



Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
MACIEJ SZPUNAR
apresentadas em 5 de maio de 2022¹

Processo C-57/21

RegioJet a. s.
sendo intervenientes
České dráhy a.s.,
Česká republika, Ministerstvo dopravy

[pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Nejvyšší soud (Supremo Tribunal, República Checa)]

«Reenvio prejudicial — Práticas anticoncorrenciais — Abuso de posição dominante — Ações de indemnização no âmbito do direito nacional por infração às disposições do direito da concorrência dos Estados-Membros e da União Europeia — Pedido de divulgação de elementos de prova para efeitos da ação de indemnização — Processo pendente na Comissão Europeia — Suspensão do processo nacional relativo a essa ação»

I. Introdução

1. Reconhecendo a existência de uma assimetria de informação nos processos de aplicação privada do direito da concorrência, o legislador da União harmonizou, através da Diretiva 2014/104/UE², as regras em matéria de divulgação de elementos de prova pedidos para efeitos das ações de indemnização.
2. O artigo 5.º desta diretiva enuncia as regras que formam, em conjunto, um regime geral nesta matéria. Em complemento desta disposição, o artigo 6.º da referida diretiva enuncia as regras específicas relativas à divulgação de elementos de prova constantes dos processos das autoridades responsáveis pela aplicação a nível público das regras de concorrência.
3. Embora a interpretação das regras enunciadas no artigo 5.º da Diretiva 2014/104 já tenha sido objeto de um pedido de decisão prejudicial³, é, porém, a primeira vez que o Tribunal de Justiça é chamado a pronunciar-se sobre a interpretação das regras enunciadas no artigo 6.º desta diretiva.

¹ Língua original: francês.

² Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de novembro de 2014, relativa a certas regras que regem as ações de indemnização no âmbito do direito nacional por infração às disposições do direito da concorrência dos Estados-Membros e da União Europeia (JO 2014, L 349, p. 1).

³ V. minhas Conclusões no processo PACCAR (C-163/21, EU:C:2022:286).

4. Com efeito, as questões prejudiciais do órgão jurisdicional de reenvio inserem-se no contexto mais amplo de um processo relativo a uma ação destinada à reparação do pretendo dano sofrido pela RegioJet devido à conduta da sociedade České dráhy a.s., que afeta o mercado ferroviário e é contrária às regras de concorrência. Neste contexto, apesar de a primeira questão prejudicial ter por objeto a interpretação do artigo 5.º, n.º 1, da Diretiva 2014/104, a mesma diz respeito, em substância, à problemática da articulação entre a aplicação privada do direito da concorrência e a aplicação pública deste direito. Quanto às quatro questões seguintes submetidas pelo órgão jurisdicional de reenvio, estas têm especificamente por objeto o artigo 6.º desta diretiva.

II. Quadro jurídico

A. Direito da União

5. O artigo 5.º, n.ºs 1 e 8, da Diretiva 2014/104 dispõe:

«1. Os Estados-Membros asseguram que, nos processos relativos a ações de indemnização na União e a pedido do demandante que apresentou uma justificação fundamentada com factos e elementos de prova razoavelmente disponíveis, suficientes para corroborar a plausibilidade do seu pedido de indemnização, os tribunais nacionais possam ordenar ao demandado ou a um terceiro a divulgação dos elementos de prova relevantes que estejam sob o seu controlo, sob reserva das condições estabelecidas no presente capítulo. Os Estados-Membros asseguram que os tribunais nacionais possam, a pedido do demandado, ordenar ao demandante ou a terceiros a divulgação de elementos de prova relevantes.

[...]

8. Sem prejuízo dos n.ºs 4 e 7, e do artigo 6.º, o presente artigo não impede que os Estados-Membros mantenham ou introduzam regras que conduzam a uma divulgação mais alargada dos elementos de prova.»

6. O artigo 6.º, n.º 5, alínea a), e n.º 9, desta diretiva dispõe:

«5. Os tribunais nacionais só podem ordenar a divulgação das seguintes categorias de elementos de prova depois de a autoridade da concorrência, mediante decisão ou outro meio, ter concluído o seu processo:

a) A informação preparada por uma pessoa singular ou coletiva especificamente para o processo de uma autoridade da concorrência;

[...]

9. A divulgação de elementos de prova incluídos no processo da autoridade da concorrência e não abrangidos por nenhuma das categorias mencionadas no presente artigo pode ser ordenada a qualquer momento em ações de indemnização, sem prejuízo do presente artigo.»

B. Direito checo

1. Zákon č. 143/2001

7. A Zákon č. 143/2001 Sb. o ochraně hospodářské soutěže (Lei Relativa à Proteção da Concorrência), de 4 de abril de 2001, na versão aplicável aos factos do litígio no processo principal (a seguir «Lei n.º 143/2001»), enuncia no seu artigo 1.º, n.º 1, que «regula a proteção da concorrência no mercado dos produtos e dos serviços [...] contra toda a prática que impeça, restrinja, falseie ou ameace a concorrência».

8. O artigo 21ca, n.º 2, da Lei n.º 143/2001 dispõe, em substância, que os documentos e as informações elaborados e apresentados para efeitos de um procedimento administrativo pendente na autoridade nacional da concorrência só podem ser divulgados às autoridades públicas no termo do inquérito ou após a decisão de concluir o procedimento administrativo da autoridade nacional da concorrência se ter tornado definitiva.

2. Zákon č. 262/2017

9. A zákon č. 262/2017 Sb., o náhradě škody v oblasti hospodářské soutěže (Lei n.º 262/2017 Relativa a Indemnizações em Matéria de Concorrência), de 20 de julho de 2017, transpõe a Diretiva 2014/104 para a ordem jurídica checa.

10. O artigo 2.º, n.º 2, alínea c), desta lei dispõe que constituem informações confidenciais protegidas por um dever de confidencialidade, designadamente, os documentos comprovativos e as informações fornecidas especificamente para efeitos do procedimento administrativo na autoridade nacional da concorrência.

11. O artigo 15.º, n.º 4, da referida lei dispõe que a obrigação de divulgar informações confidenciais, prevista no artigo 2.º, n.º 2, alínea c), só pode ser imposta não antes de a decisão de concluir o procedimento administrativo da autoridade da concorrência se ter tornado definitiva.

12. O artigo 16.º, n.º 1, alínea c), da mesma lei dispõe, em substância, que, em caso de pedido de acesso a documentos que contêm informações confidenciais e que constam do processo da autoridade nacional da concorrência, o presidente da secção examina se a sua divulgação não compromete a aplicação efetiva da regulamentação em matéria de concorrência. Nos termos do n.º 3 desse artigo 16.º, os documentos que contêm informações confidenciais só podem ser divulgados depois do termo do inquérito ou depois de a decisão de concluir o procedimento administrativo da autoridade nacional da concorrência se ter tornado definitiva.

III. Matéria de facto e tramitação no processo principal

13. Em 25 de janeiro de 2012, o Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (Gabinete de proteção da concorrência, a seguir «Autoridade da Concorrência checa») iniciou officiosamente um procedimento administrativo relativo a um possível abuso de posição dominante praticado pela České dráhy.

14. Em 25 de novembro de 2015⁴, a RegioJet intentou uma ação de indemnização no Městský soud v Praze (Tribunal de Praga, República Checa), destinada à reparação do dano sofrido devido aos alegados comportamentos contrários às regras de concorrência da České dráhy.

15. Em 10 de novembro de 2016, a Comissão Europeia decidiu dar início a um processo nos termos do artigo 2.º, n.º 1, do Regulamento (CE) n.º 773/2004⁵, no processo n.º AT.40156 — Czech Rail.

16. Em 14 de novembro de 2016, a Autoridade da Concorrência checa suspendeu o seu procedimento administrativo, ao considerar que o processo da Comissão visava, do ponto de vista material, os mesmos comportamentos objeto do seu exame no âmbito do procedimento administrativo.

17. Em 11 de outubro de 2017, a RegioJet apresentou, no tribunal nacional, um pedido de divulgação de documentos, nos termos dos artigos 10.º e seguintes e do artigo 18.º da Lei n.º 262/2017, de 20 de julho de 2017, para efeitos da ação de indemnização. Este pedido visava a divulgação de documentos que a RegioJet pressupunha que estavam na posse da České dráhy, a saber, designadamente, listas e relatórios detalhados sobre o transporte ferroviário público e documentos contabilísticos relacionados com a área de atividade comercial desta sociedade.

18. Com fundamento no artigo 21.º, n.º 2, da Lei n.º 143/2001, a Autoridade da Concorrência checa declarou que os documentos pedidos de que dispunha no âmbito do seu procedimento administrativo não podiam ser divulgados até à conclusão definitiva do procedimento administrativo em causa quanto ao mérito. Além disso, declarou que os outros documentos pedidos estavam incluídos na categoria de documentos que constitui um conjunto coerente de documentos e recusou a sua divulgação com o fundamento de que poderia prejudicar a eficácia da política de repressão das infrações ao direito da concorrência.

19. Em resposta a uma questão formulada pelo órgão jurisdicional ao qual foi submetido o pedido de divulgação de elementos de prova, a Comissão sublinhou, numa carta de 26 de fevereiro de 2018, que quando se pronuncia sobre a divulgação dos elementos de prova, o juiz deveria, no interesse da proteção dos interesses legítimos de todas as partes no processo e dos interesses de terceiros, aplicar, nomeadamente, o princípio da proporcionalidade e adotar medidas destinadas a proteger essas informações. Recomendou a suspensão da instância da ação de indemnização quanto ao mérito.

20. Por Despacho de 14 de março de 2018, o tribunal de primeira instância ordenou à České dráhy que divulgasse, juntando aos autos, um conjunto de documentos que continham, por um lado, informação preparada por esta sociedade especificamente para o processo da Autoridade da Concorrência checa e, por outro, informações obrigatoriamente preparadas e mantidas fora do âmbito deste processo, como listas detalhadas das ligações ferroviárias, relatórios trimestrais sobre o transporte ferroviário público e uma lista das ligações operadas pela České dráhy. Em contrapartida, esse órgão jurisdicional indeferiu os pedidos da RegioJet que visavam obter, por um lado, a divulgação de documentos contabilísticos relativos à área de atividade comercial da České dráhy, incluindo os códigos de correspondência por linha e tipo de comboio e, por outro, a divulgação das atas das reuniões do Conselho de Administração da České dráhy referentes aos meses de setembro e outubro de 2011.

⁴ Esta informação resulta das observações das interessadas.

⁵ Regulamento da Comissão, de 7 de abril de 2004, relativo à instrução de processos pela Comissão para efeitos dos artigos [101.º e 102.º TFUE] (JO 2004, L 123, p. 18).

21. Em 19 de dezembro de 2018, o tribunal de primeira instância decidiu suspender a instância da ação de indemnização quanto ao mérito até à conclusão do processo em matéria de práticas anticoncorrenciais que a Comissão iniciou em 10 de novembro de 2016 contra a České dráhy. Com efeito, por força do artigo 27.º, n.º 1, da Lei n.º 262/2017, de 20 de julho de 2017, no âmbito de um processo relativo a uma ação de indemnização, o juiz está vinculado pela decisão de outro órgão jurisdicional, da Autoridade da Concorrência checa e da Comissão relativa à existência de uma restrição da concorrência e à identidade do seu autor. Além disso, as normas processuais nacionais impõem também ao juiz a obrigação de suspender o processo cível de indemnização, quando está pendente outro processo sobre uma questão da qual depende a decisão do juiz e que este não tenha competência para dirimir no âmbito do processo cível de indemnização.

22. Por Despacho de 29 de novembro de 2019, o Vrchní soud v Praze (Tribunal Superior de Praga, República Checa), enquanto tribunal de recurso, confirmou o Despacho de 14 de março de 2018 e adotou, para assegurar a proteção dos elementos de prova divulgados, medidas que consistiam em que estes últimos fossem colocados à guarda do tribunal e divulgados apenas às partes, aos seus representantes e aos peritos, em todo o caso, mediante pedido escrito fundamentado e após acordo prévio do juiz que conhece do processo em função da distribuição do serviço.

23. A České dráhy interpôs recurso de cassação desse despacho no Nejvyšší soud (Supremo Tribunal, República Checa), que é o órgão jurisdicional de reenvio.

IV. Pedido de decisão prejudicial e tramitação processual no Tribunal de Justiça

24. Foi nestas circunstâncias que o Nejvyšší soud (Supremo Tribunal), por Decisão de 16 de dezembro de 2020, que deu entrada no Tribunal de Justiça em 1 de fevereiro de 2021, decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

- «1) É conforme com a interpretação do artigo 5.º, n.º 1, da [Diretiva 2014/104] um procedimento em que o órgão jurisdicional ordena a divulgação de elementos de prova, apesar de estar simultaneamente a correr na Comissão um processo conducente à aprovação de uma decisão nos termos do capítulo III do [Regulamento (CE) n.º 1/2003] ^[6], em resultado da qual o órgão jurisdicional suspende a instância no processo relativo à indemnização por danos provocados pela infração às disposições do direito da concorrência?
- 2) Opõe-se a interpretação do artigo 6.º, n.º 5, alínea a), e do artigo 6.º, n.º 9, da [Diretiva 2014/104], a uma regulamentação nacional que restringe a divulgação de todas as informações apresentadas no âmbito de um processo, a pedido [da Autoridade da Concorrência checa], mesmo quando se trate de informações que a parte no processo é obrigada a preparar e a manter (ou prepara e mantém) por força de outras disposições legais, independentemente do processo por infração ao direito da concorrência?
- 3) Pode também entender-se por conclusão do processo mediante outro meio, na aceção do artigo 6.º, n.º 5, da [Diretiva 2014/104], uma situação em que a autoridade nacional da concorrência suspendeu a instância depois de a Comissão ter dado início a um processo conducente à aprovação de uma decisão nos termos do capítulo III do [Regulamento n.º 1/2003]?

⁶ Regulamento do Conselho, de 16 de dezembro de 2002, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos [101.º e 102.º TFUE] (JO 2003, L 1, p. 1).

- 4) Tendo em conta as funções e os objetivos da [Diretiva 2014/104], é conforme com o artigo 5.º, n.º 1, em conjugação com o artigo 6.º, n.º 5, da diretiva, a atuação do órgão jurisdicional pela qual este aplica a regulamentação nacional que transpõe o artigo 6.º, n.º 7, da diretiva, por analogia a categorias de informações como a informação a que se refere o artigo 6.º, n.º 5, da diretiva, e, portanto, decide divulgar elementos de prova, desde que a questão de saber se os elementos de prova incluem a informação preparada por uma pessoa singular ou coletiva especificamente para o processo de uma autoridade da concorrência (na aceção do artigo 6.º, n.º 5, [alínea a]), da diretiva), só seja tratada pelo órgão jurisdicional depois de aqueles lhe terem sido revelados?
- 5) Em caso de resposta afirmativa à questão anterior, deve o artigo 5.º, n.º 4, da [Diretiva 2014/104, ser interpretado no sentido de que as medidas eficazes para proteger informações confidenciais aplicadas pelo órgão jurisdicional podem ter por efeito excluir o acesso do recorrente ou de outras partes no processo e seus representantes a elementos de prova divulgados antes de o órgão jurisdicional se pronunciar definitivamente sobre a questão de saber se esses elementos ou alguns deles pertencem à categoria de provas prevista no artigo 6.º, n.º 5, alínea a), da diretiva?»

25. Foram apresentadas observações escritas pelas partes no processo principal, pelos Governos helénico e italiano e pela Comissão. A České dráhy e a Comissão estiveram representadas na audiência que teve lugar em 3 de fevereiro de 2022.

V. Análise

26. Para poder responder utilmente às questões prejudiciais (secção C), importa, em primeiro lugar, examinar se estas são admissíveis tendo em conta o âmbito de aplicação *ratione temporis* das disposições cuja interpretação é solicitada pelo órgão jurisdicional de reenvio (secção A) e, em segundo lugar, apresentar algumas observações sobre o regime de divulgação de elementos de prova que constam do processo de uma autoridade da concorrência (secção B).

A. Quanto à aplicabilidade *ratione temporis* da Diretiva 2014/104

27. Embora a Diretiva 2014/104 não opere, no plano textual, uma distinção entre as disposições substantivas e as disposições processuais⁷, o Tribunal de Justiça já indicou que esta diretiva contém uma disposição particular, a saber, o seu artigo 22.º, que determina expressamente as condições de aplicação no tempo das *disposições processuais e substantivas*⁸.

28. As condições de aplicação no tempo são diferentes para estas duas categorias de disposições. Para poder pronunciar-se sobre a aplicabilidade da Diretiva 2014/104 no processo principal, importa, portanto, determinar se os seus artigos 5.º e 6.º são disposições processuais ou disposições substantivas.

⁷ Com efeito, enquanto em certas versões linguísticas o artigo 22.º, n.º 1, da Diretiva 2014/104 se refere às disposições nacionais «adotadas a fim de dar cumprimento às disposições substantivas» desta diretiva, o artigo 22.º, n.º 2, apenas menciona as disposições nacionais «que não as referidas no n.º 1» da referida diretiva. Todavia, como indiquei nas minhas Conclusões no processo PACCAR (C-163/21, EU:C:2022:286, n.º 55), pode deduzir-se da lógica de aplicação destas disposições nacionais que o artigo 22.º, n.º 2, da Diretiva 2014/104 diz respeito às disposições processuais.

⁸ V. Acórdão de 28 de março de 2019, Cogeco Communications (C-637/17, EU:C:2019:263, n.º 25).

29. Em suma, as regras substantivas determinam a existência e o alcance da responsabilidade das pessoas envolvidas na infração ao direito da concorrência, ao passo que as regras processuais determinam a tramitação de um processo. Estas últimas não perdem o seu carácter processual pelo facto de a sua aplicação no âmbito de um processo relativo a uma ação de indemnização poder ter incidência na determinação dessa responsabilidade no termo desse processo⁹. Dentro desta lógica, como já indiquei nas minhas Conclusões no Processo PACCAR¹⁰, embora os artigos 5.º e 6.º da Diretiva 2014/104 pareçam conferir direitos às pessoas, esses direitos só podem, todavia, ser exercidos no âmbito de um processo perante um tribunal nacional, tratando-se, além disso, em substância, das medidas processuais que permitem a esse tribunal apurar os factos que são invocados pelas partes no processo. As condições de aplicação das disposições nacionais que transpõem os artigos 5.º e 6.º desta diretiva estão, portanto, estabelecidas no seu artigo 22.º, n.º 2.

30. Por força do artigo 22.º, n.º 2, da Diretiva 2014/104, os Estados-Membros deviam assegurar que quaisquer disposições nacionais adotadas a fim de dar cumprimento às disposições processuais desta diretiva não se aplicam às ações de indemnização intentadas nos tribunais nacionais antes de 26 de dezembro de 2014. Resulta, a contrario, desta disposição que os Estados-Membros dispunham de um poder discricionário para decidir, quando da transposição desta diretiva, se as regras nacionais destinadas a transpor as disposições processuais da mesma se aplicavam às ações de indemnização intentadas depois de 26 de dezembro de 2014, mas antes da data de transposição da referida diretiva ou às intentadas, o mais tardar, antes do termo do prazo para a sua transposição, ou seja, antes de 27 de dezembro de 2016¹¹.

31. A este respeito, saliento, por um lado, que o recurso de cassação foi interposto contra as decisões dos tribunais de primeira e de segunda instância relativas ao pedido de divulgação de elementos de prova apresentado pela RegioJet em 11 de outubro de 2017, ao abrigo das disposições nacionais que transpõem a Diretiva 2014/104 para a ordem jurídica checa.

32. Por outro lado, como resulta das observações das interessadas, a ação de indemnização para efeitos da qual foi apresentado o pedido de divulgação de elementos de prova foi intentada em 25 de novembro de 2015, ou seja, antes da data de transposição da Diretiva 2014/104. No entanto, decorre da Lei n.º 262/2017, de 20 de julho de 2017, que o legislador checo decidiu que as disposições nacionais que transpõem as disposições processuais desta diretiva se aplicam, de forma direta e incondicional, igualmente às ações intentadas antes dessa data de transposição¹².

33. Por conseguinte, há que considerar que os artigos 5.º e 6.º da Diretiva 2014/104 são relevantes para o processo principal.

34. Esta consideração não é posta em causa pela circunstância de a ação de indemnização em causa parecer incidir sobre condutas que tiveram lugar antes da adoção da Diretiva 2014/104. Com efeito, o artigo 22.º, n.º 1, desta diretiva opõe-se unicamente à aplicação retroativa das disposições nacionais que transpõem as suas disposições substantivas. Ora, os artigos 5.º e 6.º da referida diretiva são de natureza processual.

⁹ Seguindo esta lógica, cada regra processual pode revelar-se vantajosa para uma parte no processo e desvantajosa para a outra. Isto também não faz com que uma regra perca o seu carácter processual.

¹⁰ V. minhas Conclusões no processo PACCAR (C-163/21, EU:C:2022:286, n.º 57).

¹¹ V. Acórdão de 28 de março de 2019, Cogeco Communications (C-637/17, EU:C:2019:263, n.º 28).

¹² Nos termos do artigo 36.º desta lei, sob a epígrafe «Disposições transitórias»: «[o]s processos de reparação dos danos causados pela restrição da concorrência, bem como os processos de pedido de pagamento ao abrigo da presente lei por requerentes solidariamente responsáveis pelos danos, instaurados após 25 de dezembro de 2014, são concluídos em conformidade com a presente lei; os efeitos jurídicos dos atos praticados no âmbito do processo antes da data de entrada em vigor da presente lei não são afetados».

35. A referida consideração também não é posta em causa pela circunstância de os elementos de prova cuja divulgação foi pedida nesse processo constarem dos autos da Autoridade da Concorrência checa, que iniciou o seu processo em 25 de janeiro de 2012. Com efeito, ao definir o âmbito de aplicação *ratione temporis* das disposições processuais, o artigo 22.º, n.º 2, da Diretiva 2014/104 não faz referência à data de início de um processo por uma autoridade da concorrência, cujo interesse é protegido nos termos do artigo 6.º desta diretiva, mas à data em que foi intentada uma ação de indemnização num tribunal nacional. Assim sendo, ao centrar-se no processo do tribunal nacional, esta disposição circunscreve os poderes desse tribunal quanto à divulgação de elementos de prova que constam do processo de uma autoridade da concorrência.

36. Nada permite, portanto, considerar que a interpretação dos artigos 5.º e 6.º da Diretiva 2014/104 careça manifestamente de relação com a realidade ou com o objeto do litígio no processo principal. Daqui resulta que as questões prejudiciais relativas à interpretação destas disposições são admissíveis.

B. Quanto à divulgação de elementos de prova constantes do processo de uma autoridade da concorrência

37. Como recordei na introdução das presentes conclusões, o artigo 5.º da Diretiva 2014/104 enuncia regras de carácter geral em matéria de divulgação de elementos de prova, ao passo que o artigo 6.º desta diretiva complementa esse regime geral com regras que dizem especificamente respeito à divulgação de elementos de prova constantes do processo de uma autoridade da concorrência.

38. Esta última disposição faz uma distinção entre várias categorias de provas, nomeadamente:

- no que respeita, em primeiro lugar, à informação preparada por uma pessoa singular ou coletiva especificamente para o processo de uma autoridade da concorrência, à informação elaborada por uma autoridade da concorrência e enviada às partes no decurso do seu processo e às propostas de transação revogadas, o artigo 6.º, n.º 5, da Diretiva 2014/104 dispõe que os tribunais nacionais só podem ordenar a sua divulgação *depois de a autoridade da concorrência, mediante decisão ou outro meio, ter concluído o seu processo* (esta lista de elementos de prova será a seguir designada «lista cinzenta»);
- no que respeita, em segundo lugar, às declarações de clemência e às propostas de transação para as ações de indemnização, o artigo 6.º, n.º 6, desta diretiva dispõe que os Estados-Membros asseguram que os tribunais nacionais não possam em nenhum momento ordenar a sua divulgação (esta lista de elementos de prova será a seguir designada «lista negra»); e
- no que respeita, em terceiro lugar, aos elementos de prova incluídos no processo da autoridade da concorrência e não abrangidos por nenhuma das categorias mencionadas no artigo 6.º, o n.º 9 deste artigo dispõe que a sua divulgação pode ser ordenada a qualquer momento em ações de indemnização, sem prejuízo deste artigo (esta lista de elementos de prova será a seguir designada «lista branca»).

39. Por outro lado, no que diz respeito à divulgação de elementos de prova abrangidos por estas categorias, a Diretiva 2014/104 prevê um mecanismo de ponderação dos interesses em jogo, a saber, o interesse das vítimas de infrações, o interesse dos autores de infrações, o interesse de terceiros e o interesse público na aplicação das regras de concorrência, sob a fiscalização estrita

dos tribunais nacionais, sobretudo no que respeita à relevância dos elementos de prova pedidos, bem como à necessidade e à proporcionalidade das medidas relativas à sua divulgação¹³. Para o efeito, o artigo 5.º desta diretiva estabelece critérios relativos ao exercício dessa fiscalização, completados pelos critérios fixados no seu artigo 6.º

40. É à luz destas observações que há que examinar as questões prejudiciais do órgão jurisdicional de reenvio.

C. Quanto às questões prejudiciais

1. Quanto à primeira questão prejudicial

41. Com a sua primeira questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se o artigo 5.º, n.º 1, da Diretiva 2014/104 se opõe a que um tribunal nacional ordene a divulgação de elementos de prova para efeitos de um processo relativo a uma ação de indemnização que tem por objeto uma infração ao direito da concorrência, quando está a correr na Comissão um processo relativo a esta infração, com vista à adoção de uma decisão nos termos do capítulo III do Regulamento n.º 1/2003, que tem por consequência a suspensão da instância desse processo nacional.

42. Para responder a esta questão, é necessário, num primeiro momento, clarificar a posição do direito da União relativamente à suspensão da instância por um tribunal nacional de um processo nele pendente, devido ao início pela Comissão de um processo relativo a uma ação de indemnização. Num segundo momento, há que examinar se o direito da União se opõe a que, devido a essa suspensão, um tribunal nacional ordene a divulgação de elementos de prova para efeitos de um processo relativo a uma ação de indemnização¹⁴.

a) Quanto à suspensão da instância de uma ação de indemnização

43. Por força do artigo 11.º, n.º 6, do Regulamento n.º 1/2003, o início de um processo pela Comissão priva as autoridades da concorrência dos Estados-Membros da sua para aplicarem os artigos 101.º e 102.º TFUE no que respeita às mesmas infrações. Em contrapartida, em conformidade com o artigo 16.º, n.º 1, deste regulamento, um tribunal nacional que conhece de uma ação de indemnização não fica automaticamente privado, devido ao início do processo pela Comissão, da sua competência para aplicar os artigos 101.º e 102.º TFUE e para se pronunciar sobre as infrações examinadas por esta instituição. Além disso, esse tribunal não está obrigado a suspender a instância.

44. Com efeito, o artigo 16.º, n.º 1, do Regulamento n.º 1/2003 enuncia que «[q]uando se pronunciarem sobre acordos, decisões ou práticas ao abrigo dos artigos [101.º ou 102.º TFUE] que já tenham sido objeto de decisão da Comissão, os tribunais nacionais não podem tomar decisões que sejam contrárias à decisão aprovada pela Comissão. [Na falta de tal decisão,]

¹³ V. minhas Conclusões no processo PACCAR (C-163/21, EU:C:2022:286, n.º 89).

¹⁴ Recordo que, no presente processo, a divulgação de elementos de prova foi ordenada pelo Despacho de 14 de março de 2018 e foi confirmada pelo Despacho de 29 de novembro de 2019. Nesse intervalo, em 19 de dezembro de 2018, o processo relativo à ação de indemnização foi suspenso.

[d]evem evitar tomar decisões que entrem em conflito com uma decisão prevista pela Comissão em processos que esta tenha iniciado. Para o efeito, o tribunal nacional pode avaliar se é ou não necessário sustentar a instância».

45. A Diretiva 2014/104 também não obriga os tribunais nacionais a suspender os seus processos. Decorre da leitura do artigo 6.º, n.ºs 5 e 9, desta diretiva que este artigo apoia a interpretação segundo a qual um processo relativo a uma ação de indemnização pode prosseguir também quando está a correr um processo numa autoridade da concorrência. Com efeito, enquanto os elementos de prova que fazem parte da lista cinzenta não podem ser divulgados antes de a autoridade da concorrência ter concluído o seu processo (artigo 6.º, n.º 5, da referida diretiva), a divulgação de elementos de prova que fazem parte da lista branca pode ser ordenada «a qualquer momento em ações de indemnização» (artigo 6.º, n.º 9, da mesma diretiva).

46. Do ponto de vista do direito da União, a suspensão da instância de uma ação de indemnização não é, portanto, obrigatória devido ao início de um processo pela Comissão. É certo que, do ponto de vista deste direito, independentemente da questão de saber se um tribunal nacional suspende ou não o seu processo, este deve assegurar, nomeadamente, que não toma uma decisão que entre em conflito com a decisão prevista pela Comissão. Todavia, e *a fortiori*, sem prejuízo das limitações decorrentes do direito da União, como as que resultam da necessidade de assegurar o efeito útil deste direito, prevista no artigo 16.º, n.º 1, do Regulamento n.º 1/2003, ou dos princípios da efetividade e da equivalência, os efeitos dessa suspensão são regulados pelo direito nacional.

47. A este respeito, o órgão jurisdicional de reenvio indica que, no presente caso, a instância relativa à ação de indemnização foi suspensa devido à obrigação que decorre das normas processuais nacionais. No entanto, o Tribunal de Justiça não é questionado sobre o facto de saber se esta «obrigação» é compatível com os direitos conferidos pelo direito da União às pessoas que sofreram um prejuízo causado por uma infração ao direito da concorrência. Além disso, não compete ao Tribunal de Justiça pronunciar-se sobre a questão de saber se, sem prejuízo das limitações decorrentes do direito da União, um tribunal nacional pode, ao abrigo das suas normas processuais nacionais, tomar medidas após ter suspenso o seu processo. No caso em apreço, põe-se unicamente a questão de saber se devido a essa suspensão, a Diretiva 2014/104 se opõe a que um tribunal nacional ordene a divulgação de elementos de prova ao abrigo das disposições nacionais que transpõem os artigos 5.º e 6.º desta diretiva.

b) Quanto à decisão de divulgação de elementos de prova

48. Como referi noutra contexto¹⁵, a Diretiva 2014/104 não parece definir a articulação que deve, tecnicamente, existir, a nível processual, entre um pedido de divulgação de elementos de prova e uma ação de indemnização (um pedido de divulgação de elementos de prova enquanto medida num processo quanto ao mérito, um pedido examinado no âmbito de um incidente processual ou mesmo no âmbito de um processo separado). Neste mesmo contexto, considerarei que um pedido de divulgação de elementos de prova apresentado antes da propositura de uma ação de indemnização é igualmente suscetível de ser abrangido pelo âmbito de aplicação dos artigos 5.º e 6.º desta diretiva¹⁶. *A fortiori*, num primeiro momento, a suspensão de um processo relativo a uma ação de indemnização não leva a que as medidas de divulgação dos elementos de prova adotadas para efeitos desse processo fiquem fora do âmbito de aplicação da referida

¹⁵ V. minhas Conclusões no processo PACCAR (C-163/21, EU:C:2022:286, n.º 41).

¹⁶ V. minhas Conclusões no processo PACCAR (C-163/21, EU:C:2022:286, n.º 43).

diretiva. Em todo o caso, parece pouco convincente arguir que esta se torna novamente aplicável após a cessação da suspensão da instância. Num segundo momento, pelo menos do ponto de vista da mesma diretiva, a suspensão da instância de um processo relativo a uma ação de indemnização não impede de forma automática o tribunal nacional de ordenar a divulgação de elementos de prova para efeitos desse processo.

49. O mesmo acontece quando a instância desse processo é suspensa, o que não é obrigatório à luz do direito da União, devido ao início de um processo pela Comissão — suspensão que não é obrigatória à luz do direito da União¹⁷. Com efeito, como resulta das considerações apresentadas no n.º 45 das presentes conclusões, sem prejuízo das regras específicas relativas aos elementos de prova que fazem parte das listas negra e cinzenta, a Diretiva 2014/104 não se opõe, pelo menos em princípio, a que um tribunal nacional ordene a divulgação de elementos de prova que constam do processo de uma autoridade da concorrência antes de esta autoridade concluir o seu processo.

50. Todavia, ao fazê-lo, o tribunal nacional deve respeitar todas as exigências que decorrem da Diretiva 2014/104 e deve, nomeadamente, limitar a divulgação de elementos de prova ao que é relevante, proporcionado e necessário. Como sublinhei no n.º 39 das presentes conclusões, estas exigências constituem um elemento central do mecanismo previsto para assegurar a ponderação dos interesses em jogo pelos tribunais nacionais, designadamente, o interesse público na aplicação das regras de concorrência.

51. Neste contexto, o artigo 6.º, n.º 4, alínea b), da Diretiva 2014/104 precisa que, ao examinar a proporcionalidade de uma decisão de divulgação de informações, os tribunais nacionais ponderam também «se a parte que requer a divulgação o faz no âmbito de uma ação de indemnização perante um tribunal nacional». Deduzo que, no âmbito desse exame da proporcionalidade, efetuado de forma cuidadosa sobretudo quando são elementos de prova que constam do processo de uma autoridade da concorrência¹⁸, o tribunal nacional deve igualmente ter em conta a circunstância de a instância relativa à ação de indemnização ter sido suspensa.

52. A consideração segundo a qual a Diretiva 2014/104 não se opõe, em princípio, a que um tribunal nacional ordene a divulgação de elementos de prova para efeitos de uma ação de indemnização que foi suspensa devido ao facto de a Comissão ter dado início a um processo não é posta em causa pela obrigação de que, «[q]uando se pronunciarem sobre acordos, decisões ou práticas ao abrigo dos artigos [101.º ou 102.º TFUE], os tribunais nacionais não podem tomar decisões que sejam contrárias à decisão prevista pela Comissão em processos que esta tenha iniciado»¹⁹.

53. Segundo a interpretação avançada pela Comissão, o âmbito de aplicação do artigo 16.º, n.º 1, do Regulamento n.º 1/2003 limita-se à aplicação do artigo 101.º ou 102.º TFUE ou, por outras palavras, à declaração da existência de uma infração ao direito da concorrência por um tribunal nacional. Uma ordem de divulgação de elementos de prova, que constitui apenas uma decisão processual, não é abrangida pelo âmbito de aplicação do artigo 16.º, n.º 1, deste regulamento.

¹⁷ V. n.º 46 das presentes conclusões.

¹⁸ Nos termos do considerando 23 da Diretiva 2014/104: «O requisito de proporcionalidade deverá ser apreciado cuidadosamente quando a divulgação implique o risco de desvendar a estratégia de investigação de uma autoridade da concorrência, revelando que documentos integram o processo, ou o risco de ter um impacto negativo na forma como as empresas cooperam com as autoridades da concorrência. [...]»

¹⁹ Esta obrigação decorre do artigo 16.º, n.º 1, primeiro e segundo períodos, do Regulamento n.º 1/2003, v. n.º 44 das presentes conclusões.

54. Sem querer pôr em causa a interpretação apresentada pela Comissão e a conclusão a que chega, sou sensível a uma interpretação mais matizada. Com efeito, tanto, por um lado, o princípio da cooperação leal, enunciado no artigo 4.º, n.º 3, TUE, como, por outro, o objetivo de uma aplicação eficaz e uniforme do direito da concorrência da União e o princípio geral da segurança jurídica, que fazem igualmente eco do artigo 16.º, n.º 1, do Regulamento n.º 1/2003²⁰, impõem, na minha opinião, ao tribunal nacional que tenha em conta o processo pendente na Comissão quando da adoção de qualquer decisão ou medida no decurso da ação de indemnização, sobretudo, sempre que essa decisão ou medida diga respeito, mesmo pontualmente, à declaração da existência de uma infração ao direito da concorrência.

55. A este respeito, saliento que, para que seja ordenada pelo tribunal nacional a divulgação de elementos de prova pedida por uma pessoa que alega ser vítima de uma infração, a plausibilidade do pedido de indemnização para o qual foi pedida a divulgação deve ser corroborada²¹.

56. Em princípio, o interesse em evitar conflitos de decisões, que resulta da vontade de assegurar a aplicação coerente das regras de concorrência e do princípio geral da segurança jurídica, não é posto em causa quando o tribunal nacional ordena a divulgação de elementos de prova para efeitos de um processo relativo a uma ação de indemnização que foi suspenso devido ao início de um processo pela Comissão²².

57. Com efeito, decorre dos Acórdãos Gasorba²³ e o. e Groupe Canal +/Comissão²⁴ que quando, por um lado, a Comissão «tencione adotar uma decisão que exija a cessação de uma infração» e, por outro, adote uma decisão nos termos do artigo 9.º, n.º 1, do Regulamento n.º 1/2003, que torna os compromissos obrigatórios para as empresas em causa, os tribunais nacionais não podem adotar, tendo em conta os comportamentos em questão, decisões «negativas», que constatem a inexistência de violação dos artigos 101.º e 102.º TFUE. O facto de ordenar a divulgação de elementos de prova, tendo considerado que foi corroborada a plausibilidade do pedido de indemnização para o qual é pedida esta divulgação, não pode ser equiparado a uma decisão «negativa» tendo em conta o facto de a Comissão prosseguir o seu processo e procurar determinar se existe uma violação dos artigos 101.º e 102.º TFUE.

58. Por outro lado, decorre do Acórdão Masterfoods e HB²⁵ que, quando, «para evitar tomar uma decisão contrária à da Comissão», o tribunal nacional suspende a instância, devido ao facto de a solução do litígio nele pendente depender da validade da decisão da Comissão relativa ao artigo 101.º ou 102.º TFUE, que é objeto de um recurso de anulação interposto pelo destinatário desta decisão, «incumbe-lhe examinar a necessidade de decretar medidas provisórias para salvaguardar os interesses das partes até proferir uma decisão definitiva». *A fortiori*, na falta de uma decisão da Comissão, o interesse em evitar conflitos de decisões não pode impedir o

²⁰ Nos termos do considerando 22, primeiro período, do Regulamento n.º 1/2003: «Num sistema de competências paralelas, devem ser evitados os conflitos entre decisões, a fim de garantir o respeito pelos princípios da segurança jurídica e da aplicação uniforme das regras [...] de concorrência [da União].» V., igualmente, Acórdão de 14 de dezembro de 2000, Masterfoods e HB (C-344/98, EU:C:2000:689, n.º 51), que foi codificado no artigo 16.º, n.º 1, segundo período, do Regulamento n.º 1/2003 [Acórdão de 9 de dezembro de 2020, Groupe Canal +/Comissão (C-132/19 P, EU:C:2020:1007, n.º 112)], no qual o Tribunal de Justiça faz referência à «aplicação coerente das regras de concorrência e [a]o princípio geral da segurança jurídica».

²¹ V. artigo 5.º, n.º 1, da Diretiva 2014/104.

²² V., por analogia, Acórdão de 23 de novembro de 2017, Gasorba e o. (C-547/16, EU:C:2017:891, n.º 29).

²³ Acórdão de 23 de novembro de 2017 (C-547/16, EU:C:2017:891, n.º 5).

²⁴ Acórdão de 9 de dezembro de 2020 (C-132/19 P, EU:C:2020:1007, n.º 113).

²⁵ Acórdão de 14 de dezembro de 2000, Masterfoods e HB (C-344/98, EU:C:2000:689, n.ºs 57 e 58).

tribunal nacional que suspende a sua instância, devido à abertura do processo por esta instituição, de considerar que foi corroborada a plausibilidade do pedido de indemnização e ordenar a divulgação de elementos de prova.

59. Por conseguinte, quando um tribunal nacional decide ordenar a divulgação de elementos de prova para efeitos de um processo relativo a uma ação de indemnização que foi suspenso devido à abertura de um processo pela Comissão, não toma, em princípio, uma decisão que seja suscetível de entrar em conflito com a decisão prevista pela Comissão nesse processo na aceção do artigo 16.º, n.º 1, do Regulamento n.º 1/2003.

60. À luz das considerações expostas nos números anteriores, o artigo 5.º, n.º 1, da Diretiva 2014/104 deve ser interpretado no sentido de que não se opõe a que um tribunal nacional ordene a divulgação de elementos de prova para efeitos de um processo nacional relativo a uma ação de indemnização por infração ao direito da concorrência, mesmo quando está a correr na Comissão um processo relativo a esta infração, com vista à adoção de uma decisão nos termos do capítulo III do Regulamento n.º 1/2003, que tem por consequência a suspensão desse processo nacional.

2. Quanto à terceira questão prejudicial

61. Com a sua terceira questão, que é oportuno examinar antes da segunda, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se a suspensão do seu processo pela autoridade nacional da concorrência, pelo facto de a Comissão ter dado início a um processo nos termos do capítulo III do Regulamento n.º 1/2003, pode ser considerada a conclusão desse processo «mediante decisão ou outro meio», na aceção do artigo 6.º, n.º 5, da Diretiva 2014/104.

62. Importa recordar que, nos termos do artigo 6.º, n.º 5, da Diretiva 2014/104, os tribunais nacionais só podem ordenar a divulgação dos elementos de prova que fazem parte da lista cinzenta depois de a autoridade da concorrência, mediante decisão ou outro meio, ter concluído o seu processo. O considerando 25 desta diretiva precisa que a conclusão do processo resulta da adoção, por exemplo, de uma decisão nos termos do artigo 5.º do Regulamento n.º 1/2003²⁶, «exceto decisões relativas a medidas provisórias».

63. Nos termos do artigo 5.º, primeiro parágrafo, do Regulamento n.º 1/2003, uma autoridade nacional da concorrência pode exigir que seja posto termo à infração, ordenar medidas provisórias, aceitar compromissos e aplicar coimas, sanções pecuniárias compulsórias ou qualquer outra sanção prevista pelo seu direito nacional. De acordo com o disposto no segundo parágrafo desse artigo 5.º, sempre que, com base nas informações de que dispõem, não estejam preenchidas as condições de proibição, as autoridades nacionais da concorrência podem igualmente decidir que não se justifica a sua intervenção²⁷. Assim, sob reserva das medidas provisória e ao contrário destas, o artigo 5.º, primeiro e segundo parágrafos, do referido regulamento visa decisões adotadas quando uma autoridade nacional da concorrência considera que, tendo em conta as informações recolhidas no decurso do seu processo, é possível ou mesmo necessário decidir sobre esse processo e encerrá-lo.

²⁶ Embora este considerando mencione igualmente uma decisão adotada nos termos do capítulo III do Regulamento n.º 1/2003, este capítulo diz, porém, apenas respeito às decisões da Comissão.

²⁷ V. Acórdão de 3 de maio de 2011, *Tele2 Polska* (C-375/09, EU:C:2011:270, n.ºs 22 e 23).

64. Não obstante, o órgão jurisdicional de reenvio parece pôr a tónica, no que respeita à adoção de uma decisão de conclusão, na alternativa prevista no artigo 6.º, n.º 5, da Diretiva 2014/104, a saber, o processo concluído por «outro meio».

65. A este respeito, há que observar que a proposta inicial de diretiva²⁸ previa, numa das suas disposições, que a divulgação de elementos de prova da lista cinzenta só pudesse ser ordenada «depois de uma autoridade da concorrência ter encerrado o seu processo ou tomado uma decisão referida no artigo 5.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003 ou no capítulo III do Regulamento (CE) n.º 1/2003»²⁹.

66. A redação desta disposição foi objeto de debate durante os trabalhos preparatórios. Em especial, decorre do projeto de resolução legislativa do Parlamento Europeu³⁰ que esta instituição procurou alterar essa redação, para que reflita, em termos mais gerais, a ideia segundo a qual a divulgação dos elementos de prova da lista cinzenta só pode ser ordenada depois de uma autoridade da concorrência ter concluído o seu processo «por qualquer meio».

67. Ao fim de contas, a redação da disposição da proposta inicial foi retomada no considerando 25 da Diretiva 2014/104, com a precisão de que se trata de um exemplo («concluído o seu processo, adotando, *por exemplo*, uma decisão nos termos do artigo 5.º ou do capítulo III do [Regulamento n.º 1/2003]») ³¹.

68. Mais importante ainda, a ideia enunciada no projeto de resolução legislativa do Parlamento Europeu parece ter inspirado a redação do artigo 6.º, n.º 5, da Diretiva 2014/104 («mediante decisão ou outro meio, ter concluído o seu processo»), sem na realidade alterar o sentido da proposta inicial da Comissão («depois de uma autoridade da concorrência ter encerrado o seu processo ou tomado uma decisão [...]»). Tratava-se simplesmente de clarificar que as decisões adotadas nos termos do artigo 5.º do Regulamento n.º 1/2003, também elas, «concluem», na aceção do artigo 6.º, n.º 5, desta diretiva, o processo de uma autoridade nacional da concorrência.

69. Assim, quando a Diretiva 2014/104 faz referência à conclusão do processo «mediante decisão ou outro meio», trata-se de medidas que, quanto à sua substância e finalidade, são adotadas quando uma autoridade nacional da concorrência decide que, tendo em conta as informações recolhidas no decurso do processo, é possível ou mesmo necessário decidir e encerrar («concluir») o mesmo. Por conseguinte, a suspensão da instância por uma autoridade nacional da concorrência não pode ser equiparada à conclusão do processo por essa autoridade mediante «outro meio».

70. O mesmo sucede no que respeita à suspensão do processo por uma autoridade nacional da concorrência pelo facto de a Comissão ter dado início a um processo.

²⁸ Proposta de diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a certas regras que regem as ações de indemnização no âmbito do direito nacional por infrações às disposições do direito da concorrência dos Estados-Membros e da União Europeia [COM(2013) 404 final].

²⁹ V. artigo 6.º dessa proposta. Do mesmo modo, o considerando 20 da referida proposta precisava que esses elementos de prova só podiam ser divulgados depois de a autoridade da concorrência ter constatado uma infração às regras de concorrência nacionais ou da União ou ter, de outra forma, encerrado o seu processo.

³⁰ Projeto de resolução legislativa do Parlamento Europeu, documento C7-0170/2013.

³¹ O sublinhado é meu.

71. Com efeito, há que salientar, à semelhança do Governo helénico, que, nos termos do artigo 11.º, n.º 6, do Regulamento n.º 1/2003³², o início de um processo pela Comissão não priva, *de forma permanente e definitiva*, as autoridades nacionais da concorrência da sua competência para aplicar a legislação nacional em matéria de concorrência. Esta competência é restaurada a partir do momento em que o processo instaurado pela Comissão está concluído³³. Por outro lado, nos termos do artigo 16.º, n.º 2, do referido regulamento, as autoridades da concorrência dos Estados-Membros conservam o seu poder de atuação tanto no âmbito do direito da União como do direito nacional da concorrência, mesmo que a própria Comissão já tenha tomado uma decisão, na condição de não tomarem decisões que sejam contrárias à decisão adotada pela Comissão³⁴.

72. A interpretação teleológica do artigo 6.º, n.º 5, da Diretiva 2014/104 milita a favor da interpretação proposta no n.º 69 das presentes conclusões.

73. O considerando 25, primeiro período, da Diretiva 2014/104 indica a razão de ser da proteção temporal dos elementos de prova da lista cinzenta: «Deverá aplicar-se uma isenção relativamente à divulgação que, se for concedida, seja suscetível de interferir indevidamente com uma investigação em curso, por parte de uma autoridade da concorrência, relativa a uma infração ao direito da concorrência da União ou nacional.»

74. A este respeito, por um lado, o processo da Comissão que esteve na origem da suspensão do processo da Autoridade da Concorrência checa ainda se mantém. Por conseguinte, é igualmente do interesse do processo dessa instituição que, seguindo a lógica do artigo 6.º, n.º 5, da Diretiva 2014/104, pode ser comprometido pela divulgação dos elementos de prova que constam do processo da Autoridade da Concorrência checa. O processo instaurado por esta autoridade tem por objeto as mesmas infrações que as examinadas pela Comissão. Por outro lado, tendo em conta o facto de a competência da referida autoridade ser, teoricamente, suscetível de ser restaurada, o interesse do seu processo constitui sempre uma causa válida para conferir uma proteção temporal aos elementos de prova que figuram no processo dessa autoridade.

75. Por conseguinte, o artigo 6.º, n.º 5, da Diretiva 2014/104 deve ser interpretado no sentido de que a suspensão do seu processo por uma autoridade nacional da concorrência pelo facto de a Comissão ter dado início a um processo, nos termos do capítulo III do Regulamento n.º 1/2003, não pode ser considerada a conclusão do seu processo pela autoridade nacional da concorrência «mediante decisão ou outro meio», na aceção desta disposição.

3. Quanto à segunda questão prejudicial

76. Com a sua segunda questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se o artigo 5.º, n.º 8, o artigo 6.º, n.º 5, alínea a), e o artigo 6.º, n.º 9, da Diretiva 2014/104 se opõem a uma regulamentação nacional que restringe temporariamente, por força do artigo 6.º, n.º 5, desta diretiva, a divulgação de toda a informação «apresentada» no processo da autoridade da concorrência, e não apenas a informação «preparada» especificamente para esse processo.

³² V. n.º 43 das presentes conclusões.

³³ V. Acórdão de 14 de fevereiro de 2012, *Toshiba Corporation e o.* (C-17/10, EU:C:2012:72, n.ºs 79 e 80).

³⁴ V. Acórdão de 14 de fevereiro de 2012, *Toshiba Corporation e o.* (C-17/10, EU:C:2012:72, n.ºs 84 e 85).

77. Com efeito, embora a segunda questão prejudicial, pelo modo como está formulada, pareça incidir apenas sobre a interpretação do artigo 6.º, n.ºs 5 e 9, da Diretiva 2014/104, esse órgão jurisdicional pretende saber, retomando os termos do seu pedido de decisão prejudicial, se esta diretiva se opõe à adoção de uma regulamentação nacional que amplia a informação cuja divulgação está excluída enquanto corre o processo da autoridade da concorrência. A margem de que dispõem os Estados-Membros no que respeita à transposição dos artigos 5.º e 6.º da referida diretiva está delimitada pelo artigo 5.º, n.º 8, da mesma diretiva. Parece-me, portanto, necessário reformular a segunda questão prejudicial e estender o seu âmbito a esta última disposição.

78. Por outro lado, numa preocupação de clareza, é verdade que a formulação da segunda questão faz referência às «informações que a parte no processo é obrigada a preparar e a manter (ou prepara e mantém) por força de outras disposições legais, independentemente do processo por infração ao direito da concorrência». Todavia, resulta desta formulação («mesmo quando se trate»), lida à luz do presente pedido de decisão prejudicial³⁵, que esta referência constitui apenas um exemplo dos elementos de prova visados por esta questão prejudicial.

79. Antes de analisar a segunda questão assim reformulada, há que examinar a sua admissibilidade, uma vez que esta é contestada pela České dráhy.

a) Quanto à admissibilidade da segunda questão prejudicial

80. A České dráhy alega que esta questão é prematura e hipotética porque, até à data, os tribunais nacionais checos não se pronunciaram sobre a questão de saber se os documentos objeto do pedido de divulgação tinham sido preparados especificamente para o processo da Autoridade da Concorrência checa ou para o processo conduzido pela Comissão.

81. A este respeito, há que recordar que as questões relativas ao direito da União gozam de uma presunção de pertinência. O Tribunal de Justiça só pode recusar pronunciar-se sobre uma questão prejudicial submetida por um órgão jurisdicional nacional quando for manifesto que a interpretação do direito da União solicitada não tem nenhuma relação com a realidade ou com o objeto do litígio no processo principal, quando o problema for hipotético ou ainda quando o Tribunal de Justiça não dispuser dos elementos de facto ou de direito necessários para dar uma resposta útil às questões que lhe são submetidas.

82. Ora, a resposta que o Tribunal de Justiça der à referida questão condicionará a identificação dos elementos de prova que fazem parte da lista branca e que, se for o caso, podem ser divulgados não obstante o facto de a Autoridade da Concorrência checa não ter concluído o seu processo. Daqui resulta que a segunda questão prejudicial é admissível.

b) Quanto ao mérito

83. O órgão jurisdicional de reenvio observa que, nos termos do artigo 6.º, n.º 5, alínea a), da Diretiva 2014/104, não faz parte da lista cinzenta, como pressupõe a redação das disposições checas que transpõem esta diretiva, toda a informação *apresentada* para processo, mas apenas a informação *preparada especificamente* para o processo de uma autoridade da concorrência.

³⁵ V. n.º 77 das presentes conclusões.

84. Com efeito, decorre da redação do artigo 6.º, n.º 5, alínea a), da Diretiva 2014/104, lido à luz do seu considerando 25³⁶, que a proteção temporária conferida por força desta primeira disposição não é para toda a informação que tenha sido apresentada especificamente de forma espontânea ou a pedido da autoridade da concorrência, para tal processo, mas apenas a informação que tenha sido *preparada especificamente* para o processo dessa autoridade.

85. Este resultado da interpretação textual é confirmado pelas considerações que decorrem da interpretação sistemática.

86. Em primeiro lugar, antes de mais, o artigo 6.º, n.º 9, da Diretiva 2014/104, que diz respeito aos elementos de prova da lista branca, dispõe que a divulgação de elementos de prova incluídos no processo da autoridade da concorrência e não abrangidos pelas listas cinzenta e negra pode ser ordenada a qualquer momento em ações de indemnização. Em seguida, o considerando 28 desta diretiva, que precisa o conteúdo normativo desta disposição, utiliza os termos «elementos de prova que existem independentemente do processo de uma autoridade da concorrência (“informação preexistente”)» para se referir aos outros elementos de prova que não os visados no artigo 6.º, n.º os 5 e 6, da referida diretiva. Trata-se, portanto, de qualquer elemento de prova cuja divulgação não é proibida de forma automática pela mesma diretiva, pelo facto de pertencer às listas cinzenta ou negra, em razão do interesse da aplicação do direito da concorrência pelas entidades públicas. Por último, o artigo 2.º, ponto 17, da mesma diretiva define o conceito de «informações preexistentes» como «os elementos de prova que existem independentemente de uma investigação de uma autoridade da concorrência, quer constem ou não do processo da autoridade da concorrência». Resulta desta definição, e sobretudo da sua última parte, que os elementos de prova que constam de tal processo são também eles suscetíveis de integrar a lista branca³⁷. Em especial, as informações que uma parte no processo tem a obrigação de preparar e de manter (ou prepara e mantém) com base noutra regulamentação, e independentemente do processo de infração ao direito da concorrência, constituem, por excelência, informações preexistentes, cuja divulgação pode, em princípio, ser ordenada a qualquer momento pelos tribunais nacionais.

87. Em segundo lugar, refletindo a ideia segundo a qual há que, por um lado, limitar a proteção conferida aos elementos de prova das listas cinzenta e negra aos casos em que esta proteção é efetivamente necessária e, portanto, adequado do ponto de vista dos objetivos da Diretiva 2014/104, e, por outro, autorizar um acesso razoavelmente amplo aos elementos de prova, o artigo 6.º, n.º 8, desta diretiva prevê que, se o elemento de prova requerido apenas for

³⁶ O considerando 25 da Diretiva 2014/104 indica que é qualificada como fazendo parte da lista cinzenta, designadamente, «[a] informação preparada por uma autoridade da concorrência no decurso do seu processo para aplicação do direito da concorrência da União ou nacional e enviada às partes no âmbito desse processo (como uma nota de ilicitude), ou preparada por uma parte nesse processo (como as respostas aos pedidos de informação da autoridade da concorrência ou os depoimentos de testemunhas)».

³⁷ Este resultado encontra-se confirmado no artigo 7.º, n.º 3, da Diretiva 2014/104, que se refere aos «elementos de prova obtidos por uma pessoa singular ou coletiva, exclusivamente através do acesso ao processo de uma autoridade da concorrência [...] não abrangidos pel[a] lista cinzenta ou negra».

parcialmente incluído na lista negra («abrangido pelo âmbito do n.º 6»), as restantes partes são divulgadas nos termos das disposições aplicáveis do artigo 8.º da referida diretiva, conforme a categoria a que pertençam³⁸.

88. O artigo 5.º, n.º 8, da Diretiva 2014/104 autoriza os Estados-Membros a adotar regras que conduzam a uma divulgação mais alargada dos elementos de prova, sem prejuízo dos n.ºs 4 e 7 desse artigo, e do artigo 6.º desta diretiva.

89. Daqui decorre que, enquanto o artigo 5.º da Diretiva 2014/104 se baseia, em princípio, numa harmonização mínima, o seu artigo 6.º é de harmonização exaustiva. Consequentemente, por um lado, os Estados-Membros não estão autorizados a matizar, quando da transposição desta diretiva, as condições de acordo com as quais os elementos de prova são classificados nas listas cinzenta, negra ou branca («sem prejuízo [...] do artigo 6.º»)³⁹. Por outro lado, retomando os termos do órgão jurisdicional de reenvio, autorizar os Estados-Membros a ampliar o âmbito da informação incluída na lista cinzenta conduziria, em minha opinião, a uma divulgação mais limitada dos elementos de prova, em contradição com a lógica do artigo 5.º, n.º 8, da referida diretiva.

90. Assim, há que interpretar o artigo 5.º, n.º 8, o artigo 6.º, n.º 5, alínea a), e o artigo 6.º, n.º 9, da Diretiva 2014/104 no sentido de que estas disposições se opõem a uma regulamentação nacional que restringe temporariamente, por força do artigo 6.º, n.º 5, desta diretiva, não apenas a divulgação da informação «preparada» especificamente para o processo da autoridade da concorrência, mas também a divulgação de toda a informação «apresentada» nesse processo.

91. Por uma questão de exaustividade, importa recordar que, ao aplicar o direito interno que utiliza termos idênticos ou diferentes aos de uma diretiva, os tribunais nacionais devem interpretá-lo, tanto quanto possível, à luz do texto e da finalidade da diretiva em causa, a fim de alcançar o resultado por ela prosseguido⁴⁰.

4. Quanto à quarta questão prejudicial

a) Reformulação da questão prejudicial

92. Com a sua quarta questão prejudicial, que proponho reformular pelas razões expostas nos números anteriores, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se o artigo 5.º, n.º 1, da Diretiva 2014/104, lido em conjugação com o seu artigo 6.º, n.º 5, alínea a), deve ser interpretado no sentido de que estas disposições não se opõem a que um tribunal nacional se pronuncie sobre a divulgação de elementos de prova e ordene que os mesmos sejam colocados à

³⁸ Esta abordagem faz igualmente eco dos considerandos 26 e 27 da Diretiva 2014/104. Com efeito, o considerando 26 desta diretiva precisa, na sua última frase, que, «[a] fim de assegurar que [a] isenção relativamente à divulgação [estabelecida a favor dos elementos de prova da lista negra] não afete indevidamente o direito dos lesados à reparação, esta deverá limitar-se a tais declarações de clemência e propostas de transação voluntárias e autoincriminatórias [...]». Por outro lado, o considerando 27 da referida diretiva sublinha, na sua última frase, que «[q]ualquer conteúdo não abrangido p[ela lista negra] deverá poder ser divulgado nas condições relevantes». Os elementos de prova da lista cinzenta saem efetivamente da lista negra. A faculdade de pedir a sua divulgação, bem como a divulgação dos elementos de prova da lista branca, faz parte da garantia de que, para retomar os termos do considerando 27, primeira frase, da mesma diretiva, «os lesados continuem a dispor de alternativas suficientes para obter acesso aos elementos de prova relevantes de que necessitem para instruir as suas ações de indemnização». V. igualmente, nesta ordem de ideias, no que respeita à publicação das decisões da Comissão e às informações factuais sobre a infração nelas contidas, as minhas Conclusões no processo Evonik Degussa/Comissão (C-162/15 P, EU:C:2016:587, n.ºs 204 e 205).

³⁹ V. igualmente considerando 21 da Diretiva 2014/104, segundo o qual «[a] eficácia e a coerência da aplicação dos artigos 101.º e 102.º [...] TFUE pela Comissão e pelas autoridades nacionais da concorrência exigem uma abordagem comum a nível da União no que respeita à divulgação dos elementos de prova incluídos no processo de uma autoridade da concorrência».

⁴⁰ V., neste sentido, Acórdão de 24 de janeiro de 2012, Dominguez (C-282/10, EU:C:2012:33, n.º 24).

guarda do tribunal, adiando a apreciação da questão de saber se os elementos de prova contêm «informação preparada por uma pessoa singular ou coletiva especificamente para o processo de uma autoridade da concorrência», na aceção desta última disposição, até ao momento em que tiver acesso a esses elementos de prova.

93. Embora a formulação da quarta questão prejudicial faça referência à aplicação, por analogia, da disposição nacional que transpõe o artigo 6.º, n.º 7, da Diretiva 2014/104 aos elementos de prova suscetíveis de serem incluídos na lista cinzenta, o órgão jurisdicional de reenvio indica, no entanto, que, com esta questão, pretende saber, em substância, se um tribunal pode ordenar a divulgação de elementos de prova, regulada no artigo 5.º, n.º 1, desta diretiva, a fim de apreciar se esses elementos de prova contêm «informação preparada por uma pessoa singular ou coletiva especificamente para o processo de uma autoridade da concorrência», na aceção do artigo 6.º, n.º 5, alínea a), da referida diretiva.

94. Por outro lado, o problema jurídico levantado por esta questão tem origem no Despacho de 29 de novembro de 2019. Há que observar, a este respeito, que as medidas tomadas por este órgão jurisdicional não correspondem perfeitamente ao mecanismo previsto no artigo 6.º, n.º 7, da Diretiva 2014/104⁴¹. Com efeito, esta disposição prevê um mecanismo de verificação prévia do conteúdo dos elementos de prova suscetíveis de fazer parte da lista negra. Ao abrigo da referida disposição, o demandante pode apresentar um pedido fundamentado de acesso do tribunal nacional a esses elementos de prova, para o efeito exclusivo de este assegurar que o seu conteúdo exige que sejam considerados incluídos na lista negra. Todavia, no caso em apreço, não houve pedido do demandante. Além disso, a divulgação dos elementos de prova foi ordenada ao mesmo tempo que as medidas que permitem verificar se esses elementos contêm informações da lista cinzenta.

95. Nestas condições, para responder utilmente à quarta questão prejudicial, é irrelevante que, no que respeita aos elementos de prova suscetíveis de integrar a lista cinzenta, uma aplicação por analogia do artigo 6.º, n.º 7, da Diretiva 2014/104 seja, no âmbito desta diretiva, autorizada ou não. Em contrapartida, há que interpretar a referida diretiva para que o órgão jurisdicional de reenvio possa determinar se a abordagem adotada pelo tribunal de segunda instância é conforme com a mesma diretiva. Por conseguinte, há que reformular esta questão no sentido referido no n.º 92 das presentes conclusões.

96. Tendo em conta esta reformulação, deve ser rejeitado o argumento da České dráhy segundo o qual a quarta questão prejudicial é hipotética porque os tribunais de primeira e segunda instâncias não aplicaram, nem sequer por analogia, a disposição nacional que transpõe o artigo 6.º, n.º 7, da Diretiva 2014/104.

b) Apreciação

97. Devo observar, antes de mais, que a proposta inicial da Diretiva 2014/104 não previa um mecanismo de verificação prévia como o previsto no artigo 6.º, n.º 7, desta diretiva. Esse mecanismo parece ter origem numa alteração discutida no âmbito do projeto de resolução legislativa do Parlamento. Ora, contrariamente à solução adotada na referida diretiva, essa alteração parecia destinar-se a autorizar os tribunais nacionais a aceder aos elementos de prova

⁴¹ Além disso, a České dráhy alega que, no seu Despacho de 29 de novembro de 2019, o tribunal de segunda instância não invocou a disposição nacional que transpõe o artigo 6.º, n.º 7, da Diretiva 2014/104, ao passo que a Comissão refere, a este respeito, que esse tribunal invocou no mesmo uma disposição nacional que transpõe o artigo 5.º, n.º 3, desta diretiva.

constantes do processo de uma autoridade da concorrência. Esta autorização dizia respeito não só aos elementos de prova suscetíveis de integrar a lista negra mas também aos elementos de prova suscetíveis de integrar a lista cinzenta ⁴².

98. Assim, há que questionar se a inexistência, na Diretiva 2014/104, de tal autorização no que respeita aos elementos de prova suscetíveis de integrar a lista cinzenta implica automaticamente que a abordagem adotada pelo tribunal de segunda instância não seja conforme com o direito da União. Para tal, há que ter em conta o tipo de harmonização em que se baseia o artigo 6.º desta diretiva, bem como os poderes que a referida diretiva confere aos tribunais nacionais no que diz respeito ao acesso aos elementos de prova constantes do processo de uma autoridade da concorrência.

1) *Tipo de harmonização*

99. O artigo 6.º da Diretiva 2014/104 baseia-se numa harmonização exaustiva ⁴³. No que respeita aos elementos de prova suscetíveis de integrar a lista cinzenta, o legislador da União não previu um mecanismo de verificação prévia como o previsto no artigo 6.º, n.º 7, desta diretiva. Recordo, contudo que, no caso em apreço, não se trata de uma aplicação por analogia e/ou por extensão desta disposição a esses elementos de prova.

100. Para determinar se a harmonização exaustiva obsta à abordagem seguida pelo tribunal de segunda instância, não basta, portanto, fazer referência ao disposto no artigo 6.º da Diretiva 2014/104. Em meu entender, para traçar os contornos da harmonização exaustiva que o legislador da União procurava obter através desta disposição, há que ter em conta igualmente o contexto em que se insere esta disposição, bem como as razões que levaram o legislador da União a proceder à harmonização exaustiva das matérias abrangidas pela referida disposição.

101. De acordo com o considerando 21 da Diretiva 2014/104, «[a] eficácia e a coerência da aplicação dos artigos 101.º e 102.º [...] TFUE pela Comissão e pelas autoridades nacionais da concorrência exigem uma abordagem comum a nível da União no que respeita à divulgação dos elementos de prova incluídos no processo de uma autoridade da concorrência» e «[a] divulgação dos elementos de prova não deverá restringir indevidamente a efetividade da aplicação do direito da concorrência por uma autoridade da concorrência». Daqui resulta que a harmonização exaustiva foi realizada pelo legislador da União, principalmente, em benefício do interesse da aplicação do direito da concorrência pelas entidades públicas.

102. Ora, nos termos do artigo 6.º, n.º 4, alínea c), da Diretiva 2014/104, «[a necessidade de] salvaguardar a efetividade da aplicação do direito da concorrência pelas entidades públicas» constitui igualmente um dos elementos que *deve* ser tido em conta pelos tribunais nacionais quando avaliam a proporcionalidade de uma decisão de divulgação de elementos de prova constantes do processo de uma autoridade da concorrência. Assim, assegurar que a divulgação de elementos de prova constantes de tal processo não comprometa a eficácia dos processos das autoridades da concorrência é, enquanto tarefa partilhada, da responsabilidade dos legisladores e dos tribunais nacionais competentes em matéria de ações de indemnização.

⁴² Segundo esse projeto, os tribunais nacionais aos quais é submetido um pedido de divulgação de um elemento de prova constante do processo de uma autoridade da concorrência que normalmente não pode ser divulgado, podem «aceder a esse documento e analisá-lo».

⁴³ V. n.º 89 das presentes conclusões.

103. Seguindo esta lógica, se o tribunal nacional deve também ter em conta esta necessidade quando decide sobre a divulgação de elementos de prova que constam do processo de uma autoridade da concorrência, não se pode, então, excluir que, apesar dessa harmonização, certos aspetos relativos às matérias abrangidas por esta disposição possam ser precisados e/ou matizados por um Estado-Membro. A meu ver, a abordagem adotada pelo tribunal de segunda instância no presente processo diz respeito a um destes aspetos.

104. Por outro lado, ao proceder à harmonização exaustiva das matérias abrangidas pelo artigo 6.º da Diretiva 2014/104, o legislador da União não ignorou o interesse das pessoas que alegam ser vítimas de infrações e a efetividade da aplicação do direito da concorrência pelas entidades públicas. Com efeito, esta disposição favorece uma divulgação razoavelmente ampla dos elementos de prova constantes do processo de uma autoridade da concorrência, que não fazem parte das listas cinzenta e negra⁴⁴. Assim, na medida em que favorece a divulgação de elementos de prova da lista branca, a abordagem seguida pelo tribunal de segunda instância no presente processo inscreve-se nesta lógica.

105. Por razões de clareza, há que salientar que o artigo 6.º, n.º 7, da Diretiva 2014/104 obriga os Estados-Membros a conferir um direito processual ao «demandante» que, quando a derrogação é invocada nos termos do artigo 6.º, n.º 6, desta diretiva, pode pedir ao tribunal nacional que aceda aos elementos de prova, a fim de determinar se o respetivo conteúdo é ou não abrangido pela lista negra⁴⁵. Todavia, a abordagem adotada pelo tribunal de segunda instância no presente processo não se baseia na existência de um direito que os litigantes podem sistematicamente invocar no âmbito das ações de indemnização. No caso em apreço, tratava-se de uma intervenção específica desse tribunal, tendo em conta as circunstâncias do processo principal e, provavelmente, com a preocupação de assegurar o acesso aos elementos de prova abrangidos pela lista branca. Partilho, portanto, do entendimento da Comissão segundo o qual, no âmbito da referida diretiva, é possível, em casos individuais, aplicar, em conformidade com o direito nacional, uma abordagem como a seguida pelo tribunal de segunda instância no presente processo.

106. Os outros argumentos da České dráhy e da Comissão, que dizem respeito, em substância, ao papel desempenhado pelos tribunais nacionais no contexto da divulgação de elementos de prova constantes do processo de uma autoridade da concorrência, não são suscetíveis de pôr em causa esta consideração.

2) Necessidade de salvaguardar a efetividade da aplicação do direito da concorrência pelas entidades públicas

107. É sem dúvida verdade que a abordagem seguida presente processo pelo tribunal de segunda instância no presente processo é suscetível de ser demasiado fastidiosa tanto para um tribunal nacional como para a pessoa à qual é pedida a divulgação de elementos de prova e, portanto, se for o caso, para um demandado ou para uma autoridade da concorrência.

108. Todavia, por um lado, o leque de elementos de prova que constam do processo de uma autoridade da concorrência cuja divulgação pode ser pedida a uma parte no processo é circunscrito pelo exame da proporcionalidade. Com efeito, no que respeita a tais elementos de prova, este exame deve ser efetuado, como indica o considerando 23 da Diretiva 2014/104, de forma cuidadosa. Como também refere este considerando, «[o]s pedidos de divulgação não

⁴⁴ V. n.ºs 87 a 89 das presentes conclusões.

⁴⁵ V. considerando 27 da Diretiva 2014/104.

deverão, pois, ser considerados proporcionados quando se referem à divulgação genérica de documentos no processo de uma autoridade da concorrência relativos a um determinado caso, ou à divulgação genérica de documentos apresentados por uma parte no contexto de um determinado caso».

109. Por outro lado, como referi no n.º 102 das presentes conclusões, quando do exame da proporcionalidade, os tribunais nacionais têm em conta «a necessidade de salvaguardar a efetividade da aplicação do direito da concorrência pelas entidades públicas». Nesta lógica, a doutrina considera que os tribunais nacionais devem garantir que a divulgação de documentos não seja excessivamente fastidiosa para as autoridades da concorrência⁴⁶.

3) Possibilidade de verificar a veracidade da afirmação segundo a qual os elementos de prova pedidos fazem parte da lista cinzenta

110. A České dráhy alega que, na falta de um mecanismo de verificação prévia, como o previsto no artigo 6.º, n.º 7, da Diretiva 2014/104, é impossível a um tribunal nacional fiscalizar a veracidade das afirmações de uma parte no processo relativas à ação de indemnização quanto ao facto de os elementos de prova pedidos pertencerem à lista negra. Em contrapartida, a situação é diferente, no entender da České dráhy, quanto aos elementos de prova suscetíveis de integrar a lista cinzenta.

111. Ora, no que respeita ao autor das afirmações de que os elementos de prova pedidos fazem parte da lista negra, a estrutura do artigo 6.º, n.º 7, da Diretiva 2014/104 sugere que o papel principal neste contexto é atribuído às autoridades da concorrência. Com efeito, esta disposição prevê, num primeiro momento, que os tribunais nacionais podem pedir assistência à autoridade da concorrência competente. Só num segundo momento é que a referida disposição faz referência ao facto de os autores dos elementos de prova em causa também poderem ser ouvidos. Todavia, resulta do artigo 6.º, n.º 7, desta diretiva que, mesmo no que respeita à lista negra, a última palavra pertence ao tribunal nacional⁴⁷.

112. A este respeito, a Comissão refere que, uma vez que a divulgação de elementos de prova da lista negra é permanentemente recusada, o prejuízo causado por um eventual erro na recusa em ordenar a divulgação desses elementos é claramente mais grave do que o causado na recusa em ordenar a divulgação de elementos de prova da lista cinzenta. Ora, a «recusa errada» a que a Comissão faz referência, a saber, a que emana de um tribunal nacional, pode ocorrer igualmente na verificação efetuada por esse tribunal no contexto do mecanismo de verificação prévia, previsto no artigo 6.º, n.º 7, da Diretiva 2014/104. Mais importante ainda, este mecanismo não tem por principal objetivo corrigir os erros dos tribunais nacionais, mas limitar o risco de uma recusa e/ou de uma oposição infundadas, proveniente da pessoa a quem foi pedida a divulgação dos elementos de prova. Esta interpretação é corroborada pelo considerando 27 desta diretiva, que indica que o referido mecanismo diz respeito ao acesso dos tribunais nacionais aos «documentos para os quais seja invocada a derrogação».

113. Por conseguinte, há que considerar que mesmo os elementos de prova da lista negra estão protegidos não em relação a um tribunal nacional, mas em relação ao demandante e a terceiros. A última palavra quanto à sua qualificação como «elementos de prova da lista negra» pertence ao

⁴⁶ Andersson, H., *The Quest for Evidence — Still an Uphill Battle for Cartel Victims?*, «EU Competition Litigation: Transposition and First Experiences of the New Regime», Strand, M., Bastidas Venegas, V., Iacovides, M.C. (ed.), Hart Publishing, Oxford, 2019, p. 141.

⁴⁷ V., neste sentido, Chirita, A.D., *The Disclosure of Evidence Under the 'Antitrust Damages' Directive 2014/104/EU*, *EU Competition and State Aid Rules: Public and Private Enforcement*, Tomljenović, V., Bodiřoga-Vukobrat, N., Butorac Malnar, V., Kunda, I. (eds), Springer, Berlin, 2017, p. 156.

tribunal nacional. *A fortiori*, os elementos de prova cuja divulgação é, em princípio, menos prejudicial para o interesse das entidades públicas, a saber, os da lista cinzenta, não devem necessariamente ser protegidos de forma mais estrita contra o acesso por esse tribunal nacional.

114. No caso em apreço, a Autoridade da Concorrência checa opôs-se à divulgação, pela České dráhy, de elementos de prova de que essa autoridade «dispunha» no âmbito do seu procedimento administrativo, instaurado em 2012, bem como à divulgação dos «outros documentos pedidos pela demandante», devido ao facto de estes constituírem «um conjunto coerente de documentos e [de] a respetiva divulgação poder diminuir a eficácia da política de repressão das infrações ao direito da concorrência»⁴⁸.

115. Todavia, para que os elementos de prova possam beneficiar da proteção temporária que resulta da sua inclusão na lista cinzenta, estes devem corresponder às definições constantes do artigo 6.º, n.º 3, da Diretiva 2014/104. No que diz respeito a um pedido que expõe de forma razoavelmente detalhada os elementos de prova pedidos⁴⁹, uma recusa e/ou uma oposição relativamente à divulgação dos elementos de prova em causa não podem ser formuladas «em bloco» nem basear-se numa consideração geral segundo a qual a respetiva divulgação poderia diminuir a eficácia da política de repressão das infrações.

116. Com efeito, no que respeita aos elementos de prova que não são abrangidos por estas definições, ou seja, os que fazem parte da lista branca, o próprio tribunal nacional deve proceder a um exame no âmbito do qual toma em consideração a necessidade de salvaguardar a efetividade da aplicação do direito da concorrência pelas entidades públicas⁵⁰. Uma pessoa à qual é pedida a divulgação de elementos de prova não pode proceder a esse exame, substituindo-o ao exame do tribunal nacional. Nesta lógica, tendo em conta a necessidade de corrigir a assimetria de informação e de salvaguardar a efetividade da aplicação do direito da concorrência pelas entidades públicas, necessidade subjacente à Diretiva 2014/104, esta diretiva não parece opor-se a que um tribunal nacional disponha, ao abrigo das suas normas processuais nacionais, de um instrumento que lhe permita corrigir o recurso excessivo à derrogação prevista no artigo 6.º, n.º 5, da referida diretiva. Tal instrumento processual reforça o efeito útil dos artigos 101.º e 102.º TFUE e contribui para a efetividade da aplicação do direito da concorrência pelas entidades públicas.

117. Nestas condições, o artigo 5.º, n.º 1, da Diretiva 2014/104, lido em conjugação com o seu artigo 6.º, n.º 5, alínea a), deve ser interpretado no sentido de que estas disposições não se opõem a que um tribunal nacional se pronuncie sobre a divulgação de elementos de prova e ordene que os mesmos sejam colocados à guarda do tribunal, adiando a apreciação da questão de saber se os elementos de prova contêm «informação preparada por uma pessoa singular ou coletiva especificamente para o processo de uma autoridade da concorrência», na aceção desta segunda disposição, até ao momento em que esse tribunal tiver acesso aos referidos elementos de prova.

⁴⁸ V. n.º 18 das presentes conclusões.

⁴⁹ V. n.º 108 das presentes conclusões.

⁵⁰ V. n.º 102 das presentes conclusões.

5. Quanto à quinta questão prejudicial

118. Com a sua quinta questão, submetida em caso de resposta afirmativa à quarta questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se um tribunal nacional pode, antes de apreciar se os elementos de prova cuja divulgação foi ordenada estão abrangidos pelo artigo 6.º, n.º 5, alínea a), da Diretiva 2014/104, recusar ao demandante e às outras partes, o acesso a esses elementos de prova, e isso em conformidade com o artigo 5.º, n.º 4, desta diretiva.

119. Embora o órgão jurisdicional de reenvio faça referência ao artigo 5.º, n.º 4, da Diretiva 2014/104, a interpretação desta disposição não me parece necessária para lhe dar uma resposta útil. Com efeito, enquanto o artigo 5.º, n.º 4, desta diretiva diz respeito às medidas tomadas para proteger informações confidenciais, no interesse de uma parte no processo ou de um terceiro, ou seja, no «interesse privado», o seu artigo 6.º, n.º 5, diz respeito à necessidade de proteger o interesse das entidades públicas na aplicação do direito da concorrência, ou seja, o «interesse público». Seja como for, basta interpretar esta segunda disposição para dar uma resposta útil à quinta questão prejudicial.

120. Com efeito, nos termos do artigo 6.º, n.º 5, alínea a), da Diretiva 2014/104, os tribunais nacionais têm não só o direito, como pressupõe a quinta questão a («medidas eficazes para proteger informações confidenciais aplicadas pelo órgão jurisdicional *podem* [...]») ⁵¹, mas também a obrigação de assegurar que nenhuma outra parte no processo tenha acesso, no decurso do processo da autoridade da concorrência, à «informação preparada por uma pessoa singular ou coletiva especificamente para [esse] processo». Seguindo esta lógica, se um tribunal nacional ordenar a divulgação de elementos de prova suscetíveis de ser incluídos na lista cinzenta, a fim de apreciar se assim é, esse tribunal deve assegurar que nenhuma outra parte no processo tenha acesso a esses elementos de prova, quando fazem parte da lista branca, antes de completar essa apreciação ou, quando fazem parte da lista cinzenta, antes de a autoridade da concorrência competente concluir o seu processo.

121. Assim, o artigo 6.º, n.º 5, alínea a), da Diretiva 2014/104 deve ser interpretado no sentido de que, quando um tribunal nacional adia a apreciação da questão de saber se os elementos de prova cuja divulgação é pedida contêm «informação preparada por uma pessoa singular ou coletiva especificamente para o processo de uma autoridade da concorrência», esse tribunal deve assegurar que nenhuma outra parte no processo tenha acesso a esses elementos de prova, quando fazem parte da lista branca, antes de completar essa apreciação ou, quando fazem parte da lista cinzenta, antes de a autoridade da concorrência competente concluir o seu processo.

VI. Conclusão

122. Tendo em conta as considerações precedentes, proponho que o Tribunal de Justiça responda às questões prejudiciais submetidas pelo Nejvyšší soud (Supremo Tribunal, República Checa) do seguinte modo:

- 1) O artigo 5.º, n.º 1, da Diretiva 2014/104/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de novembro de 2014, relativa a certas regras que regem as ações de indemnização no âmbito do direito nacional por infração às disposições do direito da concorrência dos Estados-Membros e da União Europeia, deve ser interpretado no sentido de que não se opõe a que um tribunal nacional ordene a divulgação de elementos de prova para efeitos de um

⁵¹ O sublinhado é meu.

processo nacional relativo a uma ação de indemnização por infração ao direito da concorrência, mesmo quando está a correr na Comissão Europeia um processo relativo a esta infração, com vista à adoção de uma decisão nos termos do capítulo III do Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho, de 16 de dezembro de 2002, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos [101.º e 102.º TFUE], que tem por consequência a suspensão desse processo nacional.

- 2) O artigo 5.º, n.º 8, o artigo 6.º, n.º 5, alínea a), e o artigo 6.º, n.º 9, da Diretiva 2014/104 devem ser interpretados no sentido de que estas disposições se opõem a uma regulamentação nacional que restringe temporariamente, por força do artigo 6.º, n.º 5, desta diretiva, a divulgação de toda a informação «apresentada» no processo da autoridade da concorrência, e não apenas a informação «preparada» especificamente para esse processo.
- 3) O artigo 6.º, n.º 5, da Diretiva 2014/104 deve ser interpretado no sentido de que a suspensão por uma autoridade nacional da concorrência do seu processo, pelo facto de a Comissão ter dado início a um processo, nos termos do capítulo III do Regulamento n.º 1/2003, não pode ser considerada a conclusão do seu processo pela autoridade nacional da concorrência «mediante decisão ou outro meio», na aceção desta disposição.
- 4) O artigo 5.º, n.º 1, da Diretiva 2014/104, lido em conjugação com o seu artigo 6.º, n.º 5, alínea a), deve ser interpretado no sentido de que estas disposições não se opõem a que um tribunal nacional se pronuncie sobre a divulgação de elementos de prova e ordene que os mesmos sejam colocados à guarda do tribunal, adiando a apreciação da questão de saber se os elementos de prova contêm «informação preparada por uma pessoa singular ou coletiva especificamente para o processo de uma autoridade da concorrência», na aceção desta segunda disposição, até ao momento em que esse tribunal tiver acesso aos referidos elementos de prova.
- 5) O artigo 6.º, n.º 5, alínea a), da Diretiva 2014/104 deve ser interpretado no sentido de que, quando um tribunal nacional adia a apreciação da questão de saber se os elementos de prova cuja divulgação é pedida contêm «informação preparada por uma pessoa singular ou coletiva especificamente para o processo de uma autoridade da concorrência», esse tribunal deve assegurar que nenhuma outra parte no processo tenha acesso a esses elementos de prova, quando fazem parte da lista branca, antes de completar essa apreciação ou, quando fazem parte da lista cinzenta, antes de a autoridade da concorrência competente concluir o seu processo.