

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL

JÁN MAZÁK

apresentadas em 16 de Dezembro de 2010¹**I — Introdução**

1. No presente pedido de decisão prejudicial, o órgão jurisdicional de reenvio pretende saber se uma autoridade de um Estado-Membro responsável em matéria de concorrência pode permitir o acesso, por parte de um terceiro lesado, a informação voluntariamente apresentada pelos membros de um cartel ao abrigo do regime de clemência dessa autoridade, para efeitos da formulação, por parte daquele terceiro, de um pedido cível de indemnização relativo a danos alegadamente causados pelo cartel; e, em caso de resposta afirmativa, em que medida pode fazê-lo. É solicitado ao Tribunal que analise, em especial, se o acesso a tal informação poderá prejudicar a aplicação efectiva do direito da concorrência da União Europeia (UE) ou o sistema de cooperação e de intercâmbio de informação entre a Comissão e as autoridades dos Estados-Membros responsáveis em matéria de concorrência, nos termos dos artigos 11.º e 12.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003, de 16 de Dezembro de 2002, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81.º e 82.º do Tratado².

2. Na minha opinião, o pedido de decisão prejudicial exige que o Tribunal de Justiça

pondere, em especial, os interesses possivelmente divergentes em presença, a saber, o de assegurar a eficácia dos regimes de clemência estabelecidos com o objectivo de detectar, punir e, em última análise, dissuadir a formação de cartéis ilegais nos termos do artigo 101.º TFUE e o direito de qualquer indivíduo a pedir uma indemnização pelos danos causados por tais cartéis.

3. O Tribunal deve assim, no presente caso, avaliar os interesses aparentemente conflitantes de assegurar a aplicação eficaz do artigo 101.º TFUE e a possibilidade de um terceiro alegadamente lesado ter acesso a informação³, que pode ser apresentada como prova numa acção cível de indemnização e que, por conseguinte, pode auxiliar essa parte no exercício do seu direito de acção, num processo cível baseado na violação do artigo 101.º TFUE. O direito fundamental de acção nas instâncias cíveis é garantido, na minha opinião, pelo artigo 47.º, conjugado com o artigo 51.º da Carta dos Direitos Fundamentais

1 — Língua original: inglês.

2 — JO 2003 L 1, p. 1.

3 — Detida por uma autoridade de um Estado-Membro, neste caso, a autoridade responsável em matéria de concorrência, designada em conformidade com o disposto no artigo 35.º do Regulamento n.º 1/2003.

da União Europeia (a «Carta») ⁴, interpretados à luz do artigo 6.º, n.º 1, da Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (a «CEDH») ⁵, sobre o direito a um processo equitativo, e da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem desenvolvida com base neste artigo.

II — O processo principal e a questão prejudicial

4. Em Janeiro de 2008, o Bundeskartellamt da República Federal da Alemanha (autoridade de concorrência federal) proferiu uma decisão, entretanto já definitiva e executória, que, com fundamento no artigo 81.º CE (actualmente, o artigo 101.º TFUE), aplicou coimas no valor total de 62 milhões de euros aos três maiores produtores europeus de papéis decorativos (papéis especiais para o tratamento de superfícies de madeira transformada) e a cinco pessoas singulares responsáveis, com fundamento na existência de acordos de

fixação de preços e de limitação da produção. As referidas decisões basearam-se, designadamente, em informações e documentos que o Bundeskartellamt obteve no âmbito do seu regime de clemência.

5. A Pfeleiderer AG (a seguir «Pfeleiderer») é uma empresa adquirente de papéis decorativos e é uma das três principais produtoras, a nível mundial, de madeira transformada, de produtos revestidos e de revestimentos de soalho laminados. Alegou ter comprado nos três anos anteriores, às produtoras de papel decorativo arguidas, mercadoria de valor superior a 60 milhões de euros. A Pfeleiderer, tendo em vista a preparação de uma acção de indemnização civil, requereu ao Bundeskartellamt, por carta datada de 26 de Fevereiro de 2008, que lhe fosse autorizada a consulta, sem limitações, dos autos do processo de contra-ordenação em matéria de concorrência relativo ao «papel decorativo».

4 — Nos termos do disposto no artigo 6.º, n.º 1 TUE, «A União reconhece os direitos, as liberdades e os princípios enunciados na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 7 de Dezembro de 2000, com as adaptações que lhe foram introduzidas em 12 de Dezembro de 2007, em Estrasburgo, e que tem o mesmo valor jurídico que os Tratados».

5 — Adoptada em Roma, a 4 de Novembro de 1950. Nos termos do artigo 6.º, n.º 3 TUE: «Do direito da União fazem parte, enquanto princípios gerais, os direitos fundamentais tal como os garante a Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e tal como resultam das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros». V. também o artigo 52.º, n.º 3 TUE, que dispõe: «Na medida em que a presente Carta contenha direitos correspondentes aos direitos garantidos pela Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, o sentido e o âmbito desses direitos são iguais aos conferidos por essa Convenção. Esta disposição não obsta a que o direito da União confira uma protecção mais ampla».

6. Depois de ter recebido cópias das três decisões de aplicação de coimas, sem a identificação dos intervenientes, e, uma lista dos meios de prova obtidos durante a investigação, a Pfeleiderer solicitou expressamente, através de um segundo requerimento, que lhe fosse autorizada a consulta dos autos na parte relativa aos pedidos de clemência, aos documentos voluntariamente fornecidos pelas partes que cooperaram e aos meios de prova confidenciais. Por carta de 14 de Outubro de 2008, o Bundeskartellamt comunicou à Pfeleiderer ser

sua intenção deferir apenas parcialmente o requerimento e limitar a consulta dos autos a uma compilação que não inclua segredos comerciais ou industriais, documentos internos, ou outros documentos previstos no número 22 do regime de clemência⁶.

7. A Pfleiderer recorreu desta decisão para o Amtsgericht Bonn (Tribunal Local).

8. Em 3 de Fevereiro de 2009, o Amtsgericht Bonn começou por proferir uma decisão em que, no essencial, reconhecia razão à Pfleiderer. O Amtsgericht afirmou que, nos termos do § 406e do Strafprozessordnung (Código de Processo Penal alemão, a seguir «StPO»)⁷, relativo ao direito do lesado à informação em processo penal, que se aplica, com as necessá-

rias adaptações, *ex vi* do § 46, n.ºs 1 e 3, quarta frase, última parte, da Gesetz über Ordnungswidrigkeiten (lei alemã das contra-ordenações, a seguir «OWiG»), a processos de contra-ordenação (em matéria de concorrência), o lesado pode, através de advogado, consultar os autos e meios de prova à guarda das autoridades, desde que prove a existência de um interesse legítimo no conhecimento desses elementos. Segundo o órgão jurisdicional de reenvio, a Pfleiderer deve ser considerada lesada, uma vez que se deve pressupor que pagou preços artificialmente elevados induzidos pelo cartel pelas mercadorias que adquiriu às empresas nele participantes. Também existe um interesse legítimo pelo facto de o lesado pretender, através da consulta dos autos, obter elementos que lhe permitam preparar uma acção cível de indemnização. A consulta dos autos também deve ser autorizada em relação à documentação voluntariamente fornecida pelos requerentes de clemência e que corresponda às informações a que se refere o n.º 22 do regime de clemência do Bundeskartellamt. Porém, o direito à informação já sofre uma limitação no que toca a segredos comerciais ou industriais e a documentos internos (isto é, apontamentos das autoridades ou correspondência no âmbito da Rede Europeia da Concorrência – REC –, tendo em vista a distribuição do processo). A exacta abrangência deste direito deve ser ponderada casuisticamente e está limitada aos elementos dos autos necessários à concretização dos pedidos de indemnização.

6 — O número 22 da comunicação n.º 9/2006 da autoridade de concorrência federal, de 7 de Março de 2006, relativa à imunidade em matéria de coimas e à redução do seu montante nos processos relativos a cartéis (regime de clemência do Bundeskartellamt), dispõe que: «O Bundeskartellamt, inderefe, por regra, dentro da margem de livre apreciação que a lei lhe confere, os pedidos de consulta dos autos ou de prestação de informações que lhe sejam apresentados por terceiros particulares, no que se refere aos pedidos de imunidade em matéria de coimas ou de redução do seu montante, ou aos meios de prova fornecidos em apoio destes pedidos». Comunicação disponível em: http://www.bundeskartellamt.de/wEnglisch/download/pdf/06_Bonusregelung_e.pdf.

7 — O parágrafo 406, e, do stop, com o título «Consulta dos Autos», dispõe o seguinte:
«1. O lesado pode, através de advogado, consultar os autos e meios de prova à guarda das autoridades, desde que prove um interesse legítimo no conhecimento dos elementos [...]»
2. A consulta dos autos será recusada se interesses dignos de protecção, quer seja do arguido ou de outras pessoas, se impuserem, constituindo um obstáculo a tal consulta. Poderá ser recusada se a consulta puser em risco o objectivo da investigação ou se isso puder atrasar o processo consideravelmente.»

9. No seguimento de uma arguição de irregularidade, o Amtsgericht Bonn anulou o posterior à decisão contestada. Embora mantenha o entendimento acima exposto, o Amtsgericht considera que a decisão que tem em vista proferir declarará implicitamente a incompatibilidade da redacção actual do regime de clemência do Bundeskartellamt com o § 406e do StPO e com o § 46, n.º 1, da OWiG. O Amtsgericht faz referência, em particular, ao número 22 do regime de clemência do Bundeskartellamt.

10. O órgão jurisdicional de reenvio entende, porém, que a decisão que tem em vista proferir pode conflitar com os artigos 11.º e 12.º do Regulamento n.º 1/2003, bem como com o artigo 10.º, segundo parágrafo, CE (que corresponde actualmente ao artigo 4.º, n.º 3 TUE), em conjugação com o artigo 3.º, n.º 1, alínea g), CE. Segundo o órgão jurisdicional de reenvio, os artigos 11.º e 12.º do Regulamento n.º 1/2003 impõem à Comissão e às autoridades dos Estados-Membros responsáveis em matéria de concorrência o dever de actuarem em estreita cooperação e prevêm o intercâmbio de informações, incluindo as de natureza confidencial, para efeitos de utilização como meios de prova em processos destinados à aplicação dos artigos 81.º e 82.º CE (actualmente, os artigos 101.º e 102.º TFUE). A eficácia e a funcionalidade destas disposições podem implicar que em processos de contra-ordenação em matéria de concorrência seja necessário recusar aos terceiros lesados a consulta dos pedidos de clemência e dos documentos fornecidos voluntariamente pelas partes que cooperaram. Se o Bundeskartellamt fosse obrigado a reduzir este nível de protecção e a permitir aos terceiros a consulta dos autos na parte relativa aos pedidos

de clemência, não aplicando o n.º 22 do seu regime de clemência, daí adviriam duas consequências graves.

11. Por um lado, a Comissão deixaria de disponibilizar ao Bundeskartellamt informações com origem em pedidos de clemência. Também os demais membros da REC deixariam de lhe comunicar informações desse tipo, visto que as demais autoridades dos Estados-Membros responsáveis em matéria de concorrência previram a protecção contra o acesso do público nos respectivos regimes nacionais de clemência⁸, de acordo com o modelo REC. Deste modo, não apenas se perturbaria significativamente a cooperação no âmbito da REC, como também deixaria de ser possível haver uma distribuição eficiente dos processos dentro dessa rede, pondo em causa toda a sua funcionalidade.

12. Por outro lado, existiria o perigo de as empresas se absterem de colaborar no âmbito do regime de clemência para as partes que cooperam, ficando então cartéis por denunciar, que permaneceriam ocultos porque

8 — Adoptado em 29 de Setembro de 2006, disponível em: http://ec.europa.eu/competition/ecn/model_leniency_en.pdf.

o hipotético requerente de clemência receberia que os documentos e as informações que voluntariamente fornecera viessem a ser directamente utilizados contra si no âmbito de acções cíveis de indemnização. Neste caso, o requerente de clemência ficaria numa posição ainda mais desfavorável do que a dos membros do cartel que não cooperassem com as autoridades responsáveis em matéria de concorrência.

13. Face a estas dúvidas, o Amtsgericht decidiu suspender a instância e solicitar ao Tribunal que se pronunciasse, a título prejudicial, sobre a seguinte questão:

«As regras comunitárias em matéria de concorrência – em especial os artigos 11.º e 12.º do Regulamento n.º 1/2003 e o artigo 10.º, segundo parágrafo, CE, em conjugação com o artigo 3.º, n.º 1, alínea g), CE – devem ser interpretadas no sentido de que, para formular um pedido cível de indemnização, um lesado por um cartel não pode ter acesso aos pedidos de clemência e a outros documentos e informações voluntariamente apresentados pelos requerentes de clemência a uma autoridade de um Estado-Membro responsável em matéria de concorrência, ao abrigo de um programa nacional de clemência, no âmbito de um processo de contra-ordenação destinado (designadamente) à aplicação do artigo 81.º CE?»

III — Tramitação no Tribunal de Justiça

14. A Pfeleiderer, a Firma Felix Schoeller Holding GmbH & Co. KG e a Firma Technocell Dekor GmbH & Co. KG, a Arjo Wiggins Deutschland GmbH, os governos belga, checo, alemão, holandês, cipriota, espanhol e italiano, a Comissão e o Órgão de Fiscalização da EFTA apresentaram alegações escritas. Numa audiência realizada em 14 de Setembro de 2010, os governos belga, cipriota e holandês não apresentaram produziram alegações. A Munksjö Paper GmbH apresentou alegações na audiência.

15. A Pfeleiderer entende que o objecto do processo principal é uma disputa puramente nacional, baseada na lei processual alemã. Concorda com a afirmação feita pelo Amtsgericht de que a recusa de acesso à informação de clemência com base no n.º 22 do regime de clemência do Bundeskartellamt é incompatível com o § 406e do StPO. A Pfeleiderer entende que a questão colocada pelo Amtsgericht deve obter resposta negativa, uma vez que a legislação da UE sobre esta matéria não é suficientemente específica e os outros instrumentos interpretativos possíveis, tal como o modelo de regime da REC, carecem de rigor e do necessário carácter vinculativo.

16. A sociedade Felix Schoeller Holding GmbH & Co. KG e a sociedade Technocell Dekor GmbH & Co. KG, a Arjo Wiggins Deutschland GmbH, os Governos belga, checo, alemão, holandês, cipriota, espanhol e italiano entendem, no essencial, que não deve ser concedido a um lesado por um cartel, para o efeito de formular um pedido cível de indemnização, o acesso aos pedidos de clemência e a outros documentos e informações voluntariamente apresentados pelos requerentes de clemência a uma autoridade de um Estado-Membro responsável em matéria de concorrência, ao abrigo de um programa nacional de clemência, no âmbito de um processo de contra-ordenação destinado à condenação no pagamento de coimas, (designadamente) por força da aplicação do artigo 101.º TFUE.

17. A Comissão considera, essencialmente, que deve ser feita uma distinção entre, por um lado, as declarações voluntárias dos requerentes de clemência sobre o seu conhecimento do cartel e o papel que nele desempenham, para os efeitos de submissão a um regime nacional de clemência⁹, conhecidas como «declarações da empresa», e, por outro lado, os restantes documentos preexistentes e apresentados pelo requerente de clemência. Entende que não deve ser concedido aos terceiros lesados por um cartel o acesso às declarações da empresa requerente para efeitos da formulação de pedidos cíveis de indemnização, uma vez que o requerente de clemência ficaria numa posição mais desfavorável

9 — V., por analogia, o número 31 da Comunicação da Comissão relativa à imunidade em matéria de coimas e à redução do seu montante nos processos relativos a cartéis («Comunicação de Clemência»), JO, 2006, C 298, p. 17.

do que a dos demais membros do cartel, o que comprometeria a eficácia do regime de clemência. A Comissão alega que o acesso a outros documentos apresentados pelo requerente de clemência deverá ser avaliado casuisticamente e estabelece uma analogia com a sua prática em relação à transmissão de informações aos tribunais nacionais de informação, nos termos do artigo 15.º, n.º 1, do Regulamento n.º 1/2003¹⁰.

18. O Órgão de Fiscalização da EFTA, por seu turno, entende que, uma vez que a maior parte dos regimes de clemência aplicados na UE prevê um procedimento oral¹¹ concebido para impedir que as declarações das empresas sejam reveladas em acções civis de indemnização, o direito da concorrência da UE não proíbe uma legislação nacional que disponha que um Estado-Membro concede o acesso aos documentos do processo de clemência detidos pela sua autoridade responsável em

10 — V. também a Comunicação da Comissão sobre a cooperação entre a Comissão e os tribunais dos Estados-Membros da UE na aplicação dos artigos 81.º e 82.º do Tratado CE, JO 2004, C 101, p. 54. O número 26 dispõe que: «a Comissão pode recusar-se a transmitir informações aos tribunais nacionais por razões relacionadas com a necessidade de 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 [...] Assim, 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».

11 — V., por exemplo, o número 32 da Comunicação de Clemência (já referida na nota 9). V. também número 28 do Modelo de regime da REC (já referido na nota 8).

matéria de concorrência a um potencial autor numa acção civil de indemnização contra participantes num cartel secreto e ilegal.

Comissão¹², e a jurisprudência do Tribunal de Justiça sobre este assunto será inapropriada uma vez que iria limitar um direito mais alargado de acesso à prova, do qual goza, ao abrigo do disposto no §406e do StPO, um terceiro lesado como a Pfeleiderer, para os efeitos de um pedido cível de indemnização perante os tribunais.

IV — Observações preliminares

19. Em minha opinião, convém abordar uma série de assuntos relevantes, que emergem da decisão de reenvio e que estão relacionados com o processo principal. Por um lado, o acesso à informação em questão no processo principal não está a ser solicitado por um membro do público com base nas regras de transparência nacionais. Pelo contrário, resulta da decisão de reenvio que a Pfeleiderer goza, em princípio, de direitos específicos nos termos da lei de processo alemã, relativos ao acesso a informação detida pelo Bundeskartellamt sobre o cartel, uma vez que a Pfeleiderer é considerada um terceiro que se presume lesado pelo cartel e tem um interesse legítimo em obter tal acesso para efeitos de preparação de um pedido cível de indemnização. Nestas circunstâncias, o acesso é concedido por um tribunal nos termos do §406e do StPO a um advogado, e não à Pfeleiderer em si. Assim, qualquer analogia com as regras sobre a transparência e o acesso público a documentos, tal como estabelecidas, por exemplo, no Regulamento (CE) n.º 1049/2001 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 30 de Maio de 2001, relativo ao acesso do público aos documentos do Parlamento Europeu, do Conselho e da

20. Por outro lado, a investigação da violação do direito da concorrência em causa no processo principal foi concluída com a decisão (que já não é susceptível de recurso) de aplicação de uma coima nos termos, designadamente, do artigo 101.º TFUE. Nestas circunstâncias, o acesso à informação não pode prejudicar a investigação daquela infracção em particular, nem influenciar o seu resultado. Deve, assim, distinguir-se entre o presente caso e aqueles casos em que um terceiro lesado solicita o acesso à informação detida por uma autoridade de um Estado-Membro responsável em matéria de concorrência antes da decisão final desta autoridade em conformidade com o direito da concorrência da UE. No entanto, permanece a questão de saber se o acesso ao tipo de informação em questão, ou seja, nomeadamente, a informação e os documentos voluntariamente apresentados no âmbito de um regime de clemência, pode, em geral, prejudicar o processo de investigação relativo a violações do artigo 101.º TFUE e, por conseguinte, comprometer a aplicação de tais disposições por

12 — JO 2001 L 145, p. 43. Saliento que as dúvidas sobre a aplicabilidade por analogia deste regulamento neste contexto foram suscitadas na audiência pelas sociedades Felix Schoeller Holding GmbH & Co. KG e Technocell Dekor GmbH & Co. KG pelos Governos alemão e espanhol e também pela Comissão.

parte do Bundeskartellamt e de outras autoridades dos Estados-Membros responsáveis em matéria de concorrência, em conformidade com os poderes e deveres conferidos pelo Regulamento n.º 1/2003.

21. Por último, a questão objecto de reenvio pelo Amtsgericht centra-se no acesso à informação e aos documentos apresentados por um requerente de clemência. Da decisão de reenvio decorre que o Amtsgericht defendeu que o direito de acesso a segredos comerciais e a documentos internos¹³ é limitado. O Amtsgericht mantém a sua decisão sobre este assunto. Nesta medida, analisarei nas presentes conclusões a questão do acesso à informação e aos documentos apresentados por um requerente de clemência, partindo do princípio que estes não contêm segredos comerciais nem constituem documentos internos.

V — Apreciação

22. Através do presente pedido de decisão prejudicial, o Amtsgericht procura obter esclarecimentos sobre o impacto que o acesso de um terceiro lesado¹⁴ à informação comunicada por um requerente de clemência a uma autoridade de um Estado-Membro

responsável em matéria de concorrência pode ter no sistema de cooperação e de intercâmbio de informações estabelecido nos artigos 11.º e 12.º do Regulamento n.º 1/2003.

23. O Regulamento n.º 1/2003 atribui poderes tanto à Comissão como às autoridades dos Estados-Membros responsáveis em matéria de concorrência¹⁵ para aplicar os artigos 101.º e 102.º TFUE¹⁶. Embora os poderes da Comissão e das autoridades dos Estados-Membros para a aplicação dos artigos 101.º e 102.º TFUE não coincidam totalmente, eles sobrepõem-se consideravelmente, dando origem a um sistema de aplicação descentralizado de competências paralelas. Nos termos do Regulamento n.º 1/2003, a Comissão tem poderes específicos e detalhados com vista à aplicação dos artigos 101.º e 102.º TFUE. Pelo contrário, as autoridades dos Estados-Membros responsáveis em matéria de concorrência e os tribunais nacionais¹⁷ aplicam os artigos 101.º e 102.º TFUE maioritariamente em conformidade com os seus ordenamentos jurídicos nacionais¹⁸, por força do princípio da autonomia processual, garantida desde que

13 — V. n.º 8 *supra*.

14 — Com vista à preparação de um pedido cível de indemnização.

15 — V. artigo 3.º, n.º 1, do Regulamento n.º 1/2003, que impõe às autoridades dos Estados-Membros responsáveis em matéria de concorrência e aos tribunais nacionais a obrigação de aplicação dos artigos 101.º e 102.º TFUE.

16 — V., em especial, os artigos 4.º e 5.º do Regulamento n.º 1/2003.

17 — Nos termos do artigo 6.º do Regulamento n.º 1/2003, os tribunais nacionais têm competência para aplicar os artigos 101.º e 102.º TFUE.

18 — V., no entanto, o artigo 5.º do Regulamento n.º 1/2003, que especifica as decisões que as autoridades dos Estados-Membros responsáveis em matéria de concorrência podem tomar quando aplicam os artigos 101.º e 102.º TFUE.

respeitem os princípios da equivalência¹⁹ e da eficácia²⁰. Creio pois, que em conformidade, designadamente, com o artigo 4.º, n.º 3 TUE e o Regulamento n.º 1/2003²¹, os Estados-Membros devem assegurar a aplicação efectiva dos artigos 101.º e 102.º TFUE nos seus territórios²².

24. Com vista a limitar a potencial aplicação divergente por parte dos poderes paralelos, e não obstante a autonomia de que gozam, em princípio, as autoridades dos Estados-Membros responsáveis em matéria de concorrência e os tribunais, o capítulo IV do Regulamento n.º 1/2003, intitulado «Cooperação», estabelece várias regras de procedimento para assegurar que o sistema de poderes paralelos funciona de forma coordenada e eficaz. A Comissão e as autoridades dos Estados-Membros responsáveis em matéria de concorrência formam uma rede²³ de autoridades públicas que aplicam o direito da concorrência da UE em estreita cooperação²⁴. O referido capítulo deu origem a um sistema²⁵ entre os membros da REC que dispõe, designadamente, sobre a divisão de trabalho e a distribuição de processos entre autoridades dos Estados-Membros responsáveis em matéria de concorrência e a Comissão, e sobre a aplicação coerente do direito da concorrência da UE. Creio, pois, que as autoridades dos Estados-Membros responsáveis em matéria de concorrência devem agir por forma

19 — A observância do princípio de equivalência pressupõe que a norma em litígio se aplique indiferentemente às acções baseadas em violação do direito comunitário e às baseadas em violação do direito interno com um objecto e uma causa semelhantes (v., por analogia, o acórdão de 1 de Dezembro de 1998, *Levez*, (C-326/96 [1998] Colect., p. I-7835, n.º 41; o acórdão de 16 de Maio de 2000, *Preston e o.* (C-78/98 [2000] Colect., p. I-3201, n.º 55; e o acórdão de 29 de Outubro de 2009 *Pontin* (C-63/08 [2009] Colect., p. I-10467, n.º 45). A este respeito, é de salientar que não existe no processo qualquer indício de diferença no tratamento de um pedido de um terceiro com vista ao acesso à informação comunicada por um requerente de clemência ao Bundeskartellamt consoante seja aplicado o direito da concorrência nacional ou o artigo 101.º TFUE.

20 — V., entre outros, o acórdão de 14 de Dezembro de 1995, *Peterbroeck e o.* (C-312/93 [1995] Colect., p. I-4599, n.º 12; o acórdão de 4 de Julho de 2006, *Adeneler e o.* (C-212/04 [2006] Colect., p. I-6057, n.º 95; o acórdão de 28 de Junho de 2007, *Bonn Fleisch* (C-1/06 [2007] Colect., p. I-5609, n.º 41; e o acórdão de 7 de Setembro de 2006, *Marrosu e Sardino* (C-53/04 [2006] Colect., p. I-7213, n.º 52. De acordo com jurisprudência assente, o regime processual estabelecido por um Estado-Membro não deve tornar impossível ou excessivamente difícil na prática o exercício dos direitos conferidos pela ordem jurídica da União (princípio da efectividade) (v., entre outros, o acórdão de 15 de Abril de 2010, *Barth* (C-542/08 [2010] Colect., p. I-3189, n.º 17 e a jurisprudência referida).

21 — V., em especial, os artigos 5.º e 6.º

22 — Assim, com a adopção e entrada em vigor do Regulamento n.º 1/2003, as autoridades dos Estados-Membros responsáveis em matéria de concorrência deverão prosseguir activamente a aplicação dos artigos 101.º e 102.º TFUE às empresas, por forma a assegurar o cumprimento das suas obrigações nos termos daqueles preceitos. Acresce que, no Acórdão *CIF*, o Tribunal afirmou que «sendo embora verdade que, em si mesmos, os artigos 101.º e 102.º TFUE apenas abrangem o comportamento das empresas e não as medidas legislativas ou regulamentares adoptadas pelos Estados-Membros, não é menos certo que estes artigos, interpretados conjuntamente com o artigo 4.º, n.º 3 TUE, que institui um dever de cooperação, impõem a proibição de os Estados-Membros tomarem ou manterem em vigor medidas, mesmo de natureza legislativa ou regulamentar, susceptíveis de eliminar o efeito útil das regras de concorrência aplicáveis às empresas» (C-198/01 [2003] Colect., p. I-8055, n.º 45 e a jurisprudência referida).

23 — A REC.

24 — V. o considerando 15 do Regulamento n.º 1/2003.

25 — V., por exemplo, a Comunicação da Comissão sobre a cooperação no âmbito da rede de autoridades de concorrência (JO 2004 C101, p. 43) («Comunicação de Cooperação») e a Declaração Conjunta do Conselho e da Comissão sobre o Funcionamento da Rede de Autoridades Responsáveis em Matéria de Concorrência (Declaração Conjunta), disponível em: http://ec.europa.eu/competition/ecn/joint_statement_en.pdf. A Comunicação de Cooperação específica, em particular, as modalidades práticas de aplicação dos artigos 11.º e 12.º do Regulamento n.º 1/2003. Nos termos do número 72 e do anexo à Comunicação de Cooperação, as autoridades dos Estados Membros responsáveis em matéria de concorrência estão obrigadas a reconhecer e a obedecer aos princípios aí estabelecidos, incluindo os princípios relacionados com a protecção dos requerentes de clemência.

a assegurar o cumprimento efectivo das suas obrigações de cooperação nos termos do Regulamento n.º 1/2003.

25. Nem o Regulamento n.º 1/2003 nem a Comunicação de Cooperação contêm qualquer disposição relativa à concessão de acesso, a um terceiro, à informação voluntariamente apresentada por um requerente de clemência²⁶. No entanto, o número 30 do Modelo de Regime da REC dispõe que: «os apontamentos de declarações orais prestadas no âmbito do presente regime apenas poderão ser trocados entre [Autoridades da Concorrência] nos termos do artigo 12.º do Regulamento n.º 1/2003 se estiverem preenchidas as condições estabelecidas na [Comunicação de Cooperação] e desde que a protecção relativa à divulgação concedida pela autoridade receptora [Autoridade da Concorrência] seja equivalente àquela conferida pela autoridade transmitente [Autoridade da Concorrência]»²⁷.

26 — Os números 26 a 28 da Comunicação de Cooperação (citados na nota 25) dispõem sobre troca e a utilização de informação confidencial, pela Comissão e pelas autoridades dos Estados-Membros responsáveis em matéria de concorrência, em conformidade com o artigo 12.º do Regulamento n.º 1/2003. Os números 37 a 42 da Comunicação de Cooperação dispõem em particular sobre a troca entre membros da REC (a Comissão e as autoridades dos Estados-Membros responsáveis em matéria de concorrência) de informação resultante de um requerimento de clemência e sobre a utilização da informação por aqueles membros. V., também, os números 3 a 5 do Modelo de Regime da REC (já referido na nota 8).

27 — O número 28 do Modelo de Regime da REC estabelece a possibilidade de apresentar o requerimento de clemência oralmente. O número 29 dispõe que não deverá ser concedido o acesso aos apontamentos das declarações orais do requerente sem que antes a autoridade de um Estado-Membro responsável em matéria de concorrência tenha emitido a sua comunicação de objecções às partes. V., também, os números 48 e 49 do Modelo de Regime da REC (já referidos na nota 8).

26. O Modelo de Regime da REC constitui um instrumento não vinculativo que visa estabelecer de facto ou facilitar a harmonização dos regimes de clemência das autoridades dos Estados-Membros responsáveis em matéria de concorrência, por forma a evitar que os potenciais requerentes não se sintam desencorajados em virtude das discrepâncias entre os regimes de clemência no âmbito da REC. O Modelo de Regime da REC estabelece, assim, o tipo de tratamento que o requerente pode esperar em qualquer jurisdição pertencente à REC, uma vez efectuada a harmonização de todos os regimes. O modelo da REC tem ainda o objectivo de reduzir o encargo associado às notificações múltiplas. Não obstante a natureza não legislativa deste instrumento, bem assim como de outros instrumentos, como a Comunicação de Cooperação e a Declaração Conjunta, os seus efeitos práticos não podem ser ignorados, em especial no que toca ao funcionamento das autoridades dos Estados-Membros responsáveis em matéria de concorrência e da Comissão. Nesta medida, é de lamentar que documentos tais como o Modelo de Regime da REC e a Declaração Conjunta não sejam publicados no *Jornal Oficial da União Europeia*, de modo a garantir transparência e posteridade.

27. Entendo, pois, especialmente em face ao número 30 do Modelo de Regime da REC, e na ausência de legislação da UE sobre o assunto, que as diferentes normas de concessão de acesso a terceiros por parte das autoridades dos Estados-Membros responsáveis em

matéria de concorrência à informação voluntariamente apresentada por requerentes de clemência, poderá potencialmente afectar as disposições de cooperação estabelecidas pelo Regulamento n.º 1/2003.

28. Resulta do processo apresentado no Tribunal, e dependendo de verificação pelo órgão jurisdicional de reenvio, que a autoridade sueca responsável em matéria de concorrência cooperou com o Bundeskartellamt na investigação da violação em causa. Contudo, não existe qualquer indicação de que qualquer outra autoridade, para além do Bundeskartellamt, pudesse ser competente para a aplicação do artigo 101.º TFUE relativamente ao cartel em questão, que pudesse levar à multiplicação de processos perante autoridades diferentes e à possibilidade de reatribuição nos termos do artigo 11.º do Regulamento n.º 1/2003²⁸. Assim, pode haver a

tendência para surgirem processos múltiplos perante autoridades dos Estados-Membros responsáveis em matéria de concorrência em casos em que os membros de um cartel requerem clemência e, na falta de um procedimento único reforçado («one-stop-shop») de clemência nos termos do direito da UE ou de um sistema totalmente harmonizado de regimes de clemência extensível a toda a UE²⁹, aquelas autoridades podem ter necessidade de apresentar o pedido a todas as autoridades competentes para aplicação do artigo 101.º TFUE em relação à infracção em causa. No entanto, não há qualquer prova de que sejam estas as circunstâncias no processo principal. É de destacar, igualmente, que o órgão jurisdicional de reenvio referiu expressamente na decisão de reenvio que a Pfleiderer não requereu o acesso à informação ou aos documentos detidos pelo Bundeskartellamt e a este apresentados no âmbito do artigo 12.º do Regulamento n.º 1/2003³⁰.

28 — V., em especial, os números 16 a 18 da Comunicação de Cooperação (já referida na nota 25). O número 16 dispõe que: «Para detectarem a existência de vários processos em simultâneo e assegurarem que os processos são instruídos pela autoridade em matéria de concorrência mais bem posicionada, os membros da rede têm de ser informados numa fase inicial dos processos pendentes nas várias autoridades responsáveis em matéria de concorrência». O número 17 da Comunicação de Cooperação dispõe que o Regulamento n.º 1/2003 «cria um mecanismo para as autoridades em matéria de concorrência se informarem reciprocamente, a fim de assegurar uma reatribuição eficiente e rápida dos casos». O artigo 11.º, n.º 3 do Regulamento do Conselho estabelece que sempre que aplicarem os artigos 101.º ou 102.º TFUE, as autoridades dos Estados-Membros responsáveis em matéria de concorrência devem comunicá-lo por escrito à Comissão antes ou imediatamente depois de terem dado início à primeira medida de investigação formal. A mesma disposição estabelece que esta informação também pode ser disponibilizada às autoridades homólogas dos outros Estados-Membros. A *ratio legis* do artigo 11.º, n.º 3, do Regulamento do Conselho é a de permitir à rede detectar procedimentos múltiplos e tratar da possível reatribuição de casos assim que uma autoridade inicia a investigação.

29. Parece, assim, que os artigos 11.º e 12.º do Regulamento n.º 1/2003 não são relevantes para os efeitos do presente processo e que a parte da questão prejudicial que diz respeito a estas disposições é, conforme defendido

29 — V. número 38 da Comunicação de Cooperação (já referida na nota 25).

30 — O artigo 12.º, n.º 1, do Regulamento n.º 1/2003, dispõe que, para efeitos da aplicação dos artigos 101.º e 102.º TFUE, a Comissão e as autoridades dos Estados-Membros responsáveis em matéria de concorrência podem comunicar entre si e utilizar como meio de prova qualquer elemento de facto ou de direito, incluindo informações confidenciais.

pela Comissão nas suas considerações³¹ hipotética³². Creio que, na falta de indicação de quaisquer factos concretos na decisão de reenvio, relativamente à questão da cooperação ao abrigo do capítulo IV do Regulamento n.º 1/2003, qualquer decisão sobre esta matéria no presente processo seria meramente especulativa.

fornecidos voluntariamente por um requerente de clemência.

30. O órgão jurisdicional de reenvio questiona igualmente se a eficácia da aplicação do artigo 101.º TFUE por parte da autoridade de um Estado-Membro responsável em matéria de concorrência pode ser posta em perigo se for autorizada a um terceiro lesado, para efeitos de preparação de pedido cível de indemnização, a consulta dos autos em relação a pedidos de clemência ou a documentos

31. É evidente que tanto a Comissão como as autoridades dos Estados-Membros responsáveis em matéria de concorrência desempenham um papel importante na aplicação do artigo 101.º TFUE no que toca aos cartéis ilegais. Dada a natureza secreta dos cartéis proibidos pelo artigo 101.º TFUE, a detecção, a investigação e a conseqüente proibição e punição destas infracções que, muitas vezes, se situam entre as infracções mais graves do direito da concorrência³³ devido aos seus efeitos perniciosos na estrutura da concorrência, tem sido difícil tanto para a Comissão como para as autoridades nacionais competentes em matéria de concorrência³⁴. Naquele

31 — A Pfeleiderer entende que os artigos 11.º e 12.º do Regulamento n.º 1/2003 não são relevantes para o presente processo. O Órgão de Fiscalização da EFTA destacou, nas suas alegações, o carácter puramente doméstico do processo perante o Amtsgericht quando fez referência à Comunicação de Cooperação.

32 — O procedimento estabelecido no artigo 267.º TFUE constitui um instrumento de cooperação entre o Tribunal e os tribunais nacionais, através do qual o primeiro fornece aos segundos as interpretações do direito da UE de que necessitam para decidir os litígios que lhes são submetidos. O espírito de colaboração que deve presidir ao funcionamento do reenvio prejudicial implica que, por seu turno, o juiz nacional tenha em atenção a função confiada ao Tribunal de Justiça, que é a de contribuir para a administração da justiça nos Estados-Membros, e não a de emitir opiniões consultivas sobre questões gerais ou hipotéticas. V. o acórdão de 2 de Abril de 2009, *Schneider* (C-380/01 [2004] Colect., p. I-1389, n.ºs 20 a 23 e jurisprudência aí referida).

33 — Acresce que, quando detectado o cartel e provada a sua existência podem ser aplicadas não só pesadas coimas como também, em certos Estados-Membros, penas de prisão.

34 — V., por analogia, o acórdão de 7 de Janeiro de 2004, *Aalborg Portland e o. / Comissão* (processos apensos C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P e C-219/00 P [2004] Colect., p. I-123, n.ºs 55 a 57, no qual o Tribunal de Justiça sustentou que uma vez que a proibição de participar em práticas ou acordos anticoncorrenciais bem como as sanções em que os infractores podem incorrer são notórias, é normal que as actividades que estas práticas e acordos implicam decorram clandestinamente, que as reuniões se realizem secretamente, a maioria das vezes num país terceiro, e que a documentação que lhes diz respeito seja reduzida ao mínimo. Mesmo que a Comissão descubra documentos que comprovem de maneira explícita a existência de contactos ilegais entre os operadores, como as actas de uma reunião, esses documentos são normalmente fragmentados e dispersos, pelo que, muitas vezes, é necessário reconstituir por dedução determinados pormenores. Na maior parte dos casos, a existência de uma prática ou de um acordo anticoncorrencial deve ser inferida de um determinado número de coincidências e de indícios que, considerados no seu todo, podem constituir, na falta de outra explicação coerente, a prova de uma violação das regras da concorrência.

que eu considero ser um expediente prático³⁵, a Comissão pôs em prática, desde 1996, com a adopção da sua Comunicação sobre a não aplicação ou a redução de coimas nos processos relativos a acordos, decisões e práticas concertadas³⁶, um regime de clemência que recompensa a colaboração prestada por membros do cartel que leve à detecção e punição de cartéis com imunidade e redução das coimas. Decorre claramente da Comunicação da Comissão relativa à imunidade em matéria de coimas e à redução do seu montante nos processos relativos a cartéis, de 2006³⁷, que a Comissão considera que: «para os consumidores e os cidadãos em geral, a detecção e sanção dos cartéis secretos reveste-se de maior interesse do que a aplicação de coimas às empresas que permitem à Comissão detectar e proibir essas práticas. [...] A Comissão considera que a colaboração de uma empresa para a detecção da existência de um cartel possui um valor intrínseco»³⁸. Creio que o benefício de um regime deste tipo vai além da detecção e punição de violações individualmente consideradas, conduzindo a um clima geral de incerteza entre os potenciais

membros de cartéis, o que pode evitar a formação de novos cartéis.

32. Assim, a Comunicação de Clemência estabelece, de forma transparente, as normas e procedimentos que permitem aos requerentes de clemência prever o tratamento que receberão por parte da Comissão. Creio que a transparência e previsibilidade são necessárias para o eficaz funcionamento do regime de clemência da comissão, uma vez que a incerteza relativamente ao tratamento por parte da Comissão poderia desencorajar potenciais requerentes. Acresce que o Tribunal considerou que uma redução da coima a título de cooperação durante o procedimento administrativo só se justifica se o comportamento da empresa em causa tiver permitido à Comissão detectar a existência de uma infracção com menos dificuldade e, eventualmente, pôr-lhe termo³⁹. Uma empresa que colabora com a Comissão nos termos da Comunicação de Clemência cria uma legítima expectativa de poder beneficiar de uma determinada percentagem de redução⁴⁰. Além disso, nos

35 — A utilização deste termo não acarreta qualquer juízo de valor relativamente à actuação da Comissão. Antes indica que a Comissão adoptou o comportamento que considerou ser, em última análise, mais vantajoso para a concorrência.

36 — É de destacar que nem o Regulamento n.º 1/2003, nem o Regulamento (CE) n.º 773/2004 da Comissão, de 7 de Abril de 2004, relativo à instrução de processos pela Comissão para os efeitos dos artigos 81.º e 82.º do Tratado CE (JO 2004, L 123, p. 18), dispõem sobre o funcionamento de um regime de clemência junto da Comissão.

37 — V. nota 9 *supra*.

38 — V. números 3 e 4 da Comunicação de Clemência (referida na nota 9).

39 — V., para esse efeito, o acórdão de 16 de Novembro de 2000, *SCA Holding / Comissão* (C-297/98 P [2000] Colect., p. I-10101, n.º 36, e o acórdão de 28 de Junho de 2005, *Dansk Rørindustri e o. / Comissão* (Processos apensos C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P a C-208/02 P e C-213/02 P [2005] Colect., p. I-5425, n.º 399).

40 — V., *Dansk Rørindustri e o. / Comissão*, referido na nota 39, n.º 188; ver também o número 38 da Comunicação de Clemência que dispõe que: «A Comissão está consciente de que a presente Comunicação cria expectativas legítimas em que as empresas se podem basear quando divulgam a existência de um cartel à Comissão».

termos da Comunicação de Clemência, a Comissão, em princípio, não concede o acesso às declarações da empresa requerente⁴¹. Por outro lado, a Comissão aceita que as declarações

da empresa⁴² possam ser prestadas oralmente⁴³. A Comunicação de Clemência não dispõe, no entanto, quanto à recusa do acesso de terceiros aos documentos preexistentes⁴⁴ apresentados por um requerente de clemência nos termos daquela Comunicação.

41 — V. os números 6, 7 e 33 da Comunicação de Clemência (referida na nota 9). V., também, o número 29 do Modelo de Regime da REC (referido na nota 8). Nos termos do número 6 da Comunicação de Clemência, estas apresentações voluntárias, conhecidas como declarações de empresa «têm-se revelado úteis, visto que têm permitido realizar investigações eficazes e pôr termo a infracções relativas a cartéis, não devendo ser desencorajadas por decisões que determinem a apresentação coerciva de provas documentais no âmbito de uma acção cível». Os potenciais interessados em solicitar a imunidade ou a redução de coimas poderiam ser dissuadidos de cooperar com a Comissão ao abrigo da presente comunicação se tal pudesse prejudicar a sua posição no âmbito de acções cíveis, perante as empresas que não cooperam com a Comissão. Estes efeitos indesejáveis prejudicariam significativamente o interesse público, que consiste em garantir a aplicação efectiva do artigo [101.º TFUE] em processos relativos a cartéis pelas autoridades públicas, e em permitir a sua aplicação subseqüente ou paralela no âmbito de acções cíveis. V., também, o número 47 das Notas Explicativas do Modelo de Regime da REC, que dispõe: «os membros da REC são acérrimos defensores das acções cíveis de indemnização contra os membros dos cartéis. No entanto, consideram inadequado que as empresas que colaboram com as autoridades sejam colocadas numa posição mais desfavorável do que a dos demais membros do cartel que não cooperam com as autoridades responsáveis em matéria de concorrência. A apresentação coerciva, em acções cíveis de indemnização, de declarações que foram apresentadas especificamente a uma autoridade de um Estado-Membro responsável em matéria de concorrência no âmbito do regime de clemência pode criar o efeito acima referido e, ao dissuadir da cooperação no âmbito do regime de clemência das autoridades responsáveis em matéria de concorrência, prejudicar a eficácia da luta das autoridades contra os cartéis. O impacto negativo desta situação poderia estender-se à luta contra os cartéis noutras jurisdições. O risco de um requerente estar sujeito a uma decisão de apresentação coerciva de documentos depende, em grande medida, dos territórios afectados e da natureza do cartel em que participou».

33. Não resulta do direito da UE nenhuma obrigação expressa para as autoridades dos Estados-Membros no sentido de estabelecerem um regime de clemência relativo aos cartéis que violam o disposto no artigo 101.º TFUE, e o direito da UE não regula

42 — Nos termos do número 9, a), da Comunicação de Clemência (referida na nota 9), uma declaração da empresa deve incluir, na medida daquilo que for do conhecimento do requerente no momento da apresentação do pedido: — Uma descrição pormenorizada do acordo do alegado cartel, incluindo, por exemplo, os seus objectivos, actividades e funcionamento; o produto ou serviço em causa, o âmbito geográfico, a duração e uma estimativa dos volumes de mercado afectados; informações específicas sobre datas, locais, conteúdo e participantes em contactos efectuados no âmbito do alegado cartel e todas as explicações relevantes sobre os elementos de prova apresentados em apoio do pedido; — O nome e endereço da entidade jurídica que apresenta o pedido de imunidade, bem como os nomes e endereços de todas as outras empresas que participam ou participaram no alegado cartel; — Os nomes, funções, endereço profissional e, se necessário, o endereço privado de todas as pessoas que, tanto quanto for do conhecimento do requerente, participam ou participaram no alegado cartel, incluindo aquelas que participaram em nome do requerente; — Informação sobre se outras autoridades de concorrência, no interior ou no exterior da UE, foram ou deverão ser contactadas pela empresa a propósito do alegado cartel.

43 — V. número 32 da Comunicação de Clemência (referida na nota 9). V., também, número 28 do Modelo de Regime da REC (referido na nota 8).

44 — A Comunicação de Clemência não fornece uma definição do termo «documentos preexistentes». Creio, no entanto, que aqueles consistem em «outros elementos de prova relacionados com o alegado cartel, na posse do requerente ou à sua disposição no momento da apresentação do pedido, incluindo, em especial, qualquer elemento de prova contemporâneo da infracção». V. número 9, b), da Comunicação de Clemência (já referida na nota 9).

a questão do acesso ao processo de clemência junto daquelas autoridades. No entanto, não obstante a inexistência, nos termos da lei da UE, de uma obrigação das autoridades dos Estados-Membros responsáveis em matéria de concorrência de estabelecerem um regime de clemência relativo aos cartéis ilegais e o facto de os Estados-Membros gozarem de autonomia processual a este respeito, decorre do processo que a esmagadora maioria das autoridades responsáveis em matéria de concorrência n.ºs 27 Estados-Membros, incluindo o Bundeskartellamt, aplicam actualmente alguma forma de regime de clemência. A decisão de reenvio afirma que o regime de clemência do Bundeskartellamt é baseado no Modelo de Regime da REC. Uma vez que o Bundeskartellamt tomou a iniciativa de aplicar um regime de clemência, creio que, dependendo de verificação pelo órgão jurisdicional de reenvio, esta autoridade responsável em matéria de concorrência considerou que tal regime era necessário para assegurar a aplicação eficaz do artigo 101.º TFUE, entre outros⁴⁵. Com efeito, na decisão de reenvio, o Amtsgericht afirma que «o regime de clemência implementado pelo Bundeskartellamt em 2000, revela bem que constitui um instrumento extremamente eficaz no combate aos cartéis». Entre 2001 e 2008, foram apresentados, no

total, 210 pedidos de clemência, no âmbito de 69 processos distintos»⁴⁶.

34. Creio que, sempre que um Estado-Membro, através da(s) sua(s) autoridade(s) responsável(is) em matéria de concorrência, adoptar um regime de clemência com vista à aplicação eficaz do artigo 101.º TFUE, deve, não obstante a autonomia processual de que goza na aplicação da referida disposição, assegurar que o regime é criado e aplicado de forma eficaz.

35. No que toca à relação entre os regimes de clemência e as acções civis de indemnização, a Comunicação de Clemência, embora explique que a Comissão exerce o seu poder discricionário na aplicação de sanções aos membros de cartéis que colaboram, afirma expressamente que o facto de ser concedida imunidade em matéria de coimas ou uma redução do seu montante não protege a empresa das consequências de direito civil da sua participação numa infracção ao artigo 101.º TFUE⁴⁷. Acresce que o número 24 do regime de clemência do Bundeskartellamt, relativo à imunidade, dispõe que: «esta comunicação não produz qualquer efeito relativa-

45 — A decisão de reenvio refere, a este respeito, que o Oberlandesgericht (Düsseldorf) considerou, numa decisão, que a premissa sobre a qual assenta o regime de clemência do Bundeskartellamt (a saber, que o interesse no desmantelamento de um cartel «hardcore» pode ser superior ao do sancionamento de um membro isolado de um cartel) é uma premissa legítima. O Oberlandesgericht (Düsseldorf) concluiu que o regime de clemência do Bundeskartellamt (citado na nota 6) não suscita dúvidas de índole jurídica e que o seu regime está abrangido pela margem de discricionariedade atribuída às autoridades que aplicam sanções nos termos do artigo 81.º, n.º 7, da OWiG.

46 — Não se refere na decisão de reenvio se algum dos cartéis cai na alçada do artigo 101.º TFUE.

47 — V. número 39 da Comunicação de Clemência (referida na nota 9).

mente à aplicação do direito da concorrência por via do direito civil.»⁴⁸

36. Com efeito, o direito dos lesados de formular pedidos de indemnização por danos causados pela violação dos artigos 101.º e 102.º TFUE foi claramente sublinhado pelo Tribunal. Assim, é jurisprudência assente que os artigos 101.º e 102.º TFUE produzem efeitos directos nas relações entre particulares e criam na sua esfera jurídica direitos⁴⁹ que os órgãos jurisdicionais nacionais devem proteger⁵⁰. Embora as regras relativas às acções civis de indemnização por violação dos artigos 101.º e 102.º TFUE não tenham ainda

sido harmonizadas ao nível da UE, o Tribunal sustentou que a plena eficácia do artigo 101.º TFUE e, em particular, o efeito útil da proibição enunciada no seu número 1, seriam postos em causa se não fosse possível a qualquer pessoa reclamar a reparação do prejuízo que lhe houvesse sido causado por um contrato ou por um comportamento susceptível de restringir ou falsear o jogo da concorrência⁵¹. Resulta do exposto que qualquer pessoa tem o direito de pedir a reparação do dano sofrido quando existe um nexo de causalidade entre o referido dano e um acordo ou uma prática proibida pelo artigo 101.º TFUE⁵². Em *Courage e Crehan*, o Tribunal enfatizou igualmente o efeito desencorajador das acções civis de indemnização. A esse respeito, o Tribunal afirmou que um direito deste tipo reforça o carácter operacional das regras comunitárias da concorrência e desencoraja acordos ou práticas, frequentemente disfarçados, capazes de restringir ou de falsear o jogo da concorrência. Nesta perspectiva, as acções de indemnização por perdas e danos junto dos órgãos jurisdicionais nacionais são susceptíveis de contribuir substancialmente para a manutenção de uma concorrência efectiva na Comunidade⁵³.

48 — O Amtsgericht afirma, na decisão de reenvio, que «a apresentação de um pedido de clemência não exonera o requerente da sua responsabilidade civil para com terceiros lesados, nem de acordo com a lei europeia, nem de acordo com a lei alemã».

49 — Os artigos 101.º e 102.º TFUE impõem igualmente aos particulares obrigações susceptíveis de imposição coactiva por parte dos tribunais.

50 — V. o acórdão de 30 de Janeiro de 1974 *BRT e SABAM* («*BRT I*») (C-127/73[1974] Colect., 51, n.º 16; o acórdão de 18 de Março de 1997, *Guérin automobiles* [Comissão (C-282/95 P [1997] Colect., 1-1503, n.º 39; o acórdão de 20 de Setembro de 2001, *Courage e Crehan* (C-453/99 [2001] Colect., p. 1-6297, n.º 23, e o acórdão 13 de Julho de 2006, *Manfredi e o.* (Processos apensos C-295/04 a C-298/04 [2006] Colect., p. 1-6619, n.º 39).

51 — V. *Courage e Crehan*, referido na nota 50, números 26 e 27.

52 — V. *Manfredi e o.*, referido na nota 50, n.º 61. O Tribunal declarou que, na ausência de regulamentação comunitária na matéria, e em conformidade com o princípio da autonomia processual nacional, compete à ordem jurídica interna de cada Estado-Membro designar os órgãos jurisdicionais competentes e regular as normas processuais aplicáveis às acções judiciais destinadas a garantir a salvaguarda dos direitos que para os cidadãos resultam do efeito directo do direito comunitário, desde que essas normas não sejam menos favoráveis do que as das acções análogas de natureza interna (princípio da equivalência) e desde que não tornem praticamente impossível ou excessivamente difícil o exercício dos direitos conferidos pela ordem jurídica comunitária (princípio da efectividade) (ver o acórdão de 10 de Julho de 1997, *Palmisani* (C-261/95, Colect., p. 1-4025, n.º 27, e *Courage e Crehan*, referido na nota 50, n.º 29).

53 — V. *Courage e Crehan*, referido na nota 50, número 27. V. igualmente o número 1.2 do Livro Branco sobre as acções de indemnização por incumprimento das regras comunitárias no domínio «antitrust», da Comissão, COM(2008) 165 final (Livro Branco).

37. Na minha opinião, a concessão de acesso a um terceiro lesado, por parte de uma autoridade de um Estado-Membro responsável em matéria de concorrência, à informação voluntariamente apresentada por membros de um cartel nos termos do regime de clemência, pode, em princípio, facilitar ao lesado a preparação da acção civil de indemnização por violação do artigo 101.º TFUE perante os tribunais nacionais relativamente aos danos alegadamente causados pelo cartel⁵⁴. Uma acção que pode levar não só à determinação do direito do lesado a ser indemnizado, como também à aplicação do artigo 101.º TFUE⁵⁵. Nesta medida, entendo que, não obstante a autoridade do Estado-Membro responsável em matéria de concorrência não ser parte na acção civil de indemnização, não deve⁵⁶, na falta de razões imperiosas de necessidade pública ou privada, negar a um terceiro alegadamente lesado o acesso a documentos na sua posse que podem ser apresentados como prova para fundamentar uma acção civil de indemnização contra um membro de um cartel por violação do artigo 101.º TFUE, uma vez que a recusa pode, de facto, afectar e diminuir o direito fundamental dessa parte a uma

acção, garantido pelos artigos 101.º TFUE e 47.º⁵⁷, conjugados com o artigo 51.º, da Carta, e o artigo 6.º, n.º 1 CEDH. Assim, é necessário analisar se e em que circunstâncias uma autoridade nacional responsável em matéria de concorrência pode legitimamente recusar o acesso à informação e aos documentos apresentados por um requerente de clemência.

38. Do meu ponto de vista, em certas circunstâncias a concessão de acesso, por parte de uma autoridade de um Estado-Membro responsável em matéria de concorrência, a toda a informação e documentação apresentada por um requerente de clemência pode prejudicar seriamente a atractividade e, logo, a eficácia do regime de clemência daquela autoridade, uma vez que os potenciais requerentes de clemência podem entender que são colocados numa posição mais desfavorável, no tocante aos pedidos cíveis de indemnização, devido às declarações auto-incriminatórias

54 — No número 2.2 do Livro Branco (referido na nota 53), a Comissão reconhece que «muitos dos elementos de prova essenciais necessários para justificar uma acção de indemnização por incumprimento das regras *antitrust* são frequentemente dissimulados e, pelo facto de estarem na posse do requerido ou de terceiros, não são em geral conhecidos de forma suficientemente pormenorizada por parte do requerente».

55 — *V. Courage e Crehan*, referido na nota 50, números 26 e 27.

56 — Caso contrário, as autoridades dos Estados-Membros responsáveis em matéria de concorrência, ao criarem obstáculos ao acesso à informação que detém e que pode ser utilizada como prova, estariam a dificultar a propositura de acções civis de indemnização.

57 — «Toda a pessoa cujos direitos e liberdades garantidos pelo direito da União tenham sido violados tem direito a uma acção perante um tribunal.»

Toda a pessoa tem direito a que a sua causa seja julgada de forma equitativa, publicamente e num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial, previamente estabelecido por lei [...]

que são obrigatoriamente⁵⁸ apresentadas à autoridade, de que a posição dos membros do cartel que se recusam a cooperar. Assim, pode entender-se que o benefício da imunidade ou da redução de coimas concedido a um requerente é anulado pelo risco acrescido de responsabilidade por danos quando for concedido o acesso ao processo de clemência, especialmente nos casos em que os membros dos cartéis forem solidariamente responsáveis nos termos das legislações nacionais. Assim, um membro de um cartel pode abster-se de apresentar um pedido de clemência ou, por outro lado, ser menos colaborante com a autoridade do Estado-Membro responsável em matéria de concorrência no decorrer do respectivo processo⁵⁹.

39. Existe, assim, um conflito aparente entre, por um lado, a eficácia do regime de clemência aplicado por uma autoridade de um Estado-Membro responsável em matéria de concorrência e, logo, a aplicação pública do direito da concorrência e, por outro, a concessão de acesso, por parte de um terceiro, à informação voluntariamente apresentada

58 — Por forma a obter um tratamento mais favorável ao nível sancionatório. As declarações e os documentos preexistentes são apresentados de forma voluntária, em troca de um tratamento mais favorável ao nível sancionatório. Não existe qualquer obrigação legal nem imposição de facto que obrigue os requerentes. *V., a contrario*, sobre o direito de não se auto-incriminar e o direito a um julgamento equitativo, TEDH, acórdão Saunders e Reino Unido, de 17 de Dezembro de 1996, *Colectânea dos acórdãos e decisões* 1996-VI, p. 2044, §§ 69, 71 e 76.

59 — Não pode ser ignorado o «efeito desmoralizador» que a concessão de acesso, por parte de uma autoridade de um Estado-Membro responsável em matéria de concorrência, a potenciais demandantes civis à informação apresentada por um requerente de clemência, pode ter no nível de colaboração desse requerente. Isto não obstante o facto de a Comunicação de Clemência obrigar os requerentes de clemência a, designadamente, colaborar sincera e plenamente, de forma permanente e expedita desde o momento de apresentação do seu pedido e durante todo o procedimento administrativo da Comissão. *V.* número 12, a), da Comunicação de Clemência (referida na nota 9). Muito provavelmente os regimes nacionais impõem obrigações semelhantes. *V.* número 13 do Modelo de Regime da REC (referido na nota 8).

pelos requerentes de clemência⁶⁰, para efeitos de formular um pedido cível de indemnização por violação do artigo 101.º TFUE.

40. Entendo que nem o Regulamento n.º 1/2003 nem a jurisprudência do Tribunal estabeleceram uma hierarquia *de jure* ou uma ordem de prioridade⁶¹ entre a aplicação pública do direito da concorrência da UE e as acções civis de indemnização. Não obstante, creio que o papel desempenhado pela Comissão e pelas autoridades dos Estados-Membros responsáveis em matéria de concorrência assume muito maior importância na aplicação dos artigos 101.º e 102.º TFUE do que as acções civis de indemnização. Com efeito, o peso actual das acções civis de indemnização é de tal forma reduzido que não posso deixar

60 — A uma autoridade de um Estado-Membro responsável em matéria de concorrência.

61 — O considerando 7 do preâmbulo do Regulamento n.º 1/2003 dispõe que: «os tribunais nacionais desempenham uma função essencial na aplicação das regras comunitárias de concorrência. Ao deliberarem sobre os litígios entre particulares, salvaguardam os direitos subjectivos decorrentes do direito comunitário, nomeadamente através da concessão de indemnizações às vítimas das infracções. Neste capítulo, o papel dos tribunais nacionais vem complementar o das autoridades dos Estados-Membros responsáveis em matéria de concorrência. Assim, é necessário permitir-lhes que apliquem integralmente os artigos 101.º e 102.º TFUE». Creio que o termo «complementar» não indica necessariamente uma ordem de prioridade. Em todo o caso, o preâmbulo de um acto na União não é vinculativo. *V.* o acórdão de 2 de Abril de 2009, *Tyson Parkethandel*, C-134/08, *Colect.*, p. I-2875, n.º 6 e a jurisprudência referida.

de manifestar renitência na utilização excessiva da expressão «aplicação privada»⁶².

41. Acresce que, no meu entendimento, o conflito em questão é mais aparente do que real uma vez que a aplicação de regimes de clemência eficazes com vista à detecção e punição de cartéis secretos visa não só a protecção do interesse público como o dos particulares lesados por tais cartéis⁶³. Por um

lado, sem um programa de clemência eficaz, haverá um grande número de cartéis que permanecerá por identificar ou cuja existência não se conseguirá provar, pelo que os mesmos poderão subsistir em contínuo prejuízo da concorrência em geral e dos terceiros lesados. Por outro lado, a investigação e detecção de tais cartéis por parte das autoridades dos Estados-Membros responsáveis em matéria de concorrência, como consequência de um pedido de clemência, pode levar a decisões de aplicação de coimas nos termos da legislação nacional⁶⁴. Estas decisões podem facilitar a prova por parte dos terceiros lesados nas acções civis de indemnização. É de notar, a este respeito, que embora o Regulamento n.º 1/2003 não contenha nenhuma disposição relativa à influência das decisões das autoridades dos Estados-Membros responsáveis em matéria de concorrência⁶⁵ nas decisões dos tribunais nacionais, ao contrário do que sucede no artigo 16.º, n.º 1 do mesmo Regulamento⁶⁶ creio que tais decisões devem ser tratadas pelos tribunais nacionais pelo menos como prova corroborativa⁶⁷. No entanto, mesmo nas jurisdições em que um demandante civil não pode usar como prova em tribunal uma decisão de uma autoridade de um Estado-Membro responsável em

62 — Em 2008, no seu Livro Branco, a Comissão destacou que «Apesar da necessidade de estabelecer um quadro normativo eficaz que permita exercer na prática o direito a uma indemnização e muito embora se tenham registado recentemente alguns sinais de melhoria em determinados Estados-Membros, até agora, na prática, as vítimas de infracções às regras comunitárias no domínio *antitrust* só raramente obtêm uma indemnização pelos danos sofridos». V. número 1.1 (referido na nota 53).

63 — V. o número 6 da Comunicação de Clemência (referida na nota 9) que dispõe que: «Os potenciais interessados em solicitar a imunidade ou a redução de coimas poderiam ser dissuadidos de cooperar com a Comissão ao abrigo da presente comunicação se tal pudesse prejudicar a sua posição no âmbito de acções cíveis, perante as empresas que não cooperam com a Comissão. Estes efeitos indesejáveis prejudicariam significativamente o interesse público, que consiste em garantir a aplicação efectiva do artigo 101.º TFUE pelas autoridades públicas em processos relativos a cartéis e em permitir a sua aplicação subsequente ou paralela no âmbito de acções cíveis» (sublinhado nosso) (referida na nota 41 *supra*).

64 — V. artigo 5.º do Regulamento n.º 1/2003.

65 — V. número 2.3 do Livro Branco (referido na nota 53).

66 — O artigo 16.º, n.º 1 do Regulamento n.º 1/2003 dispõe que: «Quando se pronunciarem sobre acordos, decisões ou práticas ao abrigo dos artigos 81.o ou 82.o do Tratado que já tenham sido objecto de decisão da Comissão, os tribunais nacionais não podem tomar decisões que sejam contrárias à decisão aprovada pela Comissão». A Comissão sugere nas decisões sobre as acções de indemnização relativas a uma prática referida no artigo 101.º ou 102.º sobre a qual uma autoridade de um Estado-Membro responsável em matéria de concorrência da REC tenha já tomado uma decisão definitiva que declare verificada uma infracção a estes artigos, ou sobre a qual uma instância judicial de recurso tenha proferido uma sentença definitiva que confirme a decisão da autoridade de um Estado-Membro responsável em matéria de concorrência, ou que declare ela própria verificada uma infracção, os tribunais nacionais não podem tomar decisões contrárias a esta decisão ou a esta sentença.

67 — O órgão jurisdicional de reenvio indicou que, nos termos da legislação alemã, a decisão sobre a matéria de facto nas decisões que aplicam coimas é vinculativa nas acções civis e, como tal, não é necessária a prova da violação.

matéria de concorrência, recaindo sobre ele o ónus de prova na sua totalidade, designadamente, o ónus da prova da violação do artigo 101.º TFUE, creio que tal decisão constitui uma boa base para a acção, uma vez que tenderá a explicar em pormenor o funcionamento do cartel em questão e a natureza da violação do artigo 101.º TFUE.

42. Creio, pois, que a protecção dos interesses públicos e privados na detecção e punição dos cartéis exige que se mantenha, tanto quanto possível, a atractividade do regime de clemência das autoridades dos Estados-Membros responsáveis em matéria de concorrência sem restringir de forma indevida o direito de acesso de um demandante civil à informação e à acção.

43. Relativamente ao objecto do processo principal, o órgão jurisdicional de reenvio não especifica na decisão de reenvio a natureza da informação e dos documentos apresentados pelos requerentes de clemência. Não obstante, e uma vez que o órgão jurisdicional de reenvio afirmou que o regime de clemência do Bundeskartellamt se baseia no Modelo REC, procederei a uma apreciação, no presente contexto, sobre o acesso às declarações

de empresa ou declarações auto-incriminatórias⁶⁸ prestadas pelos requerentes de clemência e aos documentos preexistentes apresentados pelos mesmos.

44. Creio que a concessão, aos demandantes civis, do acesso ao conteúdo de declarações auto-incriminatórias⁶⁹ prestadas por requerentes de clemência⁷⁰, no curso e para os efeitos de um procedimento de clemência, nas quais um requerente efectivamente admite a sua participação numa violação do artigo 101.º TFUE e fornece detalhes à autoridade, pode reduzir substancialmente a atractividade e, logo, a eficácia do regime de clemência de uma autoridade de um Estado-Membro responsável em matéria de concorrência⁷¹. Isto poderá, por sua vez,

68 — Não resulta claramente do processo se os requerentes de clemência prestaram declarações orais. No entanto, uma vez que considero que não deve ser concedido o acesso a tais declarações, é irrelevante a diferença entre as declarações orais e escritas.

69 — Designadas também por declarações da empresa.

70 — Que consubstanciam, efectivamente, uma confissão ou reconhecimento de culpa.

71 — Uma vez que as declarações em questão dizem respeito à participação do requerente de clemência no cartel ilegal, este requerente poderia ser colocado numa posição mais desfavorável do que a dos demais membros do cartel que não cooperam com as autoridades responsáveis em matéria de concorrência. No número 2.9 do Livro Branco, com o título «Interacção entre os programas de clemência e as acções de indemnização», a Comissão considera que para efeitos da aplicação do direito, tanto na esfera pública como na esfera privada, importa assegurar que os programas de clemência sejam atractivos. No âmbito das acções de indemnização na esfera privada, convém proteger adequadamente a confidencialidade das declarações de empresas que apresentam um pedido de clemência, a fim de evitar colocar o requerente numa situação menos favorável do que a dos outros co-infractores. Esta protecção é aplicável quando a divulgação é ordenada por um tribunal, tanto antes como após a adopção de uma decisão pela autoridade da concorrência (referida na nota 53).

comprometer a eficácia da aplicação do artigo 101.º TFUE pela autoridade do Estado-Membro responsável em matéria de concorrência e, em última análise, da possibilidade de os particulares poderem fazer valer os seus direitos numa acção. Assim, embora a recusa de acesso possa criar obstáculos ou dificultar, em certa medida, a obtenção, por parte de um terceiro aparentemente lesado, de uma reparação efectiva, entendo que a interferência com esse direito é justificada pela prossecução do objectivo de garantia de aplicação eficaz do artigo 101.º TFUE pelas autoridades dos Estados-Membros responsáveis em matéria de concorrência e também pelos interesses privados na detecção e punição dos cartéis.

45. Acresce que, dependendo de verificação pelo órgão jurisdicional de reenvio, parece que⁷² os requerentes de clemência criam a legítima expectativa de que o Bundeskartellamt, no âmbito do seu poder discricionário, não concederá o acesso às declarações auto-incriminatórias prestadas voluntariamente. Considero que embora o direito fundamental à acção deva ser, tanto quanto possível, respeitado, deve prevalecer a legítima expectativa do requerente no sentido de não serem divulgadas tais declarações auto-incriminatórias.

72 — Nos termos, em especial, do número 22 do regime de clemência do Bundeskartellamt (referido na nota 6).

46. Considero, assim, que, em regra⁷³, não deve ser concedido o acesso às declarações auto-incriminatórias prestadas por um requerente de clemência.

47. No entanto, exceptuando as referidas declarações auto-incriminatórias, os terceiros alegadamente lesados, como a Pfeleiderer, devem ter acesso a todos os outros documentos preexistentes apresentados por um requerente de clemência no curso do respectivo procedimento⁷⁴ que facilitarão a prova, para efeitos de acções civis de indemnização, da violação do artigo 101.º TFUE⁷⁵, dos danos causados aos terceiros e do nexo causal entre a violação e o dano⁷⁶. Os documentos em questão não constituem um produto do processo

73 — Pode surgir a necessidade de criar excepções a esta regra, designadamente, quando o próprio requerente de clemência comunica o conteúdo das suas declarações a terceiros. V., por exemplo, número 33 da Comunicação de Clemência (referida na nota 9).

74 — Além dos segredos comerciais e outra informação confidencial, tal como documentos internos.

75 — Nas jurisdições, tal como a República Federal da Alemanha, em que os demandantes civis podem, nas acções civis de indemnização, prevalecer-se da decisão final da autoridade de um Estado-Membro responsável em matéria de concorrência ou da decisão de um tribunal em sede de recurso, para prova da violação do artigo 101.º TFUE, entendo que não deve ser concedido o acesso a essa prova ou documentos divulgados por um requerente de clemência no curso do respectivo procedimento, uma vez que estes não são necessários ao exercício do direito a uma acção e a um julgamento equitativo.

76 — Na minha opinião, a autoridade do Estado-Membro responsável em matéria de concorrência deverá assegurar-se de que a informação será utilizada apenas para os fins judiciais em questão.

de clemência, como é o caso das declarações auto-incriminatórias referidas, existem independentemente de tal processo e poderiam, pelo menos teoricamente, ser divulgados noutra sede. Não antevejo nenhuma razão pertinente para ser recusado o acesso a tais documentos, especialmente

vocacionados para a prova numa acção civil de indemnização. A recusa de acesso a tais documentos por parte de uma autoridade de um Estado-Membro responsável em matéria de concorrência em circunstâncias como as do processo principal seria contrária ao direito fundamental a uma acção.

VI — Conclusão

48. À luz das considerações precedentes, proponho ao Tribunal que responda à questão submetida pelo Amtsgericht Bonn (Alemanha) nos seguintes termos:

«Os lesados por um cartel não podem ter acesso, para efeitos de formulação de um pedido cível de indemnização, ao conteúdo de declarações auto-incriminatórias prestadas pelos requerentes de clemência, no curso e para os efeitos do respectivo processo, dirigido por uma autoridade do Estado-Membro responsável em matéria de concorrência com vista à aplicação efectiva do artigo 101.º TFUE, nas quais um requerente efectivamente admita a sua participação numa violação do artigo 101.º TFUE e forneça detalhes à autoridade, uma vez que daqui pode resultar uma redução substancial da atractividade e, logo, da eficácia do regime de clemência de uma autoridade de um Estado-Membro responsável em matéria de concorrência e, por sua vez, o prejuízo da eficácia da aplicação do artigo 101.º TFUE por essa autoridade. Embora a recusa de acesso possa criar obstáculos ou dificultar, em certa medida, o exercício, por parte de um terceiro alegadamente lesado, do direito fundamental a uma acção e a um

juízo equitativo, garantido pelo artigo 47.º, conjugado com o artigo 51.º, n.º 1, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, a interferência nesse direito é justificada pela prossecução do objectivo de garantia de aplicação eficaz do artigo 101.º TFUE pelas autoridades dos Estados-Membros responsáveis em matéria de concorrência e também pelos interesses privados na detecção e punição dos cartéis.

A recusa, por parte de uma autoridade de um Estado-Membro responsável em matéria de concorrência, da concessão de acesso a outros documentos preexistentes apresentados por um requerente de clemência no curso do respectivo procedimento e que facilitariam a prova, para efeitos de acções civis de indemnização, da violação do artigo 101.º TFUE, dos danos causados aos terceiros e do nexo causal entre a violação e o dano, por parte de uma autoridade de um Estado-Membro responsável em matéria de concorrência, seria contrária ao direito fundamental a uma acção e a um julgamento equitativo, garantidos pelo artigo 47.º, conjugado com o artigo 51.º, n.º 1, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.»