



Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
GIOVANNI PITRUZZELLA
apresentadas em 8 de setembro de 2022¹

Processo C-25/21

ZA,
AZ,
BX,
CV,
DU,
ET

contra

Repsol Comercial de Productos Petrolíferos SA

[pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Juzgado de lo Mercantil de Madrid (Tribunal de Comércio de Madrid, Espanha)]

«Reenvio prejudicial — Concorrência — Execução entre particulares — Artigo 101.º, n.ºs 1 e 2, TFUE — Regulamento n.º 1/2003 — Artigo 2.º — Ação de nulidade — Ação de indemnização — Diretiva 2014/104 — Aplicação no tempo — Valor probatório, na ação de nulidade e na de indemnização, de uma decisão da autoridade nacional da concorrência — Autonomia processual dos Estados-Membros — Princípios da efetividade e da segurança jurídica»

1. No contexto da aplicação privada («*private enforcement*»), das regras de concorrência da União Europeia, as questões relacionadas com as exigências probatórias desempenham um papel fundamental. Com efeito, as ações de indemnização por infração ao direito da concorrência requerem normalmente uma análise factual e económica complexa e caracterizam-se por uma assimetria de informação muito significativa. Estes fatores podem comprometer a capacidade das pessoas que intentam tais ações cíveis no exercício efetivo dos seus direitos.

2. Neste contexto, a questão do valor probatório das decisões da autoridade nacional da concorrência junto dos tribunais cíveis nacionais chamados a pronunciarem-se sobre ações de indemnização por violação do direito da concorrência foi regulada pelo artigo 9.º, n.º 1, da Diretiva 2014/104/UE relativa às ações de indemnização por infração às disposições do direito da concorrência². No entanto, muitas questões permanecem sem resposta.

¹ Língua original: francês.

² Diretiva 2014/104/UE 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. Assim, para além das questões relacionadas com a interpretação da referida disposição, *quid* o valor probatório destas decisões no âmbito das ações de nulidade baseadas no artigo 101.º, n.º 2, TFUE? Além disso, qual é a natureza da disposição do artigo 9.º, n.º 1, da Diretiva 2014/104 que determina a sua aplicabilidade *ratione temporis*? Se esta disposição não for aplicável, qual é o valor probatório destas decisões no âmbito das ações de indemnização por violação do direito da concorrência da União?

4. No presente processo, que diz respeito a um pedido de decisão prejudicial do Juzgado de lo Mercantil de Madrid (Tribunal de Comércio de Madrid, Espanha), o órgão jurisdicional de reenvio, o Tribunal de Justiça terá a oportunidade de prestar esclarecimentos sobre todas estas questões.

I. Quadro jurídico

A. Direito da União

5. O artigo 2.º 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]³, sob a epígrafe «Ónus da prova», dispõe:

«Em todos os processos nacionais e comunitários de aplicação dos artigos [101.º e 102.º TFUE], o ónus da prova de uma violação do artigo [101.º, n.º 1] ou do artigo [102.º] do Tratado incumbe à parte ou à autoridade que alega tal violação. ([...])»

6. O considerando 34 da Diretiva 2014/104 enuncia:

«Assegurar a aplicação efetiva e coerente dos artigos 101.º e 102.º [TFUE] pela Comissão e pelas autoridades nacionais da concorrência requer uma abordagem comum em toda a União sobre o efeito que as decisões definitivas das autoridades da concorrência nacionais em matéria de infração terão nas subsequentes ações de indemnização. [...] A fim de reforçar a segurança jurídica, evitar incoerências na aplicação dos artigos 101.º e 102.º [TFUE], aumentar a efetividade e a eficácia processual das ações de indemnização e promover o funcionamento do mercado interno para as empresas e os consumidores, a declaração de uma infração ao artigo 101.º ou ao artigo 102.º [TFUE] numa decisão definitiva de uma autoridade nacional da concorrência ou de um tribunal de recurso não deverá ser novamente pleiteada nas ações de indemnização subsequentes. Por isso, a referida infração declarada deverá considerar-se irrefutavelmente estabelecida nas ações de indemnização intentadas no Estado-Membro da autoridade nacional da concorrência ou no tribunal de recurso relativas a essa infração. No entanto, o efeito da declaração só deverá abranger a natureza da infração e o seu alcance material, pessoal, temporal e territorial, tal como determinado pela autoridade da concorrência ou pelo tribunal de recurso no exercício da sua competência.»

7. O artigo 9.º, n.ºs 1 e 2, da Diretiva 2014/104, sob a epígrafe «Efeito das decisões nacionais», dispõe:

«1. Os Estados-Membros asseguram que uma infração ao direito da concorrência declarada por decisão definitiva de uma autoridade nacional da concorrência ou por um tribunal de recurso seja

³ JO 2003, L 1, p. 1

considerada irrefutavelmente estabelecida para efeitos de ação de indemnização intentada nos seus tribunais nacionais ao abrigo do artigo 101.º ou do artigo 102.º do [TFUE] ou do direito nacional da concorrência.

2. Os Estados-Membros asseguram que, caso as decisões definitivas a que se refere o n.º 1 sejam proferidas noutro Estado-Membro, essas decisões possam ser apresentadas nos seus tribunais nacionais, de acordo com o seu direito nacional, pelo menos como elemento de prova *prima facie* de uma infração ao direito da concorrência e, conforme apropriado, possam ser avaliadas juntamente com quaisquer outros elementos aduzidos pelas partes.»

8. O artigo 22.º da Diretiva 2014/104, sob a epígrafe «Aplicação no tempo», enuncia:

«1. Os Estados-Membros asseguram que as disposições nacionais adotadas por força do artigo 21.º a fim de dar cumprimento às disposições substantivas da presente diretiva não se aplicam retroativamente.

2. Os Estados-Membros asseguram que quaisquer disposições nacionais adotadas por força do artigo 21.º, que não as referidas no n.º 1, não se aplicam às ações de indemnização intentadas nos tribunais nacionais antes de 26 de dezembro de 2014.»

B. Direito espanhol

9. A Diretiva 2014/104 foi transposta para o direito espanhol pelo Real Decreto-ley 9/2017, por el que se transponen directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero, mercantil y sanitario, y sobre el desplazamiento de trabajadores (Real Decreto-Ley, 9/2017 que transpõe as diretivas da União Europeia nos domínios financeiro, comercial e da saúde, bem como sobre o destacamento de trabalhadores)⁴, de 26 de maio de 2017, que alterou a Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia (Lei 15/2007, de Defesa da Concorrência), de 3 de julho de 2007⁵.

II. Factos do litígio no processo principal e questão prejudicial

10. Os herdeiros de KN são os proprietários de uma estação de serviço construída por KN e localizada em Espanha. A Repsol SA é a principal empresa espanhola que exerce a sua atividade na área da produção de produtos energéticos no processo de refinação de petróleo bruto. Entre 1987 e 2009, a KN ou os seus herdeiros e a Repsol celebraram cinco contratos relativos ao fornecimento de combustível em ligação com a exploração da estação de serviço.

11. Os dois primeiros contratos foram celebrados, respetivamente, em 1987 e 1996. Resulta da decisão de reenvio que, embora qualificados como contratos de abastecimento exclusivo, esses contratos poderiam de facto ser considerados como contratos de revenda⁶. Estes dois contratos previam que a remuneração do operador da estação de serviço consistia numa comissão que este poderia aplicar ao preço de venda ao público dos combustíveis, recomendado pela Repsol.

⁴ BOE n.º 126, de 27 de maio de 2017, p. 42820.

⁵ BOE n.º 159, de 4 de julho de 2007, p. 28848.

⁶ Com efeito, resulta dessa decisão que o combustível fornecido pela Repsol passava a ser propriedade de KN logo que era transvazado para o depósito da estação de serviço.

12. Por Decisão de 11 de julho de 2001 (a seguir «Decisão de 2001»), o Tribunal de Defesa de la Competencia (Tribunal de defesa da concorrência, Espanha) concluiu pela infração do direito nacional da concorrência pela Repsol e proferiu a seguinte decisão:

«1. Declarar que a REPSOL SA incorreu numa prática proibida pelo artigo 1.º, n.º 1 da Ley de Defensa de la Competencia [Lei de Proteção da Concorrência], ao fixar os preços de venda ao público dos combustíveis aos distribuidores que atuam com eles sob um suposto regime de comissão ou agência, em virtude dos contratos citados [*omissis*] no dossiê do serviço.

2. Ordenar à REPSOL SA que deixe de fixar preços no âmbito das relações com as estações de serviço a que esteja vinculada por um contrato com características semelhantes.»

13. Esta decisão foi confirmada pela Audiencia Nacional (Audiência Nacional, Espanha)⁷ e subsequentemente pelo Tribunal Supremo (Supremo Tribunal, Espanha)⁸, tornando-se, assim, definitiva.

14. Em 22 de fevereiro de 2001, 22 de fevereiro de 2006 e 17 de julho de 2009, KN ou os seus herdeiros e a Repsol celebraram três contratos subsequentes, descritos como «contratos de comissão exclusiva». Estes três contratos continham uma obrigação de abastecimento exclusivo a favor da Repsol com duração, respetivamente, de cinco, três e cinco anos. Resulta da decisão de reenvio que o regime económico era o de uma «suposta» comissão, que na realidade dissimulava um contrato de revenda, uma vez que era o comissário que assumia o risco relativo ao produto e tinha de pagar o montante dos produtos encomendados (preço de venda ao público fixado pela Repsol menos a comissão) com antecedência suficiente para permitir à Repsol verificar o pagamento antes da entrega.

15. Resulta dessa decisão de reenvio que nestes três contratos foi formalmente reconhecida a faculdade do comissário de fazer descontos aos clientes, imputando-os na sua comissão. No entanto, na prática, essa faculdade era puramente teórica.

16. Na sequência de uma investigação que confirmou que a Repsol continuava a infringir as regras de concorrência, uma vez que a possibilidade dada aos gestores das estações de serviço da sua rede de praticar descontos imputando-os na sua comissão se tinha revelado não real, a Comissão Nacional da Concorrência (a seguir «CNC»)⁹, por Decisão de 30 de julho de 2009 (a seguir «Decisão de 2009»), decidiu punir a Repsol, nomeadamente, pelas referidas infrações às regras de concorrência. O dispositivo da Decisão de 2009 enuncia:

«PRIMEIRO. — Declarar que a Repsol [...] violou o artigo 1.º da [Lei de Defesa da Concorrência] e o artigo [101.º, n.º 1, TFUE], ao fixar indiretamente o preço de venda ao público praticado por subcontratantes independentes que operam sob a sua designação, restringindo a concorrência entre as estações de serviço da sua rede e entre outras estações de serviço.

SEGUNDO. — Declarar que todos os contratos, incluindo as cláusulas por força das quais o comitente transfere riscos comerciais ou financeiros significativos para a outra parte no contrato serão tratados, para efeitos do direito da concorrência, como contratos de revenda.

⁷ Acórdão de 11 de julho de 2007, recurso n.º 866/01.

⁸ Acórdão de 17 de novembro de 2010, recurso n.º 6188/2007.

⁹ Actual Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (Comissão Nacional dos Mercados e da Concorrência), a seguir a «CNMC».

TERCEIRO. — Declarar que qualquer outra cláusula contratual nos contratos de fornecimento de combustível da Repsol que estipule que o preço de aquisição de combustível é fixado por referência ao preço máximo ou recomendado, seja o da própria estação de serviço ou o dos concorrentes na região, é contrária ao artigo 1.º da [Lei da Concorrência] e ao artigo [101.º, n.º 1, TFUE] [...].

QUARTO. — Declarar que qualquer outra cláusula contratual incluída nos contratos de fornecimento de combustíveis da Repsol [...] e que estipule que as comissões/margens a receber são fixadas em níveis semelhantes aos da região onde se encontra a estação de serviço objeto do contrato é contrária ao artigo 1.º da [Lei da Concorrência] e ao artigo [101.º, n.º 1, TFUE] [...].

QUINTO. — Ordenar à Repsol [...] que tome, a contar da notificação da presente decisão, as medidas necessárias para pôr termo a todas as práticas que contribuam para a fixação indireta do preço do combustível vendido nas estações de serviço das redes objeto de um contrato de filiação com a Repsol e cujos gestores são subcontratantes independentes para efeitos de aplicação das regras de concorrência [...]»

17. A Decisão do CNC de 30 de julho de 2009 foi confirmada pelos órgãos jurisdicionais espanhóis¹⁰ e tornou-se assim definitiva.

18. No decurso do processo de supervisão, a CNMC emitiu três decisões¹¹ nas quais declarou que a Repsol tinha mantido a sua prática ilícita até 2019.

19. Nessas circunstâncias, os herdeiros de KN intentaram, no órgão jurisdicional de reenvio uma ação de nulidade dos contratos entre as partes, nos termos do artigo 101.º, n.º 2, TFUE, devido à fixação do preço de venda ao público dos combustíveis pela Repsol, em violação do artigo 101.º, n.º 1, TFUE, bem como um pedido de indemnização por danos causados pela violação do artigo 101.º do TFUE. Como prova da prática ilícita, os herdeiros de KN apresentaram as duas decisões das autoridades da concorrência espanholas (nomeadamente, a Decisão do TDC de 11 de julho de 2001 e a Decisão do CNC de 30 de julho de 2009) que tinham adquirido um caráter definitivo.

20. O órgão jurisdicional de reenvio observa que, nos termos do artigo 2.º do Regulamento n.º 1/2003, o ónus da prova da violação do artigo 101.º TFUE incumbe à parte que a alega. Também se refere ao princípio da efetividade e qualifica a ação intentada pelos herdeiros de KN como uma ação de nulidade dos contratos existentes entre as partes com pedido de indemnização por danos (ação «*stand-alone*»).

21. Em seguida, observa que a jurisprudência nacional¹² não reconhece qualquer valor probatório às decisões de uma Autoridade da concorrência, no âmbito de uma ação de nulidade como a intentada pelos herdeiros de KN. Resulta desta jurisprudência que as medidas tomadas pelas autoridades da concorrência espanholas, incluindo as confirmadas pelas instâncias judiciais competentes, não devem conduzir à anulação de todos os contratos de adesão celebrados pelas companhias petrolíferas. Estas decisões não constituiriam sequer uma indicação de prática ilícita para o juiz cível. Por conseguinte, para obter a nulidade dos contratos em causa, um demandante teria de apresentar novamente perante este juiz as provas apresentadas no âmbito do processo administrativo.

¹⁰ Em última instância, foi confirmada pelos acórdãos do Supremo Tribunal de 22 de maio e de 2 de junho de 2015.

¹¹ Decisões de 20 de dezembro de 2013, 27 de julho de 2017 e 12 de junho de 2020 (processo VS/652/07 REPSOL/CEPSA/BP).

¹² V. a jurisprudência espanhola referida na secção b) da decisão de reenvio.

22. O órgão jurisdicional de reenvio observa ainda que, no âmbito de uma ação dita «*follow-on*», um demandante pode agora, em conformidade com o artigo 9.º da Diretiva 2014/104, conseguir satisfazer o ónus da prova relativo a uma prática ilícita simplesmente demonstrando que as decisões definitivas de uma autoridade da concorrência dizem respeito à relação contratual em causa. No presente caso, contudo, os herdeiros de KN não só intentaram uma ação de indemnização, como invocaram também a nulidade dos contratos em causa nos termos do artigo 101.º, n.º 2, TFUE. No entanto, segundo o órgão jurisdicional de reenvio, negar qualquer valor probatório à Decisão do TDC de 11 de julho de 2001 e à Decisão do CNC de 30 de julho de 2009 resultaria na manutenção dos contratos proibidos pelo artigo 101.º, TFUE, bem como na inexistência de indemnização pelos danos causados pela prática proibida às pessoas interessadas. Esta consequência não seria concebível, uma vez que os contratos entre a Repsol e os herdeiros de KN correspondem às práticas sancionadas e aos contratos examinados pelas autoridades da concorrência nessas decisões e, nomeadamente, teriam sido aplicados durante o mesmo período que esses contratos e no mesmo mercado geográfico.

23. Nestas condições, o órgão jurisdicional de reenvio decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

- «1) Se o demandante demonstrar que a sua relação contratual de fornecimento exclusivo sob insígnia (em regime de comissão ou de venda firme com preço de referência — revenda com desconto) com a REPSOL cabe no âmbito territorial e temporal analisado pela autoridade nacional da concorrência, deve entender-se que a relação contratual era abrangida pela Decisão do [TDC] de 11 de julho de 2001 (processo n.º 490/00 REPSOL) e/ou pela Decisão da [CNC] de 30 de julho de 2009 (processo n.º 652/07 REPSOL/CEPSA/BP), considerando-se preenchidos, por força dessas decisões, os requisitos do artigo 2.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003, no que diz respeito ao ónus da prova da infração?
- 2) Em caso de resposta afirmativa à questão anterior, e uma vez demonstrado no caso concreto que a relação contratual é abrangida pela Decisão do [TDC] de 11 de julho de 2001 (processo n.º 490/00 REPSOL) e/ou pela Decisão da [CNC] de 30 de julho de 2009 (processo n.º 652/07 REPSOL/CEPSA/BP), deve a consequência necessária ser a declaração de nulidade do acordo, em conformidade com o artigo 101.º, n.º 2, TFUE?»

III. Análise

24. As duas questões prejudiciais submetidas pelo órgão jurisdicional de reenvio no presente processo procuram determinar, à luz do direito da União, o valor probatório a atribuir na ação civil aí intentada às duas decisões definitivas das autoridades da concorrência espanholas que declararam infrações ao direito da concorrência tanto nacional como da União

25. Antes de abordar em pormenor as questões prejudiciais, é conveniente, na minha opinião, formular algumas considerações de caráter preliminar.

26. Por um lado, afigura-se oportuno esclarecer certos aspetos da ação intentada pelos herdeiros de KN junto do órgão jurisdicional de reenvio no processo principal.

27. Por outro lado, a questão do efeito de uma decisão definitiva de uma autoridade nacional da concorrência para efeitos de uma ação de indemnização intentada no seu órgão jurisdicional nacional é agora regulada pelo artigo 9.º, n.º 1, da Diretiva 2014/104, que foi transposta para o

direito espanhol pelo artigo 75.º da Lei 15/2007, alterada pelo Real Decreto-Lei 9/2017. Por conseguinte, é necessário, a título preliminar, verificar se essa disposição é aplicável no processo principal.

A. Observações preliminares

1. Ação intentada no órgão jurisdicional de reenvio

28. No presente caso, nas decisões de 2001 e 2009, as autoridades da concorrência espanholas declararam que a Repsol tinha violado, durante um período que abarcava vários anos, a proibição de acordos restritivos da concorrência estabelecida na legislação da concorrência nacional e da União ao fixar indiretamente os preços de venda ao público dos combustíveis no âmbito das relações com as estações de serviço a que estava vinculada. Estas autoridades encontraram restrições verticais da concorrência nas relações contratuais entre um produtor-fornecedor de combustível, a Repsol, e os seus distribuidores, as estações de serviço.

29. Durante o período abrangido pelas duas decisões acima referidas, KN e os seus herdeiros, demandantes no órgão jurisdicional de reenvio, celebraram vários contratos com a Repsol para o fornecimento exclusivo de combustível para revenda nas suas estações de serviço. Na medida em que consideram ter sido afetados pelos comportamentos anticoncorrenciais da Repsol, os herdeiros de KN intentaram uma ação cível no órgão jurisdicional de reenvio.

30. No âmbito desta ação, os herdeiros de KN pedem ao referido órgão jurisdicional, como consequências distintas da violação do artigo 101.º, n.º 1, TFUE, por um lado, que declare a nulidade dos contratos pertinentes em aplicação direta do artigo 101.º, n.º 2, TFUE e, por outro que condene a Repsol pelos danos causados pela referida violação¹³.

31. Na decisão de reenvio, o órgão jurisdicional de reenvio qualifica expressamente esta ação como uma ação «*stand-alone*». Este órgão jurisdicional parece retirar esta caracterização do facto de a ação de indemnização intentada pelos herdeiros de KN estar associada a uma ação de nulidade dos contratos existentes, com fundamento no artigo 101.º, n.º 2, TFUE. Esta qualificação que foi discutida tanto nas observações apresentadas ao Tribunal de Justiça como na audiência, merece alguns esclarecimentos.

32. No direito da concorrência, e especificamente no âmbito do «*private enforcement*», distinguem-se tipicamente dois tipos de ações cíveis de indemnização por infrações às disposições do direito da concorrência: as «ações autónomas» (ou «ações *stand-alone*») e as «ações de seguimento» (ou as «ações *follow-on*»).

33. Embora no âmbito do «*private enforcement*» do direito da concorrência esta distinção seja frequentemente utilizada na prática¹⁴, não existe uma definição jurídica precisa no direito da União destes dois tipos de ações. Assim, a Diretiva 2014/104 não se refere expressamente a esta

¹³ V. páginas 6 e 69 da ação declarativa intentada pelos herdeiros de KN no órgão jurisdicional de reenvio em 12 de fevereiro de 2018.

¹⁴ V., *inter alia*, a título de exemplos, Conclusões da advogada-geral L. Medina no processo Daimler (Cartéis — Camiões do lixo) (C-588/20, EU:C:2022:130, n.ºs 1 e 6) ou Conclusões do advogado-geral A. Rantos no processo Volvo e DAF Trucks (C-267/20, EU:C:2021:884, n.ºs 18, 45, 46 e 49).

distinção, nem aos dois tipos de ações. As únicas referências à distinção entre ações «*stand-alone*» e «*follow-on*» encontram-se nos documentos preparatórios da Comissão relativos à adoção da referida diretiva¹⁵.

34. Decorre destes documentos, bem como da utilização destes conceitos na prática, que as «ações *stand-alone*» são ações cíveis, concretamente de indemnização por danos¹⁶, intentadas num tribunal sem necessidade de haver uma decisão prévia de uma autoridade da concorrência. As «ações *follow-on*», por outro lado, são ações cíveis que se seguem à constatação por uma autoridade da concorrência de uma violação do direito da concorrência.

35. Daqui decorre que a dicotomia entre ações de tipo «*follow-on*» e «*stand-alone*» diz respeito a uma distinção entre ações cíveis intentadas para obter do juiz cível o reconhecimento das consequências jurídicas nas relações entre particulares decorrentes de uma infração às regras da concorrência — designadamente, a reparação do prejuízo sofrido em consequência dessa infração — dependendo da existência ou não de uma constatação prévia da infração numa decisão de uma autoridade da concorrência. Não se trata, portanto, como o órgão jurisdicional de reenvio e pelo menos alguma da jurisprudência em Espanha¹⁷, parece entender, de uma distinção entre, por um lado, ações de nulidade e, por outro, ações de indemnização.

36. Ora, neste processo, independentemente do efeito *in concreto* das duas decisões das autoridades da concorrência espanholas no âmbito da ação cível intentada no órgão jurisdicional de reenvio, resulta claramente do processo que a ação cível intentada pelos herdeiros de KN dá seguimento às constatações das autoridades da concorrência espanholas nas duas decisões de 2001 e 2009, das quais se conclui que a Repsol violou a proibição de acordos restritivos da concorrência.

37. De facto, os herdeiros de KN até querem basear-se nestas constatações para fundamentar a sua ação. Além disso, as questões prejudiciais submetidas pelo órgão jurisdicional de reenvio relativas ao valor probatório das duas decisões no âmbito dessa ação cível confirmam que essa ação foi intentada na sequência dessas duas decisões. Nestas circunstâncias, tenho dúvidas quanto à qualificação como ação «*stand-alone*» da ação de indemnização em causa feita pelo órgão jurisdicional de reenvio.

38. O facto de a ação de indemnização estar associada a uma ação de nulidade dos contratos existentes entre as partes nos termos do artigo 101.º, n.º 2, TFUE não altera esta situação.

39. Com efeito, embora as duas ações estejam indubitavelmente relacionadas — na medida em que ambas dizem respeito à mesma infração às regras da concorrência — são ações diferentes, uma vez que visam consequências jurídicas diferentes decorrentes da referida infração e estão

¹⁵ V., por exemplo, Documento de Trabalho dos Serviços da Comissão, Resumo da Avaliação de Impacto, Ações de indemnização por violação das regras da UE no domínio *antitrust* que acompanha a 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 de 11 de junho de 2013 [SWD(2013) 204 final, n.º 10] ou Commission Staff Working Paper accompanying the White Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules de 2 de abril de 2008 [SEC(2008)404, v., entre outros, nota 3 e n.º 21].

¹⁶ Na ausência de uma definição normativa dos dois tipos de ações, não se exclui que a distinção entre ações «*stand-alone*» e «*follow-on*» possa também ser utilizada para as ações de nulidade, dependendo de seguirem ou não a constatação por parte de uma autoridade da concorrência de uma violação das regras da concorrência. Tipicamente, contudo, a distinção é utilizada no que diz respeito a ações de indemnização.

¹⁷ Com efeito, resulta da jurisprudência citada nas observações do Reino de Espanha que pelo menos em alguns dos acórdãos dos tribunais espanhóis se distingue entre ações de nulidade (ações «*stand-alone*») e ações por violação das regras de concorrência da União (ações «*follow-on*»).

assentes em bases jurídicas diferentes. A ação de nulidade visa obter a declaração da nulidade de pleno direito dos contratos celebrados em violação das regras da concorrência, nos termos do artigo 101.º, n.º 2, TFUE. A ação de indemnização, ao invés, procura obter a reparação do prejuízo sofrido em consequência dessa violação e baseia-se num direito reconhecido pelo direito da União¹⁸, implementado através do direito nacional em matéria de responsabilidade civil, contratual ou extracontratual.

40. A este respeito, não resulta de forma clara da decisão de reenvio se os herdeiros de KN baseiam a ação de indemnização que intentaram na responsabilidade contratual ou extracontratual da Repsol¹⁹. No entanto, a qualificação da ação de indemnização, segundo o direito nacional, como contratual ou extracontratual não tem qualquer consequência sobre o direito de obter a reparação dos danos sofridos em consequência de uma violação do direito da concorrência. Com efeito, nem a jurisprudência, tendo reconhecido o direito de pedir a reparação do prejuízo por violação das regras da concorrência²⁰, nem a Diretiva 2014/104²¹ subordinam ou condicionam o exercício desse direito à existência de uma forma específica de responsabilidade.

41. Assim, mesmo admitindo, como foi argumentado na audiência pelos representantes da Repsol, que no presente caso a ação de indemnização estivesse subordinada à declaração de nulidade — o que na realidade não me parece resultar da leitura da petição apresentada ao órgão jurisdicional de reenvio pelos herdeiros de KN²² — tal não altera, no entanto, o facto de que o prejuízo cuja reparação se pede decorrer diretamente da violação do direito da concorrência (da União) e que o pedido de reparação constitui o exercício de um direito autónomo reconhecido ao nível do direito da União que não depende de uma eventual declaração de nulidade dos contratos em causa.

2. Quanto à aplicabilidade do artigo 9.º, n.º 1, da Diretiva 2014/104

42. Como já referi, a questão do efeito que uma decisão definitiva de uma autoridade nacional da concorrência de um Estado-Membro tem para uma ação de indemnização intentada num órgão jurisdicional do referido Estado-Membro por violação do direito da concorrência é agora regulada pelo artigo 9.º, n.º 1, da Diretiva 2014/104.

43. Na medida em que a ação intentada pelos herdeiros de KN no órgão jurisdicional de reenvio, por um lado, foi proposta em 12 de fevereiro de 2018, ou seja, após a transposição para o direito espanhol do artigo 9.º, n.º 1, da Diretiva 2014/104²³ e, por outro lado, inclui tal ação de indemnização, é necessário, antes de mais, verificar se essa disposição é aplicável *ratione materiae* e *ratione temporis* ao presente caso.

¹⁸ V. Acórdão de 13 de julho de 2006 Manfredi e o. (C-295/04 a C-298/04, EU:C:2006:461, n.º 61), e Acórdão de 5 de junho de 2014, Kone e o. (C-557/12, EU:C:2014:1317, n.º 22 e jurisprudência aí referida).

¹⁹ O facto de a ação de indemnização estar associada à ação de nulidade parece inclinar-se a favor da responsabilidade contratual. Isto resulta, aliás, do facto de, no caso de violação do direito da concorrência ocorrida no âmbito de uma relação vertical, existir uma relação contratual entre a empresa que violou as regras da concorrência e a parte alegadamente lesada. No entanto, cabe ao direito nacional determinar a natureza da responsabilidade civil.

²⁰ V. a jurisprudência mencionada na nota 18, *supra*.

²¹ V., em particular, as definições de «ação de indemnização» e de «pedido de indemnização» nos termos do artigo 2.º, n.º 4) e 5.º), da Diretiva 2014/104.

²² V. n.º 30 e nota n.º 13, *supra*.

²³ V. n.º 8, *supra*.

a) Quanto à aplicabilidade *ratione materiae*

44. No que respeita à aplicabilidade *ratione materiae* da Diretiva 2014/104 e, em particular, do seu artigo 9.º, n.º 1, ao presente caso, algumas das partes que apresentaram observações no Tribunal de Justiça argumentaram que essa diretiva não se aplicaria no presente caso porque se aplicaria exclusivamente a ações de indemnização de tipo «*follow-on*». Remetendo para as considerações feitas nos n.ºs 32 a 41 *supra*, relativas tanto à distinção entre ações «*stand-alone*» e «*follow-on*» como à análise da ação intentada no presente caso, saliento que resulta do artigo 1.º da Diretiva 2014/104, intitulado «Objeto e âmbito de aplicação», que enuncia, no seu n.º 2, que esta diretiva estabelece, nomeadamente, a aplicação das regras de concorrência «em ações de indemnização perante os tribunais nacionais»²⁴, sem qualquer referência a uma distinção entre ações «*stand-alone*» e «*follow-on*». Como referi, essa diretiva não menciona sequer tal distinção. Daí que a Diretiva 2014/104 se aplica a qualquer tipo de ação de indemnização por infrações às disposições do direito da concorrência, independentemente da qualificação da ação como «*follow-on*» ou «*stand-alone*».

45. Obviamente, na medida em que a disposição do artigo 9.º, n.º 1 da Diretiva 2014/104 rege o efeito das decisões das autoridades nacionais da concorrência, esta disposição não pode ser aplicada se não existir tal decisão. No entanto, por um lado, isso não é o mesmo que dizer que a Diretiva não se aplica *ratione materiae* às ações do tipo «*stand-alone*». Por outro, no presente processo, existem duas decisões da autoridade nacional da concorrência, e o objetivo das questões prejudiciais é estabelecer os efeitos e o valor probatório dessas decisões no âmbito da ação cível intentada no órgão jurisdicional de reenvio, incluindo a ação de indemnização.

46. Por último, importa ainda sublinhar que, como resulta do artigo 1.º da Diretiva 2014/104, esta aplica-se exclusivamente a ações de indemnização, não sendo, ao invés, aplicável a ações cíveis que visam a declaração de nulidade de acordos contrários ao artigo 101.º, n.º 2, TFUE. As ações de nulidade deste tipo não são, portanto, regulamentadas ao nível do direito derivado da União.

b) Quanto à aplicabilidade *ratione temporis*

47. No que diz respeito à aplicação *ratione temporis* desta disposição, sublinho que num recente Acórdão de 22 de junho de 2022, Volvo e DAF Trucks (C-267/20, EU:C:2022:494, a seguir «Acórdão Volvo»), o Tribunal de Justiça forneceu esclarecimentos sobre os critérios para determinar a aplicabilidade *ratione temporis* das várias disposições da Diretiva 2014/104. Além disso, tratava-se de um pedido de decisão prejudicial de um órgão jurisdicional espanhol²⁵.

48. Neste contexto, o Tribunal de Justiça começou por recordar que a Diretiva 2014/104 contém uma disposição particular, nomeadamente o artigo 22.º, que determina expressamente as condições de aplicação das suas disposições substantivas e não substantivas no tempo²⁶.

²⁴ Quanto ao âmbito de aplicação material da Diretiva 2014/104, v. também Conclusões da advogada-geral J. Kokott no processo Cogeco Communications (C-637/17, EU:C:2019:32, n.ºs 55 a 58).

²⁵ Sobre a aplicabilidade *ratione temporis* da Diretiva 2014/104, v. também Conclusões do advogado-geral M. Szpunar no processo PACCAR e o. (C-163/21, EU:C:2022:286, n.ºs 52 a 58) e no processo RegioJet (C-57/21, EU:C:2022:363, n.ºs 27 a 36).

²⁶ V. Acórdão Volvo, n.º 35, e Acórdão de 28 de março de 2019, Cogeco Communications (C-637/17, EU:C:2019:263, a seguir «Acórdão Cogeco», n.º 25).

49. Em especial, por um lado, por força do artigo 22.º, n.º 1, da Diretiva 2014/104, os Estados-Membros deviam assegurar que as disposições nacionais adotadas por força do artigo 21.º a fim de dar cumprimento às disposições substantivas da presente diretiva não fossem aplicadas retroativamente²⁷.

50. Por outro lado, 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 não substantivas desta diretiva não se aplicam às ações de indemnização intentadas nos tribunais nacionais antes de 26 de dezembro de 2014²⁸.

51. Daqui resulta que, para determinar a aplicabilidade temporal do artigo 9.º, n.º 1, da Diretiva 2014/104, há que determinar, em primeiro lugar, se essa disposição constitui ou não uma disposição substantiva²⁹.

52. O Tribunal de Justiça declarou, além disso, que, uma vez determinado o caráter substantivo ou não da disposição em causa, há que verificar, em segundo lugar, se, em circunstâncias como as que estão em causa no processo principal, nas quais a Diretiva 2014/104 foi transposta tardiamente, a situação em causa, desde que não possa ser qualificada de nova, foi adquirida antes do termo do prazo de transposição da referida diretiva ou se continuou a produzir os seus efeitos após o termo desse prazo³⁰.

53. Com efeito, no que diz respeito às diretivas, resulta da jurisprudência que, em regra, por um lado, só as situações jurídicas adquiridas posteriormente ao termo do prazo de transposição de uma diretiva ou, por outro lado, as situações jurídicas constituídas na vigência da norma anterior que continuam a produzir efeitos posteriormente à entrada em vigor dos atos nacionais adotados para a transposição de uma diretiva após o termo do prazo de transposição da mesma, podem ser associadas ao âmbito de aplicação *ratione temporis* desta diretiva³¹.

1) Quanto à natureza de disposição substantiva ou processual do artigo 9.º, n.º 1, da Diretiva 2014/104

54. Embora a Diretiva 2014/104, no seu artigo 22.º, determine condições de aplicação *ratione temporis* diferentes para as suas disposições, dependendo se são processuais ou substantivas, não define quais das suas disposições devem ser consideradas substantivas ou processuais.

55. Em geral, 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 processo³².

²⁷ V. Acórdão Volvo, n.º 36, e Acórdão Cogeco n.º 26.

²⁸ V. Acórdão Volvo, n.º 37, e Acórdão Cogeco, n.º 27.

²⁹ V. Acórdão Volvo, n.º 38. No n.º 39 do mesmo acórdão o Tribunal de Justiça esclareceu que, na ausência, no artigo 22.º da Diretiva 2014/104, de uma remissão para o direito nacional a questão de quais são, entre as disposições desta diretiva, as que são substantivas e as que não o são, deve ser apreciada à luz do direito da União e não à luz do direito nacional aplicável.

³⁰ V. Acórdão Volvo, n.º 42.

³¹ V. Acórdão Volvo, n.ºs 33 e 34 e jurisprudência aí referida.

³² V. Conclusões do advogado-geral M. Szpunar no processo RegioJet (C-57/21, EU:C:2022:363, n.º 29).

56. Contudo, na ausência de indicações na Diretiva 2014/104, na sua jurisprudência, o Tribunal de Justiça procedeu a uma análise precisa do conteúdo e finalidade de cada disposição dessa diretiva cuja aplicabilidade *ratione temporis* era controversa, a fim de determinar a natureza substantiva ou processual.

57. No que respeita ao artigo 9.º, n.º 1, da Diretiva 2014/104, há que recordar que resulta da redação dessa disposição que os Estados-Membros asseguram que uma infração ao direito da concorrência declarada por decisão definitiva de uma autoridade nacional da concorrência ou por um tribunal de recurso seja considerada irrefutavelmente estabelecida para efeitos de ação de indemnização intentada nos seus tribunais nacionais ao abrigo do artigo 101.º ou do artigo 102.º TFUE ou do direito nacional da concorrência.

58. Como resulta do considerando 34 da Diretiva 2014/104, esta disposição visa garantir a segurança jurídica, evitar incoerências na aplicação dos artigos 101.º e 102.º TFUE, aumentar a eficácia processual das ações de indemnização e economias processuais neste domínio, e promover o funcionamento do mercado interno para as empresas e os consumidores.

59. A fim de alcançar estes objetivos, a referida disposição confere, em substância, às decisões definitivas das autoridades nacionais da concorrência ou de uma instância de recurso que tenha constatado uma infração ao direito da concorrência o valor de prova irrefutável dessa constatação para efeitos de uma ação de indemnização. Nesta perspetiva, pode considerar-se que esta disposição rege o valor probatório de um meio de prova qualificado, a saber, a decisão da autoridade nacional da concorrência. No caso de haver uma coincidência³³ entre a infração verificada na decisão da autoridade nacional e aquela que alegadamente causou o dano pelo qual se pede indemnização na ação cível, a referida decisão será considerada prova irrefutável da infração no âmbito da referida ação.

60. No entanto, embora decorra do número anterior que o artigo 9.º, n.º 1, da Diretiva 2014/104 regula a apreciação de um meio de prova (qualificado), a saber, a decisão da autoridade nacional da concorrência, esta disposição não pode, na minha opinião, ser considerada como tendo uma finalidade meramente probatória³⁴.

61. Com efeito, a existência de uma infração às regras da concorrência que alegadamente causou o prejuízo pelo qual se pede ressarcimento na ação de indemnização é um dos elementos essenciais que o lesado deve dispor para intentar uma ação de indemnização³⁵.

62. Uma vez que o artigo 9.º, n.º 1, da Diretiva 2014/104 dispõe que, no caso de uma infração ao direito da concorrência declarada por decisão definitiva de uma autoridade nacional da concorrência, deve ser considerada irrefutavelmente estabelecida de modo a que não seja

³³ A este respeito, decorre do considerando 34 da Diretiva 2014/104, por um lado, que a declaração de uma infração ao artigo 101.º ou 102.º TFUE contida numa decisão definitiva de uma autoridade nacional da concorrência deve ser considerada como irrefutavelmente estabelecida em ações de indemnização relativas a *essa infração* intentadas no Estado-Membro da autoridade da concorrência. Por outro lado, verifica-se que o efeito da declaração só deve abranger a *natureza da infração* e o seu *âmbito material, pessoal, temporal e territorial*, tal como determinado pela autoridade da concorrência. Decorre da leitura desse considerando, por um lado, que, para ser considerada irrefutavelmente estabelecida no âmbito de uma ação de indemnização, nos termos do artigo 9.º, n.º 1, da Diretiva 2014/104, a declaração de uma infração às regras da concorrência contida numa decisão definitiva da autoridade da concorrência deve dizer respeito à mesma infração que alegadamente causou os danos sofridos pelo lesado que intentou a ação. Por conseguinte, as duas infrações devem coincidir. Por outro lado, decorre deste considerando que esta coincidência deve dizer respeito à natureza da infração, bem como ao seu âmbito material, pessoal, temporal e territorial (a este respeito, v. também o n.º 96 das presentes conclusões).

³⁴ V. a este respeito, também, Conclusões da advogada-geral J. Kokott no processo Cogeco Communications (C-637/17, EU:C:2019:32, n.º 61).

³⁵ V. Acórdão Volvo, n.º 60.

necessário que o lesado que intenta a ação prove a existência dessa infração, há que considerar, na minha opinião, que esta disposição se refere a um dos elementos constitutivos da responsabilidade civil por infrações ao direito da concorrência³⁶.

63. Esta disposição estabelece, em substância, uma presunção inilidível³⁷ da existência de um desses elementos, a saber, a infração, para efeitos da ação de indemnização, quando essa infração tenha sido constatada por decisão definitiva de uma autoridade nacional da concorrência do Estado-Membro do órgão jurisdicional no qual a ação é intentada ou por um tribunal de recurso desse mesmo Estado-Membro. Na medida em que é uma presunção inilidível de um elemento constitutivo da responsabilidade civil, esta presunção afeta diretamente a situação jurídica da empresa contra a qual a ação de indemnização é intentada³⁸.

64. Nestas condições, considero que o artigo 9.º, n.º 1, da Diretiva 2014/104 corresponde a uma regra estreitamente ligada à constituição, à atribuição e ao alcance da responsabilidade civil das empresas que infringiram as regras da concorrência e que, assim, pode ser qualificada de norma substantiva³⁹. Daqui resulta que tem natureza substantiva, na aceção do artigo 22.º, n.º 1, da Diretiva 2014/104.

2) Sobre a questão de saber se a situação em causa no processo principal foi adquirida antes do prazo de transposição da Diretiva 2014/104

65. Como resulta do n.º 52, *supra*, para determinar a aplicabilidade temporal do artigo 9.º, n.º 1, da Diretiva 2014/104, importa também verificar se, no caso em apreço, a situação em causa no processo principal foi adquirida antes do termo do prazo de transposição dessa diretiva ou se continua a produzir efeitos após o termo desse prazo⁴⁰.

66. Ora, no caso em apreço, a situação jurídica em causa no processo principal, a qual é necessário verificar se foi adquirida antes dessa data, deve, na minha opinião, ser considerada por referência à concretização dos elementos constitutivos do direito dos herdeiros de KN à reparação dos danos causados pela infração ao direito da concorrência pela Repsol⁴¹.

67. No presente caso, os herdeiros de KN pedem uma indemnização pelos danos sofridos devido às restrições da concorrência contidas nos cinco contratos que celebraram com a Repsol mencionados nos n.ºs 11 e 14 das presentes conclusões.

68. A este respeito, por um lado, resulta da decisão de reenvio que o último contrato celebrado pelos herdeiros de KN no qual estes fundamentam a responsabilidade da Repsol foi concluído em 17 de julho de 2009, por um período de cinco anos. Assim resulta que este contrato terminou o mais tardar em 2014, ou seja, antes do termo do prazo para a transposição da Diretiva 2014/104, em 27 de dezembro de 2016⁴². Daí resulta que, nessa data, as cláusulas dos contratos que

³⁶ V., neste sentido, no que respeita a outros elementos de responsabilidade (nomeadamente, nexo de causalidade e danos), Acórdão Volvo, n.º 94.

³⁷ V., a este respeito, Conclusões da advogada-geral J. Kokott em Cogeco Communications (C-637/17, EU:C:2019:32, n.º 95).

³⁸ V., neste sentido, Acórdão Volvo, n.º 95.

³⁹ V., neste sentido, Acórdão Volvo nos n.ºs 95 e 96 e Conclusões da advogada-geral J. Kokott em Cogeco Communications (C-637/17, EU:C:2019:32, n.º 62).

⁴⁰ V. Acórdão Volvo, n.º 49. Decorre também do n.º 8, *supra*, que a Diretiva 2014/104, não foi transposta para o direito espanhol dentro do prazo de transposição.

⁴¹ V., por analogia, Acórdão de 16 de dezembro de 2010 Stichting Natuur en Milieu e o. (C-266/09 EU:C:2010:779, n.º 34 e 35).

⁴² V. artigo 21.º, n.º 1 da Diretiva 2014/104.

continham as restrições verticais que deram origem ao comportamento ilícito já não produziam efeito e que, pelo menos no que diz respeito aos herdeiros de KN⁴³, a infração cessou antes do termo do referido prazo de transposição⁴⁴.

69. Por outro lado, resulta expressamente da petição da ação intentada pelos herdeiros de KN no órgão jurisdicional de reenvio que estes pedem a reparação do prejuízo que alegadamente sofreram no período compreendido entre 14 de janeiro de 1993 e 17 de abril de 2013, data do último fornecimento da Repsol aos herdeiros de KN⁴⁵. Por conseguinte, há que concluir que pedem a reparação do prejuízo que alegadamente sofreram durante um período anterior ao termo do prazo de transposição da Diretiva 2014/104.

70. Nestas circunstâncias, na minha opinião, deve considerar-se que, na data do termo do prazo de transposição da Diretiva 2014/104, a situação jurídica em causa no processo principal deve reputar-se adquirida.

71. Nestas condições, tendo em conta o artigo 22.º, n.º 1, da Diretiva 2014/104, deve concluir-se que o artigo 9.º, n.º 1, desta diretiva não pode ser aplicável *ratione temporis* a uma ação de indemnização que, embora intentada após a entrada em vigor das disposições nacionais que transpõem tardiamente a referida diretiva para o direito nacional, por um lado, tem por objeto uma infração que decorre de restrições à concorrência contidas em contratos cujos efeitos cessaram antes da data do termo do prazo de transposição da Diretiva 2014/104 e, por outro lado, diz respeito a um pedido de reparação do prejuízo que foi causado durante um período que acabou antes dessa data.

72. Resulta do exposto que, na minha opinião, o artigo 9.º, n.º 1, da Diretiva 2014/104 não é aplicável no processo principal.

B. Quanto às questões prejudiciais

73. É com base nas considerações anteriores que importa analisar as duas questões prejudiciais submetidas pelo órgão jurisdicional de reenvio no presente processo.

74. Com a sua primeira questão prejudicial, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, que valor probatório deve atribuir, na ação cível que lhe é apresentada, às decisões das autoridades da concorrência espanholas de 2001 e de 2009. Esse órgão jurisdicional pretende saber, mais especificamente, se os requisitos, estabelecidos no artigo 2.º do Regulamento n.º 1/2003 relativos ao ónus da prova, devem ser considerados preenchidos quando, em virtude dessas decisões, o demandante tiver demonstrado que a sua relação contratual de fornecimento exclusivo sob insígnia cabe no âmbito territorial e temporal examinado pela autoridade nacional da concorrência.

⁴³ Com efeito, resulta da decisão de reenvio que, como salientado no n.º 18, *supra*, em várias decisões proferidas no âmbito do procedimento de supervisão, a CNMC estabeleceu que a Repsol continuou a sua prática ilícita para além do prazo em que a transposição da Diretiva 2014/104 expirou. No entanto, na medida em que a infração cometida pela Repsol no presente caso diz respeito a certas restrições verticais contidas em contratos com distribuidores específicos de combustíveis, as práticas ilícitas constatadas nas decisões proferidas no âmbito do procedimento de supervisão que tenham ocorrido após o termo do prazo dos efeitos do último contrato celebrado pelos herdeiros de KN com a Repsol não lhes podem dizer respeito.

⁴⁴ V., neste sentido, Acórdão Volvo, n.º 103.

⁴⁵ V. página 6 da ação declarativa intentada pelos herdeiros de KN no órgão jurisdicional de reenvio.

75. Na sua segunda questão prejudicial, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se os requisitos previstos no artigo 2.º do Regulamento n.º 1/2003 relativos ao ónus da prova forem considerados preenchidos por força dessas duas decisões, deve a consequência necessária ser a declaração de nulidade do acordo, em conformidade com o artigo 101.º, n.º 2, TFUE.

76. Uma vez que as duas questões prejudiciais estão relacionadas, na minha opinião, devem ser respondidas em conjunto.

77. A este respeito, convém recordar em primeiro lugar que, nos termos do artigo 2.º do Regulamento n.º 1/2003, o ónus da prova de uma violação do artigo 101.º, n.º 1, TFUE cabe à parte que a alega.

78. Cabe, portanto, aos herdeiros de KN no processo principal provar, tanto para efeitos da ação de nulidade como da ação de indemnização que intentaram, que a Repsol cometeu uma violação à proibição de acordos restritivos da concorrência. Para o efeito, submeteram as decisões de 2001 e 2009 ao órgão jurisdicional de reenvio.

79. Como acima referido⁴⁶, as duas ações (de nulidade e de indemnização) intentadas pelos herdeiros de KN são conexas, mas juridicamente distintas. Uma vez que a harmonização alcançada pela Diretiva 2014/104 no domínio das ações de indemnização não se aplica ainda *ratione temporis* no processo principal⁴⁷, não existe para qualquer das ações regulamentação específica de direito derivado sobre a questão do valor probatório das decisões das autoridades nacionais da concorrência. Nessas circunstâncias, a análise de ambas as ações deve ser efetuada com base nas disposições do direito primário e nos princípios gerais do direito da União, conforme interpretados na jurisprudência do Tribunal de Justiça.

1. Princípios jurisprudenciais pertinentes

80. A este respeito, há que observar, antes de mais, que o artigo 101.º, n.º 1, TFUE produz efeitos diretos nas relações entre os particulares e cria direitos na esfera destes que os órgãos jurisdicionais nacionais devem proteger⁴⁸.

81. Com efeito, qualquer pessoa tem o direito de invocar em juízo a violação do artigo 101.º, n.º 1, TFUE e, portanto, de invocar a nulidade de um cartel ou de uma prática proibida por esta disposição, prevista no artigo 101.º, n.º 2, TFUE, bem como de pedir a reparação do prejuízo sofrido quando haja um nexo de causalidade entre o referido prejuízo e esse cartel ou essa prática⁴⁹.

82. A este respeito, o Tribunal de Justiça reconheceu que o a plena eficácia do artigo 101.º TFUE e, em especial, o efeito útil da proibição enunciada no n.º 1 desse artigo, seriam postos em causa se não fosse possível a qualquer pessoa pedir a reparação do prejuízo que lhe tivesse sido causado por um contrato ou um comportamento suscetível de restringir ou falsear o jogo da

⁴⁶ V. n.ºs 30 e 39 das presentes conclusões.

⁴⁷ V. n.ºs 47 a 72 das presentes conclusões.

⁴⁸ Acórdão de 11 de novembro de 2021, *Stichting Cartel Compensation e Equilib Netherlands* (C-819/19, EU:C:2021:904 n.º 48 e jurisprudência aí referida).

⁴⁹ Acórdão de 11 de novembro de 2021, *Stichting Cartel Compensation e Equilib Netherlands* (C-819/19, EU:C:2021:904 n.º 49 e jurisprudência aí referida).

concorrência⁵⁰. O mesmo se aplica se qualquer das partes de um contrato proibido por esta disposição não pudesse alegar a nulidade deste contrato, na medida em que, sem uma declaração judicial da nulidade, subsistiria a incerteza jurídica quanto aos efeitos deste contrato, que poderia ser considerado eficaz, mesmo sendo nulo por ser contrário ao artigo 101.º, n.º 1, TFUE.

83. Assim, os órgãos jurisdicionais nacionais são competentes para aplicar o artigo 101.º CE, nomeadamente em litígios de direito privado, resultando esta competência do efeito direto deste artigo⁵¹.

84. Ora, como resulta de jurisprudência assente, cabe aos órgãos jurisdicionais nacionais encarregados de aplicar, no quadro das suas competências, as disposições do direito da União, garantir a plena eficácia destas normas e proteger os direitos que as mesmas conferem aos particulares. É a esses órgãos jurisdicionais que está confiada a tarefa de assegurar a proteção jurídica que decorre, para os particulares, do efeito direto das disposições do direito da União⁵².

85. Na falta de regulamentação da União — no que respeita à ação de nulidade e, aplicável *ratione temporis* no que respeita a ação de indemnização — compete à ordem jurídica interna de cada Estado-Membro regular as modalidades do exercício do direito de alegar a nulidade ou pedir a reparação do prejuízo resultante de um cartel ou de uma prática proibida pelo artigo 101.º, TFUE, incluindo as relativas ao valor probatório das decisões da autoridade da concorrência perante o juiz cível, desde que sejam respeitados os princípios da equivalência e da efetividade⁵³.

86. Assim, as regras aplicáveis às ações destinadas a garantir a salvaguarda dos direitos que resultam para os litigantes do efeito direto do direito da União não devem ser menos favoráveis do que as que dizem respeito a ações semelhantes de natureza interna (princípio da equivalência) e não devem tornar, na prática, impossível ou excessivamente difícil o exercício dos direitos conferidos pela ordem jurídica da União (princípio da efetividade)⁵⁴.

87. A este propósito, e especificamente no domínio do direito da concorrência, estas regras não devem prejudicar a aplicação efetiva das regras da União em matéria de concorrência e especificamente do artigo 101.º TFUE⁵⁵.

88. Há que precisar que resulta da jurisprudência que o exercício da competência conferida aos órgãos jurisdicionais nacionais para aplicarem o artigo 101.º CE nos litígios de direito privado referidos no n.º 83, *supra*, pode ser limitado, nomeadamente, pelo princípio da segurança jurídica, em especial pela necessidade de evitar que esses órgãos jurisdicionais e as entidades encarregadas da aplicação administrativa das regras de concorrência da União tomem decisões contraditórias⁵⁶.

⁵⁰ V., *inter alia*, Acórdão de 14 de março de 2019 Skanska Industrial Solutions e o. (C-724/17, EU:C:2019:204, n.º 25 e jurisprudência aí referida).

⁵¹ Acórdão de 11 de novembro de 2021, Stichting Cartel Compensation e Equilib Netherlands (C-819/19, EU:C:2021:904, n.º 51 e jurisprudência aí referida).

⁵² Acórdão de 11 de novembro de 2021, Stichting Cartel Compensation e Equilib Netherlands (C-819/19, EU:C:2021:904, n.º 52 e jurisprudência aí referida).

⁵³ V., neste sentido, Acórdão de 14 de março de 2019, Skanska Industrial Solutions e o. (C-724/17, EU:C:2019:204, n.º 27 e jurisprudência aí referida), e, por analogia, Acórdão de 28 de março de 2019, Cogeco Communications (C-637/17, EU:C:2019:263, n.º 42).

⁵⁴ V. Acórdão de 5 de junho de 2014, Kone e o. (C-557/12, EU:C:2014:1317, n.º 25), e, por analogia, Acórdão de 28 de março de 2019, Cogeco Communications (C-637/17, EU:C:2019:263, n.º 43).

⁵⁵ V. Acórdão de 5 de junho de 2014, Kone e o. (C-557/12, EU:C:2014:1317, n.º 26).

⁵⁶ Acórdão de 11 de novembro de 2021, Stichting Cartel Compensation e Equilib Netherlands (C-819/19, EU:C:2021:904, n.º 55). V., igualmente, a este respeito, o considerando 34 da Diretiva 2014/104.

2. Aplicação no caso em apreço: a autonomia processual e os limites decorrentes dos princípios da efetividade e da segurança jurídica

89. Resulta dos princípios jurisprudenciais mencionados nos números anteriores das presentes conclusões que, na ausência de legislação da União que regule a matéria, cabe aos Estados-Membros, no âmbito da sua autonomia processual, regular o valor probatório das decisões da autoridade da concorrência nos litígios de direito privado em que uma pessoa invoca em tribunal a violação do artigo 101.º, n.º 1, TFUE com vista à declaração de nulidade de um cartel ou prática proibida por essa disposição, nos termos do artigo 101.º, n.º 2, TFUE e para pedir a reparação dos prejuízos sofridos quando exista um nexo de causalidade entre esse prejuízo e esse cartel ou prática.

90. Resulta, no entanto, destes princípios jurisprudenciais que a autonomia processual dos Estados-Membros a esse respeito é limitada, por um lado, pelos princípios da equivalência e da efetividade e, por outro, pelo princípio da segurança jurídica.

91. No que respeita, em primeiro lugar, ao princípio da efetividade, a que o órgão jurisdicional de reenvio se referiu na sua decisão de reenvio⁵⁷, concordo que o exercício do direito à reparação por violação do artigo 101.º, n.º 1, TFUE seria excessivamente dificultado se não fosse atribuído aos trabalhos prévios de uma autoridade da concorrência qualquer efeito na ação de indemnização cível⁵⁸. Daqui decorre que, atendendo à especial complexidade de muitas infrações ao direito da concorrência e às dificuldades práticas de o lesado provar essas infrações, o princípio da efetividade impõe que, numa ação de indemnização cível, se atribua *pelo menos* o valor de indício ou de princípio de prova à decisão definitiva de uma autoridade nacional da concorrência que conclui pela existência de uma infração ao artigo 101.º, n.º 1, TFUE⁵⁹.

92. O mesmo se aplica, na minha opinião, no que diz respeito às ações que visam alegar a nulidade de um acordo de cartel ou prática proibida por essa disposição, prevista no artigo 101.º, n.º 2, TFUE. Na medida em que a constatação definitiva de uma autoridade nacional da concorrência que conclui pela existência de uma infração é relevante para a determinação dessa nulidade, o princípio da efetividade exige que a tal constatação seja reconhecida, pelo menos, valor de indício ou de princípio de prova na ação de nulidade, a fim de assegurar a plena eficácia do artigo 101.º TFUE e, nomeadamente, a eficácia da proibição prevista no seu n.º 1.

93. Uma abordagem segundo a qual o juiz cível não pode ignorar as constatações das autoridades nacionais da concorrência no que respeita às infrações ao direito da concorrência da União está, além disso, em conformidade com a necessária complementaridade funcional entre o «*public enforcement*» e o «*private enforcement*» do referido direito. Com efeito, como já tive ocasião de dizer⁶⁰, como reconheceu o Tribunal de Justiça, a aplicação do direito da concorrência, seja privada ou pública, constitui um instrumento indispensável para reforçar a eficácia da política de repressão das práticas anticoncorrenciais. Nesse aspeto, a primeira não prossegue apenas uma função de reparação destinada a satisfazer interesses privados, mas tem igualmente uma função dissuasora que contribui para a prossecução dos objetivos de interesse público subjacentes à

⁵⁷ Nem o órgão jurisdicional de reenvio no seu pedido de decisão prejudicial nem as observações das partes ao Tribunal de Justiça se referiam a um eventual problema com o princípio da equivalência.

⁵⁸ V., neste sentido, e por analogia, Conclusões da advogada-geral J. Kokott no processo Cogeco Communications (C-637/17, EU:C:2019:32, n.º 93).

⁵⁹ V., neste sentido e por analogia, Conclusões da advogada-geral J. Kokott no processo Cogeco Communications (C-637/17, EU:C:2019:32, n.º 93). V., também, por analogia com as decisões da Comissão nos termos do artigo 9.º, do Regulamento n.º 1/2003, Acórdão de 23 de novembro de 2017, Gasorba e o. (C-547/16 EU:C:2017:891, n.º 29).

⁶⁰ V. minhas Conclusões no processo Sumal (C-882/19, EU:C:2021:293, n.º 67 e jurisprudência aí referida).

proteção da concorrência. Assim, quanto mais se eliminam ou reduzem os obstáculos práticos — como a exigência de prova da infração quando a mesma infração ou uma infração coincidente, pelo menos em parte, já tenha sido constatada pela autoridade da concorrência — a que sejam intentadas ações de indemnização por parte dos lesados pelas infrações às regras da concorrência, mais essa função dissuasora se reforça.

94. É certo que o princípio da efetividade e a exigência de assegurar a plena eficácia do artigo 101.º TFUE não podem ser interpretados no sentido de exigir que os Estados-Membros reconheçam uma presunção inilidível como a que agora está prevista, no que respeita às ações de indemnização, no n.º 1 do artigo 9.º da Diretiva 2014/104⁶¹. No entanto, na minha opinião, dentro da margem de apreciação de que dispõe o juiz cível em aplicação das suas próprias regras processuais nacionais — abrangida pela autonomia processual dos Estados-Membros — relativas à apreciação da prova, o valor que esse juiz, por força do princípio da efetividade, é obrigado a atribuir à constatação de infração contida numa decisão definitiva da autoridade nacional da concorrência deve variar em função do grau de coincidência entre a infração constatada nessa decisão e a alegada infração que constitui a base da ação cível submetida à sua apreciação.

95. Assim, quando existe uma coincidência entre a infração constatada pela autoridade nacional da concorrência nos termos do artigo 101.º, n.º 1, TFUE e a alegada infração na qual se baseia a ação cível submetida à apreciação do órgão jurisdicional nacional, que diz respeito à *natureza* da infração, e ao seu *âmbito material, pessoal, temporal e territorial*⁶² considero que o princípio da efetividade e a exigência de assegurar a plena eficácia do artigo 101.º, TFUE exigem que o juiz cível atribua a essa constatação não só o valor de um indício ou de princípio de prova, mas pelo menos um valor probatório *prima facie* da existência dessa infração⁶³. Com efeito, nesse caso, haveria uma total coincidência entre a infração constatada e a invocada para efeitos da ação cível que, à luz dos princípios acima referidos, não justificaria, na minha opinião, a atribuição de um mero valor de indício ou de princípio de prova à constatação da autoridade nacional da concorrência.

96. A este respeito, a referência à «natureza da infração» implica que deverá tratar-se da mesma infração, assente na mesma qualificação dos factos contidos na decisão da autoridade da concorrência. A referência ao «alcance material» da violação implica que a coincidência deve dizer respeito aos comportamentos explicitamente mencionados na decisão da autoridade da concorrência⁶⁴. A referência ao «alcance pessoal» da violação implica que apenas para as empresas em relação às quais a violação das regras da concorrência está estabelecida na decisão

⁶¹ A advogada-geral J. Kokott nos n.ºs 95 e 96 das suas Conclusões no processo Cogeco Communications (C-637/17, EU:C:2019:32) dá uma explicação detalhada das razões por que assim é.

⁶² A referência a estes critérios reflete obviamente o considerando 34 da Diretiva 2014/104 que, como já foi referido, não é aplicável ao presente caso. No entanto, o Tribunal de Justiça pode basear-se nesta diretiva para concretizar o alcance do direito com base numa interpretação assente nos princípios gerais.

⁶³ O conceito de «elemento de prova *prima facie*», cujo alcance se clarifica no n.º 107, *supra*, é utilizado expressamente no artigo 9.º, n.º 2, da Diretiva 2014/104. A este respeito, saliento que, enquanto a grande maioria das versões linguísticas desta disposição utilizam a expressão «elemento de prova *prima facie*» (ver as versões inglesa, francesa, alemã, italiana, portuguesa, búlgara, checa, dinamarquesa, estónia, croata, letã, húngara, maltesa, neerlandesa, romena, eslovaca, eslovena e sueca), a versão espanhola desta disposição usa a expressão «principio de prueba» que, de um ponto de vista literal, corresponde à expressão «princípio de prova». Todavia, parece tratar-se de uma imprecisão de redação da versão espanhola desta disposição que não corresponde às outras versões linguísticas. Seja como for, como se explica com maior detalhe nos n.ºs 105 a 107 das presentes conclusões, no contexto da Diretiva 2014/104, o conceito de «elemento de prova *prima facie*» deve distinguir-se do de «indício ou de princípio de prova» e refere-se a um meio de prova com um valor probatório superior ao simples «princípio de prova».

⁶⁴ Se outros comportamentos anticoncorrenciais forem invocados no âmbito da ação de indemnização, mesmo que estejam relacionados com comportamentos constatados e qualificados como infração na decisão definitiva da autoridade da concorrência, terão de ser provados perante o juiz cível, que será livre de os apreciar sem qualquer limitação.

definitiva, constitui prova *prima facie* da infração⁶⁵. A referência ao «alcance temporal» da infração implica que as constatações contidas na decisão definitiva constituam prova *prima facie* para o juiz cível apenas para a duração da infração, conforme estabelecido na referida decisão definitiva. Do mesmo modo, a referência ao «alcance territorial» da infração implica que o caráter probatório *prima facie* para o juiz cível abrange apenas o território em que a violação foi constatada na referida decisão.

97. Ao invés, quando a coincidência entre a infração constatada pela autoridade nacional da concorrência ao artigo 101.º, n.º 1, TFUE e aquela em que se baseia a ação cível intentada no órgão jurisdicional nacional não é total, mas apenas parcial, porque, por exemplo, a constatação da autoridade nacional da concorrência diz respeito a práticas anticoncorrenciais que, embora semelhantes e implementadas pela mesma empresa, não coincidem exatamente com as constatadas na decisão da autoridade da concorrência, o juiz nacional não pode ignorar completamente a decisão, mas terá de, por força do princípio da efetividade e da exigência de garantir a plena eficácia do artigo 101.º TFUE, atribuir-lhe o valor de indício ou de princípio de prova.

98. Um exemplo de tal situação pode ser o caso, inspirado no presente processo, em que um distribuidor intenta uma ação cível por violação do artigo 101.º, n.º 1, TFUE onde alega que determinadas cláusulas dos seus contratos contêm restrições verticais semelhantes às especificamente qualificadas como infrações na decisão da autoridade nacional da concorrência. Neste caso, o alcance material da infração constatada na decisão e a infração invocada para efeitos da ação cível não coincidem, mas todos os outros elementos (a saber, a natureza da infração e o alcance pessoal, temporal e territorial) coincidem. Ora, neste caso, o juiz cível não pode ignorar a decisão da autoridade nacional da concorrência que constata a violação do artigo 101.º, n.º 1, TFUE, mas deve atribuir-lhe o valor de indício ou de princípio de prova da existência da infração, no sentido explicado no n.º 106 das presentes conclusões.

99. No que respeita, em segundo lugar, ao princípio da segurança jurídica, convém recordar, desde logo, que, nos termos do artigo 5.º do Regulamento n.º 1/2003, as autoridades da concorrência dos Estados-Membros são competentes para aplicar os artigos 101.º e 102.º TFUE em casos individuais. Ora, o referido regulamento prevê exclusivamente o efeito vinculativo das decisões da Comissão em processos nos órgãos jurisdicionais nacionais, nomeadamente no artigo 16.º, e este efeito não pode ser alargado às decisões das autoridades nacionais da concorrência, a menos que o legislador da União o preveja expressamente⁶⁶.

100. Isto, porém, em nada afeta o facto de, como resulta da jurisprudência referida no n.º 88, *supra*, o princípio da segurança jurídica exigir que os órgãos jurisdicionais nacionais evitem, na medida do possível, proferir decisões que contrariem as decisões das entidades responsáveis pela aplicação administrativa das regras da concorrência da União, nomeadamente, para além da Comissão, as autoridades nacionais da concorrência.

101. Daqui resulta que o princípio da segurança jurídica exige igualmente que os órgãos jurisdicionais nacionais reconheçam a uma constatação definitiva da autoridade nacional da concorrência de uma infração ao artigo 101.º TFUE, pelo menos o valor de indício ou de

⁶⁵ Por conseguinte, não é possível alargar o efeito de prova *prima facie* desta decisão a outras empresas para além das indicadas nesta decisão. Se o lesado quiser alegar a responsabilidade de outras empresas, cabe-lhe provar que estas empresas cometeram a infração e o juiz nacional é livre de apreciar os vários elementos de prova apresentados a este respeito.

⁶⁶ Como fez no artigo 9.º, n.º 1, da Diretiva 2014/104, que como mencionado não é aplicável *ratione temporis*. V. Conclusões da advogada-geral J. Kokott no processo Cogeco Communications (C-637/17, EU:C:2019:32, n.º 96).

princípio de prova em ações cíveis submetidas à sua apreciação por violação do direito da concorrência da União e o valor de prova *prima facie* sempre que exista uma coincidência entre a infração constatada pela autoridade nacional da concorrência e aquela em que se baseia a ação cível intentada no órgão jurisdicional nacional no que diz respeito à natureza da infração e ao seu alcance material, pessoal, temporal e territorial.

102. Dito isto, considero oportuno formular mais quatro considerações adicionais.

103. Em primeiro lugar, decorre do que precede que, apesar da autonomia processual dos Estados-Membros, os juízes cíveis não podem ignorar uma decisão da autoridade da concorrência que constate uma violação ao direito da concorrência da União. Daqui decorre que uma regulamentação nacional⁶⁷ ou uma jurisprudência, como a referida pelo órgão jurisdicional de reenvio, que nega qualquer valor, mesmo de indício, a tal decisão da autoridade nacional da concorrência é contrária ao direito da União e especificamente à exigência de garantir a plena eficácia do artigo 101.º TFUE bem como aos requisitos decorrentes dos princípios da efetividade e da segurança jurídica.

104. Em segundo lugar, gostaria de esclarecer que as considerações feitas nos n.ºs 89 a 101, *supra*, se aplicam exclusivamente às ações cíveis que se baseiam na constatação pela autoridade nacional da concorrência de uma infração às regras da concorrência *da União*. Estes princípios não se aplicam, portanto, às ações cíveis relativas exclusivamente à violação do direito nacional da concorrência. Com efeito, as exigências do princípio da efetividade e a exigência de garantir a plena eficácia dizem exclusivamente respeito ao direito da União e, em particular, neste caso, ao artigo 101.º TFUE. Não se estendem necessariamente ao direito nacional. Obviamente, a situação é diferente no caso de uma ação de indemnização em que é aplicável o artigo 9.º n.º 1 da Diretiva 2014/104⁶⁸.

105. Em terceiro lugar, considero oportuno, a fim de orientar o juiz de reenvio, prestar alguns esclarecimentos adicionais sobre o que se entende por «indício ou princípio de prova» e valor de «elemento de prova *prima facie*». Em primeiro lugar, é evidente que estes conceitos devem ser interpretados pelo órgão jurisdicional nacional no âmbito das suas regras processuais para apreciação dos meios de prova, que, como já foi mencionado, são abrangidos pela autonomia processual dos Estados-Membros.

106. No entanto, um «indício» ou um «princípio de prova» indica, na minha opinião, um elemento que favorece a declaração pelo juiz cível da existência de uma infração, mas que deve ser apreciado e fundamentado à luz de outros elementos de prova, a fim de se poder considerar confirmada a existência da infração.

107. Por outro lado, a prova *prima facie*⁶⁹ corresponde, em geral, a um elemento probatório capaz de demonstrar a verosimilhança do facto alegado com base em regras da experiência que tornam provável a existência desse facto. Nesta perspetiva, a decisão nacional que constata a infração leva o juiz, no âmbito da sua margem de apreciação dos meios de prova nos termos da sua legislação nacional, a presumir a existência da infração com base nas regras da experiência segundo a qual

⁶⁷ V., por exemplo, as considerações sobre a legislação portuguesa analisadas nos n.ºs 92 e segs. das Conclusões da advogada-geral J. Kokott no processo Cogeco Communications (C-637/17, EU:C:2019:32).

⁶⁸ V. última frase deste artigo e última frase do considerando 34 da Diretiva 2014/104.

⁶⁹ Como salientei na nota 63, *supra*, o conceito de «prova *prima facie*» é explicitamente utilizado no artigo 9.º, n.º 2, da Diretiva 2014/104. Parece ter sido retirado do conceito do direito alemão «Anscheinbeweis». No entanto, na ausência de uma referência ao direito dos Estados-Membros, trata-se de um conceito de direito da União que, enquanto tal, cabe ao Tribunal de Justiça interpretar.

as violações constatadas nas decisões das autoridades da concorrência, geralmente ocorreram. Não obstante, subsiste a possibilidade de a parte contra a qual a ação é intentada apresentar elementos de prova que levem o juiz a convencer-se do contrário⁷⁰.

108. Em quarto lugar, no que respeita ao litígio no processo principal, cabe ao órgão jurisdicional de reenvio apreciar, com base em todas as considerações anteriores e na sua legislação nacional, o valor probatório das decisões de 2001 e de 2009 na ação cível pendente. Todavia, para o orientar nesta apreciação, o Tribunal de Justiça pode fornecer-lhe todos os elementos de interpretação do direito da União que lhe possam ser úteis⁷¹.

109. A este propósito, no que se refere à Decisão de 2001, parece que se refere exclusivamente à constatação de uma infração ao direito nacional da concorrência, sem que haja uma aplicação paralela do artigo 101.º, n.º 1, TFUE. Se for este o caso, o que cabe ao juiz de reenvio confirmar, então o valor probatório desta decisão na ação cível pendente no órgão jurisdicional de reenvio seria regido exclusivamente pelo direito nacional, como resulta claramente do n.º 104, *supra*.

110. Em contrapartida, a Decisão de 2009 contém a aplicação em paralelo do direito nacional da concorrência e do artigo 101.º, n.º 1, TFUE.

111. Nessas circunstâncias, cabe ao órgão jurisdicional de reenvio verificar se existe uma coincidência entre a infração constatada e aquela em que se baseiam as ações cíveis (de nulidade e de indemnização) que lhe são submetidas no que respeita à natureza da infração e ao seu alcance material, pessoal, temporal e territorial, como entendido em virtude das considerações expostas no n.º 96, *supra*.

112. Neste caso, deve atribuir o valor de elemento de prova *prima facie* para efeitos da ação cível à constatação da infração contida na Decisão de 2009. Ao invés, se houver apenas uma coincidência parcial, esta decisão terá o valor de prova indiciária da existência da infração para efeitos das duas ações de nulidade e de indemnização.

113. Mais especificamente, no que diz respeito ao alcance temporal e ao alcance territorial, parece depreender-se das questões prejudiciais que foram provados pelos herdeiros de KN. Com efeito, decorre dos autos que os contratos celebrados entre os herdeiros de KN e a Repsol se enquadram temporal e territorialmente no âmbito de aplicação da constatação de infração contida na Decisão de 2009.

114. Afigura-se também que o alcance pessoal das duas infrações coincide, na medida em que tanto a infração constatada como a infração invocada na ação cível foram cometidas pela Repsol.

115. Resta assim verificar se há coincidência entre a infração constatada e a invocada na ação cível no que diz respeito à natureza e ao alcance material da infração.

116. A este respeito, saliento, todavia, que, da leitura do dispositivo da Decisão de 2009, exposta no n.º 16 das presentes conclusões, se afigura que a constatação da infração contida nessa decisão tem um alcance material muito amplo. Com efeito, diz respeito a *todos* os subcontratantes independentes que operam sob a marca Repsol e a *todos* os contratos, incluindo as cláusulas que

⁷⁰ Não se trata, portanto, de uma presunção ilidível propriamente dita, mas sim de um meio de prova que atua sobre o poder de apreciação do juiz que o leva, no exercício desse poder, a presumir o facto alegado, a saber, neste contexto, a existência da infração.

⁷¹ A este respeito, v. Acórdão de 12 de maio de 2022, Servizio Elettrico Nazionale e o. (C-377/20, EU:C:2022:379, n.º 87 e jurisprudência aí referida).

originaram a infração e *todas* as cláusulas nele descritas. Cabe, em última análise, ao órgão jurisdicional de reenvio verificar se as cláusulas dos contratos celebrados por KN ou pelos seus herdeiros com a Repsol compreendidas no âmbito de aplicação temporal da Decisão de 2009 podem ser consideradas abrangidas no âmbito de aplicação material da constatação contida nessa decisão, de modo que se possa considerar existir uma coincidência completa entre a infração constatada e a que foi invocada para efeitos da ação cível.

IV. Conclusão

117. Tendo em conta as considerações que precedem, proponho que o Tribunal de Justiça responda do seguinte modo às questões prejudiciais submetidas pelo Juzgado de lo Mercantil de Madrid (Tribunal de Comércio de Madrid, Espanha):

- 1) O artigo 9.º, n.º 1, da Diretiva 2014/104 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

não é aplicável *ratione temporis*

a uma ação de indemnização que, embora intentada após a entrada em vigor das disposições nacionais que transpõem tardiamente essa diretiva para o direito nacional, por um lado, se refere a uma infração resultante de restrições à concorrência contidas em contratos cujos efeitos cessaram antes do termo do prazo de transposição da referida diretiva e, por outro lado, diz respeito a um pedido de indemnização por danos causados durante um período anterior a essa data.

- 2) Não havendo regulamentação da União na matéria ou aplicável *ratione temporis*, cabe aos Estados-Membros, no âmbito da sua autonomia processual, regular o valor probatório das decisões da autoridade nacional da concorrência nos litígios de direito privado em que uma pessoa invoca em tribunal a violação do artigo 101.º, n.º 1, TFUE para suscitar a nulidade de um acordo de cartel ou de uma prática proibida por essa disposição nos termos do artigo 101.º, n.º 2, TFUE e para pedir a reparação do prejuízo sofrido quando existe um nexo de causalidade entre o referido prejuízo e esse acordo de cartel ou uma prática proibida, desde que os princípios da equivalência e da efetividade sejam respeitados.

O princípio da efetividade e a exigência de garantir a plena eficácia do artigo 101.º TFUE, bem como o princípio da segurança jurídica, impõem que seja reconhecida à constatação definitiva pela autoridade nacional da concorrência de uma infração ao artigo 101.º, n.º 1, TFUE pelo menos o valor de indício ou princípio de prova para efeitos da ação cível.

Quando a infração ao artigo 101.º, n.º 1, TFUE constatada com caráter definitivo pela autoridade nacional da concorrência e a alegada em que se baseia a ação cível intentada no órgão jurisdicional de reenvio coincidem no que respeita à natureza da infração e ao seu alcance material, pessoal, temporal e territorial, o que cabe ao juiz nacional determinar, o princípio da efetividade e a exigência de garantir a plena eficácia do artigo 101.º TFUE, bem como o princípio da segurança jurídica, impõem que se reconheça a essa constatação definitiva pela autoridade nacional da concorrência pelo menos o valor de elemento de prova *prima facie* da existência da infração para efeitos da ação cível.