartel descoberto que não tenham cooperado, e portanto não tenham facultado provas auto-incriminatórias, no que toca a acções de indemnização. E a Comissão declara aceitar essa possibilidade<sup>65</sup>, não obstante o facto de respeitar os limites que enunciamos ao longo deste capítulo. No caso *Bank of Austria Credinstaldt AG*, o TJUE, apesar de afirmar que o art. 21º do Regulamento 17/62<sup>66</sup> proíbe a revelação de segredos comerciais além das informações que se devam enquadrar nas excepções contidas no art. 4º do Regulamento 1049/2001, referiu também que tal normativo não pode ser obstáculo ao conhecimento do público de informações que este tenha o direito de conhecer. Isto levanta a questão de saber de que direito(s) se fala. A eles nos referiremos *infra*, no ponto 2.2.

Concluimos este ponto dando conta que, mesmo para as empresas interessadas em denunciar e cooperar com a Comissão, existe grande incerteza sobre o grau maior ou menor de protecção de informação em posse desta. Tal deve-se à legislação díspar entre EM, em vigor, e à política que a Comissão adopta nas suas comunicações, referindo a intenção de não obstar a que os lesados lancem mão de acções de indemnização por um lado, vedando o acesso a material crítico para esse efeito, por outro<sup>67</sup>.

Já para as vítimas de cartéis, que pretendam aceder a tais informações, para agirem judicialmente contra os infractores, a confusão é idêntica. A divergência entre os preceitos legais (que prevêm a possibilidade de acesso) e o sentido da actuação que a Comissão tem revelado (a da zelosa<sup>68</sup> protecção desses dados) faz perceber a necessidade de uma maior coerência e objectividade neste tema.

---

<sup>65</sup> Ponto 39 da Comunicação sobre a Clemência, parte final.

<sup>66</sup> Substituído pelo actual art. 30º do Regulamento 1/2003.

<sup>67</sup> Reproduzindo bem esta ideia, veja-se o comentário produzido pela AdC ao Livro Branco da Comissão, disponível em: [http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/white\\_paper\\_comments/acport\\_pt.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/white_paper_comments/acport_pt.pdf).

<sup>68</sup> De referir, que no âmbito de litígios que ocorrem nos EUA, em que em causa estejam informações em posse da Comissão, e que os tribunais americanos solicitam não raras vezes, esta, fiel à sua conduta no espaço europeu e por não gozar, obviamente, de jurisdição sobre o ordenamento jurídico americano, tem intervindo no papel de *amicus curiae*, para proteger a informação que possui. Tem obtido até resultados positivos, porquanto os tribunais norte-americanos têm respeitado as suas recomendações e opiniões.

As normas em que a Comissão se apoia são, a própria letra das normas o indica, fundamentos de excepção. Excepção e não regra. Não será de valorizar o constante argumento, anteriormente muito comum, de que sempre subsiste um interesse (público) superior e prevalente. Este deverá ser um juízo feito caso a caso e documento a documento. A revelação de mais documentos aos lesados também não se reflectirá negativamente nos interesses de investigação ou de prossecução das atribuições da Comissão, se tal for prevenido.

Em especial, do que fica dito, importa reter que os interesses que a Comissão afirma salvaguardar, nomeadamente a protecção da confiança e expectativas dos candidatos à imunidade, o obstar a que estes fiquem numa situação mais desfavorável que os restantes membros não cooperantes do cartel, a manutenção da atractividade dos programas de clemência e o superior interesse público na perseguição e desmantelamento dos cartéis, não serão prejudicados pela revelação dos documentos em seu poder, se se tomarem as medidas necessárias.

### 3- Fundamentos de Mudança: Princípios e Direitos Fundamentais<sup>69</sup>.

#### 3.1.- O direito de acesso à informação.

A questão dos direitos fundamentais tem vindo a ser colocada quando temos o direito de acesso a informação em posse de entidades administrativas, nacionais ou comunitárias, que caberá aos lesados contraposto ao direito à confidencialidade e reserva da vida privada dos candidatos a medidas de imunidade em matéria de coimas. Tais direitos derivam dos textos fundamentais a que a União Europeia se acha, hoje, vinculada.

A Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH) foi adoptada pelo Conselho da Europa em 4 de Novembro de 1950 tendo entrado em vigor em 1953.

A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE) foi formalmente adoptada em Nice, em Dezembro de 2000, pelo Parlamento Europeu, pelo Conselho Europeu e pela Comissão Europeia. Foi alterada e proclamada novamente em Dezembro de 2007 para ser acolhida, no Tratado de Lisboa como fonte normativa de efeito

---

<sup>69</sup> Neste capítulo, acompanhamos de perto a opinião de Nielen, nota abaixo.

jurídico vinculativo, ao mesmo nível dos Tratados. O art. 51º nº 1 CDFUE determina que os destinatários da Carta são as instituições, órgãos e organismos da EU, bem como os EM, quando apliquem as leis comunitárias. O TJUE tem interpretado a expressão “apliquem o direito da União” de forma ampla, no sentido de “actuarem segundo o escopo da lei da União”<sup>70</sup>. Tal implica que o TJUE e a Comissão estão vinculados pela Carta na prossecução das suas tarefas bem como as ANC e os tribunais nacionais<sup>71</sup>. Inclusive, indo um pouco mais longe, mesmo nos casos em que esteja exclusivamente em causa a aplicação da lei da concorrência nacional, o TJUE, no caso Cicala<sup>72</sup>, considerou que se em causa estiver a interpretação de normas nacionais que sejam de aplicação directa e incondicional nos mesmos moldes que as normas comunitárias, então o TJUE será competente para proceder a essa interpretação conforme<sup>73</sup>.

O art. 52º nº3 confere aos direitos contidos na CDFUE o mesmo “sentido e âmbito” que as disposições análogas presentes na CEDH. Quer isto dizer que o TJUE ao interpretar e aplicar os direitos contidos na CDFUE terá de observar os direitos contidos na CEDH bem como a interpretação que o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) deles faça na sua jurisprudência. Isto releva na medida de se estabelecer o standard mínimo de protecção que o TJUE e as instituições comunitárias deverão observar, porque vinculados. Mas não só. Implicará também a possibilidade do TEDH rever as decisões do TJUE em conformidade com a CEDH<sup>74</sup>, uma vez que o art. 6º nº2 do TUE determina a adesão à Convenção por parte da União Europeia. Pese embora não ser ainda doutrina assente<sup>75</sup>, parece que o conjunto de normas referido parifica a CEDH e a CDFUE com os Tratados em vigor. Quer isto dizer que se confere aplicabilidade directa àquelas duas, inclusive a nível nacional, desde que os direitos contidos na CDFUE sejam

---

<sup>70</sup> M.G. Nielen, *Leniency material unveiled? Access by cartel victims to Commission an NMa files from a perspective of EU fundamental rights and cartel enforcement*, pág. 23. Tese de Mestrado na Universidade de Utrech, 2013.

<sup>71</sup> Cf. considerando 37 do Regulamento 1/2003.

<sup>72</sup> Parágrafo 19 do Acórdão. Caso C-482/10 disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=117183&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=221703>. Refira-se, que neste caso, não se entendeu haver uma conexão directa e irrestrita com a legislação comunitária. Por isso, e em casos idênticos, aos interessados restará o recurso às garantias procedimentais nacionais bem como às disposições internacionais sobre direitos fundamentais que vinculem o estado em questão. A posição que se refere resulta da aplicação jurisprudencial fixada no Caso C-28/95 *Leur-Bloem*, parágrafos 27 e 34. Acórdão disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=43705&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=222293>.

<sup>73</sup> Ver nota 70, págs. 23 e 24.

<sup>74</sup> Ver nota 70, pág. 24 e rodapé 129 sobre o Caso *Van Gend en Loos* C-26/62.

<sup>75</sup> Ver nota 70, pág. 24.

“suficientemente claros, precisos e não condicionados para que sejam aplicados”<sup>76</sup>. Caberá essencialmente aos tribunais fixar jurisprudencialmente a extensão e implicações dos direitos prefigurados nestas duas fontes normativas, daí retirando a Comissão e também os tribunais dos EM as necessárias consequências. Neste sentido, interessar-nos-ão, por ser aqui propugnado o acesso em termos mais amplos à informação, os arts 42º e 47º CDFUE, aplicáveis por força do artº 6 TUE, onde se reconhece o direito de acesso à documentação na posse da Comissão e o direito à acção (1º parágrafo) e o direito ao processo justo e equitativo (2º parágrafo), respectivamente. Por contraposição, do lado dos alegados infractores das normas de concorrência, atente-se no art. 8º CDFUE, onde se tutela a protecção dos dados pessoais, corolário dos direitos de reserva da vida privada e da confidencialidade<sup>77</sup>.

O art. 6º nº1 CEDH determina que a todos assiste o direito a um processo justo e equitativo e que o tribunal decidirá sobre a “**determinação dos seus direitos**”<sup>78</sup> e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal”, de qualquer cidadão da UE<sup>79</sup>. No nº3 al. b) está expressamente previsto o direito de acesso a informação, quando em causa esteja o direito de acesso à documentação em poder da Comissão (ou de uma ANC, se a questão se puser a nível nacional) por parte do visado pela decisão desta de o sancionar por práticas colusórias.

Podemos, porém, ir mais longe. A actuação da Comissão ou das ANC pode ser prejudicial para as vítimas de cartéis. Por um lado, a aplicação de coimas, não obstante o seu limite de 10%, sempre reduzirá a solvabilidade e liquidez dos infractores sancionados,

---

<sup>76</sup> Ver nota 70, pág 24. Tradução livre nossa. Veja-se também o acórdão referido na nota 129 do mesmo texto.

<sup>77</sup> Art. 47º CDFUE: ver Caso C-279/09 DEB Deutsche Energiehandels- und Beratungsgesellschaft mbH v. Bundesrepublik Deutschland, parágrafos 40, 45, 60-62. Art. 8º CDFUE: ver Caso C-543/09 Deutsche Telekom AG v Bundesrepublik Deutschland [2011] ECR I-00000, parágrafos 49-67.

<sup>78</sup> Negrito nosso.

<sup>79</sup> Segundo o Acórdão do caso Menarini, parágrafos 38 - 42, numa interpretação lata do termo, o TEDH classificou a sanção a aplicar como sendo de natureza penal, não obstante a própria legislação nacional de onde proveio o caso classificar o procedimento de aplicação de sanção como sendo administrativo. Sublinhou que a natureza da sanção será aferida segundo um dos seguintes critérios, alternativos: 1º- a classificação que a própria lei nacional faz; 2º- o tipo e objectivo dos procedimentos sancionatórios; e 3º- a intensidade e natureza das sanções aplicadas. No entender do TEDH, a sanção aplicada no caso Menarini seria criminal dada a sua natureza punitiva e severidade da mesma. Baseou-se o TEDH na sua jurisprudência fixada no caso Engels, de 8 de Junho de 1976. Entendemos, assim, juntamente com M. G. Nielen (nota 70), que o art. 6º nº1 CDFUE será aplicável aos procedimentos sancionatórios para aplicação do Direito da Concorrência. A questão da natureza destes procedimentos não é despicienda na medida em que contribui para a tese aqui avançada, mas também porque consoante a ordem jurídica em causa, o mesmo pode ter repercussões várias. E.g., nos EUA, os acordos colusórios podem ser sancionados penalmente. Entre nós, já o foram, nos termos dos arts. 276º e 278º do Código Penal de 1852.

com potenciais repercussões, quanto ao tempo e/ou montante, no pagamento de indemnizações aos lesados. Por outro, a prática corrente de ser vedado o acesso a material probatório<sup>80</sup>, não obstante a regra comunitária (e em Portugal) que se pretende que seja a de transparência, determina que, na esmagadora maioria dos casos, os lesados se achem em posição precária, por ser extremamente difícil de provar a existência da lesão sofrida, o seu valor e o nexo de causalidade entre a primeira e a conduta dos infractores, visto estarem em causa acordos elaborados em secretismo. Com isto presente, não repugnarà a interpretação de que nos arts. 6º CEDH e 47º CDFUE estará também implícito o direito de consulta de documentação obtida em sede do programa de clemência por parte dos lesados por violações ao art. 101º TFUE, na medida em que tal servirá na determinação dos direitos civis destes<sup>81</sup>.

Assim, aos lesados assiste um direito à reparação dos danos causados. Para que este não seja desprovido de eficácia, deverá também reconhecer-se que lhes cabe um direito de acesso à informação na posse de entidades administrativas, na medida em que tal seja essencial para sustentar a sua pretensão em tribunal. Este direito de acesso à informação poderá ser efectivado de duas formas, não necessariamente excludentes entre si. Poderá considerar-se a participação de terceiros interessados (lesados, associações de consumidores, etc.) no procedimento administrativo<sup>82</sup>, ou, poderá admitir-se que os tribunais nacionais ordenem às entidades administrativas a revelação de material submetido no âmbito de programas de clemência, sem que tal esbarre numa barreira, que é

---

<sup>80</sup> Cf. dá conta Nielen (nota 70), situações haverão em que tal prática se poderá traduzir num prejuízo para os lesados que não tenham outro modo de obter provas que sustentem o seu caso, levantando um obstáculo ao direito de acesso a um tribunal, segundo o art 47º CDFUE. Um exemplo será, ao nível dos EM, quando as decisões das ANC não sejam vinculativas para os tribunais, como sucede em Portugal, art. 87º nº 1 da LdC, ou não existam presunções sobre o dano ou sobre a culpa. Nestes casos, e segundo Mazák, (parágrafo 3 da opinião do Attorney General (Procurador Geral), no caso Pfeleiderer) tal implicará, na falta de razões públicas ou privadas prevalentes que determinem o não acesso aos documentos, a frustração do direito ao ressarcimento pela violação do art. 101º TFUE e do direito de acesso aos tribunais.

<sup>81</sup> Naturalmente, será sempre necessário harmonizar ambos os direitos de acesso aos documentos, bem como harmonizar o acesso por parte dos lesados com as legítimas expectativas (Comunicação sobre a Clemência, ponto 38) a que os candidatos a imunidade ou redução do montante de coimas têm na protecção da informação que fornecem. Como afirma Nielen (nota 70, pág 26 e 27), um primeiro passo sempre passará pela determinação de parâmetros de acesso distintos para os visados pelo procedimentos (mais baixos) e para os lesados que pretendam obter ressarcimento (mais altos). Assim, para estes últimos, o acesso seria de admitir tão só na estrita medida em que tal seja necessário para completar a prova que sempre terá de ser feita dos elementos da responsabilidade civil extracontratual.

<sup>82</sup> Esta inclusão situa-se, porém, na esfera de decisão dos EM, de definirem as normas procedimentais administrativas. No sentido de se dar resposta ao tema que nos ocupa, e porque cremos que o meio mais indicado será um instrumento normativo que vincule e harmonize, a solução deverá influir sobre o acesso à documentação.



a classificação como confidencial, e por conseguinte protegida, de um leque demasiado vasto, a nosso ver, desse material.

O que fica dito vale igualmente em Portugal, art. 51º CDFUE, quando aos tribunais nacionais caiba aplicar o art. 101º TFUE. Os direitos contidos em diplomas que vinculem o Estado Português, tal como dispõe o art. 8º da Constituição da República Portuguesa (CRP) gozam de eficácia ente nós. Tal implica que o mesmo se diga do sentido e alcance que a jurisprudência do TEDH e do TJUE (compreendendo-se aqui também o TGUE). O art. 268º CRP, sob a epígrafe “Garantias dos Administrados”, no seu nº 1, prevê o direito de acesso a informação em posse da Administração, quando estes sejam directamente interessados, como sucede com os prejudicados por cartéis. Refira-se que este direito se enquadra na categoria dos direitos análogos aos Direitos, Liberdades e Garantias (DLG), o que implica que seja aplicável nos mesmos termos que estes, arts. 17º e 18º CRP, gozando de aplicabilidade directa e vinculando as entidades públicas e privadas. Além disso, as restrições ao direito de que falamos deverão obedecer ao princípio da proporcionalidade em sentido amplo, art. 18º nº2, devendo salvaguardar-se, no limite, o núcleo essencial de outros direitos consagrados que possam colidir com o acesso à informação, e. g., o direito à reserva da vida privada, art. 26º nº1 CRP.

### 3.2.- O Direito à Privacidade e à Confidencialidade.

Comumente, os sujeitos objecto de investigação por parte da Comissão ou das ANC, invocam que os poderes atribuídos a estas colide com outros direitos fundamentais. Os mesmos acham-se previstos no art. 7º CDFUE e no art. 8º CEDH. Quanto ao seu sentido e alcance veja-se também o art. 52º nº1 CDFUE<sup>83</sup>. Verificam-se dois exemplos mais frequentes de situações em que estes direitos são invocados. Nas buscas efectuadas pela Comissão e nas comunicações entre o investigado e o respectivo advogado.

---

<sup>83</sup> Ver também a explicação referente a este preceito e ao art. 7º da e na Carta.

Quanto ao primeiro grupo, o direito de reserva da vida privada é reconhecido como um limite aos poderes de investigação das autoridades<sup>84</sup>. Porém, tanto o TJUE como o TEDH afirmam o alcance restrito deste limite, por entenderem estarem respeitados os requisitos do art. 52º nº1 CDFUE, para que o mesmo seja restringido. No âmbito de investigações no campo do combate aos cartéis, as restrições impostas são justificadas pela protecção de “objectivos de interesse geral reconhecidos pela União”<sup>85</sup>. Pelo que não se considerará como óbice à divulgação de informações entregues pelos infractores que pretendam cooperar com as entidades, com vista à imunidade ou redução de coimas, tanto a nível nacional como comunitário, quer contra uma ordem judicial de divulgação dirigida à Comissão ou aos lesantes.

Quanto ao segredo profissional entre advogados e seus clientes, este é mais um dos limites reconhecidos<sup>86</sup>, expresso no art. 41º nº2 al. b) CDFUE. Todos os EM formulam a tutela do segredo profissional em modos mais ou menos semelhantes<sup>87</sup>.

Convém distinguir dois interesses subjacentes que a protecção do segredo serve. O segredo entre advogado e cliente visa salvaguardar o princípio da confiança, sem o qual seria impossível o exercício da profissão. Visa também permitir a melhor defesa possível a cargo do profissional, que necessita de ser inteirado da totalidade dos factos para tal<sup>88</sup>. Numa óptica diferente, o carácter confidencial conferido aos documentos submetidos e o segredo profissional<sup>89</sup> a que ficam sujeitas as Autoridades da Concorrência (AC), visam sustentar a atractividade dos programas de clemência. O infractor comete os documentos às AC procurando obter a imunidade ou redução da coima que lhe seria aplicável de outro modo. Porém, a natureza distinta e a razão de ser também distinta destas duas faces do segredo profissional, a dos advogados e a das AC, leva-nos a crer que tal óbice não existe

---

<sup>84</sup> Veja-se o caso *Roquette Freres vs DGCCRF*, C-94/00, ECR I-9011, parágrafo 29. O TJUE afirmou que o direito de privacidade se estenderia também ao local da empresa, além do domicílio dos sujeitos singulares. De notar que este processo revia os casos conjuntos C-46/87 e C- 227/88, onde TJUE se pronunciou pelo oposto.

<sup>85</sup> Nota acima, caso *Roquette Freres*.

<sup>86</sup> Caso *Azko Nobel Chemicals Ltd vs Comissão* T-125/03 e T-253/03 [2007] ECR II-3523.

<sup>87</sup> Com a decisão do caso *AM&S Ltd vs Comissão* [1982] ECR 1575, o sigilo profissional adquiriu foros de princípio geral em vigor no ordenamento comunitário.

<sup>88</sup> Em Portugal, no art. 87º nº 4 dos Estatutos da Ordem dos Advogados e no art. 4º do Regulamento 94/2006, de 25 de Maio, prevê-se a possibilidade de o sigilo ser levantado quando em causa esteja a defesa da dignidade, direitos e interesses legítimos do próprio advogado ou do seu cliente. Por aqui não se desvelará informação com interesse para vítimas de acordos colusórios.

<sup>89</sup> Art. 339º TFUE e art. 28º do Regulamento 1/2003.

para estas últimas. E não existe pois haverão outras maneiras de manter a atractividade dos programas de clemência, sem que o infractor fique em posição desfavorável em relação aos não cooperantes e sem que se frustrem as suas legítimas expectativas, ou seja, a expectativa de que a informação fornecida às AC lhe permita obter a imunidade ou redução da coima.

### 3.3.- O Direito ao Silêncio<sup>90</sup>.

Participando destas duas anteriores, a expectativa por parte do infractor em que os dados revelados sejam apenas utilizados no procedimento administrativo e não para fundar um pedido indemnizatório contra eles tem-se apoiado neste direito. Também designado de privilégio contra a auto-incriminação, o argumento é o de que, dada a presunção de inocência do suspeito até prova em contrário, as entidades responsáveis não poderão fazer uso de provas obtidas mediante qualquer tipo de coacção<sup>91</sup>. Ao facultar informação comprometedor, o infractor apenas autoriza o uso da mesma no âmbito do programa em que pretende cooperar. Não autoriza os lesados a fazerem dela uso para fundarem o seu pedido ressarcitório. Pelo que, caso esses dados sejam facultados a terceiros, sem o expreso consentimento do infractor cooperante, os mesmos, argumenta-se, não poderão ser valorados.

Porém, em relação ao material facultado com vista a cooperar com as AC, não há qualquer tipo de coacção ou violência. O infractor, de livre vontade coopera com as AC na investigação destas, com vista a obter a imunidade ou redução da coima, sem prejuízo dos seus direitos de defesa<sup>92</sup>.

---

<sup>90</sup> Em rigor, não se trata de um direito, mas antes de um princípio, que o TJUE e o TEDH acolheram na sua jurisprudência, nos casos C-374/87 *Orkem vs Commission* [1989] ECR 3343, parágrafo 28 e *Funke vs France*, Série A, No. 256-A, (1993) 16 EHRR 297, parágrafo 44, respectivamente. Entenderam que deriva do art. 6º nº1 CEDH, na parte que se refere ao processo equitativo. Entre nós, acha-se expressamente previsto no art. 61º nº1 al. d) do Código de Processo Penal.

<sup>91</sup> Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 5 de Janeiro de 2005, Proc. 4P3276. Em Portugal, o art. 126º nº1 do Código de Processo Penal (CPP) impõe que as provas obtidas mediante “tortura, coacção, ou, em geral, ofensa da integridade física ou moral das pessoas” são nulas e não são susceptíveis de serem usadas contra o arguido.

<sup>92</sup> Opinião firmada no Acórdão do caso C-298/98P *Finnboard vs Comissão* [2000] ECR I-10171, parágrafo 58.

De facto, em Portugal, o art.41º nº1 do Regime Geral das Contra-Ordenações<sup>93</sup> (RGCO) admite a aplicação subsidiária do regime processual penal em tudo o que não seja determinado de forma diferente. Ora, tanto no âmbito contra-ordenacional como no âmbito processual penal estrito, em caso de confissão, livre e consciente, nada obsta a que a mesma valha como prova a ser apreciada para efeitos de procedência do pedido de indemnização, quer este tenha sido deduzido no respectivo processo penal<sup>94</sup> ou não<sup>95</sup>. Em conformidade, o art. 13º nº1 LdC manda aplicar supletivamente o RGCO.

Entendemos que a expectativa dos lesantes de que as informações prestadas não extravasem o âmbito do procedimento administrativo, não tem razão de ser, que não a mera preservação da atractividade dos programas de clemência. Sendo, portanto, a extensão da confidencialidade uma opção política. Não só a atractividade daqueles é passível de ser mantida com recurso a outros incentivos, como o único fundamento dessas expectativas, assentes no compromisso de não divulgação presente na Comunicação sobre a Clemência e nos regimes idênticos de cada EM<sup>96</sup>, pode perfeitamente ser reduzido, em extensão. Ou seja, pode, aliás, deve-se<sup>97</sup>, reduzir a extensão da salvaguarda de confidencialidade, traduzida no alargamento das informações acessíveis. Tal como afirma Wouter Wils, um dos requisitos para a admissibilidade de um programa que premeia o infractor é o de o mesmo se limitar ao estritamente necessário<sup>98</sup>. Do paradigma actual, e com recurso a certos “afinamentos”, podemos facilitar o acesso à justiça por parte de lesados por práticas colusórias.

### 3.4.- O Princípio da Transparência<sup>99</sup>.

Outro fundamento para a ampliação da documentação acessível é o do princípio da transparência. Como acima se disse, a inclusão ou não de terceiros no procedimento

---

<sup>93</sup> Decreto-Lei 433/82, de 27 de Outubro.

<sup>94</sup> O chamado Princípio da Adesão, art. 71º CPP.

<sup>95</sup> Casos previstos no art. 72º CPP.

<sup>96</sup> Com graus variados de vinculação das AC. Art. 81º da LdC, entre nós.

<sup>97</sup> Pelo dito até agora e pelo que se dirá em diante.

<sup>98</sup> Wouter P. J. Wils, “Self-Incrimination in EC Antitrust Enforcement: A Legal and Economic Analysis, WC, Vol. 26, nº 4, Maio de 2003, págs 567 a 588. Junto com o referido, este autor dá por necessário que os programas sejam correctamente delineados, que sejam aplicados de forma coerente e transparente e que se excluam as empresas que de alguma forma tenham coagido outras a participar.

<sup>99</sup> Veja-se o caso C-260/04 Comissão vs Itália.

sancionatório permanece na discricionariedade dos EM. A fórmula mais eficaz, e porque a necessidade de harmonização a nível europeu e entre EM é chave para o sucesso dos programas de clemência e também porque é necessário garantir o direito de reparação dos prejudicados, passará pela adopção de normas substantivas e procedimentais que permitam o acesso mais amplo possível, derivando da regra da transparência, art. 42º CDFUE. Só assim se atinge a concretização democrática<sup>100</sup> na relação entre administrados e administração pública. A transparência ou publicidade deverá ser a regra e não a excepção. Esta apenas será de admitir de forma restrita e ponderada.

---

<sup>100</sup> Proferida desde logo no segundo parágrafo do preâmbulo da CDFUE.

## 4- O Direito da Concorrência em Portugal.

### 4.1.- O Panorama geral.

Os requisitos da responsabilidade civil acham-se previstos no art. 483º CC. Ínsitos neste preceito, aqueles são: a ilicitude, o dano, a culpa e o nexó causal entre o facto culposo e o prejuízo causado. Estes são os elementos de que, à partida, os lesados terão de fazer prova. No âmbito do tema em questão, a prova de todos estes requisitos por qualquer um, que não participante do acordo ilícito, será bastante difícil. Para isto contribui a não divulgação, regra, de dados em poder das AC, não obstante o dever de cooperação com os tribunais nacionais e do dever de transparência para com os particulares. Nos casos em que uma ou mais empresas cooperem, seja no âmbito do programa de dispensa ou redução de coima seja no âmbito do programa de transacção, uma vez que tal implica uma confissão, dão-se por preenchidos os requisitos da culpa, da ilicitude e da existência de um facto ilícito<sup>101</sup>. Restam a prova do nexó de causalidade e do dano sofrido (danos emergentes, lucros cessantes e juros), mesmo estes de difícil prova e quantificação.

Apontaremos as principais causas da fraquíssima actuação em prol da concorrência, em Portugal<sup>102</sup>.

O Direito da Concorrência é um ramo recente em Portugal. Este é um dos motivos apontados para a falta de dados sobre o tema que nos ocupa. De facto, na área dos acordos colusórios, desde 2001 até hoje, a AdC apenas proferiu 11 decisões<sup>103 104</sup> para aplicação de coima, tendo uma delas derivado no arquivamento do processo com aplicação de condições. A essas decisões, a única actividade judicial que se seguiu apenas envolveu recursos por parte das entidades condenadas, em geral, inconformadas com a aplicação de

---

<sup>101</sup> Comentário ao art. 27º nº 8 LdC, ponto 9 (nota 2) Gonçalo Anastácio e Diana Alfafar, sobre a irrecurribilidade dos factos confessados no procedimento de transacção.

<sup>102</sup> Nos EUA, em 2004, as acções privadas contra práticas anticoncorrenciais perfaziam mais de 90% do total de acções (nota 111, pág. 591).

<sup>103</sup> Dados publicados no site da AdC: [http://www.concorrencia.pt/vPT/Praticas\\_Proibidas/Decisoes\\_da\\_AdC/Praticas\\_Colusivas/Paginas/lista.aspx](http://www.concorrencia.pt/vPT/Praticas_Proibidas/Decisoes_da_AdC/Praticas_Colusivas/Paginas/lista.aspx). Curioso de notar que sobre o Abuso de Posição Dominante apenas foi proferida uma decisão e sobre o abuso de dependência económica, nenhuma!

<sup>104</sup> Dando conta de que, até à data, nenhuma acção indemnizatória fora intentada, J. M. Coutinho de Abreu, “La aplicación privada del derecho de defensa de la competencia en Portugal”, in La aplicación privada del derecho de la competencia (dir. Luis Antonio Velasco San Pedro, Carmen Alonso Ledesma, Joseba A. Echebarría Sáenz, Javier Gutiérrez Gilsanz), Lex Nova, Valladolid, 2011, pp. 103-114.

coimas. Apontado como principal motivo está o facto de os membros do Conselho Geral da AdC serem pessoal e solidariamente responsáveis pela sua actuação<sup>105</sup>, por oposição às ANC dos restantes EM<sup>106</sup>.

A falta de conhecimentos teóricos e técnicos é outra das principais causas de inoperatividade. Tanto do lado dos tribunais<sup>107</sup> e juízes<sup>108</sup>. O mesmo se dizendo para os advogados. Há falta de formação teórica, mas também de procura de profissionais. Em regra, quem recorre a profissionais por causa de questões concorrenciais são grandes intervenientes económicos, que pretendem determinar a legalidade de certas práticas suas ou de concorrentes. Não se vai além disso. Sem a possibilidade de obter ganho de causa não se procurará auxílio forense, conformando-se os lesados com a situação. E sem procura também tenderá a não haver oferta. Nos EUA, apontam-se como principais causas do sucesso do *private enforcement* algumas especificidades do sistema jurídico. A possibilidade de obter, em caso de procedência do pedido, *treble damages*<sup>109</sup>, a negação, pelo Supreme Court da defesa de repercussão dos sobre-custos<sup>110</sup>, o recurso a *class actions* (acções colectivas), a existência de normas que admitem a revelação de provas que não sejam protegidas e a admissibilidade de os advogados dos queixosos obterem uma percentagem do valor em caso de ganho de causa, são os exemplos mais flagrantes<sup>111</sup>. Em Portugal, e em geral na Europa, não existem incentivos à litigância.

---

<sup>105</sup> Arts. 21º nº1 e 35º nº1 dos Estatutos da Autoridade da Concorrência, Decreto-Lei nº 10/2003, de 18 de Janeiro.

<sup>106</sup> Em conferência na Universidade Portucalense, a 11 de Fevereiro de 2014, Porto, o Doutor José Luís Caramelo Gomes classificou de “chocados” os restantes colaboradores do *Study Group on the European Civil Code*, com que colabora, ao saberem deste dado.

<sup>107</sup> Decreto-Lei nº 67/2012. D.R. nº 57, Série I de 2012-03-20 Procede à instituição do tribunal da propriedade intelectual e do tribunal da concorrência, regulação e supervisão, tribunais com competência territorial de âmbito nacional para o tratamento das questões relativas à propriedade intelectual e à concorrência, regulação e supervisão. Até então, cabia ao Tribunal do Comércio de Lisboa o controlo da actividade administrativa da AdC. Quanto à competência das acções civis, era de tipo difuso.

<sup>108</sup> Só a partir de 2002 é que começaram a ser promovidas formações dos magistrados, neste campo, e por iniciativa da UE.

<sup>109</sup> Nota 162, *infra*.

<sup>110</sup> Sucintamente, por sobre-custos entende-se o valor acrescido nas transacções que originam da prática anti-concorrência e que onera os adquirentes de bens ou serviços sucessivos. Esta forma de defesa consiste em alegar e provar que o demandante não suportou, ou não suportou na totalidade, os sobre-custos, o que constitui, entre nós, cf. art. 576º do Código de Processo Civil (CPC), excepção peremptória e implica a absolvição do pedido ou de parte dele.

<sup>111</sup> Georg Berrisch, Eve Jordan e Rocio Salvador Roldan: E.U. Competition and Private Actions for Damages, *The Symposium on European Competition Law Northwestern Journal of International Law & Business*, págs. 591 e 592, Volume 24, Issue 3 Spring, 2004.

As dificuldades probatórias serão, talvez, o maior óbice. Pese embora o art. 563º C.C., acolhendo a teoria da causalidade adequada<sup>112</sup>, prescindida da demonstração fáctica exacta do processo causal, sendo suficiente “uma demonstração de primeira aparência”, o estabelecimento do nexu causal e do dano causado, qualitativa e quantitativamente, pode ser difícil, sempre que a AdC não concretize o concreto dano causado, ainda que globalmente considerado<sup>113</sup>.

O facto de o caso julgado produzir efeitos apenas *inter partes*, faz com que seja desaproveitada a força da sentença que poderia beneficiar os lesados por uma mesma prática<sup>114</sup>.

#### 4.2.- O Regime de Dispensa e Redução da Coima.

Em Portugal, o regime da dispensa e redução da coima em processos de contra-ordenação por infracção às regras de concorrência acha-se plasmado no capítulo VIII, arts. 75º a 82º, do novo Regime Jurídico da Concorrência (doravante, Lei da Concorrência ou LdC), aprovado pela Lei nº 19/2012, de 8 de Maio. Com esta lei, o mesmo regime de dispensa ou redução de coima, que anteriormente constava de diploma autónomo<sup>115</sup>, foi integrado sistematicamente na LdC. O mesmo é assumidamente baseado no Modelo de Clemência da ECN, que cumpre assim o objectivo de tentar harmonizar estes programas ao nível dos EM, e segue também de perto a Comunicação da Comissão sobre a Clemência.

---

<sup>112</sup> Carneiro da Frada, Direito Civil – Responsabilidade Civil, pág. 102, *apud* J. M. Sérvulo Correia, “Efectividade e limitações do sistema português de aplicação impositiva do Direito da Concorrência através de meios processuais administrativos e civis”, in Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão, Volume II, (coord. António Menezes Cordeiro, Pedro Pais de Vasconcelos e Paula Costa e Silva), Almedina, Coimbra, 2008, pp. 1747-1789.

<sup>113</sup> Em certas situações em que os demandantes se situem num segundo ou terceiro grau na cadeia de trocas de bem ou serviços, bem como quando a competente AC não quantifique, ainda que de forma global, o dano causado, não será fácil estabelecer o nexu causal entre a conduta danosa e o dano do concreto lesado. Pense-se no caso da distribuição dos sobrecustos. Nem sempre se poderá obter apoio na decisão sancionatória para determinar qual o montante, se total, se parcial, dos custos excessivos que o concreto adquirente teve que suportar.

<sup>114</sup> Nota 112. No mesmo artigo do Doutor Sérvulo, ver sugestões avançadas para melhorar a eficácia do *private enforcement*, em Portugal.

<sup>115</sup> Lei 39/2006 de 25 de Agosto, revogada pela actual LdC, art. 99º nº2.



Referiremos alguns aspectos relevantes e específicos constantes (ou omissos) deste regime<sup>116</sup>.

Destacamos, em primeiro, o âmbito de aplicação subjectivo deste programa. Ao contrário do que ocorre ao nível comunitário<sup>117</sup>, o art. 76º al. b) LdC prevê que o mesmo se aplica, além das empresas (al. a)), “[a]os titulares do órgão de administração das pessoas coletivas e entidades equiparadas, bem como os responsáveis pela direção ou fiscalização de áreas de atividade em que seja praticada alguma contraordenação, responsáveis nos termos do disposto no n.º 6 do artigo 73º”. Como já dissemos, trata-se de uma opção que aumenta a potencial eficácia destes programas.

Em seguida, damos conta do abandono do art. 7º da Lei 39/2006. Neste preceito previa-se a possibilidade de ser concedida a atenuação adicional da coima, quando a empresa, no sentido de demonstrar vontade de cooperar, tenha submetido um pedido de imunidade ou redução de coima em relação a um cartel em que era parte e tenha igualmente sido a primeira “a fornecer informações e elementos de prova” relativamente a outro cartel de que também fizesse parte. Designado por *amnesty plus* nos EUA, introduzido em 1999, e *leniency plus* no Reino Unido. Inexiste nos restantes EM. Visa ser uma medida que reforça a cooperação com as AC, aumentando as descobertas de casos de cartel, incidindo essencialmente sobre empresas que já estão a ser investigadas<sup>118</sup>.

Segundo Xarepe Silveiro, a funcionalidade desta modalidade deve-se, nos países já referidos, ao facto de a violação das normas de concorrência implicar também responsabilidade criminal, sem avançar razões para não ser acolhida na LdC. Refere, também, o autor que, caso uma empresa que submete um pedido de dispensa ou redução da coima não avance espontaneamente com informações e provas de outro cartel em que esteja envolvida e que a ANC venha a descobrir, este sistema se transforma em *penalty plus*, ou seja, a empresa pode vir a ser sancionada com coima ou pena mais grave no cartel confessado.

---

<sup>116</sup> Para uma caracterização e comparação mais aprofundada veja-se: Fernando Xarepe Silveiro; “O Regime Jurídico da Clemência na Nova Lei da Concorrência: novas valências, novos desafios”, Revista de Concorrência e Regulação. Coimbra. ISSN 1647-5801. A. 3, nº 10 (2012), p. 251-281.

<sup>117</sup> Estranhamente, a nosso ver, pois o alargamento subjectivo é uma solução apta a promover a eficácia destes programas.

<sup>118</sup> A favor da sua introdução no programa da UE, entre outros, Phillipe Billiet, “How Lenient is the EC Leniency Policy? A Matter of Certainty and Predictability”, European Competition Law Review, vol. 30, Issue 1, págs. 14 -21. Contra Wils (nota 98).

A nosso ver, poderia ser (re)implementada em Portugal, numa versão mais contida, idêntica à anteriormente em vigor, sem a penalização em caso de descoberta de envolvimento noutra cartel. Sempre levaria à descoberta de mais casos de acordos proibidos. De resto, na transição entre diplomas legais, não é avançada qualquer explicação para não ter sido acolhida, além da vontade de se pôr em “sintonia completa”<sup>119</sup> com o modelo europeu.

#### 4.3.- O Acesso à Documentação.

Também em Portugal o acesso aos dados facultados no horizonte de um programa de clemência é vedado a terceiros que não façam parte do procedimento administrativo, incluindo denunciante, salvo autorização do requerente de clemência, art. 81º nº3 LdC. Quanto às declarações orais, o nº4 veda em absoluto o seu acesso a terceiros. O nº1 estende a protecção de confidencialidade “[a]o pedido de dispensa ou de redução da coima, bem como **todos os documentos e informações apresentados para efeitos de dispensa ou redução da coima**”<sup>120</sup>. É patente que a ratio do art. 81º foi absorvida da Comunicação sobre a Clemência. A nosso ver trata-se de uma protecção exagerada por ser demasiado extensa e genérica<sup>121</sup>, que não se pauta pelas considerações de apreciação casuística e proporcional. Afirma Xarepe<sup>122</sup> que se torna paradoxal falar em atractividade de programas de clemência se se revelam depois as informações recolhidas, expondo os cooperantes a acções de indemnização. Como perpassa este texto, discordamos desta opinião, por se poder contornar este aspecto negativo. Esta política de vedar o acesso a terceiros das provas obtidas está em sintonia com a posição da Comissão<sup>123</sup>, da generalidade dos restantes EM e da ECN. Tal é explanado ao longo do texto “Protection of leniency material in the context of civil damages actions”, de 23 de Maio de 2012, resultante de uma reunião entre os responsáveis pelas ANC dos vários EM, entre eles a AdC, onde se subscreve a

---

<sup>119</sup> Exposição de motivos da Proposta de Lei 45/XII de 2012/02/06, pág. 2.

<sup>120</sup> Negrito nosso.

<sup>121</sup> Veja-se o caso T-437/08 CDC Hydrogene Peroxide Cartel Damage Claims (CDC Hydrogene Peroxide) vs Comissão. Pelo menos quanto ao índice onde se relacionam os documentos e provas fornecidos pelo infractor, esta decisão admite a sua publicitação a terceiros.

<sup>122</sup> Nota 116.

<sup>123</sup> Pontos 33 e 34 da Comunicação sobre a Clemência.

intenção de manter esta linha de actuação, ainda que este texto não assuma natureza vinculativa. Esta resolução foi emanada em reacção ao Acórdão Pfeleiderer.

Apenas se admite a revelação dos elementos fornecidos pelo infractor cooperante por parte dos destinatários da nota de ilicitude (a comunicação de objecções europeia), com vista a assegurar o seu direito de defesa, excepto se aqueles não tiverem sido classificados, nos termos do art. 30º LdC, como confidenciais. A reprodução por estes é vedada, salvo autorização do requerente de clemência. A leitura dos arts. 32º nº6 e 33º nº3 excluem o acesso ao processo, ao longo do seu decurso. Também o art. 90º nºs 1 e 2 obrigam à publicação de uma versão não confidencial das decisões da AdC, o que exclui, em grosso, todo o material conexo com o pedido de clemência.

Assim, valem para aqui as mesmas críticas acima feitas à Comissão, e valerão algumas das sugestões feitas abaixo, sobre alterações que entendemos necessárias para se assegurar o direito de indemnização pleno e efectivo, assegurando, do mesmo passo, a atractividade dos programas de concorrência.

## 5- A Proposta de Directiva<sup>124</sup>.

Actualmente acha-se em discussão uma Proposta de Directiva Europeia (doravante, Proposta de Directiva) que visa melhorar a interacção entre *public* e *private enforcement*, bem como assegurar que os lesados por violações ao direito da concorrência, quer comunitário, quer nacional, sejam capazes de obter a reparação integral dos danos sofridos, cf. ponto 1.2. e art. 1º n.ºs 1 e 2 da Proposta de Directiva. Surge em resposta a preocupações que provêm, já, do Livro Verde e do Livro Branco da Comissão, bem como da doutrina, no sentido de se proceder à harmonização progressiva das normas que regulam a aplicação prática do Direito da Concorrência<sup>125</sup>, pondo de lado assim a hipótese (e atitude) da Comissão em adoptar apenas medidas de *soft law*<sup>126</sup>. Pretende-se criar um “nível mínimo de acesso efectivo à informação” em poder das AC<sup>127</sup>. Surge também em resposta a alguma jurisprudência recente acima referida (em especial, o caso Pfleiderer).

Dispõe o art. 2º n.º1 que qualquer pessoa lesada pela violação de normas concorrenciais tem direito à plena reparação. O n.º2 alonga-se, enquadrando na dita reparação integral os danos emergentes, os lucros cessantes e os juros até integral satisfação do pagamento. Cristaliza-se expressamente este direito e com este alcance, esbatendo-se mais ainda a ideia de que o direito da concorrência persegue objectivos distintos, consoante se fale de *public* e de *private enforcement*.

Limitar-nos-emos apenas aos aspectos pertinentes para a nossa tese.

### 5.1.- O Acesso à Informação.

Sobre este tópico versam os arts. 5º a 8º da Directiva. O art. 5º n.º1 determina que os interessados em que o tribunal ordene que sejam facultadas provas em poder das AC deverão fazer uma demonstração *prima facie* da legitimidade da sua pretensão,

---

<sup>124</sup> Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a certas regras que regem as acções de indemnização no âmbito do direito nacional por infracções às disposições do direito da concorrência dos Estados-Membros e da União Europeia /\* COM/2013/0404 final/2 - 2013/0185 (COD).

<sup>125</sup> Explicação pormenorizada da Directiva, Ponto 4.1.

<sup>126</sup> Do Livro Branco seleccionaram-se cinco possíveis caminhos a tomar, sendo que uma hipótese seria nada se fazer (hipótese. 5), outra seria adoptar apenas métodos de *soft law* (hipótese 4), e ainda recorrer a diplomas normativos vinculativos para os EM (hipóteses 1, 2 e 3), cf. o Relatório sobre a Avaliação de Impacto, que acompanha a proposta de Directiva, Anexo 5.

<sup>127</sup> Ponto 4.2 da Explicação Pormenorizada da Proposta de Directiva.

demonstrando existirem razões plausíveis de que sofreram um dano (ou que o não causaram, da parte dos demandados) por causa da conduta de um ou mais membros de um cartel. Exige-se, no nº2, que essa demonstração revele a necessidade de as provas serem facultadas para sustentar o pedido ou a defesa, al. a), e que os requerentes façam o pedido referindo-se aos elementos de prova da forma mais especificada e concreta possível, assente em factos razoavelmente disponíveis. A primeira limitação a tal pedido surge no nº3. Limita-se a extensão do que pode ser revelado recorrendo à proporcionalidade. Esta refere-se, resulta da leitura do ponto 4.2. da Directiva, ao estritamente necessário a instruir o pedido ou a defesa do requerente. Para concretizar este requisito avançam-se, exemplificativamente, quatro factores a considerar pelo tribunal, para salvaguarda dos interesses das partes e de terceiros, a saber:

“a) a probabilidade de a alegada infração ao direito da concorrência ter ocorrido;”. Quando se trate de *stand-alone actions* este critério não será de fácil demonstração na grande maioria das situações, dado que subsiste um “assimetria de informação”<sup>128</sup>. A avaliação e enunciação de factos que indiciem a ocorrência da violação implicarão um nível de *expertise* e um volume de meios técnicos que são, de momento, parcos na maioria dos EM. Mais ainda, porque em regra as provas necessárias estarão em posse dos demandados ou de terceiros com interesse na sua ocultação. Caso a acção se siga a uma decisão de uma AC, este ficaria automaticamente preenchido.

“b) o âmbito e os custos da divulgação, em especial para os terceiros interessados;”. Em causa estará a dificuldade de obtenção de certas provas, em especial, em poder de terceiros, cuja reunião se pode tornar onerosa e morosa<sup>129</sup>. Pense-se nos casos em que é necessário que esses dados provenham de antigos funcionários das empresas, ou quando seja necessário proceder a traduções e transcrições.

“c) se os elementos de prova a divulgar contêm informações confidenciais, em especial no que respeita a terceiros, e os procedimentos para proteger tais

---

<sup>128</sup> Ponto 4.2. da explicação pormenorizada da proposta de Directiva.

<sup>129</sup> Explicação Pormenorizada da Proposta de Directiva, ponto 4.2.

informações confidenciais; e (...).” Este é o quesito que mais problemas levanta. Considerando o que acima se disse sobre a Comissão vedar, por regra, o acesso aos dados em seu poder, quer sejam obtidos mediante o programa de clemência ou através dos seus próprios poderes investigativos, bem como olhando para o art. 81º LdC que classifica de confidenciais todos os elementos colhidos através do programa de dispensa ou redução de coima, parece que nada se alterará face ao status quo. De facto, até mais reforçado permanecerá. A nosso ver, tal constitui um sério entrave ao objectivo de garantir a integral indemnização dos danos sofridos.

De referir, com o vocábulo “e”, que estes critérios de aferição são cumulativos.

“d) nos casos em que a infração está a ser ou foi investigada por uma autoridade da concorrência, se o pedido foi formulado especificamente no que respeita à natureza, objeto ou conteúdo de tais documentos analisados, ou se se trata antes de um pedido não específico relativo a documentos apresentados a uma autoridade da concorrência ou que figuram no processo de uma tal autoridade da concorrência.” Lendo-se este requisito com o nº2 al. b) deste artigo, parece que o pedido que seja genérico e não especificado não achará acolhimento<sup>130</sup>. Pretende evitar-se o *phishing for evidence*, ou seja, que qualquer alegado interessado, ao solicitar o acesso a categorias muito amplas de documentação consiga obter conhecimento de dados que extravasam o âmbito da sua causa ou que possam ser indevidamente facultados a terceiros<sup>131</sup>. Deverá ser lido com o nº4, sobre a protecção de informações confidenciais e a protecção contra utilização incorrecta das mesmas.

Os conceitos indeterminados, “relevantes para fundamentar o seu pedido...”, “razoavelmente proporcionais” e “proporcionado”, deixam às instâncias decisórias larga margem de apreciação.

Finalmente, o nº 8, permite que os EM estabeleçam facilidades de divulgação mais amplas, se assim entenderem. Dado que a tendência geral é para uma aproximação ao

---

<sup>130</sup> O mesmo se diz no ponto 4.2., al. d), parte final da explicação pormenorizada da proposta.

<sup>131</sup> Ver nota 135.

modelo comunitário, duvidamos que este novo instrumento normativo motive alterações nesse sentido, pelo menos, a curto prazo.

## 5.2.- Categorias de informação.

O art. 6º agrupa os tipos de documentos onde a matéria de prova poderá constar, bem como a acessibilidade dos mesmos.

Em primeiro, na categoria de elementos de prova absolutamente proibidos, ou seja, irreveláveis em qualquer momento, encontramos as declarações de empresa em matéria de clemência, art. 6º nº1 al. a) e art. 4º nº 14<sup>132</sup> da Proposta de Directiva; e as propostas de transacção, al. b) do mesmo artigo e art. 4º nº 15.

De seguida, o nº2 prevê, nas alíneas a) “informação que foi preparada por uma pessoa singular ou colectiva, especificamente para o processo de uma autoridade da concorrência” e b) “informação que foi elaborada por uma autoridade da concorrência no decurso do seu processo.”, que estes sejam de divulgação relativa, ou seja, apenas admissíveis quando o procedimento de uma AC se tenha concluído, para não prejudicar os interesses de investigação.

Quanto aos dados que não se enquadrem nestas categorias, serão acessíveis a todo o tempo. Ou pelo menos, tal afirma a norma. Os elementos absolutamente permitidos, não serão o serão tão assim, pois a leitura conjugada do art. 7º nºs 2 e 3<sup>133</sup> da Directiva com o ponto 4.2. da explicação pormenorizada aconselha a que os tribunais se abstenham de ordenar a divulgação de elementos que se enquadrem nas categorias dos nºs 2 e 3 do art. 6º, quando o seu acesso se faça exclusivamente através do processo de uma AC, antes que este mesmo esteja concluído. Restam a preencher a categoria no nº3 do art. 6º, todos os documentos que não façam parte do processo de uma AC, ou seja, em poder de terceiros, nem se enquadrem nas categorias dos nºs 1 e 2.

Finalmente, o art. 8º impõe a previsão de sanções quando estas restrições não sejam observadas.

---

<sup>132</sup> Acolhe-se aqui a distinção feita entre declarações da empresa e documentos pré-existentes, de que falava o Procurador-Geral A. G. Mázak, no caso Pfleiderer. Estes últimos ficam de fora da categoria de elementos absolutamente proibidos.

<sup>133</sup> Ainda que com uma redacção, a nosso ver, pouco cuidada.

Quanto a outras medidas previstas na Directiva, pronunciar-nos-emos no ponto seguinte acerca das mais relevantes para a nossa tese.

Para uma compreensão mais ampla dos tipos de informação que as AC podem reunir, completemos recorrendo a um outro diploma.

Já em vigor acha-se o Regulamento 773/2004, complementado pela Comunicação sobre o Acesso ao Processo<sup>134</sup>. Nesta última, esclarecem-se quais os tipos de documentos que poderão estar em posse da Comissão ou de uma ANC<sup>135</sup> e qual a sua acessibilidade, desenvolvendo os arts. 15º e 16º do Regulamento.

No ponto B, nº 1, diz-se que o “processo da Comissão (...) é composto por todos os documentos que foram obtidos, elaborados e/ou recolhidos pela Direcção-Geral da Concorrência da Comissão durante a investigação”, indiferentemente do suporte e dos instrumentos electrónicos em que estejam conservados.

O nº2 determina que todos os documentos que integrem o processo da Comissão deverão ser acessíveis às partes directas (não a lesados interessados, ou terceiros em geral), para o correcto exercício do seu direito de defesa. Excepcionam-se os documentos internos, os segredos comerciais de outras empresas e outras informações confidenciais.

Por oposição o ponto 3 define quais os documentos inacessíveis.

Em primeiro lugar, os documentos internos da Comissão. Dado que estes não possuem força probatória, e por conseguinte não são usados para fundamentar a aplicação de uma sanção, o acesso aos mesmos é vedado a qualquer sujeito, cf. ponto 3.1.1.

Em segundo, cf. ponto 3.1.2., a correspondência entre a Comissão e outras autoridades públicas, sejam ANC, sejam outras autoridades públicas dos EM; a correspondência entre aquela e o Órgão de Fiscalização da EFTA<sup>136</sup> e as autoridades públicas dos países que integram a EFTA; e as comunicações entre a Comissão e as autoridades públicas, incluindo ANC, de países terceiros<sup>137</sup>, são qualificadas como

---

<sup>134</sup> Comunicação da Comissão relativa às regras de acesso ao processo nos casos de aplicação dos artigos 81º e 82º do Tratado CE, artigos 53º, 54.o e 57o do Acordo EEE e do Regulamento (CE) nº 139/2004 do Conselho, publicada no Jornal Oficial da União Europeia 2005/C 325/07 (Comunicação sobre o Acesso ao Processo).

<sup>135</sup> Título II, ponto B, da Comunicação sobre o Acesso ao Processo.

<sup>136</sup> A EFTA (European Free Trade Association) é actualmente composta pela Islândia, Lichtenstein, Noruega e Suíça. Antes de ter entrado para a Comunidade Europeia, Portugal também fez parte da EFTA.

<sup>137</sup> Rodapé 9, pág. 9 da Comunicação sobre o Acesso ao Processo: “Ver, por exemplo, o artigo VIII.2 do Acordo entre as Comunidades Europeias e o Governo dos Estados Unidos da América relativo à aplicação dos respectivos direitos de concorrência (JO L 95 de 27.4.1995, p. 47) que estabelece que as informações



documentos internos, e, por isso, vedado o acesso aos mesmos. Excepção feita, em casos excepcionais, parágrafo 16, quando os documentos trocados contêm alegações contra alguma das partes ou esses documentos integrem elementos de prova do processo da Comissão. Mesmo nestes casos o acesso só será admitido às partes directas, após consulta da entidade de onde provêm, e numa versão não confidencial.

Por último, as informações confidenciais a que se refere o ponto 3.2., cujo acesso pode ser total ou parcialmente vedado. Aqui, distingue-se entre segredos comerciais, ponto 3.2.1, e outras informações confidenciais, ponto 3.2.2. Em ambos os casos, a confidencialidade justifica-se por a revelação desses dados poder lesar gravemente a empresa. Os segredos comerciais são “informações acerca da actividade de uma empresa (...) susceptível de a lesar gravemente (...) podem citar-se: informações técnicas e/ou financeiras relativas ao saber-fazer, métodos de cálculo dos custos, segredos e processos de produção, fontes de abastecimento, quantidades produzidas e vendidas, quotas de mercado, listagens de clientes e de distribuidores, estratégia comercial, estruturas de custos e de preços e política de vendas de uma empresa”. Na outra categoria cabem as informações que não contenham dados sobre a actividade da empresa, mas que “permitem exercer uma pressão considerável a nível económico ou comercial sobre os seus concorrentes ou sobre os seus parceiros comerciais, clientes ou fornecedores” em especial quando permitam conhecer a identidade dos denunciante ou de terceiros com interesse no anonimato<sup>138</sup>.

Além disto, existe a possibilidade das entidades que submetam informação solicitarem<sup>139</sup> à Comissão que os dados sejam tratados como confidenciais, devendo justificar a grave lesão que poderá daí advir, caso a Comissão não os trate em conformidade, nos termos do ponto 3.2.3. As informações que sejam já do conhecimento de outras entidades além da empresa (ou grupo de empresas), que tenham sido obtidas por outras fontes ou que já tenham perdido importância comercial não serão consideradas confidenciais, em princípio<sup>140</sup>. A Comissão presume, também, que, se o informador nada disser, (e se não couberem automaticamente numa das categorias enunciadas) se presume que aquele não se opõe à sua divulgação, cf. ponto 39.

---

transmitidas a título confidencial ao abrigo do Acordo devem ser protegidas «o mais possível». Este artigo cria uma obrigação de direito internacional que vincula a Comissão”.

<sup>138</sup> Ponto 43 da Comunicação sobre o Acesso ao Processo.

<sup>139</sup> Sobre este pedido ver art. 16º do Regulamento 773/2004 e pontos 35 a 38 da Comunicação sobre o Acesso ao Processo.

<sup>140</sup> A Comissão considera que após cinco anos da data das informações, se presume que as mesmas perderam importância comercial. Parágrafo 23 da Comunicação sobre o Acesso ao Processo.

No ponto 24 enunciam-se os critérios para aferir quando é que informações confidenciais, apesar desse estatuto, podem ser divulgadas, intraprocessualmente. Prevalendo as garantias de defesa sobre os interesses confidenciais de outras partes, as informações poderão ser acessíveis pelas partes se tal for necessário a provar sua inocência. Além disso, as mesmas informações poderão ser utilizadas pela Comissão ou por ANC, para fundamentar a sua decisão condenatória. Para tal, na ponderação de interesses entrarão os seguintes critérios:

- “-a pertinência das informações para determinar a existência ou não de uma infração e a sua força probatória;
- o seu carácter indispensável;
- o nível de sensibilidade (em que medida a sua divulgação pode lesar os interesses da pessoa ou empresa em questão);
- uma apreciação preliminar quanto à gravidade da infração alegada”.

É patente o recurso ao princípio da proporcionalidade, em sentido amplo<sup>141</sup>. Ora, não deixa de se estranhar que, ponderados estes requisitos e mesmo sendo prevalente, à luz dos mesmos, a posição do requerente face ao demandado, às AC seja permitido utilizar esses documentos, mas a terceiros lesados pelo acordo colusório tal seja vedado. Tal possibilidade é barrada em absoluto, sem qualquer ponderação de proporcionalidade, mesmo que nos termos descritos. A Comissão monopoliza assim os elementos probatórios em seu poder, abrindo-se uma exceção ao tratamento dos dados confidenciais, quando tal lhe é conveniente.

Refira-se, por último e a propósito, que nem o Regulamento 773/2004 nem a Comunicação que o desenvolve fazem distinção sobre a forma como os documentos que integram o processo foram obtidos. Não distinguem pois, nem afastam ou tratam especialmente os documentos obtidos através de programas de clemência.

---

<sup>141</sup>Que, segundo a doutrina, se divide em necessidade, adequação e proporcionalidade estrita. Anne Martins Vontobel: Algumas considerações acerca do Princípio da Proporcionalidade. Artigo disponível em [www.tjrs.jus.br/export/poder.../principio\\_proporcionalidade.doc](http://www.tjrs.jus.br/export/poder.../principio_proporcionalidade.doc).

### 5.3.- Vinculatividade das Decisões das AC.

Até à data, uma decisão da Comissão sobre uma violação do art. 101º vincula os tribunais nacionais a quem porventura caiba aplicar essa norma, cf. art. 16º nº1 do Regulamento 1/2003 (CE). O nº2 impõe igual obrigação para as ANC, face a decisões da Comissão. Visa-se alcançar a harmonia de julgados. O art. 9º da Proposta de Directiva vai mais longe<sup>142</sup>. Nele se prevê a vinculatividade das decisões das ANC, além das da Comissão, que os tribunais nacionais, quando conheçam de pedidos indemnizatórios, terão de ter em consideração. Argumenta-se que “a possibilidade de a empresa infratora voltar a dar início a um processo relativo às mesmas questões em ações de indemnização subsequentes seria contraproducente, causaria incerteza jurídica e conduziria a custos desnecessários para todas as partes envolvidas e para o poder judiciário”<sup>143</sup>. Não que acrescente grande valor útil, salvo em casos muito específicos<sup>144</sup>, em especial, nos casos de litígios internacionais. Afinal, qualquer pronúncia prévia por parte de um tribunal de recurso, após o trânsito em julgado, produziria esse efeito vinculativo<sup>145</sup>. Trata-se, não obstante, de uma opção benéfica na medida em que favorece os eventuais lesados com uma presunção *iuris et de iure* sobre a existência de um acto ilícito praticado com culpa. Aliada à presunção da existência de um dano, por sua vez ilidível, do art. 16º nº1 da Proposta de Directiva, sempre se desonerará os demandantes de provar esses quesitos da responsabilidade civil, reduzindo o impacto negativo da proposta que avançamos, passando a ser necessária uma mais circunscrita revelação de informação essencial em poder das AC, a ordenar pelo juiz.

---

<sup>142</sup> Apontando a eventual inconstitucionalidade de uma norma destas, Coutinho de Abreu (nota 104), capítulo II, ponto 1 al. b), com fundamento no art. 203º CRP.

<sup>143</sup> Ponto 4.3.1, 1º parágrafo, *in fine* da Proposta de Directiva.

<sup>144</sup> Entre nós, reveja-se a página web das decisões da AdC, onde se pode verificar, que das onze decisões desta entidade, todas foram objecto de recurso para o tribunal. Não se conhecem, em Portugal, e neste tema, decisões da AdC que não tenham sido objecto de uma posterior decisão judicial, nem é expectável que venham a existir tão cedo.

<sup>145</sup> O caso julgado constitui excepção dilatória, arts. 577º, 580º e 581º e implica a absolvição da instância, cf. art. 278º nº1 al. e), todos do CPC.

#### 5.4.- Opção por uma directiva<sup>146</sup>.

O Parlamento Europeu e o Conselho optam pela escolha de um instrumento vinculativo mas flexível<sup>147</sup>. De facto, no contexto em que se labora, uma directiva fixa objectivos aos EM, ficando a cargo destes a introdução das concretas medidas que sejam mais consentâneas com as normas de direito substantivo e adjectivo de cada um.

Por outro lado, abandonando o método de *soft law*, dar-se-á um passo significativo na convergência e harmonização normativa, o que contribui para o “funcionamento do mercado interno e para a eficácia das acções de indemnização, e para assegurar garantias adequadas em toda a União Europeia, deixando ao mesmo tempo espaço a cada Estado-Membro para ir mais além, se assim o entender”.

Poupam-se, ainda, alterações desnecessárias ao quadro normativo interno dos EM, quando este já esteja em conformidade com as medidas da Proposta de Directiva.

Uma maior harmonização normativa traz associadas outras vantagens. Actualmente, a diversidade de regras nacionais leva a uma desigualdade de condições de concorrência no mercado interno. Havendo diferentes regras, p. ex., no que toca ao acesso ao processo das ANC, os lesados pela prática de um mesmo cartel podem obter diferentes graus de compensação, ou até nenhuma, consoante actuem num ou noutra EM. A isto não será alheio o facto de, na maioria dos casos, os prejudicados por práticas proibidas não possuírem os mesmos recursos que os infractores, o que os leva a optar por intentar as competentes acções na jurisdição em que se acham estabelecidos. Não possuem a capacidade de escolher o ordenamento jurídico mais favorável, ao contrário dos infractores<sup>148</sup>. No revés da medalha, países com legislação mais restritiva no que toca ao tema central desta tese, serão vistos como mais atractivos para a fixação das empresas, levando a uma desigualdade concorrencial face a empresas concorrentes estabelecidas noutros EM, menos “protectores” das suas informações.

Assegura-se, com uma directiva, maior coerência e segurança jurídica.

---

<sup>146</sup> Ponto 3.4. da Proposta de Directiva.

<sup>147</sup> Diferentemente do que se se optasse por regulamento.

<sup>148</sup> Fenómeno designado por *fórum shopping*.

## 6. Propostas de Mudança.

No âmbito das violações dos arts. 101º TFUE e 9º LdC, a dificuldade maior consiste na prova da infracção. Dada a natureza oculta dos acordos, a raridade de provas, o secretismo em que qualquer contacto entre os membros se acha envolto, enfim, a falta de elementos de prova palpáveis e acessíveis é fugidia. Da parte das AC, apenas lhes cabe provar que houve uma violação de uma norma de concorrência e quem infringiu. É quanto basta para se poder sancionar os infractores. A prova da gravidade do dano e da duração da conduta são elementos que afectarão tão-só a medida concreta da coima a aplicar<sup>149</sup>. A existência do dano é presumida. Já da parte dos lesados pelo acordo de colusão, no âmbito de acções judiciais indemnizatórias, caber-lhes-á provar, veja-se o art. 483º do C.C., entre nós, todos os requisitos da responsabilidade civil ou extracontratual, posição significativamente mais desvantajosa.

Tudo isto já foi dito. Em tudo isto vale a pena insistir. A assimetria de informação, a necessidade de complexas avaliações fácticas e económicas<sup>150</sup> por profissionais qualificados bem como os custos associados são factores de monta que obstam à descoberta e punição dos membros de cartéis e à reparação dos prejuízos.

Às AC assistem-lhes, em maior ou menor escala, poderes de investigação, meios e pessoal. Aos privados, por regra, menos, bem menos, comparativamente com as AC. Isto soma-se ao ónus probatório, também ele qualitativamente díspar, que impende sobre as AC e sobre os lesados.

Além disso, por influência do modelo norte-americano, as AC que operam a nível comunitário, em geral, podem lançar mão de programas de clemência, que visam aliciar os participantes de cartéis a cooperar, transmitindo as informações essenciais à construção do caso dessas instituições. Aos lesados, nem isso. Até porque se lhes acha barrado o acesso aos documentos em poder das AC, que, na qualidade de Administração, os deveriam auxiliar.

---

<sup>149</sup> Que pode ascender, como vimos, até 10% do volume de negócios da empresa, no exercício anterior, art. 23º n.ºs 2 e 3 do Regulamento 1/2003.

<sup>150</sup> Reconhecida como um factor a ter em consideração pela Proposta de Directiva. Ver ponto 4.2.

Neste capítulo, procuraremos defender um alargamento do acesso ao processo das AC por parte de lesados por violações aos arts. 101º TFUE e 9º LdC, afastando os principais obstáculos e indicando vantagens daí advenientes.

### 6.1.- Acesso aos elementos de prova.

O primeiro passo a dar consiste no **alargamento do acesso**<sup>151</sup> aos elementos de prova em poder das AC, quer da Comissão quer de qualquer ANC dos EM. Retomando o que se disse acima e aproveitando as categorias de informações plasmadas na Proposta de Directiva e na Comunicação sobre o Acesso ao Processo, defendemos o acesso por parte dos lesados por um acordo colusório a todos os documentos em posse das AC que possuam poder probatório. Excluem-se os documentos internos e as comunicações entre as AC e outras autoridades públicas. Informações confidenciais, declarações de empresas (mesmo que beneficiárias de imunidade plena), informações pré-existentes, enfim, tudo o que as AC podem usar para instruir o seu processo, aos lesados deverá também ser permitido usar<sup>152</sup>.

Quanto ao **momento** em que tal acesso pode ser efectuado, entendemos que deverá ser apenas após a decisão da Comissão ou da ANC se ter tornado definitiva, ou seja, insusceptível de recurso administrativo ou judicial e independentemente do tipo específico de documento. Assim, o que propugnamos valerá só para as designadas acções *follow-on*. Além do benefício de a decisão administrativa definitiva ser vinculativa, salvaguardam-se os interesses de investigação das AC, assim se afastando mais um dos obstáculos que a

---

<sup>151</sup> O art. 5º nº 8 da Proposta de Directiva prevê esta possibilidade, deixada ao critério dos EM. No entanto, a possibilidade sempre existiu, visto que não existem normas comunitárias que o inibam, e dentro dos EM, tal se acha na disponibilidade político-legislativa do próprio legislador.

<sup>152</sup> Em concordância, Van Gerven, citado no artigo de Alberto Saavedra: Access by National Courts and Private Plaintiffs to Leniency Documents Held by the Commission, Revista de Concorrência e Regulação. Coimbra. ISSN 1647-5801. A. 3, nº 10 (2012), p. 65-89, pág. 71 e nota 28 da obra. Saavedra defende uma posição mais comedida que a nossa, na qual os beneficiários de imunidade plena ficariam protegidos de ver ordenada a revelação das provas facultadas, admitindo a revelação dos restantes documentos em posse da Comissão.

Comissão usa para negar o acesso ao seu processo<sup>153</sup>. A Proposta de Directiva acolhe este limite temporal quanto aos documentos previstos nas als. a) e b) do art. 6º nº2.

Naturalmente, um acesso irrestrito torna-se demasiado oneroso para os infractores, essencialmente por arriscar expor os seus segredos comerciais e outras informações particularmente sensíveis. Impõem-se algumas **restrições** na forma como estes são acedidos e utilizados. Por este motivo, todos os documentos cujo acesso defendemos deverão ser objecto de um crivo por parte do juiz do caso. Após requerimento do interessado<sup>154</sup>, caberá ao julgador, em moldes semelhantes ao procedimento no âmbito do segredo bancário ou profissional cuja revelação é permitida, determinar se se impõe fazer uso de tais elementos. Assim, aos juízes do caso caberá o papel de ordenar que os elementos de prova que tenham servido para fundar a decisão administrativa lhe sejam facultados. Aferir-se-á se os elementos contêm informação relevante para o específico caso *sub judice*. Se o juiz entender que os mesmos não são úteis, o pedido é indeferido e a informação deixa de poder ser útil naquele caso. Para que, em caso afirmativo, as cópias das provas sejam facultadas à parte lesada, para instrução do seu pedido, será necessário um passo extra. Os documentos de onde constem segredos comerciais, que quebrem o legítimo anonimato ou que permitam exercer sobre terceiros pressão significativa deverão ser expurgados dos dados que não sejam estritamente necessários<sup>155</sup>, resultando assim numa versão não confidencial, a elaborar pelo arguido. Entendemos, porém, que a excepção limite a que se refere o ponto 24 da Comunicação sobre o Acesso ao Processo não será de acolher<sup>156</sup>, por ser maior o risco de os lesados darem mau uso à informação assim obtida, independentemente das sanções com que possam ser ameaçados. Tal

---

<sup>153</sup> Na explicação pormenorizada da Proposta de Directiva, ponto 4.2. al. d), é defendida a ideia de que mesmo os documentos que possam ser revelados apenas o serem após a conclusão da investigação das AC.

<sup>154</sup> Cumpridos que sejam os requisitos desse pedido, previstos no art. 5º nº2 als. a) e b) da Proposta de Directiva, ou seja, demonstração da relevância e especificação dos elementos de prova. Reiteramos o que acima dissemos acerca do requisito da proporcionalidade. É necessário que seja, *prima facie*, demonstrada a adequação e essencialidade desses elementos de prova, sem os quais o pedido indemnizatório cai por terra. Quanto à proporcionalidade estrita, haverá que ponderar se os interesses do lesado se sobrepõem ao do infractor, ou seja, de quem o maior prejuízo se tais elementos forem ou não revelados. Enfim, só serão reveladas as informações estritamente essenciais a fundamentar a posição do requerente e não mais. Isto pode levar, em certos casos, a excluir, p. ex., provas sobre a duração ou gravidade da infracção.

<sup>155</sup> Em moldes semelhantes ao que é dito nos pontos 24 e 25 da Comunicação sobre o Acesso ao Processo. Ver ponto 5.2. antepenúltimo parágrafo.

<sup>156</sup> Veja-se que a mesma consiste em admitir a revelação de informações consideradas confidenciais, quando a mesma seja necessária para incriminar ou desculpar uma das partes, prevalecendo o direito de defesa sobre o direito à confidencialidade. Numa acção civil, isto implicaria o acesso a informações comerciais ou afins, que defendemos deverem ser excluídas dos elementos de prova.

contribuiria também para refrear os infractores de cooperar com as autoridades. Além disso, o dano provável seria maior para o demandado do que para o demandante. Valeria aqui a mesma presunção<sup>157</sup> de que, após 5 anos, as informações comerciais (volume de negócios, vendas, quotas de mercado e análogas) submetidas deixariam de estar excluídas de serem reveladas.

Finalmente, tamanha liberdade só será admissível se a quem for concedido acesso, seja parte, seja representante legal, seja mandatário, puder incorrer em **sanções** suficientemente fortes para demover qualquer uso ilícito, dentro ou fora do processo em causa. Tal poderá ser efeito nos moldes do art. 8º da Proposta de Directiva.

Quanto maior for a possibilidade de serem civilmente condenados, maior será o efeito dissuasor (*deterrence*) e maior será a eficácia das normas de concorrência. Além disso, contribuir-se-ia para a redução dos efeitos morais negativos<sup>158</sup> que um programa de clemência implica, por se premiar um infractor, assegurando a justiça retributiva. Reduzem-se em certa medida os benefícios de que os infractores a quem seja dada imunidade podem gozar, cumprindo assim um dos requisitos que Wils<sup>159</sup> firma para a admissibilidade deste tipo de programas. Doutro passo evita-se também uma manobra perniciosa que consiste numa espécie de efeito escudo. Tal traduz-se na submissão de documentação às AC, com a ciência da protecção dada a tais informações, em especial no âmbito de programas de clemência, para se eximirem a facultar provas em acções civis subsequentes. E.g., o art. 81º LdC classifica, já o dissemos, de confidenciais, automaticamente, todos os dados facultados no sentido de se obter imunidade ou redução de coimas. Atendendo a isto, uma empresa poderá pretender entregar mais provas do que as estritamente necessárias, para que apenas a sanção administrativa lhe seja aplicada, e porventura nem isso, se obtiver imunidade plena.

---

<sup>157</sup> A que se refere o ponto 23 da Comunicação sobre o Acesso ao Processo.

<sup>158</sup> Maria Laranjeira (nota 171), pág. 75.

<sup>159</sup> Nota 98.



## 6.2.- Presunção de dano.

No art. 16º nº1 e ponto 4.5. da Proposta de Directiva, estabelece-se, a favor dos demandantes, uma presunção de existência de danos, provada que seja a existência de um cartel. Segundo o ponto 4.5.<sup>160</sup>, 9 em cada 10 cartéis causam sobrecustos, que incidem, tendencialmente, sobre os intervenientes a jusante, até ao consumidor ou adquirente final. A presunção é ilidível, podendo a empresa demandada em juízo oferecer provas que não causou danos pela sua actuação, ou, pelo menos, não ao respectivo demandante. Tal desonera o autor do pedido de provar em que a conduta do opositor se materializou em prejuízos, prova que, fácil é de ver, envolve estudos económicos aturados, morosos e acima de tudo onerosos, que a maioria dos eventuais lesados não pode suportar. De resto, a empresa infractora será a que melhor acesso terá a provas exculpatórias, delas podendo fazer uso melhor que ninguém. Esta medida, aliada ao acesso alargado de dados em poder das AC e aos elementos de prova que os demandantes possam deter, levará a um significativo aumento do sucesso das acções de indemnização, neste tema.

## 6.3.- A responsabilidade civil solidária e subsidiária.

Outro aspecto a considerar prende-se com a responsabilidade civil do infractor, em especial quando tenha colaborado no âmbito de um programa de clemência. Partilhamos genericamente da solução adoptada pelos governos húngaro<sup>161</sup> e norte-americano<sup>162</sup>, que consiste na consagração da responsabilidade solidária entre os infractores, gozando, porém, o beneficiário da imunidade plena, do estatuto de responsável subsidiário, ou seja, apenas sendo obrigado a ressarcir os danos quando os restantes não o

---

<sup>160</sup> Primeiro parágrafo.

<sup>161</sup> De forma mais desenvolvida, Caroline Cauffman (nota 52), págs 215 a 218.

<sup>162</sup> Com o Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act de 2004, o infractor passa apenas a ser responsável por *single damages* que tenha causado em vez de *treble damages* (*treble damages* correspondem ao valor do dano efectivamente apurado, multiplicado por três, a título sancionatório (o objectivo desta medida contido, e.g. no Clayton Antitrust Act de 1914, é o de motivar os lesados a intentar acções contra os infractores, embora não seja exclusiva da aplicação do direito da concorrência)). Além disso, aquele deixa de ser responsável por todos os danos do cartel passando a responder apenas pelos danos que o próprio tenha causado pela sua participação.

puderem fazer. Mais, caso venha a ser chamado a pagar alguma indemnização, quem beneficiar de imunidade gozará do direito de regresso contra os restantes infractores<sup>163</sup>. Isto e o facto de ser admitido o acesso mais amplo a elementos de prova por parte dos lesados, motivará o primeiro candidato à imunidade a facultar um leque mais alargado e relevante de provas que incriminem os restantes cartelistas, para assegurar que outros sejam responsabilizados antes de si. Mas não só. Segundo Coutinho de Abreu<sup>164</sup> por experiência, quando um dos infractores avança para colaborar, já o cartel se acha em crise ou dissolvido, o que conduz à erosão das provas eventualmente existentes. Com esta medida, aumenta o interesse de os participantes do acordo de colusão guardarem mais provas e por mais tempo<sup>165</sup>. Por outro lado, afasta o receio de que o mesmo fique em posição mais desvantajosa que os co-responsáveis<sup>166</sup>, que não cooperem com as AC. Protege-se também a atractividade dos programas de clemência, que é dos principais óbices à revelação de informação por parte das AC.

#### 6.4.- Alargamento do âmbito da clemência<sup>167</sup>.

Curiosamente, desde o primeiro programa de clemência adoptado pela Comissão em 1996, nunca houve norma que permitisse a concessão do benefício da imunidade ou redução de coimas a pessoas singulares. A LdC prevê no art. 76º al. b) como destinatários destes programas “os titulares do órgão de administração das pessoas coletivas e entidades equiparadas, bem como os responsáveis pela direcção ou fiscalização de áreas de actividade em que seja praticada alguma contraordenação, responsáveis nos termos do disposto no n.º 6 do artigo 73º”. Cremos que a ampliação dos tipos de

---

<sup>163</sup> Cf. Proposta de Directiva: art. 11º nº3, primeira parte. Quanto à limitação da responsabilidade na segunda parte do nº3, a nossa concordância depende de, casuisticamente, tal não obstar à reparação plena dos concretos lesados, que não os enunciados na norma. Porém, dado que tal se nos afigura como caso de muito rara ocorrência, a norma leva uma apreciação positiva.

<sup>164</sup> J. M. Coutinho de Abreu, “La aplicación privada del derecho de defensa de la competencia en Portugal” (nota 104), ponto IV, in fine.

<sup>165</sup> Sobre a manutenção, pelos infractores, de informação que os possa precaver contra investigações de acordos em que participam ou participaram, Steffen Brenner, Humboldt – University, Berlim, 15 de Março de 2005.

<sup>166</sup> Com este objectivo foi esta medida acolhida na Proposta de Directiva, art. 11º nº2.

<sup>167</sup> Ver *supra*, ponto 4.2.

destinatários aliada à possibilidade de ser concedida uma atenuação<sup>168169</sup>, adicional ou excepcional, em caso de submissão de provas relativas a outras práticas proibidas susceptíveis de dar início a novas investigações pelas AC, configuraria um significativo incentivo à cooperação. Um número acrescido de potenciais delatores produz dois efeitos benéficos. Primeiro, aumenta o esforço de se criar e manter em funcionamento um acordo colusório, por existirem mais factores de incerteza sobre o sucesso da prática concertada. Segundo, torna ainda mais competitiva a “corrida” para fornecer às AC provas que permitam obter em troca a imunidade ou redução da coima, quando se suspeite haver risco de ser apanhado, o que se traduz numa maior atractividade dos programas deste tipo.

### 6.5.- *Low cost compliance reinforcement.*

Como se deu conta acima, as instituições públicas responsáveis pela aplicação do direito da concorrência colocam o *public enforcement* acima do *private enforcement*, o interesse público na salvaguarda do mercado concorrencial sobre o ressarcimento dos prejudicados pelos desvios a este.

De todos os lados, tribunais, doutrina, associações de consumidores e de profissionais jurídicos, grupos de representantes de empresas e até a própria Comissão reconhecem o papel complementar entre ambas as formas de *enforcement*, ao reconhecerem o direito à plena indemnização. De igual modo, de além-mar, o sistema norte-americano<sup>170</sup> é essencialmente privado, o que, não obstante ser um modelo com inegáveis diferenças estruturais, revela que uma aproximação diferente é igualmente plausível, podendo colher-se resultados positivos em favor da aplicação privada do direito da concorrência.

---

<sup>168</sup> Por exemplo, em termos análogos ao revogado art. 7º da Lei 39/2006.

<sup>169</sup> Na Letónia, acham-se em discussão alterações à lei da concorrência, sendo uma delas precisamente a previsão deste mecanismo de *amnesty plus*. Outra das alterações em debate consiste na presunção ilidível de que os preços praticados pelos membros de cartéis foram inflacionados em 10%, auxiliando na quantificação dos danos a reparar. ECN Brief 01/2014, de Fevereiro, disponível em [http://ec.europa.eu/competition/ecn/brief/01\\_2014/brief\\_01\\_2014\\_short.pdf](http://ec.europa.eu/competition/ecn/brief/01_2014/brief_01_2014_short.pdf).

<sup>170</sup> Para consulta de estatísticas para 2012-2013, ver: <http://www.uscourts.gov/Viewer.aspx?doc=/uscourts/Statistics/FederalJudicialCaseloadStatistics/2013/tables/C02Mar13.pdf>. Na secção relativa às acções no campo antitrust, conta-se, em 2013, 776 casos de acções propostas em tribunal. Dessas, 762 foram iniciadas por particulares.

Além disso, é necessário salientar que os programas de clemência apenas serão úteis quando às AC seja reconhecida eficácia na luta contra os cartéis, ou seja, são complementares, no *public enforcement*. Um infractor apenas terá interesse em colaborar se o risco de ser apanhado for alto<sup>171</sup>. E isto só se consegue, se: as AC forem dotadas dos poderes e meios necessários para uma prática investigatória, o que implica, genericamente, uma alocação racional e significativa de recursos (económicos, humanos e técnicos); em consequência da primeira, as taxas de descoberta e punição deverão levar a sanções elevadas o suficiente<sup>172</sup> para motivar a colaboração com as entidades administrativas<sup>173</sup>. De contrário, os programas de clemência podem tornar-se inoperantes<sup>174</sup>. Importa que o legislador, comunitário<sup>175</sup> e nacional, influa sobre estes factores, melhorando qualitativamente o primeiro e aumentando quantitativamente o segundo. Naturalmente, tal traduzir-se-á num aumento de custos com as AC. É óbvio. Porém, é também esse o principal motivo pelo qual muitas medidas são postas de parte<sup>176</sup>. Uma maior acessibilidade aos meios de prova, além de reforçar a aplicabilidade e respeito pelas normas concorrenciais, é, a nosso ver, uma medida pouco onerosa, tanto para a Comissão como para as autoridades públicas de cada EM. Servem-se ao mesmo tempo dois interesses complementares entre si, público e privado<sup>177</sup>.

Creemos que a revelação alargada de informação probatória, juntamente com as restantes medidas sugeridas, constitui um dever que pende sobre o legislador nacional e

---

<sup>171</sup> Sobre os principais factores que influenciam este risco: Maria Inês Neves dos Santos Laranjeira, O Estatuto da Clemência no Direito da Concorrência, Dissertação de Mestrado, Coimbra, 2009, pág. 70 e ss.

<sup>172</sup> Segundo estatísticas da UE, as coimas aplicadas, no espectro dos 10%, em 60.92% dos casos as coimas não chegam a 1% do valor do exercício anterior. Quanto aos valores mais elevados, entre 9 e 9,99%, apenas foram aplicados em 9,20% da totalidade dos casos de cartéis. Em Portugal, segundo o Doutor Caramelo (ver nota 106), a média não excede os 3-4%, nos poucos casos que se contam.

<sup>173</sup> Ver Maria Laranjeira (nota 171), sobre a Teoria dos Jogos, pág. 82 e ss. Sobre uma aproximação matemática deste factor de desestabilização dos cartéis veja-se Cécile Aubert, Patrick Rey e William E. Kovacic: The Impact of Leniency and Whistleblowing Programs on Cartels, 21 de Junho de 2005.

<sup>174</sup> Nota 171, pág. 74.

<sup>175</sup> As guidelines sobre a quantificação de coimas, alteradas em 1998 e 2006, revelam que a tendência é para aumentar o valor a aplicar (ver nota 171, pág. 73).

<sup>176</sup> Basta ler documentos como o Livro Verde e o Livro Branco da Comissão, bem como o Relatório de Avaliação de Impacto (da Proposta de Directiva, de 11 de Junho de 2013), onde a preocupação com os custos de implementação de medidas constitui o factor chave.

<sup>177</sup> Num excerto de um comunicado à imprensa, sobre o caso CDC Hydrogene Peroxide vs Comissão (nota 121) “leniency and cooperation programmes—the effectiveness of which the Commission sought to protect—are not the only means of ensuring compliance with EU competition law (...) The General Court also observed that, as a matter of policy, private damages actions can make **as significant a contribution to the maintenance of effective competition in the EU as public enforcement does**”. Disponível em: [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-06-560\\_en.htm?locale=en](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-06-560_en.htm?locale=en). Negrito nosso.

comunitário. O direito da concorrência, em Portugal, veria, certamente, melhorias. Contribuir-se-ia para que a sua aplicação deixasse de ser incipiente, assegurando o objectivo essencial e norteante de permitir o ressarcimento integral dos lesados por práticas de cartelização. Podemos e devemos ir mais longe na realização da Justiça.

Por último, entendemos que o ideal seria que aquilo que sugerimos constasse de um instrumento normativo vinculativo, a directiva europeia, pelas mesmas razões expendidas supra, no ponto 5.4. Mas, tal como se dispõe no art. 20º da Proposta de Directiva, os EM disporão, estima-se, de um prazo de 2 anos para incluírem as medidas avançadas. O legislador português, correndo o risco de ser repetitivo, não precisa de esperar tanto tempo para se adequar atempadamente ao rumo que, aparentemente, a Europa leva.

## 7.- Conclusão.

Ao longo desta dissertação procuramos elucidar o leitor daquela que é a actual postura da Comissão sobre permitir o acesso aos documentos que constam do seu processo. Vimos que, ao abrigo das diversas excepções constantes dos diplomas legais aplicáveis, a mesma se mostra pouco ou nada cooperante com quem se considera lesado por práticas de cartéis que a Comissão esteja a investigar ou tenha, já, investigado.

No entanto, e em especial, a partir do Tratado de Lisboa, onde se acolheu, colocando a par com os principais tratados em vigor, enquanto fontes normativas, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, surgiram novos factores a considerar. Concretamente, procuramos demonstrar que o Princípio da Transparência e o direito de acesso à informação, extraídos destes textos, constituem uma base jurídica que justifica alterações no actual quadro da situação. Vimos também que o direito ao silêncio e o direito à privacidade e à confidencialidade não deverão ser considerados como obstáculo à tese por nós propugnada. Além disso, as (actuais) legítimas expectativas dos sujeitos que cooperam com as AC em que os dados que facultem não extravasem o processo administrativo por estas levado a cabo, não merecem acolhimento. Resultam tão só de opções políticas, que, no quadro que sugerimos, deixam de ter razão de ser.

Às implicações que estes diplomas trazem, juntam-se recentes produções jurisprudenciais, de que demos como exemplo os casos *Courage* e *Pfleiderer*, onde se afirma o direito à reparação plena e efectiva dos lesados por acordos colusórios, bem como a necessidade de se apurar, com rigor e casuisticamente, se os documentos em posse das AC podem ou não ser facultados para instruir acções de indemnização.

Creemos ter demonstrado que é possível manter a atractividade dos programas de clemência, apesar de se revelar mais material, actualmente protegido, se a revelação for temperada por medidas paralelas como as sugeridas acima.

Mostramos também que subsiste a necessidade de facultar, de forma ampla, o acesso a provas, para preencher os elementos da responsabilidade civil, que não possam ser

obtidas de outras formas, sendo que de outro modo, o direito à reparação efectiva permanecerá, em geral, por cumprir.

Creemos que tal contribuirá para uma melhoria generalizada da aplicação pública e privada do direito da concorrência, servindo-se ao mesmo tempo, ambos os interesses tipicamente subjacentes.

## BIBLIOGRAFIA

### Internet:

Caso 3699/2006/ELB, disponível em <http://www.ombudsman.europa.eu/cases/summary.faces/pt/4944/html.bookmark>.

Caso C-28/95 Leur-Bloem,. Acórdão disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=43705&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=222293>.

Caso C-482/10 Cicala <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=117183&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=221703>.

Comentário produzido pela AdC ao Livro Branco da Comissão, disponível em: [http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/white\\_paper\\_comments/acport\\_pt.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/white_paper_comments/acport_pt.pdf).

Comunicado à imprensa, sobre o caso CDC Hydrogene Peroxide Disponível em: [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-06-560\\_en.htm?locale=en](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-06-560_en.htm?locale=en).

ECN Brief 01/2014, de Fevereiro, disponível em [http://ec.europa.eu/competition/ecn/brief/01\\_2014/brief\\_01\\_2014\\_short.pdf](http://ec.europa.eu/competition/ecn/brief/01_2014/brief_01_2014_short.pdf).

Estatísticas EUA para 2012-2013, ver: <http://www.uscourts.gov/Viewer.aspx?doc=/uscourts/Statistics/FederalJudicialCaseloadStatistics/2013/tables/C02Mar13.pdf>.

<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30dbb50e026b594e4086b568fc9866da3b65.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuKbNz0?text=&docid=102199&pageIndex=0&doclang=EN&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=542614>.

[http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/white\\_paper\\_comments/acport\\_pt.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/white_paper_comments/acport_pt.pdf).

[http://ec.europa.eu/competition/ecn/brief/01\\_2014/brief\\_01\\_2014\\_short.pdf](http://ec.europa.eu/competition/ecn/brief/01_2014/brief_01_2014_short.pdf).



<http://ec.europa.eu/competition/ecn/documents.html>.

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61999J0453:PT:HTML>.

<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2006:353:0054:0059:PT:PDF>

Site da AdC:  
[http://www.concorrenca.pt/vPT/Praticas\\_Proibidas/Deciso es\\_da\\_AdC/Praticas\\_Colusivas/Paginas/lista.aspx](http://www.concorrenca.pt/vPT/Praticas_Proibidas/Deciso es_da_AdC/Praticas_Colusivas/Paginas/lista.aspx).

### **Legislação e textos conexos:**

Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act de 2004.

Código Civil.

Código de Processo Civil.

Código de Processo Penal.

Comunicação da Comissão – Relatório sobre a aplicação do Regulamento 1/2003 de 29/04/2009.

Comunicação da Comissão relativa à condução de procedimentos de transacção para efeitos da adopção de decisões nos termos do artigo 7º e do artigo 23º do Regulamento (CE) nº 1/2003 do Conselho nos processos de cartéis - Jornal Oficial da União Europeia 2008/C 167/01.

Comunicação da Comissão Relativa à imunidade em matéria de coimas e à redução do seu montante nos processos relativos a cartéis - Jornal Oficial da União Europeia 2006/C 298/11.

Comunicação da Comissão Relativa à imunidade em matéria de coimas e à redução do seu montante nos processos relativos a cartéis - Jornal Oficial da União Europeia 96/C 207/04.

Comunicação da Comissão Relativa à imunidade em matéria de coimas e à redução do seu montante nos processos relativos a cartéis - Jornal Oficial da União Europeia 2002/C 45/03.

Comunicação da Comissão relativa às regras de acesso ao processo nos casos de aplicação dos artigos 81º e 82º do Tratado CE, artigos 53º, 54º e 57º do Acordo EEE e do Regulamento (CE) nº 139/2004 do Conselho - Jornal Oficial da União Europeia 2005/C 325/07.

Comunicação da Comissão sobre a cooperação entre a Comissão e os tribunais dos Estados-Membros da UE na aplicação dos artigos 81º e 82º do Tratado CE – Jornal Oficial da União Europeia 2004/C 101/04.

Decreto-Lei 433/82, de 27 de Outubro.

Decreto-Lei n.º 67/2012. D.R. n.º 57, Série I de 2012-03-20.

Estatuto da Ordem dos Advogados.

Estatutos da Autoridade da Concorrência, Decreto-Lei nº 10/2003, de 18 de Janeiro.

Lei 39/2006 de 25 de Agosto.

Lei da Concorrência: Comentário Conimbricense, dir. Miguel Gorjão Henriques, Almedina, Maio de 2013.

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

Proposta de Lei 45/XII de 2012/02/06.

Regulamento n.º 1/2003 de 16 de Dezembro de 2002.

Regulamento n.º 773/2004 de 7 de Abril de 2004.

Regulamento nº 1049/2001 do Parlamento Europeu e do Conselho de 30 de Maio de 2001.

Regulamento nº 94/2006, de 25 de Maio.

Tratado da União Europeia, em vigor desde 1 de Novembro de 1993.

Tratado de Lisboa, em vigor desde de 1 de Dezembro de 2009.

Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

**Jurisprudência e Decisões Administrativas:**

Acórdão do caso C-298/98P Finnboard vs Comissão [2000] ECR I-10171.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 5 de Janeiro de 2005, Proc. 4P3276

Bundesrepublik Deutschland.

Caso AM&S Ltd vs Comissão [1982] ECR 1575.

Caso Azko Nobel Chemicals Ltd vs Comissão T-125/03 e T-253/03 [2007] ECR II-3523.

Caso C-260/04 Comissão vs Itália.

Caso C-279/09 DEB Deutsche Energiehandels- und Beratungsgesellschaft mbH v.

Caso C-374/87 Orkem vs Commission [1989] ECR 3343.

Caso C-543/09 Deutsche Telekom AG v Bundesrepublik Deutschland [2011] ECR I-00000.

Caso Courage Ltd. V Bernard Crehan, C-453/99 de 20 de Setembro de 2001.

Caso Funke vs France, Série A, No. 256-A, (1993) 16 EHRR 297.

Caso Pfleiderer AG v Bundeskartellamt. de 21 de Janeiro de 2008 Case C-360/09.

Caso Roquette Freres vs DGCCRF, C-94/00, ECR I-9011.

Caso T-123/99, JT's Corporation v Commission [2000] ECR II-3269, n° 46.

Caso T-123/99, JT's Corporation v Commission [2000] ECR II-3269, n° 46.

Caso T-2/03, Verein für Konsumenteninformation v Commission [2005] ECR II-1121, n° 73.

Caso T-2/03, Verein für Konsumenteninformation v Commission [2005] ECR II-1121, n° 73.

Caso T-437/08 CDC Hydrogene Peroxide Cartel Damage Claims (CDC Hydrogene Peroxide) vs Comissão.

Caso Van Gend en Loos C-26/62.

Caso Zwartveld e no caso Postbank - Processo C-2/88, Zwartveld, Col. 1990, p. I-4405.

Courage Ltd. V Bernard Crehan, C-453/99.

Decisão da Comissão de 3 de Maio de 2006 no Processo COMP/F/C.38.620 — Peróxido de hidrogénio e perborato.

Processo T-353/94, Postbank, Col. 1996, p. II-921.

#### **Artigos, manuais e outros textos:**

Alberto Saavedra: Access by National Courts and Private Plaintiffs to Leniency Documents Held by the Commission, Revista de Concorrência e Regulação. Coimbra. ISSN 1647-5801. A. 3, nº 10 (2012), p. 65-89.

Assimakis P. Komminos: Public and Private Antitrust Enforcement in Europe: Complement? Overlap? – The Competition Law Review, vol.3 issue 1, págs. 5 a 26.

Caroline Cauffman, The Interaction of Leniency Programmes and Actions for Damages, The Competition Law Review, Volume 7, Issue 2, págs. 181 – 220, Julho de 2011.

Cécile Aubert, Patrick Rey e William E. Kovacic: The Impact of Leniency and Whistleblowing Programs on Cartels, 21 de Junho de 2005.

Documento de Trabalho do pessoal da Comissão que acompanha o Livro Branco de 2 de Abril de 2008.

European Competition Network , Protection of leniency material in the context of civil damages actions, de 23 de Maio de 2012.

Fernando Xarepe Silveiro; “O Regime Jurídico da Clemência na Nova Lei da Concorrência: novas valências, novos desafios”, Revista de Concorrência e Regulação. Coimbra. ISSN 1647-5801. A. 3, nº 10 (2012), p. 251-281.

Georg Berrisch, Eve Jordan e Rocio Salvador Roldan: E.U. Competition and Private Actions for Damages, The Symposium on European Competition Law Northwestern Journal of International Law & Business, Volume 24, Issue 3 Spring, 2004.

J. M. Coutinho de Abreu, “La aplicación privada del derecho de defensa de la competencia en Portugal”, in La aplicación privada del derecho de la competencia (dir. Luis Antonio Velasco San Pedro, Carmen Alonso Ledesma, Joseba A. Echebarría Sáenz, Javier Gutiérrez Gilsanz), Lex Nova, Valladolid, 2011, pp. 103-114.

J. M. Sérvulo Correia, “Efectividade e limitações do sistema português de aplicação impositiva do Direito da Concorrência através de meios processuais administrativos e civis”, in Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão, Volume II, (coord. António Menezes Cordeiro, Pedro Pais de Vasconcelos e Paula Costa e Silva), Almedina, Coimbra, 2008, pp. 1747-1789.

Livro Branco da Comissão sobre acções de indemnização por incumprimento das regras comunitárias no domínio antitrust de 2 de Abril de 2008.

Livro Verde da Comissão sobre acções de indemnização devido à violação das regras comunitárias no domínio antitrust de 19 de Dezembro de 2005.

Cécile Aubert, Patrick Rey e William E. Kovacic: The Impact of Leniency and Whistleblowing Programs on Cartels, 21 de Junho de 2005.

M.G. Nielen, Leniency material unveiled? Access by cartel victims to Commission and NMA files from a perspective of EU fundamental rights and cartel enforcement. Tese de Mestrado na Universidade de Utrecht, 2013.

Maria Inês Neves dos Santos Laranjeira, O Estatuto da Clemência no Direito da Concorrência, Dissertação de Mestrado, Coimbra, 2009

Modelo de Programa de Clemência da European Competition Network Setembro de 2006, revisto em Novembro de 2012.

Phillipe Billiet, “How Lenient is the EC Leniency Policy? A Matter of Certainty and Predictability”, European Competition Law Review, vol. 30, Issue 1, págs. 14 -21.

Steffen Brenner, Humboldt – University, Berlim, 15 de Março de 2005.

Sumário da decisão do caso Courage Ltd. V Bernard Crehan, C-453/99 tje de 20 de Setembro de 2001 TJUE.

Wouter P. J. Wils, “Self-Incrimination in EC Antitrust Enforcement: A Legal and Economic Analysis”, WC, Vol. 26, nº 4, Maio de 2003.