



## Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL  
PEDRO CRUZ VILLALÓN  
apresentadas em 3 de outubro de 2013<sup>1</sup>

**Processo C-365/12 P**

**Comissão  
contra**

**EnBW Energie Baden-Württemberg AG**

«Recurso de decisão do Tribunal Geral — Regulamento (CE) n.º 1049/2001 — Acesso aos documentos das instituições — Pedido de acesso ao processo instrutor de um procedimento de aplicação do artigo 81.º CE e do artigo 53.º do Acordo EEE — Recusa ex artigo 4.º, n.º 2, do Regulamento (CE) n.º 1049/2001 — Acesso a informação fornecida no âmbito de um programa de clemência — Regulamento (CE) n.º 1/2003 — Interpretação sistemática dos regimes de acesso aos documentos das instituições»

1. A Comissão interpôs o presente recurso do acórdão do Tribunal Geral de 22 de maio de 2012, EnBW Energie Baden-Württemberg/Comissão<sup>2</sup>, que anulou a Decisão da Comissão de 16 de junho de 2008<sup>3</sup>, que indeferiu um pedido de acesso a documentos com base 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 Comissão<sup>4</sup>. Concretamente, eram pedidos todos os documentos elaborados num procedimento por práticas colusórias punidas pela Comissão em aplicação do artigo 101.º TFUE<sup>5</sup>.

2. As questões submetidas permitirão ao Tribunal de Justiça pronunciar-se sobre a interação do Regulamento n.º 1049/2001 e o terceiro componente do direito da concorrência, as práticas concertadas ou práticas colusórias, uma vez que já o fez relativamente aos auxílios de Estado (processo Comissão/Technische Glaswerke Ilmenau)<sup>6</sup> e aos procedimentos de concentração (processo Comissão/Agrofert Holding)<sup>7</sup>. A questão de mérito suscitada neste processo é tão-só, afinal, a de determinar se a doutrina estabelecida relativamente aos outros componentes do direito da concorrência também é aplicável ao caso das práticas concertadas e, muito especialmente, no que se refere aos denominados «programas de clemência».

1 — Língua original: espanhol.

2 — Acórdão T-344/08.

3 — Decisão D (2008) 4931.

4 — JO L 145, p. 43.

5 — Decisão C(2006) 6762 final, de 24 de janeiro de 2007, processo COMP/F/38.899. Entre os produtores em causa encontravam-se a ABB Ltd (a seguir «ABB») e a Siemens AG (a seguir «Siemens»).

6 — Acórdão de 29 de junho de 2010 (C-139/07 P, Colet., p. I-5885, a seguir «acórdão TGI»).

7 — Acórdão de 28 de junho de 2012 (C-477/10 P).

## I — Quadro legal

3. Em conformidade com o artigo 4.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1049/2001, «[a]s instituições recusarão o acesso aos documentos cuja divulgação pudesse prejudicar a proteção», *inter alia*, de «interesses comerciais das pessoas singulares ou coletivas, incluindo a propriedade intelectual, [...] [e] os objetivos de atividades de inspeção, investigação e auditoria, exceto quando um interesse público superior imponha a divulgação.»

4. Por força do artigo 4.º, n.º 3, segundo parágrafo, do mesmo Regulamento n.º 1049/2001, «[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, exceto quando um interesse público superior imponha a divulgação.»

5. O Regulamento (CE) n.º 1/2003<sup>8</sup>, que define nos seus artigos 17.º a 22.º os poderes de inquérito da Comissão nos processos sobre concorrência, no artigo 27.º, n.º 2, dispõe o seguinte:

«Os direitos de defesa das partes interessadas serão plenamente acautelados no desenrolar do processo. As partes terão direito a consultar o processo em poder da Comissão, sob reserva do interesse legítimo das empresas na proteção dos seus segredos comerciais. Ficam excluídos da consulta do processo as informações confidenciais e os documentos internos da Comissão e das autoridades dos Estados-Membros responsáveis em matéria de concorrência. Ficam, nomeadamente, excluídas da consulta as notas de correspondência entre a Comissão e as autoridades dos Estados-Membros responsáveis em matéria de concorrência, ou entre estas últimas, e bem assim quaisquer documentos elaborados nos termos dos artigos 11.º e 14.º O disposto no presente número em nada impedirá que a Comissão divulgue ou utilize as informações necessárias para se comprovar uma infração.»

6. O artigo 28.º, n.º 1, do mesmo Regulamento n.º 1/2003, dispõe que, sem prejuízo do intercâmbio de informações entre as autoridades dos Estados-Membros responsáveis em matéria de concorrência e da cooperação da Comissão com os tribunais dos Estados-Membros, «as informações obtidas nos termos dos artigos 17.º a 22.º apenas podem ser utilizadas para os fins para que foram obtidas».

7. Por seu lado, o n.º 2 do mesmo artigo 28.º dispõe que «a Comissão e as autoridades dos Estados-Membros responsáveis em matéria de concorrência, os seus funcionários, agentes e outras pessoas que trabalhem sob a supervisão dessas autoridades, bem como os funcionários e agentes de outras autoridades dos Estados-Membros, não podem divulgar as informações obtidas ou trocadas nos termos do presente regulamento e que, pela sua natureza, estejam abrangidas pelo sigilo profissional. Esta obrigação é igualmente aplicável a todos os representantes e peritos dos Estados-Membros que tomem parte nas reuniões do Comité consultivo nos termos do artigo 14.º».

8. A disciplina do acesso ao processo e tratamento das informações confidenciais nos procedimentos de concorrência está contida nos artigos 15.º e 16.º do Regulamento (CE) n.º 773/2004<sup>9</sup>.

## II — Antecedentes

9. A EnBW Energie Baden-Württemberg («EnBW») é uma empresa de distribuição de energia que se considera prejudicada por uma prática concertada entre produtores de mecanismos de comutação isolados a gás punida pela Comissão em aplicação do artigo 101.º TFUE.

8 — Regulamento do Conselho, de 16 de dezembro de 2002, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81.º [CE] e 82.º [CE] (JO L 1, p. 1).

9 — Regulamento da Comissão, de 7 de abril de 2004, relativo à instrução de processos pela Comissão para efeitos dos artigos 81.º [CE] e 82.º [CE] (JO L 123, p. 18).

10. Em 9 de novembro de 2007, a EnBW invocando o Regulamento n.º 1049/2001, pediu à Comissão o acesso a todos os documentos relativos ao processo de sanção.

11. O pedido foi indeferido definitivamente pela Decisão de 16 de junho de 2008 (a seguir «a decisão impugnada»). Nesta decisão a Comissão classificou os documentos pedidos nas cinco categorias seguintes:

- 1) Documentos fornecidos no âmbito de um pedido de imunidade ou de clemência.
- 2) Pedidos de informação e respostas das partes a esses pedidos.
- 3) Documentos obtidos no decurso das inspeções *in loco* nas instalações das empresas em causa.
- 4) Comunicação das acusações e respostas das partes.
- 5) Documentos internos:
  - a) Documentos relativos aos factos (notas sobre as conclusões a tirar das provas recolhidas; correspondência com outras autoridades da concorrência; consultas a outros serviços da Comissão);
  - b) Documentos do processo (mandados de inspeção; atas de inspeção; extratos dos documentos obtidos no decurso das inspeções; documentos relativos à notificação de alguns documentos; notas).

12. A Comissão entendeu que todas e cada uma das categorias eram abrangidas pela exceção prevista no artigo 4.º, n.º 2, terceiro travessão, do Regulamento n.º 1049/2001 (prejuízo para a proteção de objetivos das atividades de inspeção, inquérito e auditoria). Os documentos inseridos nas categorias 1 a 4 seriam ainda abrangidos no artigo 4.º, n.º 2, primeiro travessão (prejuízo para a proteção de interesses comerciais das pessoas singulares ou coletivas), enquanto os documentos da categoria 5, alínea a) seriam afetados pela exceção prevista no n.º 3 do referido artigo 4.º (prejuízo do processo decisório).

13. A EnBW interpôs recurso de anulação da decisão no Tribunal Geral (processo T-344/08). A autora contou com o apoio do Reino da Suécia.

14. O Tribunal Geral deu provimento ao recurso da EnBW por acórdão de 22 de maio de 2012 (a seguir «acórdão recorrido»).

### III — O acórdão do Tribunal Geral

15. O Tribunal Geral concluiu, em primeiro lugar, que a Comissão tinha cometido um erro manifesto de apreciação ao considerar que os documentos da categoria 5, alínea b) não estavam abrangidos pelo pedido de acesso apresentado pela EnBW (n.ºs 32 a 37 do acórdão recorrido).

16. Em seguida, o Tribunal Geral verificou se, no caso, se encontravam preenchidas as condições que permitem aceitar exceções à obrigação de proceder ao exame individual e concreto dos documentos pedidos (n.ºs 44 a 112). A este respeito concluiu que a presunção geral de recusa invocada pela Comissão só é aplicável durante a tramitação do processo em que se inserem os documentos solicitados<sup>10</sup>. Uma vez encerrado o processo, como acontecia no caso dos autos, impunha-se, por conseguinte, um exame individual e concreto de cada um dos documentos em questão (n.ºs 56 a 63).

10 — No seguimento da doutrina estabelecida no acórdão TGI (n.ºs 55 a 58).

17. Em seguida o Tribunal Geral centrou-se na questão de saber se a Comissão tinha agido corretamente ao examinar os documentos agrupando-os por categorias (n.ºs 64 a 112). Em seu entender, as categorias 1, 2, 4 e 5, alínea a) não têm qualquer utilidade no quadro da análise do pedido de acesso, uma vez que não se verifica a existência de uma diferença real entre os documentos adstritos a cada uma delas. Apenas a categoria 3 (Documentos obtidos no decurso das inspeções in loco nas instalações das empresas em causa) teria utilidade para efeitos de apreciar a eventual aplicação da exceção estabelecida no artigo 4.º, n.º 2, terceiro travessão (proteção de objetivos das atividades de inspeção, inquérito e auditoria), pelo facto de terem sido recolhidos contra a vontade da empresa. Consequentemente o Tribunal Geral anulou a decisão impugnada no que respeita à recusa de acesso aos documentos das categorias 1, 2, 4 e 5, alínea a).

18. Não obstante, o Tribunal Geral também analisou a recusa de acesso aos documentos das categorias 1, 2, 4 e 5, alínea a) (n.ºs 113 a 176), concluindo que a proteção do objetivo das atividades de inquérito não podia justificar a recusa de acesso aos documentos das categorias 1 a 4 e 5, alínea a) por se tratar, no caso, de um processo já encerrado e não haver razões que justifiquem em tratamento diferente dos procedimentos em matéria de concorrência (n.ºs 113 a 130).

19. O Tribunal Geral também não considerou que a Comissão tivesse feito prova de que o acesso aos documentos pudesse prejudicar os interesses comerciais das empresas em causa (artigo 4.º, n.º 2, primeiro travessão), não sendo suficiente, para tais efeitos, o exame específico efetuado no decurso do procedimento (n.ºs 131 a 150).

20. Por último, o Tribunal Geral entendeu que a Comissão cometeu um erro ao aplicar aos documentos da categoria 5, alínea a), de maneira geral e abstrata, a exceção prevista no artigo 4.º, n.º 3, segundo parágrafo (pareceres para uso interno) (n.ºs 151 a 170).

#### **IV — O recurso do acórdão do Tribunal Geral**

21. Em 31 de julho de 2012, a Comissão interpôs recurso do acórdão do Tribunal Geral.

22. Através do seu recurso, a Comissão pede ao Tribunal de Justiça que se pronuncie sobre cinco questões. Em primeiro lugar, sobre as considerações e princípios gerais a ter em conta para uma interpretação do Regulamento n.º 1049/2001 que, sendo harmonizada com disposições relativas a setores como o da concorrência, não prejudique a eficácia destas últimas. Em segundo lugar, sobre a possibilidade de o acesso aos documentos de um procedimento em matéria de práticas concertadas poder ser recusado com base na presunção geral de que esses documentos necessitam de ser protegidos. A terceira e quarta questões referem-se ao âmbito de proteção dos objetivos das atividades de inquérito, por um lado, e dos interesses comerciais, por outro. A quinta e última questões têm por objeto as condições em que a Comissão pode recusar o acesso aos documentos internos mesmo depois de ter tomado uma decisão.

23. Cada uma destas questões se articula em outros tantos fundamentos do recurso; a saber: 1) erro de direito por desconhecimento da necessidade de uma interpretação harmonizada do Regulamento n.º 1049/2001 para garantir a plena eficácia das disposições relativas a outros setores; 2) erro de direito por negação da existência de uma presunção geral aplicável ao conjunto dos documentos de um processo em matéria de práticas concertadas; 3) interpretação errada do âmbito de proteção dos objetivos das atividades de inquérito; 4) interpretação errada do âmbito de proteção dos interesses comerciais; 5) interpretação errada das condições em que a Comissão pode recusar o acesso a um documento mesmo após a conclusão do processo decisório.

24. Ao quinto fundamento do recurso acrescem três subsidiários: a) interpretação errada do conceito «documentos que contenham pareceres para uso interno, como parte de deliberações e de consultas preliminares» do artigo 4.º, n.º 3, do Regulamento n.º 1049/2001; b) apreciação errada no que respeita à falta de prova, por parte da Comissão, de que os documentos da categoria 5, alínea a) continham pareceres para uso interno; c) interpretação errada do dever de fundamentação contida no artigo 4.º, n.º 3, segundo parágrafo.

25. A Comissão pede a anulação do acórdão recorrido e que seja negado provimento ao recurso que esteve na origem do processo T-344/08.

## V — Tramitação do processo no Tribunal de Justiça

26. Apresentaram observações escritas o Governo sueco, em apoio da EnBW, e a ABB e a Siemens, em apoio da Comissão.

27. Por despacho do Presidente do Tribunal de Justiça de 19 de fevereiro de 2013, foram indeferidos, por não terem um interesse direto, os pedidos de intervenção apresentados pela HUK-Coburg Haftpflicht-Unterstützungs-kasse kraftfahrender Beamter Deutschlands, pela LVM Landwirtschaftlicher Versicherungsverein Münster, pela VHV Allgemeine Versicherung AG e pela Württembergische Gemeinde-Versicherung.

28. Na audiência, realizada em 13 de junho de 2013, compareceram a Comissão, a EnBW, a ABB e a Siemens.

29. Relativamente ao primeiro fundamento do recurso, a Comissão, apoiada pela ABB e pela Siemens, alega que o Tribunal Geral ignorou a necessidade de uma interpretação harmonizada entre o Regulamento n.º 1049/2001 e os Regulamentos n.º 1/2003 e n.º 773/2004. Em seu entender, conferiu ao Regulamento n.º 1049/2001 um primado que não se compadece com a jurisprudência estabelecida nos processos Comissão/Éditions Odile Jacob<sup>11</sup> e Comissão/Agrofert Holding. Na sua opinião, a política da União no âmbito da concorrência deve ser objeto de um tratamento específico em matéria de acesso a documentos. A EnBW opõe-se a esta abordagem, contestando a relevância da jurisprudência invocada pela Comissão. Em seu entender, a tese da Comissão é contrária ao artigo 101.º TFUE, por ser impossível intentar ações de indemnização contra empresas em prática concertada se os lesados não tiverem acesso à documentação necessária para fundamentar o seu pedido de indemnização, contrariamente à doutrina fixada no processo Pfleiderer<sup>12</sup>.

30. No que respeita ao segundo fundamento do recurso, a Comissão, com o apoio da ABB e da Siemens, defende que, contra o entendimento do Tribunal Geral, existe uma presunção geral a favor dos documentos nos autos de um processo de concertação, sendo irrelevante que o processo já tenha sido encerrado, importando apenas a natureza dos interesses protegidos. Em seu entender, a presunção que opera no âmbito dos auxílios de Estado e das concentrações deve abranger também a hipótese das práticas concertadas. Por seu lado, a EnBW alega que, encerrado o processo, o único Regulamento aplicável é o n.º 1049/2001, sendo assim irrelevantes as disposições particulares em matéria de práticas concertadas. A Suécia, por seu lado, entende que, se a instituição se baseia em presunções gerais deve determinar se, em cada documento em concreto, se verificam as considerações de ordem geral aplicáveis a um determinado tipo de documento.

11 — Acórdão de 28 de junho de 2012 (C-404/10 P).

12 — Acórdão de 14 de junho de 2011 (C-360/09).

31. Quanto ao terceiro fundamento de recurso, a Comissão, apoiada pela ABB e pela Siemens, alega que a solução encontrada pelo Tribunal Geral põe em risco o mecanismo da clemência e, em geral, a aplicação eficaz do direito da concorrência, defendendo, além disso, que o processo só se pode considerar encerrado quando já não for possível interpor qualquer recurso da decisão que lhe põe termo. A EnBW replica que o poder de apreciação da Comissão não pode estar excluído da fiscalização jurisdicional e que o recurso se limita a expor queixas gerais e abstratas sobre os riscos para a cooperação entre as empresas nos procedimentos desencadeados pela Comissão.

32. No que respeita ao quarto fundamento, a Comissão, apoiada pela ABB e pela Siemens, contesta o entendimento do Tribunal Geral sobre a inexistência de prova do prejuízo invocado (proteção de interesses comerciais), alegando que a proteção dos interesses comerciais está muito ligada à proteção dos objetivos da atividade de inspeção, pelo que deve ser abrangida no mesmo tipo de presunção geral. Saliante, em especial, o facto de estar em jogo informação que as empresas foram obrigadas a fornecer à Comissão. A EnBW insiste em que a proteção dos interesses comerciais não pode ser levada a efeito da mesma forma num processo de concentração e num processo do Regulamento n.º 1/2003, uma vez que neste último a empresa que pretende a clemência fornece a informação voluntariamente, não estando em causa os seus interesses comerciais mas sim o seu interesse em evitar uma coima, enquanto no processo de concentração as empresas não podem recusar-se a fornecer a informação requerida.

33. Relativamente ao quinto fundamento, a Comissão, apoiada pela ABB e pela Siemens, alega que o Tribunal Geral cometeu um erro ao ignorar que a presunção geral abrange todos os documentos internos do processo e ao concluir que a sua divulgação não afetaria o processo de decisão. A EnBW replica que a Comissão não esclareceu por que é que todos os documentos contêm pareceres nem juntou qualquer meio de prova de que a sua divulgação prejudicaria o processo de uma decisão tomada cinco anos antes.

34. Finalmente, a Comissão propõe que seja negado provimento ao recurso inicial da EnBW, uma vez que devia ter demonstrado que os documentos pedidos estavam excluídos da presunção geral de recusa ou, não o fazendo, comprovar a existência de um interesse superior na sua divulgação. Pelo contrário, a EnBW defende que o seu recurso para o Tribunal Geral era procedente, devendo ser negado provimento ao presente recurso, anulando-se a decisão impugnada em todos os seus pontos ou, subsidiariamente, na medida em que também indeferiu um acesso parcial à informação pedida.

## VI — Apreciação

35. Antes de passar à análise de cada um dos fundamentos do recurso, interessa salientar desde logo que, tal como acontecia no processo Comissão/Agrofert Holding, o requerente não foi parte no processo que deu origem à documentação por ele pretendida. A EnBW é, nesta aceção, um terceiro relativamente ao esse processo. O seu interesse por essa documentação decorre do facto de se pretender servir dela para intentar uma ação de indemnização contra as partes no referido processo. De qualquer forma, tal como defendo nas conclusões do processo Comissão/Agrofert Holding<sup>13</sup>, «o presente processo, [...], é sobretudo um processo de transparência» mais do que, dir-se-á agora, de concertação entre empresas ou práticas colusórias. Por isso, tal como então, é «à luz deste regulamento [n.º 1049/2001] que há que procurar, essencialmente, a solução do caso em apreço»<sup>14</sup>.

13 — Conclusões de 8 de dezembro de 2011 (n.º 26).

14 — *Idem*.

A — *Primeiro fundamento do presente recurso*

36. Como primeiro fundamento do presente recurso a Comissão invoca um alegado erro de direito por ter sido ignorada a necessidade de uma «interpretação harmonizada» do Regulamento n.º 1049/2001 para garantir a plena eficácia das disposições relativas a outros setores do direito da União. Há que dizer desde já que os restantes quatro fundamentos do recurso vêm identificar os aspetos do acórdão recorrido que concretizariam o referido desconhecimento, dando assim lugar a uma interpretação e aplicação erradas do Regulamento n.º 1049/2001.

37. Com este primeiro fundamento do recurso volta, assim, a suscitar-se, como no processo Comissão/Agrofert Holding, a questão de saber se, para o direito de acesso aos documentos das instituições, o Regulamento n.º 1049/2001 é uma norma genérica que deve ser sistematicamente interpretada, em certas matérias, de acordo com certas normas especiais contidas noutras disposições legislativas da União, ou, se, pelo contrário, a disciplina do exercício desse direito se esgota no dito regulamento seja qual for o caso.

38. Da jurisprudência do Tribunal de Justiça resulta claramente, e aqui há que concordar com a Comissão, que o Regulamento n.º 1049/2001 não é uma norma que surja, por assim dizer, do nada, mas que tanto a sua interpretação como a sua aplicação devem ser feitas em conjunto com os regimes específicos que regulam o acesso a documentos em determinadas matérias. Por outras palavras, o Regulamento n.º 1049/2001 não pode pretender esgotar a disciplina da transparência no direito da União, mas, na sua qualidade de norma reguladora do regime geral de acesso aos documentos das instituições, deve ser interpretado e aplicado de uma forma coerente com as diversas normas que regulam o acesso aos documentos em procedimentos que estejam submetidos a uma regulamentação própria.

39. Resumindo, na minha opinião impõe-se uma interpretação sistemática dos regulamentos relevantes nesta matéria.

40. Quanto ao resto, essa inevitável articulação entre o Regulamento n.º 1049/2001, enquanto diploma geral em matéria de transparência das instituições, e determinados regulamentos da União, enquanto diplomas específicos sobre o acesso a determinados procedimentos, foi salientada pelo Tribunal de Justiça numa já vasta jurisprudência, recentemente resumida no acórdão Comissão/Agrofert Holding<sup>15</sup>.

41. Ora, contrariamente ao afirmado pela Comissão, entendo que o Tribunal Geral, ao interpretar o Regulamento n.º 1049/2001, e tal como resulta do acórdão recorrido, não o fez abstraindo da regulamentação específica do acesso ao procedimento que deu origem aos documentos requeridos.

42. Com efeito, no número 55 do acórdão faz-se referência à jurisprudência do Tribunal de Justiça sobre a consideração genérica de que a divulgação de certos documentos pode prejudicar o interesse geral que o legislador quis proteger, justamente, com a previsão de um regime específico de acesso aos mesmos. Nesse sentido, o Tribunal Geral refere-se em seguida aos procedimentos de acesso a documentos em matéria de auxílios de Estado, de concentrações e, no que aqui interessa, de práticas concertadas ou cartéis.

15 — Acórdão já referido (n.º 50).

43. É certo que o Tribunal Geral conclui que a doutrina sobre a necessidade de interpretar o Regulamento n.º 1049/2001 à luz dos regimes de acesso estabelecidos nos procedimentos sobre auxílios de Estado só é aplicável a processos pendentes e «não pode ser transpost[a] para uma situação em que a instituição já tomou a decisão final de encerramento do processo, como é o caso em apreço»<sup>16</sup>.

44. Por outro lado, o Tribunal Geral afirma em seguida que «uma presunção geral de que os documentos de um processo em matéria de concorrência não devem ser divulgados deveria resultar do Regulamento (CE) n.º 1/2003 [...], e da jurisprudência relativa ao direito de consultar os documentos constantes dos autos da Comissão»<sup>17</sup>. E, depois de se referir, nos n.ºs 59 e 60, ao regime de acesso previsto no Regulamento n.º 1/2003, o Tribunal Geral termina dizendo que, «embora as empresas envolvidas num processo em matéria de concorrência e os autores das denúncias a que a Comissão não tenha dado seguimento dispõem do direito de consultar determinados documentos do *dossier* administrativo da Comissão, mas este direito está sujeito a algumas restrições que carecem de apreciação casuística. Assim, seguindo o raciocínio do Tribunal de Justiça no acórdão TGI, [...], de acordo com o qual, para efeitos de interpretação da exceção do artigo 4.º, n.º 2, terceiro travessão, do Regulamento n.º 1049/2001, é necessário ter em conta as restrições de acesso ao *dossier* que existem no âmbito de processos especiais, como é o caso dos processos em matéria de auxílios de Estado e em matéria de concorrência, esta consideração não permite presumir que se todos os documentos constantes dos *dossiers* da Comissão nessa matéria não estiveram automaticamente cobertos por uma das exceções previstas no artigo 4.º do Regulamento n.º 1049/2001 pode ficar afetada a capacidade da Comissão de reprimir os cartéis»<sup>18</sup>.

45. Em suma, o acórdão recorrido conclui que «a Comissão não pode presumir, sem proceder a uma análise concreta de cada documento, que todos os documentos solicitados estavam manifestamente abrangidos pela exceção prevista no artigo 4.º, n.º 2, terceiro travessão, do Regulamento n.º 1049/2001»<sup>19</sup>.

46. Do anteriormente exposto resulta claramente que o Tribunal Geral não «ignorou», como alega a Comissão, a necessidade de uma interpretação harmonizada do Regulamento n.º 1049/2001 e das disposições relativas a outros setores do direito da União. Bem pelo contrário, o acórdão recorrido não deixou de interpretar o Regulamento n.º 1049/2001 tendo em consideração as eventuais implicações das normas que regulam o acesso aos documentos que tiveram origem ou foram utilizados nos procedimentos em matéria de cartéis.

47. Diferente é a questão de saber se essa tarefa de interpretação, que se pretendeu harmonizada, foi corretamente efetuada de acordo com o objetivo visado. Sobre isso iremos pronunciar-nos ao analisar os restantes fundamentos do recurso, baseados em alegados erros de direito decorrentes de uma interpretação errada do Regulamento n.º 1049/2001. Mas, na minha opinião, é evidente que não merece reparo o Tribunal Geral por ter interpretado esse Regulamento sem ter em consideração o seu contexto no conjunto das normas que disciplinam o acesso a determinados processos.

48. Resumindo, entendo que improcede o primeiro fundamento.

16 — Acórdão recorrido (n.º 57).

17 — *Ibidem* (n.º 58).

18 — *Ibidem* (n.º 61).

19 — *Ibidem* (n.º 62).

B — *Segundo fundamento de recurso*

49. Com o segundo fundamento do recurso do acórdão do Tribunal Geral, é alegado erro de direito por ter sido negada a existência de uma presunção geral, aplicável à totalidade dos documentos de um procedimento em matéria de práticas concertadas, no sentido de que a divulgação dos mesmos pode prejudicar o interesse geral protegido nesse procedimento.

50. Em primeiro lugar, direi que, na minha opinião, a jurisprudência do Tribunal de Justiça ao abrigo da qual são admitidas *presunções gerais* relativas aos documentos para os quais, em função do procedimento em que se inserem, existe um regime específico de acesso, pode ser perfeitamente aplicável ao caso dos documentos que tiveram origem ou foram utilizados num procedimento sobre práticas colusórias.

51. Como se sabe, de acordo com essa doutrina, a existência do referido regime específico permite presumir que, em princípio, a divulgação de tais documentos poderia prejudicar o objetivo visado naquele procedimento. Assim, e em primeiro lugar, o Tribunal de Justiça declarou no acórdão TGI<sup>20</sup> que uma presunção geral dessa natureza pode resultar da regulamentação dos procedimentos de controlo dos auxílios de Estado<sup>21</sup>. Posteriormente, e em segundo lugar, o Tribunal de Justiça declarou no processo Comissão/Agrofert Holding que «[e]ssas presunções gerais são aplicáveis, em matéria de processo de controlo das operações de concentrações de empresas, em razão do facto de a regulamentação que rege este processo prever igualmente regras estritas quanto ao tratamento das informações obtidas ou estabelecidas no quadro desse processo»<sup>22</sup>.

52. Com base no anteriormente exposto, entendo que a presunção geral também deve funcionar no caso dos procedimentos em matéria de cartéis, cuja regulamentação vem estabelecer igualmente regras muito específicas sobre o acesso e tratamento da documentação neles constante. Assim, o artigo 27.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1/2003 reconhece às partes interessadas um direito de acesso limitado ao processo em poder da Comissão apenas para efeitos do exercício de direitos de defesa, enquanto o artigo 28.º do mesmo Regulamento submete ao dever de sigilo profissional as informações obtidas no processo<sup>23</sup>. No mesmo sentido, o artigo 8.º do Regulamento n.º 773/2004 reconhece ao autor da denúncia um direito de acesso limitado.

53. A existência deste regime específico de acesso permite presumir, como no caso dos auxílios de Estado e dos procedimentos em matéria de concentrações, que a divulgação dos documentos podia prejudicar o objetivo visado pelo procedimento em matéria de cartéis. Tal como defendi nas conclusões do processo Comissão/Agrofert Holding<sup>24</sup>, «o Regulamento n.º 139/2004 estabelece, para as concentrações de empresas, um procedimento administrativo de controlo, através do qual é prosseguido um objetivo fundamental para a União: garantir a concorrência no mercado interno»<sup>25</sup>, finalidade também visada pelo Regulamento n.º 659/1999 para o caso dos auxílios de Estado.

54. O Regulamento n.º 1/2003 visa indubitavelmente esse mesmo objetivo. Voltando ao já referido, os Regulamentos n.º 659/1999 e n.º 139/2004 «têm o respetivo fundamento jurídico no capítulo 1 ('As regras de concorrência') do título VII ('As regras comuns relativas à concorrência, à fiscalidade e à aproximação das legislações') do TFUE, o que evidencia o facto de darem resposta a um desígnio

20 — Acórdão já referido na nota 6 (n.ºs 55 a 61).

21 — Regulamento (CE) n.º 659/1999 do Conselho, de 22 de março de 1999, que estabelece as regras de execução do artigo 93.º CE (JO L 83, p. 1).

22 — Acórdão já referido (n.º 59).

23 — Sobre o procedimento regulado neste regulamento, v. Wils, W. P. J. — «EU Antitrust Enforcement Powers and Procedural Rights and Guarantees: The Interplay between EU Law, National Law, the Charter of Fundamental Rights of the EU and the European Convention on Human Rights», em *Concurrences*, maio de 2011, e em *World Competition*, vol. 34, n.º 2, junho de 2011. Disponível em <http://ssrn.com/author=456087>.

24 — Já referidas.

25 — *Ibidem* (n.º 64).

comum, partilhado pelo Regulamento (CE) n.º 1/2003, que não é outro senão o de tornar possível a realização de um dos propósitos em que se encontra alicerçada a União, já que não podemos esquecer que a sua existência se baseia nos valores proclamados no artigo 2.º TUE, mas que, contudo, também é obrigada a prosseguir os objetivos enunciados no artigo 3.º TUE, entre os quais se destaca, para o caso em apreço, o estabelecimento de um mercado interno e o ‘desenvolvimento sustentável da Europa, assente [...] numa economia social de mercado altamente competitiva [...]’ (artigo 3.º, n.º 3, TUE). Para a prossecução desses objetivos, o artigo 3.º, n.º 1, alínea a), TFUE, atribui à União a competência exclusiva para ‘o estabelecimento das regras de concorrência necessárias ao funcionamento do mercado interno», e é precisamente para permitir o controlo efetivo das concentrações do ponto de vista da concorrência que foi criado o instrumento jurídico que constitui o Regulamento das concentrações comunitárias<sup>26</sup>.

55. O procedimento em matéria de cartéis visa os mesmos objetivos. Como a EnBW refere nas suas alegações, há muitas diferenças entre os procedimentos em matéria de concentrações e os procedimentos em matéria de práticas colusórias, designadamente no que respeita ao caráter preventivo dos primeiros e à natureza repressiva dos segundos. Ao admitir essa diferença, embora salientando que nem todas as práticas concertadas são necessariamente ilícitas, como resulta do artigo 1.º, n.º 1, do Regulamento n.º 1/2003, a verdade é que, por meios diversos, o que se pretende em ambos os casos é garantir que a concorrência no mercado não seja falseada, assegurando a licitude das práticas dos agentes económicos, cuja intervenção nos procedimentos estabelecidos para evitar ou afastar comportamentos anticoncorrenciais deve ter lugar com um mínimo de garantias. Concretamente, a sua sujeição a esses procedimentos, além de respeitar plenamente o seu direito de defesa, deve efetuar-se em termos que não prejudiquem os seus interesses comerciais. E isto quer se trate de procedimentos puramente preventivos e sem qualquer vertente sancionadora, quer se trate de punir um comportamento anticoncorrencial, pois, neste último caso, à sanção legalmente prevista não podem acrescer quaisquer outros prejuízos.

56. Voltando às circunstâncias do presente caso, e como já referi ao analisar o primeiro fundamento do recurso, o Tribunal Geral não nega que seja necessária uma interpretação harmonizada do Regulamento n.º 1049/2001 e do Regulamento n.º 1/2003.

57. Ora, o Tribunal Geral entendeu que dessa interpretação harmonizada resulta que a presunção geral que se pode fazer valer no caso dos documentos inseridos num procedimento em matéria de auxílios de Estado é aplicável aos documentos de um procedimento em matéria de cartéis.

58. Em última análise, para o Tribunal Geral essa presunção só funciona quando a legislação que regula o procedimento em que se utilizou ou teve origem a documentação solicitada não reconhece aos interessados no procedimento um direito de acesso a essa documentação.

59. Com efeito, o Tribunal Geral reconhece que, «tal como o Regulamento n.º 659/1999 em matéria de auxílios, o Regulamento n.º 1/2003 não dá às pessoas que não sejam parte no procedimento o direito de aceder aos documentos constantes do *dossier* administrativo da Comissão no quadro do processo em matéria de concorrência»<sup>27</sup>. No entanto, uma vez que o artigo 27.º do Regulamento n.º 1/2003 «prevê o direito de acesso ao *dossier* por parte das empresas que são objeto do procedimento no contexto mais genérico de garantia dos direitos de defesa»<sup>28</sup>, o Tribunal Geral conclui que essa possibilidade de acesso, ainda que limitada, não pode deixar de se considerar para efeitos da aplicação do Regulamento n.º 1049/2001, daí resultando que não há que admitir que «todos os documentos constantes dos *dossiers* da Comissão nessa matéria [estejam] automaticamente cobertos por uma das exceções previstas no artigo 4.º do Regulamento n.º 1049/2001»<sup>29</sup>.

26 — *Ibidem* (n.º 65).

27 — Acórdão recorrido (n.º 59).

28 — *Idem*.

29 — Acórdão recorrido (n.º 61).

60. O acórdão recorrido fundamenta esta conclusão numa interpretação do acórdão TGI que considero errada. É certo que no n.º 58 desse acórdão se afirma, que, como de acordo com o Regulamento n.º 659/1999 «os interessados, com exceção do Estado-Membro responsável pela concessão do auxílio, não dispõem, no âmbito do procedimento de controlo dos auxílios de Estado, do direito de consultar os documentos do processo administrativo da Comissão[,] [p]ara interpretar a exceção prevista no artigo 4.º, n.º 2, terceiro travessão do Regulamento n.º 1049/2001, há que ter em conta esta circunstância»<sup>30</sup>. E isto porque «se esses interessados pudessem ter acesso, com fundamento no Regulamento n.º 1049/2001, aos documentos do processo administrativo da Comissão, o regime de controlo dos auxílios de Estado poderia ser posto em causa»<sup>31</sup>.

61. No caso do Regulamento n.º 1/2003, como se salientou no acórdão recorrido, aos interessados no procedimento é reconhecido um direito de acesso para fins de defesa. No entanto, para além dessa situação, o acesso à documentação do procedimento está geralmente excluído relativamente a terceiros, os quais se encontram, para este efeito, na mesma situação de quem pretende aceder à documentação constante de um procedimento em matéria de auxílios de Estado.

62. Em meu entender, a eficácia da presunção não se pode limitar ao caso da inexistência incondicional de um direito de acesso no quadro do procedimento em que se insere a documentação solicitada, mas, em certa medida, deve funcionar igualmente quando o acesso é reconhecido de forma restrita ou condicionada. Com efeito, também aí essa circunstância deve ser tida em conta «para interpretar a exceção prevista no artigo 4.º, n.º 2, terceiro travessão, do Regulamento n.º 1049/2001»<sup>32</sup>, pois do que se trata, em última análise, é de evitar que a aplicação pura e simples do Regulamento n.º 1049/2001 possa desvirtuar o regime de acesso à documentação estabelecido num procedimento específico.

63. Em suma, a presunção em análise deve funcionar relativamente aos documentos cuja divulgação seja excluída ou especialmente dificultada no Regulamento n.º 1/2003 por contraposição com o regime do Regulamento n.º 1049/2001. Por outras palavras, a presunção deve funcionar plenamente para aqueles que, em conformidade com o Regulamento n.º 1/2003 e o Regulamento n.º 773/2004, não têm, em princípio, qualquer direito de acesso aos documentos do procedimento em matéria de cartéis, como acontece com a EnBW no caso *sub iudice*; e também deve fazê-lo relativamente a quem tenha um direito de acesso limitado ou condicionado com o objetivo de garantir o direito de defesa.

64. No entanto, a conclusão anterior deve conter uma ressalva. Com efeito, a referida presunção «não exclui a possibilidade de se demonstrar que um dado documento cuja divulgação é requerida não está coberto por essa presunção ou que existe um interesse público superior que justifica a divulgação do documento em causa ao abrigo do artigo 4.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1049/2001 ([...] Technische Glaswerke Ilmenau, [...] n.º 62)»<sup>33</sup>. Consequentemente, o facto de o Regulamento n.º 1/2003 não prever o acesso de quem não seja parte no processo só significa que, perante eventuais requerimentos por elas apresentados, as mesmas devem proceder de acordo com o Regulamento n.º 1049/2001 (enquanto regra geral em matéria de transparência), interpretado com base na presunção geral de que a divulgação dos documentos pode prejudicar o objetivo do procedimento regulado pelo Regulamento n.º 1/2003. Este eventual prejuízo nunca exclui de maneira absoluta o acesso *ex* Regulamento n.º 1049/2001, apenas dificulta as condições do acesso por ele garantido.

30 — O sublinhado é meu.

31 — *Idem*.

32 — Acórdão TGI.

33 — Acórdão Comissão/Agrofert Holding, já referido (n.º 68).

65. Em virtude do anteriormente exposto, entendo que o Tribunal Geral excluiu a presunção numa situação em que, tratando-se de um acesso solicitado por quem não era parte no procedimento em matéria de cartéis, se deve partir do princípio de que a divulgação do documento solicitado pode prejudicar o interesse geral protegido pelas regras específicas de acesso à documentação que teve origem ou foi utilizada no referido procedimento.

66. Em meu entender, deve assim ser julgado procedente o segundo fundamento do presente recurso.

### C — Terceiro fundamento do presente recurso

67. O terceiro fundamento do presente recurso baseia-se numa alegada interpretação errada do âmbito de proteção das atividades de inquérito. A Comissão alega, designadamente, que o acórdão recorrido põe em causa o mecanismo da clemência e, em geral, a aplicação eficaz do direito da concorrência.

68. No âmbito de uma questão prejudicial, o Tribunal de Justiça já teve oportunidade de se pronunciar recentemente, no acórdão de 6 de junho de 2013, *Donau Chemie e o.*<sup>34</sup>, sobre o acesso a documentos contidos em processos nacionais de clemência. Apesar de a sua doutrina se referir a um processo de concorrência e não ao Regulamento n.º 1049/2001, entendo que é perfeitamente aplicável ao caso em análise.

69. No contexto dos programas nacionais de clemência, com fundamentos transponíveis para os procedimentos da União em matéria de concorrência, o Tribunal de Justiça recordou que esses programas «constituem instrumentos úteis no combate eficaz para detetar e pôr cobro às violações das regras de concorrência e servem, assim, o objetivo da aplicação efetiva dos artigos 101.º TFUE e 102.º TFUE, e que a eficácia destes programas poderia ser afetada pela comunicação dos documentos relativos a um procedimento de clemência às pessoas que pretendem propor uma ação de indemnização por danos. Com efeito, é razoável considerar que, face á eventualidade de tal comunicação, uma pessoa implicada numa violação do direito da concorrência seria dissuadida de utilizar a possibilidade oferecida por esses programas de clemência (acórdão *Pfleiderer*, [...] n.ºs 25 a 27)»<sup>35</sup>.

70. No entanto, continua o acórdão, «[o]bserve-se [...] que estas considerações, embora possam justificar que o acesso a certos documentos [...] possa ser recusado, não implicam que tal acesso possa ser sistematicamente recusado, uma vez que qualquer pedido de acesso aos documentos em causa deve ser objeto de apreciação caso a caso que tome em conta todos os elementos do processo (v., neste sentido, o acórdão *Pfleiderer*, já referido, n.º 31)»<sup>36</sup>.

71. Nessa apreciação é necessário «avaliar, por um lado, o interesse do requerente em obter o acesso a esses documentos a fim de preparar a sua ação de indemnização, tendo em conta, em especial, as outras possibilidades eventualmente ao seu dispor»<sup>37</sup>, bem como «ter em consideração as consequências realmente prejudiciais às quais tal acesso pode dar lugar, tendo em conta interesses públicos ou interesses legítimos de outras pessoas»<sup>38</sup>.

72. Mais concretamente, e no que respeita «ao interesse público ligado à eficácia dos programas de clemência», continua o Tribunal de Justiça, «há que sublinhar que, tendo em conta a importância das ações de indemnização por danos intentadas nos órgãos jurisdicionais nacionais com vista à manutenção de uma concorrência efetiva na União [...], a simples invocação de um risco de que o

34 — Processo C-536/11.

35 — Acórdão *Donau Chemie e o.*, já referido (n.º 42).

36 — *Ibidem* (n.º 43).

37 — *Ibidem* (n.º 44).

38 — *Ibidem* (n.º 45).

acesso aos elementos de prova que figuram no *dossier* administrativo de um processo em matéria de concorrência e necessários para fundamentar essas ações, afete a eficácia de um programa de clemência, no âmbito do qual esses documentos foram comunicados à autoridade competente da concorrência, não pode justificar a recusa de acesso a esses elementos»<sup>39</sup>.

73. Pelo contrário, o Tribunal de Justiça entende que «a circunstância de que essa recusa possa impedir o exercício das referidas ações, fornecendo, por outro lado, às empresas em causa, que podem já ter beneficiado de uma imunidade, pelo menos parcial, em matéria de sanções pecuniárias, a possibilidade de se subtraírem igualmente à sua obrigação de reparar os danos resultantes da violação do artigo 101.º TFUE, e isso em detrimento das pessoas lesadas, exige que essa recusa assente em razões imperativas ligadas à proteção do interesse invocado e aplicáveis a cada documento cujo acesso é recusado»<sup>40</sup>, pois «apenas a existência de um risco de que um determinado documento lese concretamente um interesse público ligado à eficácia de um programa nacional de clemência pode justificar que esse documento não seja divulgado»<sup>41</sup>.

74. Do anteriormente exposto resulta, em suma, a necessidade de uma ponderação equilibrada entre o interesse público inerente aos programas de clemência enquanto instrumento para a eficácia do direito da concorrência, por um lado, e, por outro lado, o direito de os particulares intentarem ações de indemnização pelos danos sofridos em consequência da violação do direito da concorrência — que é outra maneira de servir, indiretamente, o interesse público da eficácia desse direito.

75. No presente caso, a Comissão, tal como alegou a EnBW, recusou o acesso aos documentos obtidos no quadro de um pedido de imunidade ou de clemência baseando-se em considerações abstratas acerca dos prejuízos que poderiam advir aos programas de clemência do facto de as pessoas e as empresas em causa não terem a certeza de que esses documentos não estarão disponíveis de uma forma geral. Pelo contrário, a EnBW salientou que sem esses documentos não lhe será possível intentar sequer, com um mínimo de probabilidades de procedência da mesma, uma ação de indemnização dos danos e prejuízos que considera ter sofrido em consequência das práticas colusórias sancionadas pela Comissão<sup>42</sup>.

76. Em suma, a Comissão não invocou razões baseadas no prejuízo que se poderá causar a um programa de clemência em concreto (e é *um* programa de clemência que se refere expressamente no número 46 do acórdão *Chemie Donau*, o qual foi mencionado no ponto 72, *in fine*), mas sim uma razão geral e abstrata, referida ao género «procedimento de clemência». Em face disso, a EnBW trouxe à colação as razões que justificam a sua necessidade de determinados documentos para prosseguir com *um* pedido de indemnização.

77. Nestas circunstâncias, estamos perante uma hipótese de recusa *de princípio*, na sequência da qual se torna impossível que um pedido concreto de acesso, apresentado como o único meio possível de fundamentar uma ação de indemnização, possa «ser objeto de uma apreciação caso a caso que tome em conta todos os elementos do processo», tal como se exigiu no acórdão *Donau Chemie e o.*<sup>43</sup>, com remissão para o n.º 31 do acórdão *Pfleiderer*.

78. Neste ponto afigura-se pertinente uma consideração geral. Ao anteriormente exposto poderia contrapor-se que só se pode assegurar a eficácia dos programas de clemência se se garantir que, de um modo geral, a documentação fornecida só pode ser utilizada pela Comissão. Essa seria, desde logo, uma garantia máxima. Ora, há que pensar igualmente noutras garantias que, sem irem tão longe, não deixem de se mostrar atrativas para aquele que decidem recorrer a esses programas. Em última

39 — *Ibidem* (n.º 46).

40 — *Ibidem* (n.º 47).

41 — *Ibidem* (n.º 48).

42 — Concretamente, no n.º 20 das suas alegações escritas.

43 — Acórdão já referido (n.º 43).

análise, a lógica dos programas de clemência reside num cálculo do alcance dos eventuais prejuízos decorrentes de uma violação do direito da concorrência. Neste sentido, garantir que a informação fornecida à Comissão só poderá ser cedida a terceiros quando estes façam prova bastante de que a mesma é indispensável para intentar uma ação de indemnização pode ser uma garantia suficiente, designadamente se se tiver em conta que a alternativa poderia ser uma sanção superior à resultante da procedência da ação de indemnização. É certo que não se pode negar que, com uma garantia desse teor, haja menos quem decida recorrer a um programa de clemência. Mas o objetivo da máxima eficácia deste instrumento não deve justificar o sacrifício puro e simples do direito dos lesados a serem indemnizados e, de um modo geral, a violação do seu direito a uma tutela jurisdicional efetiva garantido pelo artigo 47.º CDFUE.

79. Finalmente, face ao exposto, entendo que o acórdão recorrido não merece qualquer reparo na medida em que conclui que a Comissão não justificou a recusa do acesso aos documentos obtidos no quadro de um pedido de imunidade ou clemência, devendo, por conseguinte, ser julgado improcedente o terceiro fundamento do presente recurso.

#### D — Quarto fundamento do presente recurso

80. O quarto fundamento do presente recurso refere-se a uma alegada interpretação errada do âmbito de proteção dos interesses comerciais.

81. O Tribunal Geral entendeu que a Comissão não fez prova suficiente de que o acesso aos documentos solicitados pudesse prejudicar concreta e efetivamente os interesses comerciais das empresas que participaram no cartel. Na sua opinião, como os documentos solicitados tinham já uma certa antiguidade, a Comissão era obrigada a fazer uma análise concreta e individualizada dos mesmos do ponto de vista da exceção da proteção dos interesses comerciais, não sendo suficiente a análise efetuada durante o decurso do processo.

82. Por outro lado, o Tribunal Geral baseou-se na ideia de que «os interesses das empresas que participaram no cartel [...] não na divulgação dos documentos, *não podem ser qualificados de interesses comerciais, no sentido próprio do termo* [44]. Com efeito, tendo em conta a antiguidade da maior parte das informações constantes do *dossier* em causa, o interesse que as sociedades em causa poderiam ter na não divulgação dos documentos solicitados não parece consistir na preocupação de preservar a sua situação concorrencial no mercado [...], mas antes na vontade de evitar que venham a ser alvo de pedidos de indemnização apresentados nos tribunais nacionais»<sup>45</sup>. De qualquer modo, não seria «um interesse digno de proteção, designadamente perante o direito que assiste a qualquer pessoa de pedir a reparação do prejuízo que lhe tenha causado um comportamento suscetível de restringir ou falsear o jogo da concorrência»<sup>46</sup>.

83. Não concordo com esta abordagem.

84. Como defendi nas conclusões apresentadas no processo Comissão/Agrofert Holding, «o prolongamento no tempo do caráter ‘sensível’ de um documento constitui um elemento fundamental na arquitetura do regime das exceções estabelecidas no próprio artigo 4.º do Regulamento n.º 1049/2001. Assim, os documentos elaborados para uso interno num procedimento (n.º 3) têm assegurada a proteção enquanto o procedimento não estiver finalizado, mas apenas os pareceres continuam a beneficiar da proteção mesmo após o encerramento do procedimento. Neste segundo caso, é aplicável a exceção, como todas as exceções previstas no artigo 4.º, ‘durante o período em que a proteção se justifique com base no conteúdo do documento’ (n.º 3, segundo parágrafo). Nos termos

44 — O sublinhado é meu.

45 — Acórdão recorrido (n.º 147).

46 — Acórdão recorrido (n.º 148).

do artigo 4.º, n.º 7, o referido período poderá durar até um máximo de 30 anos. Ora, esse período máximo pode ser prorrogado, 'se necessário', para três categorias de documentos: os que estejam 'abrangidos pelas exceções relativas à vida privada ou a interesses comerciais e [aos] documentos sensíveis' (n.º 7)»<sup>47</sup>.

85. Daqui resulta que «[o]s interesses comerciais merecem [...] o maior grau de proteção *ratione temporis* no regime de acesso previsto pelo Regulamento n.º 1049/2001. Por conseguinte, [...] para esta categoria de documentos, o encerramento do procedimento de concentração não implica necessariamente o mesmo momento de inflexão que, em termos de acesso, representa para os documentos de outra natureza, nomeadamente os pareceres jurídicos e os documentos elaborados para uso interno»<sup>48</sup>.

86. Em meu entender, as coisas não são diferentes no caso de um procedimento sobre cartéis. O facto de, como acontece na hipótese em análise, a informação requerida se referir a atividades comerciais levadas a efeito entre 1988 e 2004 não impede que, pela sua própria natureza, tenha uma «atualidade» cuja vigência pode ser mais longa do que a documentação estritamente administrativa ou interna do procedimento<sup>49</sup>.

87. Assim sendo, não se pode admitir que o mero decurso do tempo transforme pura e simplesmente os interesses comerciais das empresas em causa no interesse em evitar as consequências de um pedido de indemnização.

88. Por conseguinte, em meu entender o Tribunal Geral cometeu um erro por nem sequer considerar, e isso com base na mera antiguidade dos documentos, a possibilidade da existência de um interesse comercial digno de proteção. E, consequentemente, também errou ao não admitir a presunção de que, tratando-se de documentos que tiveram origem ou foram utilizados num procedimento em matéria de cartéis, a sua divulgação podia prejudicar o interesse protegido com esse procedimento.

89. Tudo isto independentemente de os documentos terem sido voluntariamente entregues, contrariamente ao que sucede com a documentação recolhida pela Comissão nos processos em matéria de concentrações. Esta diferença, alegada pela EnBW contra a pretensão impugnatória da Comissão, não me parece relevante.

90. Como ficou exposto na resposta dada ao segundo fundamento do recurso, o procedimento em matéria de práticas colusórias partilha com os procedimentos em matéria de auxílios de Estado e de concentrações o objetivo de garantir a concorrência no mercado da União. Para esse efeito, cada um deles utiliza instrumentos próprios, entre os quais se contam, no caso dos procedimentos em matéria de cartéis, os programas de clemência, baseados na colaboração voluntária das empresas objeto do processo.

91. Esses programas, como se viu na análise do terceiro fundamento do recurso, são, no entender do Tribunal de Justiça, instrumentos úteis na luta contra a violação das regras de concorrência e merecem, assim, a proteção do sistema no seu conjunto.

92. É verdade que, no presente caso, a Comissão não invocou de forma adequada o prejuízo que concretamente podia resultar para o programa de clemência aplicado no procedimento aqui em causa, razão pela qual propus que fosse julgado improcedente o terceiro fundamento do recurso. Todavia, isso não significa que também se deva rejeitar a alegação de um eventual prejuízo para os interesses

47 — Conclusões apresentadas no processo Comissão/Agrofert Holding, já referido (n.º 78).

48 — *Ibidem* (n.º 79).

49 — V., neste sentido, conclusões apresentadas no processo Comissão/Agrofert Holding, já referido (n.º 77).

comerciais dos que participaram no programa de clemência, uma vez que, com este quarto fundamento do recurso, o que está em causa não é tanto a proteção do referido programa considerado em si mesmo, mas sim a proteção direta dos interesses cujo prejuízo só indiretamente poderia prejudicar o instrumento da clemência.

93. Certo é não ser possível afastar a hipótese de a divulgação da informação fornecida pelas empresas em causa poder prejudicar objetivamente os seus interesses comerciais. O facto de essa informação ter sido fornecida voluntariamente e com o objetivo de afastar ou reduzir uma sanção não pode justificar, na minha opinião, que os interesses comerciais em causa não sejam dignos de proteção. Caso contrário, à sanção de que viesse a ser objeto a empresa que colaborou com a Comissão acresceria uma nova sanção consistente no prejuízo causado aos seus interesses comerciais.

94. Por conseguinte, entendo que há que julgar procedente o quarto fundamento do presente recurso. Não já por negar o funcionamento da presunção de que a divulgação da informação relativa aos interesses comerciais podia prejudicar o interesse protegido no procedimento em matéria de cartéis, mas sim por ter negado a própria existência dos interesses comerciais em jogo.

#### E — Quinto fundamento do recurso

95. O último fundamento do recurso imputa ao acórdão recorrido uma interpretação errada das condições em que a Comissão pode recusar o acesso a um documento mesmo depois de encerrado o processo decisório.

96. A este respeito há que trazer à colação a doutrina estabelecida no acórdão de 21 de julho de 2011, Suécia/MyTravel e Comissão<sup>50</sup>, acerca da influência que pode ter num pedido de acesso o facto de o procedimento em que se insere o documento requerido já ter ou não sido encerrado pela adoção da decisão em causa.

97. Tal como tive oportunidade de expor nas conclusões apresentadas no processo Comissão/Agrofert Holding<sup>51</sup>, da referida doutrina resulta que «o encerramento do procedimento não implica *per se* a divulgação do documento, embora a sua recusa deva ser então particularmente justificada». «Finalizado o procedimento — continuava —, o acesso aos documentos apresentados no seu decurso para a adoção de uma decisão final e definitiva, já não pode, por definição, pôr em risco a solução do procedimento nem, por conseguinte, o da decisão que pôs termo. É pois, segundo esta perspetiva que devem ser considerados os pareceres jurídicos e os documentos internos cujo acesso foi recusado pela Comissão»<sup>52</sup>. E, finalmente, quanto «aos documentos relativos a consultas jurídicas e aos documentos elaborados pela Comissão como parte de deliberações e de consultas preliminares (artigo 4.º, n.ºs 2, segundo travessão, e 3, do Regulamento n.º 1049/2001), a solução adotada pelo Tribunal de Justiça no processo Suécia/MyTravel e Comissão, já referido, é perfeitamente aplicável ao caso *sub iudice*»<sup>53</sup>.

98. Voltando às circunstâncias do processo *sub iudice*, o Tribunal Geral partiu do princípio de que o segundo parágrafo do artigo 4.º, n.º 3, do Regulamento n.º 1049/2001 «apenas em relação a uma parte dos documentos para uso interno, ou seja os que contêm pareceres para uso interno, no quadro de deliberações e consultas preliminares na instituição em causa [...] permite a recusa, mesmo após a decisão, quando a sua divulgação possa prejudicar gravemente o processo decisório dessa instituição»<sup>54</sup>.

50 — Processo C-506/08 P (Colet., p. I-6237).

51 — N.º 74 das conclusões Comissão/Agrofert Holding, já referidas, que cita o acórdão Suécia/MyTravel e Comissão, já referido (n.ºs 113 a 119).

52 — Conclusões no processo Comissão/Agrofert Holding, já referido (n.º 75).

53 — Conclusões no processo Comissão/Agrofert Holding, já referido (n.º 80).

54 — Acórdão recorrido (n.º 153).

99. Assim sendo, o acórdão recorrido não considerou que a Comissão tivesse demonstrado «que todos os documentos da categoria 5, alínea a), continham pareceres para utilização interna no quadro de deliberações e consultas prévias, no sentido do artigo 4.º, n.º 3, segundo parágrafo do Regulamento n.º 1049/2001»<sup>55</sup>, negando que, como sustentou a Comissão, «essa noção inclu[ía] em primeiro lugar, todos os documentos que contenham ou impliquem uma apreciação ou juízo dos seus funcionários ou dos seus serviços, em segundo lugar, todos os documentos que servem para preparar a sua decisão, e, em terceiro lugar, todos os documentos que servem para garantir a participação de outros serviços no processo»<sup>56</sup>.

100. Contudo, o Tribunal Geral conclui que, embora admitindo que «as justificações invocadas pela Comissão no processo do Tribunal, [...] sejam, pelo menos, suscetíveis de tornar plausível a hipótese de muitos documentos da categoria 5, alínea a), conterem pareceres, é forçoso constatar que essas justificações [...] não foram invocadas pela Comissão na decisão impugnada e não podem portanto ser consideradas como um dos motivos que a levou a tomá-la. Por conseguinte, [...] há que concluir que a Comissão não demonstrou a qualidade de parecer, no sentido do artigo 4.º, n.º 3, segundo parágrafo, do Regulamento n.º 1049/2001, de todos os documentos da categoria 5, alínea a)»<sup>57</sup>.

101. A Comissão admite que as explicações vertidas no recurso no Tribunal Geral não se encontravam explícitas na decisão anulada<sup>58</sup>. Mas, na sua opinião, isso não significa que não tenham constituído um motivo determinante na recusa do acesso, como resulta do teor da própria decisão. Assim foi admitido pelo próprio Tribunal Geral que, no n.º 88 do acórdão recorrido afirma que «decorre implicitamente do n.º 3.2.5 da decisão impugnada e expressamente da resposta da Comissão de 9 de novembro de 2011 às questões escritas do Tribunal Geral que a Comissão considera que todos os documentos da categoria 5, alínea a), contêm pareceres destinados a utilização interna, no sentido desta disposição».

102. Partilho este entendimento da Comissão. Embora sendo evidente que uma coisa é que da decisão resulte que a Comissão considera que todos os documentos em causa contêm pareceres para utilização interna, e outra, muito diferente, que a Comissão tenha justificado essa consideração na própria Decisão, a verdade é que era perante o Tribunal Geral que o devia ter feito. Bastava que, tal como aconteceu na Decisão, fossem expostas as razões pelas quais se invocava o artigo 4.º, n.º 3, segundo parágrafo, do Regulamento n.º 1049/2001 para recusar o pedido de acesso a todos os documentos da categoria 5, alínea a).

103. Por conseguinte, o Tribunal Geral, uma vez que, nas suas palavras, admitira como «plausível a hipótese de muitos documentos da categoria 5, alínea a), conterem [...] pareceres» para utilização interna, devia ter confirmado esse facto e, conseqüentemente, determinar quais os documentos a que se podia aplicar concretamente a exceção invocada pela Comissão.

104. Com base no anteriormente exposto era necessário, como efetivamente fez o Tribunal Geral nos n.ºs 162 a 167 do acórdão recorrido, verificar se a divulgação desses documentos era suscetível de prejudicar o processo decisório. Em meu entender, a conclusão do Tribunal Geral neste ponto não é correta.

55 — Acórdão recorrido (n.º 156).

56 — *Idem*.

57 — Acórdão recorrido (n.º 160).

58 — Ponto 119 das alegações escritas apresentadas pela Comissão neste processo.

105. Com efeito, o Tribunal Geral entendeu que as razões invocadas pela Comissão para justificar o prejuízo que poderia decorrer da divulgação dos documentos eram gerais e abstratas, sem que, em seu entender, a Comissão tivesse logrado fazer prova da forma como o inquérito do esquema colusório poderia ser prejudicado se a decisão que pôs termo ao processo sobre o cartel fosse anulada e tivesse que se adotar uma nova decisão<sup>59</sup>. O Tribunal Geral censura à Comissão, em suma, o facto de ter tentado «aproximar, ou mesmo equiparar a presente situação, que se caracteriza [...] pelo facto de ter sido já tomada uma decisão, a uma situação em que ainda não foi tomada nenhuma decisão»<sup>60</sup>.

106. No entanto, o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça no processo Odile Jacob pouco mais de um mês depois do acórdão recorrido veio dar sem efeito esta abordagem. Na referida decisão, o Tribunal de Justiça salientou a diferença entre o pedido de acesso a documentos elaborados no âmbito de um procedimento encerrado por decisão transitada em julgado, por um lado, e o pedido relativo a documentos constantes de procedimentos cuja decisão tenha sido objeto de um recurso judicial ainda pendente, por outro.

107. Para o Tribunal de Justiça, «[n]uma situação [...] em que a instituição em causa podia, em função do resultado do processo jurisdicional, ser levada a retomar as suas atividades destinadas à adoção eventual de uma nova decisão [...], cabe admitir a existência de uma presunção geral segundo a qual a obrigação de a referida instituição divulgar, durante este processo, as notas internas referidas no [...] presente acórdão, prejudicaria gravemente o processo decisório dessa instituição»<sup>61</sup>.

108. No presente caso, a Comissão salientou que, em consequência da anulação parcial de outras decisões tomadas no próprio procedimento em matéria de cartéis<sup>62</sup>, tinha sido convidada a fixar novamente o montante da sanção aplicada às empresas em causa por essas decisões, de modo que, a divulgação prematura dos documentos internos do procedimento (incluindo os relativos ao cálculo das sanções), teria posto em perigo o processo decisório.

109. Nesta circunstância, a eventualidade de um recurso jurisdicional de qualquer das decisões que puseram termo ao procedimento, mesmo que transitada em julgado a que se refere especificamente às empresas contra as quais a pessoa que solicita o documento pretende intentar uma ação de indemnização, significa que o procedimento enquanto tal não pode considerar-se encerrado.

110. Consequentemente, o Tribunal Geral devia ter verificado que existiam razões sérias para considerar que a divulgação dos documentos que continham pareceres internos podia prejudicar a tomada de novas decisões nesse mesmo procedimento se as impugnações pendentes em tribunal prosseguissem face a outras decisões diferentes das que concretamente se referiam às empresas contra as quais a EnBW pretendia agir.

111. Face ao exposto, entendo que deve ser julgado procedente o último fundamento do presente recurso.

## VII — A decisão definitiva do litígio pelo Tribunal de Justiça

112. Nos termos do artigo 61.º do Estatuto do Tribunal de Justiça, «quando o recurso for julgado procedente, o Tribunal de Justiça anula a decisão do Tribunal Geral», podendo «neste caso, decidir definitivamente o litígio, se estiver em condições de ser julgado.»

113. Na minha opinião, neste caso, o Tribunal de Justiça poder decidir definitivamente o litígio.

59 — Acórdão recorrido (n.ºs 165 a 167).

60 — Acórdão recorrido (n.º 167).

61 — Acórdão Comissão/Éditions Odile Jacob, já referido (n.º 130).

62 — V. acórdãos de 12 de julho de 2011, Toshiba/Comissão (T-113/07, Colet., p. II-3989), e Fuji Electric/Comissão (T-132/07, Colet., p. II-4091).

114. A EnBW, no recurso que interpôs no Tribunal Geral, tinha invocado quatro fundamentos baseados, o primeiro, na violação do artigo 4.º, n.º 2, primeiro e terceiro travessões, e do artigo 4.º, n.º 3, segundo parágrafo, do Regulamento n.º 1049/2001; o segundo, na violação do artigo 4.º, n.º 2, último período, do referido Regulamento; o terceiro, na violação do artigo 4.º, n.º 6, do mesmo Regulamento; e o quarto, num erro manifesto de apreciação do alcance do pedido de acesso.

115. O quarto fundamento desse recurso deve ser julgado improcedente pelas razões expostas nos n.ºs 32 a 37 do acórdão recorrido que, neste ponto, não foi objeto de impugnação perante o Tribunal de Justiça.

116. Os restantes fundamentos desse recurso devem ser julgados improcedentes pelas razões expostas nos pontos 49 a 65 e 80 a 109 das presentes conclusões.

### VIII — Despesas

117. Nos termos do artigo 184.º, n.º 1, e do artigo 138.º, n.º 2, do Regulamento de Processo, proponho ao Tribunal de Justiça que, sendo dado provimento ao recurso, cada uma das partes, bem como os demais intervenientes, suportem as respetivas despesas.

### IX — Conclusão

118. Em face do exposto, proponho ao Tribunal de Justiça que decida:

- «1) Dar provimento parcial ao presente recurso, julgando procedentes os segundo, quarto e quinto fundamentos do presente recurso, com base na interpretação incorreta do artigo 4.º, n.ºs 2 e 3, do Regulamento (CE) n.º 1049/2001, relativos às condições de acesso aos documentos de um procedimento em matéria de cartéis e à proteção dos interesses comerciais e do processo decisório, e, conseqüentemente;
- 2) Anular o acórdão do Tribunal Geral, de 22 de maio de 2012, EnBW Energie Baden-Württemberg AG/Comissão (T-344/08), pelo qual é anulada a Decisão SG.E.3/MV/psi D(2008) 4931 da Comissão, de 16 de junho de 2008, que recusou o acesso ao processo COMP/F/38.899 — Mecanismos de comutação isolados a gás;
- 3) Anular a Decisão D(2008) 4931 da Comissão, de 16 de junho de 2008, que recusou o acesso ao processo;
- 3) Dispor que as partes, bem como os demais intervenientes, suportem as respetivas despesas.»