

## **A proteção dos documentos de leniência no âmbito de ações de indenização por violação das regras de concorrência na União Europeia**

Mariana Tavares<sup>1</sup>

### **RESUMO:**

Os programas de leniência têm sido os responsáveis pelo dinamismo no combate e punição dos cartéis. As ações de indenização das regras da concorrência são corolário do efeito útil da proibição da violação das regras de concorrência, permitindo que aqueles que sofreram um dano derivado dessa violação sejam ressarcidos. Porém, o desenvolvimento das ações de indenização tem levantado desafios ao nível do acesso aos documentos da leniência, que, se não acautelados, podem vir a ter um impacto negativo nos programas de leniência e consequentemente na capacidade das autoridades de concorrência na detecção e punição dos cartéis. Este artigo aborda a forma como as questões relativas ao acesso aos documentos da leniência pelas partes em ações de indenização estão a ser tratadas no âmbito da União Europeia.

Palavras chave: Leniência, Acesso aos documentos, Cartéis, Ações de indenização.

### **ABSTRACT:**

The leniency programs have been responsible for the dynamism in combating and punishing cartels. Actions for damages are part of the effectiveness of the prohibition of infringement of the competition rules. They allow those who have suffered harm derived from this breach to be reimbursed. However, the development of actions for damages has raised challenges in terms of access to documents of leniency file, which, if not solved, can have a negative impact on leniency programs and consequently on the ability of the competition authorities in the detection and punishment of cartels. This article discusses how the issues of access to leniency documents by the damage claimants are being addressed within the European Union.

Key words: Leniency, Access to file, Cartels, Private enforcement.

---

<sup>1</sup> Consultora Internacional do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento-PNUD. E-mail: [mariana.tavares@kcl.ac.uk](mailto:mariana.tavares@kcl.ac.uk)

**SUMÁRIO:** 1. Introdução 2. Direito a indenização por danos sofridos por violação das regras europeias da concorrência 3. Acesso aos documentos de leniência nos processos da Comissão Europeia 4. Acesso aos documentos de leniência a nível nacional dos Estados-Membros 5. Iniciativa do legislador europeu na proteção dos documentos de leniência 6. Conclusão

## **1. Introdução**

A questão da importância da proteção dos documentos de leniência tem estado no centro de um debate ao nível da União Europeia no contexto do desenvolvimento das regras de reparação de danos por violação das regras europeias da concorrência<sup>2</sup>.

A Comissão Europeia publicou, a 11 de Junho 2013, a proposta de Diretiva relativa a certas regras que regem as ações de indenização no âmbito do direito nacional por infração às regras da concorrência dos Estados Membros e da União Europeia, que visa em concreto questão do acesso aos documentos de leniência e a harmonização das regras de acesso a nível da União Europeia<sup>3</sup>.

Esta iniciativa da Comissão Europeia enquadra-se no seguimento de um conjunto de acórdãos do Tribunal de Justiça da União Europeia<sup>4</sup> que versam sobre a questão do acesso aos documentos da leniência junto das autoridades nacionais de concorrência por partes em ações de indenização e da necessidade de garantir a efetividade dos programas de leniência, que estão na base da deteção da mais perniciosa forma de violação das regras da concorrência: os cartéis.

Na parte I deste artigo será feito um enquadramento do direito à indenização dos danos sofridos pela violação das regras europeias de concorrência; na parte II procede-se a uma análise das regras de acesso aos documentos da leniência pelas partes em ações de indenização por violação das regras de concorrência; na parte III será discutido o acesso aos documentos da leniência no âmbito nacional dos Estados Membros e finalmente, na parte IV,

---

<sup>2</sup>As regras europeias da concorrência estão previstas nos artigos 101º e 102º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFEU) e que prevêm, respectivamente, a proibição de acordos restritivos da concorrência e abusos de posição dominante. A aplicação destes artigos ao nível da União Europeia é de competência paralela dos Estados Membros e da Comissão Europeia aplicando-se nos termos previstos no Regulamento n.º 1/2003 do Conselho, de 16 de Dezembro de 2002, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81.º e 82.º do Tratado, JO L 1 de 4.1.2003.

<sup>3</sup>Proposta de Diretiva do Parlamento europeu e do Conselho relativa a certas regras de regem as ações de indemnização no âmbito di direito nacional por infração às disposições do direito da concorrência dos Estados Membros e da União Europeia, COM (2013) 404 final. 11 junho 2013.

<sup>4</sup>Acórdãos do Tribunal de Justiça da União Europeia de 14 de Junho 2011, Processo C-360/09. *Pfleiderer v Bundeskartellamt*, Colectânea de Jurisprudência I -5161 e de 6 de Junho de 2013, Processo *Donau Chemie*, Processo C-536/11, ainda não publicado.

será abordada a proposta de Diretiva sobre as regras relativas às ações de indenização por violação das regras europeias da concorrência.

## **2. Direito a indenização por danos sofridos por violação das regras europeias da concorrência**

O Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) confirmou o direito a ser ressarcido pelos danos sofridos na sequência da violação das regras europeias da concorrência. No acórdão *Creham*<sup>5</sup>, onde em causa estava o ressarcimento de danos causados por contratos de distribuição de cerveja em Pubs Ingleses que continham cláusulas restritivas da concorrência violando o artigo 101.º TFUE, o TJUE expressamente ligou a questão do direito à indenização pelos danos à eficácia das regras da concorrência, referindo que:

“A plena eficácia do artigo [101.º] do Tratado e, em particular, o efeito útil da proibição anunciada no seu n.º 1 seriam postos em causa se não fosse possível a qualquer pessoa reclamar reparação do prejuízo que lhe houvesse sido causado por um contrato ou um comportamento susceptível de restringir ou falsear o jogo da concorrência.”<sup>6</sup>.

O mesmo entendimento veio a ser confirmado subsequentemente no Acórdão *Manfredi*,<sup>7</sup> relativo à compensação de danos sofridos pelo aumento do prêmio de seguro obrigatório para veículos automotivos, na sequência de um acordo de troca de informação entre seguradoras em Itália, que lhes permitiu coordenar e fixar o prêmio de seguro em um nível mais elevado, em violação das regras da concorrência artigo 101.º TFEU.

O TJUE confirmou também, no acórdão *GT-Link*,<sup>8</sup> que as ações de indenização podem ser interpostas contra empresas públicas nomeadamente no caso de abuso de posição dominante (artigo 102.º TFUE). No âmbito deste acórdão esta em causa o reembolso, a título indenizatório, das taxas discriminatórias cobradas por uma empresa pública dinamarquesa proprietária e exploradora de um porto comercial, dependente de um ministério nacional, cujo orçamento estava na lei das finanças e que tinha uma posição dominante no mercado.

---

<sup>5</sup>Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 20 de Setembro de 2001, Processo C-453/99 *Courage Ltd v Creham*, Colectânea de Jurisprudência I-06297.

<sup>6</sup>Idem, para. 26.

<sup>7</sup>Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 13 de Julho de 2006, Processos Apensos C-295 a 298/04, *Manfredi v Lloyd Adriatico Assicurazione SpA*, Colectânea de Jurisprudência I-6619.

<sup>8</sup>Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 17 de Julho de 1997, Processo C-242/95, *GT-Link A/S v De Danske Statsbaner (DSB)*, Colectânea de Jurisprudência I-4449.

O desenvolvimento das ações de indenização por violação das regras europeias de concorrência tem estado no centro das atenções da Comissão Europeia. Um conjunto de iniciativas da Comissão com vista ao estudo desta temática teve início em 2005, com a publicação do *Livro Verde sobre ações de indenização devido à violação das regras comunitárias no domínio antitrust*,<sup>9</sup> ao qual se seguiu, em 2008, o *Livro Branco sobre ações de indenização sobre violação das regras europeias no domínio do antitrust*<sup>10</sup>. Estes dois documentos visaram a identificação dos obstáculos à criação de um sistema mais eficiente de ressarcimento de danos por violação das regras de concorrência, e a identificação de um conjunto de soluções para ultrapassar tais obstáculos. Mais recentemente, e no seguimento da discussão resultante das propostas apresentadas no Livro Branco, a Comissão Europeia apresentou no passado dia 11 de Junho uma *Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa a certas regras que regem as ações de indenização no âmbito do direito nacional por infração às regras de concorrência dos Estados Membros e da União Europeia*<sup>11</sup>.

A proposta de Diretiva procura assegurar a aplicação efetiva das regras de concorrência da União Europeia através da otimização e interação entre a aplicação pública e privada do direito da concorrência, e assegurar que as vítimas de infração às regras de concorrência possam obter uma reparação integral pelos danos sofridos<sup>12</sup>. Das medidas previstas na proposta de diretiva destacam-se, desde logo a proposta que uma decisão final que uma autoridade da concorrência da União Europeia tenha efeito vinculante perante os tribunais de qualquer Estado-Membro relativamente ao fato da existência de uma violação das regras e concorrência; assim como a criação de uma presunção ilidível que a violação das regras da concorrência causou dano. A proposta de diretiva prevê também a possibilidade de um infrator eliminar ou reduzir o montante da indenização se provar que o seu cliente direto repercutiu a sobre-faturação no preço cobrado sobre os seus próprios clientes.

Destacam-se também as regras de solidariedade nos termos das quais cada infrator é solidariamente responsável pela totalidade do dano causado, dispondo de direito de regresso perante os outros co-infratores.

Se por um lado a Comissão Europeia tem na sua agenda a dinamização das ações de indenização por violação das regras europeias da concorrência, por outro tem também a consciência que esta dinamização não pode ser feita à custa da eficiência dos programas de

---

<sup>9</sup>COM(2005)0672 final.

<sup>10</sup>COM(2008)165 final.

<sup>11</sup>COM/2013/0404 final - 2013/0185 (COD).

<sup>12</sup>Idem, ponto 1.2.

leniência da União Europeia e dos Estados Membros,<sup>13</sup> que têm sido responsáveis pelo sucesso na identificação e sanção dos cartéis. Assim, a proposta de diretiva prevê também regras de acesso aos documentos da leniência harmonizadas ao nível dos Estados Membros<sup>14</sup>.

De fato, em consideração da disparidade das regras existentes ao nível dos Estados-Membros relativamente ao acesso aos documentos em processos por violação das regras de concorrência, dos recentes acórdãos do TJUE<sup>15</sup> sobre esta matéria e da incerteza daí resultante quanto à divulgabilidade das informações relacionadas com a clemência ser suscetível de influenciar a decisão de uma empresa cooperar ou não com as autoridades da concorrência no âmbito do seu programa de leniência, a Comissão Europeia considerou que:

Na ausência de qualquer ação juridicamente vinculativa a nível da UE, a efetividade dos programas de clemência - que constituem um instrumento muito importante na aplicação pública das regras de concorrência da UE - poderá ser, assim, seriamente prejudicada pelo risco de divulgação de certos documentos em ações de indemnização nos tribunais nacionais<sup>16</sup>.

### **3. Acesso aos documentos de leniência nos processos da Comissão Europeia**

O Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia consagra o princípio da transparência ou da abertura no seu artigo 15.º, cujo n.º 3 prevê que todos os cidadãos da União e todas as pessoas singulares ou coletivas 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 gerais e os limites que, por razões de interesse público ou privado, hão de reger o exercício do direito de acesso aos documentos e que serão definidos por meio de regulamentos adotados pelo Parlamento Europeu e o Conselho, deliberando de acordo com o processo legislativo ordinário. O regulamento que rege as regras de acesso aos documentos é o Regulamento n.º

---

<sup>13</sup>Para uma análise da relação e eventual impacto entre as ações de indenização e a aplicação das regras da concorrência ver W. Wils, “The relationship between Public Enforcement and Private Actions for Damages” (2009) 32(1) *World Competition* e A. Komninos, “The interaction between the Public and Private Enforcement”, 6th International Conference on Competition Law and Policy, IMEDIPA, 2012.

<sup>14</sup>Ver infra Parte III.

<sup>15</sup>Ver infra Parte II.

<sup>16</sup>Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa a certas regras que regem as ações de indenização no âmbito do direito nacional por infração às regras de concorrência dos Estados Membros e da União Europeia, já citada, Ponto 1.2.

1049/2001, de 30 de Maio de 2001,<sup>17</sup> relativo ao acesso ao público aos documentos do Parlamento Europeu, do Conselho e da Comissão.

Este regulamento é também chamado Regulamento “transparência” por implementar o princípio do acesso do público aos documentos na posse das instituições europeias, determinando que em princípio, todos os documentos das instituições deverão ser acessíveis ao público, prevendo que determinados interesses públicos e privados devem ser protegidos através de exceções<sup>18</sup>.

O Tribunal de Justiça da União Europeia já confirmou que o Regulamento “transparência” é aplicável a documentos existentes em processos por aplicação das regras de concorrência. Nos termos do n.º2 do artigo 4.º do Regulamento 1049/2001 a Comissão Europeia deverá, no entanto, recusar a acesso a tais documentos se tal divulgação puder prejudicar interesses comerciais das pessoas singulares ou coletivas; processos judiciais e consultas jurídicas e objetivo de atividade de inspeção e inquérito e auditoria, exceto quando um interesse público superior imponha a divulgação. De modo a recusar o acesso aos

---

<sup>17</sup>JO L 145 de 31.5.2001

<sup>18</sup>As exceções ao acesso aos documentos das instituições da União Europeia estão previstas no artigo 4.º do Regulamento 1049/2001, que tem a epígrafe “Exceções” e que dispõe o seguinte:

*1. As instituições recusarão o acesso aos documentos cuja divulgação pudesse prejudicar a protecção:*

*a) Do interesse público, no que respeita:*

*— à segurança pública,*

*— à defesa e às questões militares,*

*— às relações internacionais,*

*— à política financeira, monetária ou económica da Comunidade ou de um Estado-Membro;*

*b) Da vida privada e da integridade do indivíduo, nomeadamente nos termos da legislação comunitária relativa à protecção dos dados pessoais.*

*2. As instituições recusarão o acesso aos documentos cuja divulgação pudesse prejudicar a protecção de:*

*— interesses comerciais das pessoas singulares ou colectivas,*

*incluindo a propriedade intelectual,*

*— processos judiciais e consultas jurídicas,*

*— objectivos de actividades de inspecção, inquérito e auditoria, excepto quando um interesse público superior imponha a divulgação.*

*3. O acesso a documentos, elaborados por uma instituição para uso interno ou por ela recebidos, relacionados com uma matéria sobre a qual a instituição não tenha decidido, será recusado, caso a sua divulgação pudesse prejudicar gravemente o processo decisório da instituição, excepto quando um interesse público superior imponha a divulgação. O acesso a documentos que contenham pareceres para uso interno, como parte de deliberações e de consultas preliminares na instituição em causa, será recusado mesmo após ter sido tomada a decisão, caso a sua divulgação pudesse prejudicar gravemente o processo decisório da instituição, excepto quando um interesse público superior imponha a divulgação.*

*4. No que diz respeito a documentos de terceiros, a instituição consultará os terceiros em causa tendo em vista avaliar se qualquer das excepções previstas nos n.os 1 ou 2 é aplicável, a menos que seja claro se o documento deve ou não ser divulgado.*

*5. Qualquer Estado-Membro pode solicitar à instituição que esta não divulgue um documento emanado desse Estado-Membro sem o seu prévio acordo.*

*6. Quando só algumas partes do documento pedido forem abrangidas por qualquer das excepções, as restantes partes do documento serão divulgadas.*

*7. As excepções previstas nos n.os 1 a 3 só são aplicáveis durante o período em que a protecção se justifique com base no conteúdo do documento. As excepções podem ser aplicadas, no máximo, durante 30 anos. No que se refere aos documentos abrangidos pelas excepções relativas à vida privada ou a interesses comerciais e aos documentos sensíveis, as excepções podem, se necessário, ser aplicáveis após aquele período.*

documentos nesta base, a Comissão Europeia deverá proceder a uma análise concreta e individual em cada caso de modo a recusar o acesso.<sup>19</sup>

As partes em ações de reparação de dano por violação das regras de concorrência, têm tentado obter o acesso aos documentos constantes dos processos da Comissão por meio deste Regulamento n.º 1049/2001.<sup>20</sup>

A Comissão tem recusado acesso aos documentos da leniência, com base nas exceções ao acesso aos documentos previstas no artigo 4.º do Regulamento, cujo n.º3 determina que:

*O acesso a documentos, elaborados por uma instituição para uso interno ou por ela recebidos, relacionados com uma matéria sobre a qual a instituição não tenha decidido, será recusado, caso a sua divulgação pudesse prejudicar gravemente o processo decisório da instituição, excepto quando um interesse público superior imponha a divulgação.*

*O acesso a documentos que contenham pareceres para uso interno, como parte de deliberações e de consultas preliminares na instituição em causa, será recusado mesmo após ter sido tomada a decisão, caso a sua divulgação pudesse prejudicar gravemente o processo decisório da instituição, excepto quando um interesse público superior imponha a divulgação.*

A Comissão Europeia tem recusado o acesso aos documentos de leniência a partes em ações de reparação de danos por violação das regras de concorrência alegando que o referido acesso colocaria em causa os objetivos da sua atividade de inspeções e inquérito futuros, na medida em que possíveis requerentes de leniência poderiam optar por não confessar o cartel e denunciá-lo à Comissão permitindo a sua investigação a sanção por temerem que o seu pedido de leniência fosse acessível no âmbito de ações de reparação de danos<sup>21</sup>.

Esta posição da Comissão Europeia tem sido confirmada pelo Tribunal Geral que considera que uma ação de indemnização é um interesse particular ou privado não podendo ser invocado como um interesse público superior que seja susceptível de prevalecer sobre a confidencialidade definida pela exceção prevista no artigo 4º, nº 3, segundo parágrafo, do Regulamento nº. 1049/2001. O Tribunal Geral teve a oportunidade de se pronunciar

---

<sup>19</sup>Acórdãos do Tribunal Geral da União Europeia de 6 de Julho de 2006, Processo T-291/03 e T-70/04 *Yves Franchet e Daniel Byk contra Comissão das Comunidades Europeias*, Colectânea de Jurisprudência 2006-II-02023 e de 9 de Junho de 2012, Processo T-237/05, *Éditions Odile Jacob SAS contra Comissão Europeia*, Colectânea da Jurisprudência 2010 II-02245.

<sup>20</sup>G. Di Stefano, “Access of Damages Claimants to Evidence Arising out of EU Cartel Investigations: A Fast-evolving Scenario” (2009) 3 *Global Competition Litigation Review* e L. Idot, F. Zivy, “L'accès au dossier des autorités de concurrence dans le cadre des actions privés: État des lieux deux ans après l'arrêt *Pfleiderer*” (2013) 3 *Concurrences*.

<sup>21</sup>Sobre a tensão existente entre a manutenção da eficácia dos programas da leniência e as ações de indenização ver R. Pike, F. Richmond, “Disclosure of Leniency Materials by EU competition Authorities: Protection in the face of Civil Damages Claims”, *G.C.L.R.*, n.º4 e M. Sanders et alii, “Disclosure of leniency materials in follow-on damages actions: striking the “right balance” between the interests of leniency applicants and private claimants?”, (2013) *E.C.L.R.*, n.º 4.

diretamente sobre esta matéria no processo *MyTravel Group plc*<sup>22</sup>, no âmbito do qual as partes de uma ação de indenização por violação das regras de concorrência recorriam da decisão da Comissão de recusar o acesso aos documentos da leniência.

No recurso perante o Tribunal Geral a recorrente alegava que “a necessidade de compreender o que aconteceu e o que foi feito pela Comissão, assim como a necessidade de garantir uma boa administração da justiça, constituem interesses públicos superiores que justificam a divulgação dos documentos pedidos, aos quais foi recusado o acesso.”<sup>23</sup>.

A este argumento respondeu o Tribunal no parágrafo 65 da sua decisão o seguinte:

*Quanto à necessidade de obter a divulgação dos documentos pedidos ao abrigo do interesse superior relativo à exigência de uma boa administração da justiça, refira-se que a finalidade deste argumento é, no essencial, alegar que estes documentos permitiriam à recorrente fazer valer melhor os seus argumentos no âmbito da sua ação de indemnização. Ora, este último objetivo não é, em si, constitutivo de um interesse público superior que justifique a divulgação que seja susceptível de prevalecer sobre a proteção da confidencialidade definida pela exceção prevista no artigo 4.º, n.º 3, segundo parágrafo, do Regulamento n.º 1049/2001. Tendo em conta o princípio geral do acesso aos documentos, conforme consagrado no artigo [artigo 15.º TFEU], e os considerados 1 e 2 do referido regulamento, esse interesse deve ter carácter objetivo e geral e não pode ser confundido com interesses particulares ou privados, por exemplo, relativos à propositura de ações contra as instituições comunitárias, já que tais interesses não constituem um elemento pertinente para a ponderação de interesses prevista no artigo 4.º, n.º 3, segundo parágrafo, deste regulamento.*

Para além da via de acesso aos documentos da leniência com base no Regulamento n.º 1049/2001, que pode ser classificada como via direta, uma outra via, uma via indireta pode ser identificada: a via de acesso aos documentos no âmbito dos processos da Comissão Europeia é através dos Tribunais dos Estados Membros ou tribunais de outros Estados.

Relativamente aos Tribunais dos Estados-Membros, nos termos do artigo 15.º do Regulamento n.º 1/2003<sup>24</sup> estes podem solicitar à Comissão que lhes sejam enviadas informações na posse desta ou que dê parecer sobre questões relativas à aplicação das regras europeias de Concorrência.

Nos termos deste artigo os tribunais nacionais poderão assim requerer à Comissão Europeia acesso aos documentos da leniência. Esta hipótese ainda não foi testada na prática.

Relativamente ao acesso aos documentos de leniência por via de tribunais de outros estados (Estados não-membros da União Europeia) a questão já foi colocada em alguns

---

<sup>22</sup>Acórdão do Tribunal Geral de 9 de Setembro de 2008, Processo T-403/05, *MyTravel Group plc contra Comissão das Comunidades Europeias*, Colectânea de Jurisprudência 2008 II-02027.

<sup>23</sup>Idem, parágrafo 61.

<sup>24</sup>Regulamento n.º 1/2003 do Conselho, de 16 de Dezembro de 2002, já citado



processos de indenização por violação das regras da concorrência intentados perante tribunais Norte-Americanos.

Em alguns casos as partes lesadas por cartéis internacionais que intentam uma ação de indenização nos tribunais norte americanos têm requerido a estes tribunais que ordenem a divulgação dos documentos do pedido de leniência no âmbito do processo da Comissão Europeia<sup>25</sup>. Os Tribunais Norte-americanos têm recusado a ordenação dessa divulgação com base no princípio internacional do respeito da soberania (*International Comity Doctrine*)<sup>26</sup>. Refira-se a este propósito uma decisão recente do Juiz de um tribunal do *Eastern District of New York*,<sup>27</sup> Juiz Viktor Pohorelsky, que recusou ordenar a divulgação dos documentos de leniência que constavam do processo da Comissão Europeia. Tal decisão do Juiz norte americano teve em consideração o ofício enviado pelo Diretor-Geral da Concorrência da União Europeia, na qual indicava que “a autorização da divulgação dos documentos da leniência, que são documentos estritamente confidenciais nos termos da lei europeia, no âmbito de um processo judicial norte-americano, seria extremamente prejudicial aos interesses soberanos e política pública da União Europeia, e colocaria substancialmente em causa a capacidade da Comissão Europeia na detecção e punição da atividade ilícita de cartel na União Europeia.”<sup>28</sup>.

#### 4. Acesso aos documentos de leniência a nível nacional dos Estados-Membros

Relativamente ao acesso aos documentos de leniência no âmbito dos processos por violação das regras da concorrência das autoridades nacionais da concorrência a questão é regulada ao nível da lei nacional.

Em algumas jurisdições a lei aborda esta questão diretamente. Por exemplo, em Portugal, o artigo 81º n° 1 de Lei n° 12/2008, de 8 de maio, que aprova o regime jurídico da concorrência, determina que a Autoridade de Concorrência classifica como confidencial o

---

<sup>25</sup>Para um estudo recente da jurisprudência norte americana ver M. Stucke, “Discovery in a Global Economy” in J. Basedow, S. Francq, L. Idot (Ed), *International Antitrust Litigation, Conflicts of Law and Coordination*, Oxford, Hart Law Publishing, 2012, p. 315-342.

<sup>26</sup>Por exemplo, *in re Rubber Chems. Antitrust Litig.* 486 F. Supp. 2d 1078, 1080 (N. D. Cal. 2007) no qual o tribunal concluiu com base no *International Comity Doctrine* pela não pedido de divulgação de documentos constantes de processos da Comissão Europeia.

<sup>27</sup>*Air Cargo Shipping Services Antitrust Litigation* No. MD-06-1775 (E.D.N.Y. Dec. 19, 2011)

<sup>28</sup>Tradução livre, Ofício do Director Geral da Concorrência da Comissão Europeia, Alexander Italianer, para ao Honorable Viktor V. Pohorelsky, *In re Cargo Shipping Services Antitrust Litig.* No. 1:06-md-01775-JG-VVP (E.D.N.Y Oct. 12, 2011), ECF No. 1587.

pedido de leniência. É assim diretamente vedado por lei o acesso a terceiros aos documentos da leniência.

Na ausência de legislação nacional que verse sobre o acesso aos documentos das autoridades da concorrência pelas partes em ações de reparação de danos, o Tribunal Europeu, no acórdão *Pfleiderer*<sup>29</sup> referiu que, nesta situação, o acesso aos documentos de leniência deveria ser analisado pelo Juiz nacional com base no caso concreto, em consideração da ponderação de dois interesses: a proteção do sistema de combate aos cartéis, por um lado, e o direito à reparação dos danos resultante da violação das regras de concorrência, por outro<sup>30</sup>. A necessidade de uma análise casuística relativamente ao acesso aos documentos de leniência pelo juiz nacional foi confirmada ulteriormente no acórdão *Donau Chemie*<sup>31</sup>.

São conhecidas duas principais decisões de tribunais nacionais no seguimento do acórdão *Pfleiderer* do TJUE.

A primeira é relativa a um caso alemão, que esteve na origem da referida decisão do Tribunal Europeu no caso *Pfleiderer* (C-360/09) supra referida.

A empresa *Pfleiderer*, cliente de empresas que haviam sido condenadas por cartel pela autoridade de concorrência alemã (Bundeskartellamt), pediu acesso aos documentos do processo do Bundeskartellamt, incluindo os documentos de leniência, de modo a melhor poder preparar uma ação de reparação de danos contra os seus fornecedores. O Bundeskartellamt recusa o acesso aos documentos de leniência, levando a *Pfleiderer* a recorrer dessa decisão para o Tribunal regional de Bona.

O Tribunal regional de Bona, após consulta do Tribunal Europeu que deu origem ao Acórdão *Pfleiderer* no caso C-360/09, supra referido, recusou determinar a divulgação dos documentos da leniência por considerar que a eficácia do programa de leniência poderia ser posta em causa se os requerentes de leniência temessem pela possibilidade de divulgação dos documentos que foram submetidos voluntariamente. O Tribunal regional de Bona considerou também que tal recusa da divulgação dos documentos de leniência não colocava em causa o direito à obtenção de reparação dos danos causados pela violação das regras de leniência, na medida em que as partes teriam acesso a outro tipo de provas nas quais poderiam basear o seu pedido<sup>32</sup>.

---

<sup>29</sup>C-360/09, *Pfleiderer*, de 14 de Junho de 2011, já citado.

<sup>30</sup>Para uma análise do acórdão *Pfleiderer* ver G. Goddin, “The *Pfleiderer* Judgement on Transparency: The National Sequel of the Access to Document Saga” (2012) 3(1) *J.E.C.L. & Pract.* 40.

<sup>31</sup>Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 6 de Junho de 2013, Processo C-536/11, *Bundeswettbewerbshörde contra Donau Chemie AG e outros*, ainda não publicado.

<sup>32</sup>Amtsgericht Bonn, decisão de 18 de Janeiro de 2012, caso n.º 51 Gs 53/09.

A segunda decisão é uma decisão de Abril de 2012, do High Court of Justice of England and Wales, no âmbito de uma ação de reparação de danos intentada pela empresa *National Grid* contra as empresas participantes no Cartel *Gas Insulated Switchgear* que havia sido condenado pela Comissão Europeia.

Face ao pedido de divulgação dos documentos de leniência, e no seguimento do Acórdão do Tribunal Europeu no caso C-360/09, supra referido, o High Court of Justice of England and Wales, na pessoa do Juiz Roth, pediu a intervenção da Comissão Europeia como *amicus curiae*<sup>33</sup>, de modo a obter a opinião da Comissão Europeia em como o balanço deveria ser feito o balanço dos critérios determinados pelo TJUE no caso *Pfeiderer*, i.e. : a proteção do sistema de combate aos cartéis, por um lado, e o direito à reparação dos danos resultante da violação das regras de concorrência, por outro.

Na sua intervenção como *amicus curiae*,<sup>34</sup> a Comissão Europeia apresentou dois fatores específicos a serem tidos em consideração: (i) ponderar se o acesso aos documentos de leniência colocaria o requerente de leniência mais exposto na ação de indenização do que os que não cooperaram com a Comissão durante as investigações e (ii) considerar se a divulgação dos documentos de leniência é necessária e proporcional relativamente ao impacto que tal divulgação tem nos programas de leniência, considerando nomeadamente a relevância desses documentos no contexto da ação de indenização e se há outras fontes de prova disponíveis igualmente efetiva.

No seguimento da sua análise com base no acórdão do TJUE e da intervenção da Comissão Europeia como *amicus curiae*, Juiz Roth determinou não ordenar a divulgação dos documentos de leniência por considerar que estes não eram suficientemente relevantes, indicando que “o interesse na proteção da informação dada pelo requerente de leniência era superior ao interesse na determinação da divulgação desses elementos.”<sup>35</sup>.

---

<sup>33</sup>Nos termos do Artigo 15.º, n.º 3 do Regulamento n.º 1/2003, nos processos relativos à aplicação das regras europeias da concorrência a Comissão Europeia pode, por sua iniciativa, apresentar observações escritas aos tribunais dos Estados-membros nos casos em que tal seja exigido por forma a assegurar a aplicação coerente dos artigos 101.º ou 102.º do Tratado.

<sup>34</sup>Intervenção da Comissão Europeia nos termos do artigo 15.º, n.º 3 do Regulamento n.º 1/2003 apresentada a 3 de Novembro de 2011, no âmbito do processo HC08C03243 High Court of Justice of England and Wales, consultada a 7 de Outubro 2013:

[http://ec.europa.eu/competition/court/amicus\\_curiae\\_2011\\_national\\_grid\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/court/amicus_curiae_2011_national_grid_en.pdf)

<sup>35</sup>[2012] EWHC 869 (Ch)

## **5. Iniciativa do legislador europeu na proteção dos documentos de leniência**

A necessidade da proteção dos documentos de leniência pelas autoridades da concorrência no âmbito das ações de indenização de modo a proteger os seus programas de leniência e, conseqüentemente, a respectiva capacidade de detectar e sancionar cartéis foi expressa na Resolução Conjunta dos Diretores Gerais das autoridades da concorrência da União Europeia, de 23 de Maio de 2012, onde concluem que:

dentro do possível nos termos das leis aplicáveis na respectiva jurisdição e sem indevidamente restringir o direito à indemnização por danos sofridos, as autoridade de concorrência tomam aposição conjunta de proteger os documentos da leniência relativamente a pedidos de acesso aos mesmos, na medida do necessário para conservar a eficácias dos programas de leniência<sup>36</sup>.

Em consideração da necessidade de conceder maior segurança jurídica ao requerente de leniência quanto à não divulgação da informação constante do pedido de leniência e por ele trazida voluntariamente ao conhecimento das autoridades de concorrência, o legislador Europeu lançou em Julho passado uma iniciativa legislativa de modo a harmonizar as regras a nível nacionais:

Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa a certas regras que regem as ações de indemnização no âmbito do direito nacional por infração às regra de concorrência dos Estados Membros e da União Europeia, de 11 de Junho de 2013.

Considera o legislador europeu que a incerteza quanto à divulgação das informações dadas no âmbito de um pedido de leniência “é suscetível de influenciar a decisão de uma empresa cooperar ou não com as autoridades da concorrência no âmbito do seu programa de clemência.”<sup>37</sup>. Com o intuito de vedar o acesso aos documentos da leniência por partes em ações de reparação de danos por violação das regras de concorrência, determina o artigo 6.º da Proposta de Diretiva que:

Os Estados-Membros devem assegurar que, para efeitos de ações de indemnização os tribunais nacionais não podem, em momento algum, ordenar a uma parte ou a um terceiro que divulgue qualquer das seguintes categorias de informação (a) declarações de empresas em matéria de clemência e (b) propostas de transação.<sup>38</sup>

---

<sup>36</sup>Tradução livre, *Resolution of the Meeting of Heads of the European Competition Authorities of 23 May 2012* “Protection of leniency material in the context of civil damages actions”, consultada a 6 Outubro 2013: [http://ec.europa.eu/competition/ecn/leniency\\_material\\_protection\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/ecn/leniency_material_protection_en.pdf)

<sup>37</sup>Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa a certas regras que regem as ações de indenização no âmbito do direito nacional por infração às regras de concorrência dos Estados Membros e da União Europeia, já citada, Ponto 1.2.

<sup>38</sup>Idem, artigo 6.º.

## **6. Conclusão**

O acesso aos documentos da leniência pelas partes em ações de indenização por danos sofridos por violação das regras da concorrência levanta desafios na manutenção da eficácia dos programas de leniência que têm sido instrumentos fundamentais na detecção e punição dos cartéis. A questão torna-se ainda mais complexa em contexto de cartéis internacionais e da disparidade das regras de acesso aos documentos que os requerentes de leniência enfrentam em múltiplas jurisdições, o que pode por em causa a cooperação das autoridades de concorrência na investigação destes cartéis.

O debate sobre a necessidade de proteção da eficácia dos programas de leniência na União Europeia e o estímulo das ações de indenização, enriquecido pelos recentes acórdão do TJUE sobre esta matéria, culminou com a adoção de uma proposta da Comissão Europeia de uma Diretiva sobre Ações de indenização que, se aprovada pelo legislador Europeu, impede aos tribunais dos estados membros de dar acesso aos documentos de leniência.

O procedimento para adoção desta proposta de Diretiva foi apenas recentemente iniciado. É de esperar que deste exercício resultem as regras necessárias para a efetiva proteção dos programas de leniência, que possa servir de exemplo para outras jurisdições que enfrentem as mesmas questões.