



Bruxelas, 29.7.2013
COM(2013) 404 final/2

2013/0185 (COD)

CORRIGENDUM

Annule et remplace le document COM(2013) 404 final du 11.06.2013.
Concerne la version portugaise.

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

(Texto relevante para efeitos do EEE)

{SWD(2013) 203 final}
{SWD(2013) 204 final}

EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS

1. CONTEXTO DA PROPOSTA

1.1. Contexto geral

O Regulamento n.º 1/2003¹ aplica as regras da UE que proíbem os acordos anticoncorrenciais (incluindo os cartéis) e os abusos de posição dominante («regras de concorrência da UE»), previstas nos artigos 101.º e 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia («Tratado»), estabelecendo as condições em que a Comissão, as autoridades nacionais da concorrência («ANC») e os tribunais nacionais aplicam essas disposições em casos individuais.

O Regulamento n.º 1/2003 confere à Comissão e às ANC competência para aplicarem os artigos 101.º e 102.º do Tratado². A Comissão pode aplicar coimas às empresas que infringiram essas disposições³. A competência das ANC é definida no artigo 5.º do Regulamento n.º 1/2003. A aplicação das regras de concorrência da UE pela Comissão e as ANC é geralmente referida como aplicação pública do direito da concorrência da UE.

Para além da aplicação pública, o efeito direto dos artigos 101.º e 102.º do Tratado significa que essas disposições criam direitos e obrigações para as pessoas, que podem ser aplicados pelos tribunais nacionais dos Estados-Membros⁴. Tal é referido como aplicação privada das regras de concorrência da UE.

As ações de indemnização por violações dos artigos 101.º ou 102.º do Tratado constituem um importante domínio de aplicação privada do direito da concorrência da UE. Do efeito direto das proibições previstas nos artigos 101.º e 102.º do Tratado decorre que qualquer pessoa tem o direito de pedir reparação pelos danos sofridos quando exista um nexo de causalidade entre esses danos e uma infração às regras de concorrência da UE⁵. As partes lesadas devem poder pedir reparação não só pelos danos reais sofridos (dano emergente ou *damnum emergens*) mas também pelos lucros cessantes (perdas de receitas ou *lucrum cessans*), bem como o pagamento de juros⁶. A reparação pelos danos causados pelas infrações às regras de concorrência da UE não pode ser obtida através de uma aplicação pública. A concessão de uma reparação está fora do domínio de competência da Comissão e das ANC, sendo do domínio dos tribunais nacionais, do direito civil e do direito processual civil.

O cumprimento das regras de concorrência da UE é assegurado, assim, através da sólida aplicação pública destas regras pela Comissão e pelas ANC, em combinação com a aplicação privada exercida pelos tribunais nacionais.

¹ Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho, de 16 de dezembro de 2002, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81.º e 82.º do Tratado, JO L 1 de 4.1.2003, p. 1. Com efeitos a partir de 1 de dezembro de 2009, os artigos 81.º e 82.º do Tratado CE passaram a ser os artigos 101.º e 102.º do Tratado. Não foram alterados na sua substância.

² Artigos 4.º e 5.º do Regulamento n.º 1/2003, respetivamente.

³ Artigo 23.º do Regulamento n.º 1/2003.

⁴ Artigo 6.º do Regulamento n.º 1/2003; ver também Processo 127/73, *BRT/SABAM*, Coletânea 1974, p. 51, n.º 16; Processo C-282/95 P, *Guérin Automobiles/Comissão*, Coletânea 1997, p. I-1503, n.º 39.

⁵ Ver Processo C-453/99, *Courage e Crehan*, Coletânea 2001, p. I-6297; Processos apensos C-295/04 a C-298/04, *Manfredi*, Coletânea 2006, p. I-6619; Processo C-360/09, *Pfleiderer AG/Bundeskartellamt*, Coletânea 2011, p. I-5161; e Processo C-199/11, *Comunidade Europeia/Otis NV e outros*, Coletânea 2012, p. I-0000.

⁶ *Manfredi*, ver nota de rodapé 5, n.º 95.

1.2. Justificação e objetivos da proposta

A presente proposta procura assegurar a aplicação efetiva das regras de concorrência da UE através de:

- i) otimizar a interação entre a aplicação pública e privada do direito da concorrência; e
- ii) assegurar que as vítimas de infrações às regras de concorrência da UE possam obter uma reparação integral pelos danos sofridos.

Otimizar a interação entre a aplicação pública e privada do direito da concorrência

A melhor forma de garantir a aplicação global das regras de concorrência da UE é através de uma aplicação pública e privada complementares. No entanto, o quadro jurídico vigente não regula de forma adequada a interação entre as duas vertentes de aplicação do direito da concorrência da UE.

Uma empresa que considere cooperar com uma autoridade da concorrência no âmbito do seu programa de clemência (ou seja, a empresa confessa a sua participação num cartel em troca de imunidade ou redução da coima) não pode saber, no momento da sua cooperação, se as vítimas da infração ao direito da concorrência terão acesso à informação que facultou voluntariamente à autoridade da concorrência. Em especial, no seu acórdão *Pfleiderer* de 2011, o Tribunal de Justiça da União Europeia (a seguir designado «Tribunal»)⁷ constatou que, na ausência de legislação da UE, compete ao tribunal nacional decidir, com base na legislação nacional e numa base casuística, se permite ou não a divulgação de documentos, incluindo os documentos em matéria de clemência. Ao tomar uma tal decisão, o tribunal nacional deve ponderar entre o interesse de proteger a aplicação pública efetiva das regras de concorrência da UE e o de assegurar que o direito à reparação integral pode ser efetivamente exercido. Tal poderá conduzir a discrepâncias entre e mesmo no interior dos Estados-Membros, no que se refere à divulgação de elementos de prova dos processos das autoridades da concorrência. Além disso, a incerteza daí resultante quanto à divulgação das informações relacionadas com a clemência é suscetível de influenciar a decisão de uma empresa cooperar ou não com as autoridades da concorrência no âmbito do seu programa de clemência. Na ausência de qualquer ação juridicamente vinculativa a nível da UE, a efetividade dos programas de clemência - que constituem um instrumento muito importante na aplicação pública das regras de concorrência da UE – poderá ser, assim, seriamente prejudicada pelo risco de divulgação de certos documentos em ações de indemnização nos tribunais nacionais.

A necessidade de regular a interação da aplicação privada e pública foi confirmada nas respostas dos interessados à consulta pública sobre o Livro Branco sobre ações de indemnização por incumprimento das regras comunitárias no domínio *antitrust*, de 2008 («Livro Branco»)⁸ e na consulta de 2011 sobre uma abordagem europeia coerente sobre a ação coletiva⁹. A Resolução de maio de 2012 dos responsáveis das autoridades da concorrência europeias também sublinhou a importância da proteção da documentação em matéria de clemência no contexto de ações de indemnização civil¹⁰. O Parlamento Europeu tem sublinhado repetidamente que a aplicação pública no domínio da concorrência é essencial

⁷ Processo C-360/09, *Pfleiderer AG/Bundeskartellamt*, Coletânea 2011, p. I-5161.

⁸ COM(2008) 165 final; ver também o documento de trabalho dos serviços da Comissão anexo ao Livro Branco, SEC (2008) 404.

⁹ Consulta pública: «Rumo a uma abordagem europeia coerente sobre a ação coletiva», ver http://ec.europa.eu/competition/consultations/2011_collective_redress/index_en.html.

¹⁰ Resolução da reunião dos responsáveis das autoridades da concorrência europeias, de 23 de maio de 2012, *Protection of leniency material in the context of civil damages actions*, disponível em: http://ec.europa.eu/competition/ecn/leniency_material_protection_en.pdf.

e convidou a Comissão a assegurar que a aplicação privada não compromete a efetividade tanto dos programas de clemência como dos procedimentos de transação ¹¹.

O primeiro objetivo principal da presente proposta é, assim, otimizar a interação entre a aplicação pública e privada das regras de concorrência da UE, assegurando que a Comissão e as ANC podem prosseguir uma política de sólida aplicação pública, enquanto as vítimas de uma infração ao direito da concorrência podem efetivamente obter uma reparação pelos danos sofridos.

Assegurar o exercício efetivo do direito das vítimas a uma reparação integral

O segundo objetivo principal é assegurar que as vítimas de infrações às regras de concorrência da UE obtêm uma reparação pelos danos sofridos.

Embora o direito à reparação integral seja garantido pelo próprio Tratado e faça parte integrante do acervo comunitário, o exercício prático desse direito é frequentemente difícil ou quase impossível, devido às regras e aos procedimentos aplicáveis. Apesar de algumas recentes melhorias nalguns Estados-Membros, até hoje, a maior parte das vítimas de infrações às regras de concorrência da UE não obtêm, na prática, uma reparação pelos danos sofridos.

Já em 2005, a Comissão identificara, no seu Livro Verde sobre ações de indemnização devido à violação das regras comunitárias no domínio antitrust ¹² («Livro Verde»), os principais obstáculos a um sistema mais eficaz de ações de indemnização no domínio antitrust. Hoje em dia, os mesmos obstáculos continuam a existir numa grande maioria dos Estados-Membros; Nomeadamente:

- i) obtenção dos elementos de prova necessários para instruir a prova de um processo;
- ii) falta de mecanismos de ação coletiva eficazes, em especial para os consumidores e as PME;
- iii) ausência de regras claras para a defesa baseada na repercussão dos sobrecustos;
- iv) ausência de um valor probatório claro das decisões das ANC;
- v) possibilidade de intentar uma ação de indemnização depois de uma autoridade da concorrência ter constatado uma infração; e
- vi) modo de quantificação dos danos no domínio antitrust.

Para além destes importantes obstáculos específicos à reparação efetiva, existe uma grande diversidade no que respeita às regras jurídicas nacionais que regem as ações de indemnização no domínio antitrust, diversidade que tem vindo a crescer nos últimos anos. Esta diversidade pode causar incerteza jurídica para todas as partes envolvidas em ações de indemnização no domínio antitrust, o que, por sua vez, conduz a uma aplicação privada ineficaz das regras de concorrência, especialmente em processos transfronteiras.

Para remediar esta situação, o segundo objetivo principal da presente proposta é assegurar que, em toda a Europa, as vítimas de infrações às regras de concorrência da UE têm acesso a mecanismos eficazes para obterem uma reparação integral pelos danos sofridos. Tal conduzirá

¹¹ Ver a Resolução do Parlamento Europeu, de 2 de fevereiro de 2012, sobre «Rumo a uma abordagem europeia coerente sobre a ação coletiva» (2011/2089(INI)): <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&language=PT&reference=P7-TA-2012-21> e sobre o Relatório anual sobre a política de concorrência da UE (2011/2094(INI)) <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&language=PT&reference=P7-TA-2012-31>

¹² COM(2005) 672 final; ver também o documento de trabalho dos serviços da Comissão anexo ao Livro Verde, SEC(2005) 1732.

a condições mais equitativas para as empresas no mercado interno. Além disso, se aumentar a probabilidade de os infratores dos artigos 101.º ou 102.º do Tratado terem de suportar os custos da sua infração, não só as vítimas de comportamentos ilegais serão aliviadas dos custos, como também haverá um incentivo para um melhor cumprimento das regras de concorrência da UE.

Para alcançar esse objetivo, a Comissão apresentou propostas políticas concretas no seu Livro Branco de 2008. Na consulta pública que se seguiu, a sociedade civil e outros intervenientes institucionais, como o Parlamento Europeu¹³ e o Comité Económico e Social Europeu¹⁴, acolheram muito favoravelmente essas medidas políticas, e apelaram a uma legislação específica da UE sobre ações de indemnização no domínio antitrust¹⁵.

1.3. Disposições em vigor no domínio da proposta

- Regulamento n.º 1/2003 do Conselho relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos [101.º] e [102.º] do Tratado
 - Nos termos do artigo 2.º, o ónus da prova de uma violação do artigo 101.º, n.º 1, ou do artigo 102.º do Tratado incumbe à parte que alega tal violação. Se o demandado invocar a derrogação prevista no artigo 101.º, n.º 3, do Tratado, cabe-lhe provar que estão preenchidas as condições desse número. Estas regras são aplicáveis tanto à aplicação pública como às ações de indemnização por danos causados por uma violação dos artigos 101.º e 102.º do Tratado.
 - O artigo 15.º, n.º 1, prevê que nos processos relativos à aplicação dos artigos 101.º ou 102.º do Tratado, os tribunais nacionais podem solicitar à Comissão que lhes sejam enviadas informações na posse desta. A Comunicação da Comissão sobre a cooperação entre a Comissão e os tribunais dos Estados-Membros da UE na aplicação dos artigos 101.º e 102.º do Tratado¹⁶ aprofunda a interpretação e a aplicação prática desta disposição.
 - Segundo o artigo 16.º, n.º 1, quando se pronunciarem sobre acordos, decisões ou práticas ao abrigo dos artigos 101.º ou 102.º do Tratado que já tenham sido objeto de decisão da Comissão, os tribunais nacionais não podem tomar decisões que sejam contrárias à decisão aprovada pela Comissão. Os tribunais nacionais devem 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 suspender a instância no processo pendente.
- O Regulamento n.º 44/2001 do Conselho contém regras relativas à competência judiciária, ao reconhecimento e à aplicação de decisões em matéria civil e comercial¹⁷. Em conformidade com as regras estabelecidas neste regulamento, os

¹³ Resolução do Parlamento Europeu, de 26 de março de 2009, sobre o Livro Branco sobre ações de indemnização por incumprimento das regras comunitárias no domínio antitrust [2008/2154(INI)].

¹⁴ Parecer do Comité Económico e Social Europeu, de 25 de março de 2009, sobre o Livro Branco sobre ações de indemnização por incumprimento das regras comunitárias no domínio antitrust, JO C 228 de 22.9.2009, p. 40.

¹⁵ Ver Resolução do Parlamento Europeu, de 2 de fevereiro de 2012, sobre o relatório anual sobre a política de concorrência da UE (2011/2094(INI)).

¹⁶ JO C 101 de 27.4.2004, p. 54.

¹⁷ Regulamento (CE) n.º 44/2001 do Conselho, de 22 de dezembro de 2000, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial, JO L 12 de 16.1.2001, p. 1. Este regulamento foi recentemente substituído pelo Regulamento (UE) n.º 1215/2012,

tribunais dos Estados-Membros têm competência para apreciar ações de indemnização no domínio da concorrência, sendo as sentenças relativas a tais ações reconhecidas e executadas.

- O Regulamento n.º 1206/2001 do Conselho regula a cooperação entre os tribunais dos diferentes Estados-Membros no domínio da obtenção de provas em matéria civil ou comercial, abrangendo, por conseguinte, as ações de indemnização no domínio antitrust¹⁸.
- O artigo 6.º, n.º 3, do Regulamento n.º 864/2007 do Parlamento Europeu e do Conselho contém regras sobre a lei aplicável às ações de indemnização no domínio antitrust¹⁹.
- O Regulamento (CE) n.º 861/2007 do Parlamento Europeu e do Conselho²⁰ estabelece um processo europeu para ações de pequeno montante, a fim de simplificar e acelerar as ações de pequeno montante nos processos transfronteiras e, assim, reduzir os custos.
- A Diretiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho exige que os Estados-Membros prevejam a possibilidade de recurso à mediação em todos os processos civis e comerciais, incluindo, por conseguinte, as ações de indemnização no domínio antitrust²¹.
- O artigo 15.º, n.º 4, do Regulamento (CE) n.º 773/2004 da Comissão²² determina que os documentos obtidos através do acesso ao processo da Comissão só podem ser utilizados para efeitos de processos judiciais ou administrativos de aplicação dos artigos 101.º e 102.º do Tratado. A Comunicação da Comissão relativa ao acesso ao processo²³ prevê regras mais pormenorizadas no respeitante ao acesso ao processo da Comissão e à utilização desses documentos.
- A Comunicação da Comissão relativa à imunidade em matéria de coimas e à redução do seu montante nos processos relativos a cartéis («Comunicação sobre a clemência»)²⁴ contém regras sobre as condições em que as empresas podem cooperar com a Comissão no âmbito do seu programa de clemência, a fim de obterem imunidade em matéria de coimas ou uma redução do montante da sua coima num processo relativo a cartel. No ponto 33, determina que o acesso às declarações de

de 12 de dezembro de 2012, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial, JO L 351 de 20.12.2012, p. 1, que, na sua maior parte, entrará em vigor em 10 de janeiro de 2015.

¹⁸ Regulamento (CE) n.º 1206/2001 do Conselho, de 28 de maio de 2001, relativo à cooperação entre os tribunais dos Estados-Membros no domínio da obtenção de provas em matéria civil ou comercial, JO L 174 de 27.6.2001, p. 1.

¹⁹ Regulamento (CE) n.º 864/2007 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de julho de 2007, relativo à lei aplicável às obrigações extracontratuais (Roma II), JO L 199 de 31.7.2007, p. 40.

²⁰ Regulamento (CE) n.º 861/2007 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de julho de 2007, que estabelece um processo europeu para ações de pequeno montante, JO L 199 de 31.7.2007, p. 1.

²¹ Diretiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de maio de 2008, relativa a certos aspetos da mediação em matéria civil e comercial, JO L 136 de 24.5.2008, p. 3.

²² Regulamento (CE) n.º 773/2004 da Comissão, de 7 de abril de 2004, relativo à instrução de processos pela Comissão para efeitos dos artigos 81.º e 82.º do Tratado CE, JO L 123 de 27.4.2004, p. 18.

²³ Comunicação da Comissão relativa às regras de acesso ao processo da Comissão nos casos de aplicação dos artigos 81.º e 82.º do Tratado CE, dos artigos 53.º, 54.º e 57.º do Acordo EEE e do Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho, JO C 325 de 22.12.2005, p. 7.

²⁴ Comunicação da Comissão relativa à imunidade em matéria de coimas e à redução do seu montante nos processos relativos a cartéis, JO C 298 de 8.12.2006, p. 17.

empresa só é concedido aos destinatários de uma comunicação de objeções, desde que – juntamente com os consultores jurídicos que obtêm o acesso em seu nome - não copiem mecânica ou eletronicamente qualquer informação incluída na declaração de empresa e que as informações assim obtidas sejam utilizadas exclusivamente para os efeitos mencionados na Comunicação sobre a clemência. As outras partes, como os autores de uma denúncia, não têm acesso às declarações de empresa. Esta proteção específica da declaração de empresa não se justifica quando o requerente divulga o seu teor a terceiros. Além disso, a Comunicação da Comissão relativa à condução de procedimentos de transação para efeitos da adoção de decisões nos termos do artigo 7.º e do artigo 23.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho nos processos relativos a cartéis («Comunicação sobre a transação»)²⁵ estabelece o quadro que permite recompensar a cooperação com a Comissão na instrução dos processos de aplicação do artigo 101.º do Tratado relativos a casos de cartéis («procedimento de transação»). O seu ponto 39 contém regras sobre a divulgação das propostas de transação aos tribunais nacionais.

2. RESULTADOS DA CONSULTA DAS PARTES INTERESSADAS E AVALIAÇÃO DE IMPACTO

2.1. Consulta das partes interessadas

Tanto o Livro Verde de 2005 como o Livro Branco de 2008 desencadearam um amplo debate entre os interessados, tendo a Comissão recebido um grande número de observações²⁶. As consultas públicas revelaram um amplo apoio à abordagem geral da Comissão no sentido de permitir ações de indemnização no domínio antitrust. As respostas dos intervenientes recebidas acolheram favoravelmente o princípio orientador da reparação e a consequente decisão de não propor medidas como ações coletivas à semelhança do que sucede nos EUA, a ampla divulgação pré-contencioso ou indemnizações múltiplas, que teriam primariamente em vista um objetivo de dissuasão. Os obstáculos que impedem uma reparação efetiva das vítimas de infrações às regras de concorrência foram objeto de um vasto consenso. No entanto, foram expressas opiniões discordantes quanto às medidas concretas sugeridas para resolver os problemas.

Em 2011, a Comissão realizou uma consulta pública relativa a uma abordagem europeia coerente sobre a ação coletiva²⁷. Na sequência das respostas dos intervenientes recebidas e da posição do Parlamento Europeu²⁸, a Comissão optou por uma abordagem horizontal nesta matéria, em vez de incluir, na presente proposta, disposições específicas sobre concorrência no âmbito das ações coletivas. A adoção de uma abordagem horizontal permite regras comuns sobre a ação coletiva para todos os domínios políticos em que os danos causados prejudicam frequentemente vários sujeitos, sendo difícil para os consumidores e as PME obterem uma indemnização. Como primeira etapa da abordagem horizontal em matéria de ação coletiva, a Comissão adotou a Comunicação «Rumo a um quadro horizontal europeu para as ações

²⁵ JO 2008/C 167/1.

²⁶ As observações escritas recebidas pela Comissão no decurso da consulta pública podem ser consultadas nos seguintes endereços:
http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/green_paper_comments.html (consulta sobre o Livro Verde) e http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/white_paper_comments.html (consulta sobre o Livro Branco).

²⁷ Ver nota de rodapé 9 *supra*.

²⁸ Ver Resolução do Parlamento Europeu, de 2 de fevereiro de 2012, «Rumo a uma abordagem europeia coerente sobre a ação coletiva» (2011-2089 (INI)):
<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&language=PT&reference=P7-TA-2012-21>.

coletivas»²⁹ e uma Recomendação da Comissão sobre os princípios comuns que devem reger os mecanismos de tutela coletiva inibitórios e indemnizatórios dos Estados-Membros aplicáveis às violações de direitos garantidos pelo direito da União³⁰.

Em 2011, a Comissão lançou igualmente uma consulta pública sobre um projeto de documento de orientação sobre a quantificação dos danos no domínio antitrust³¹. Este documento fornece informações sobre uma série de métodos utilizados para quantificar os danos nas ações de indemnização e explica os pontos fortes e fracos desses métodos. Os intervenientes institucionais e outras partes interessadas acolheram, em geral, favoravelmente a ideia de emitir orientações não vinculativas sobre a quantificação dos danos causados pelas infrações no domínio antitrust³².

2.2. Obtenção e utilização de competências externas

A Comissão encomendou estudos externos para a preparação do Livro Verde de 2005³³, para o Livro Branco de 2008³⁴ e para o projeto de documento de orientação de 2011 sobre a quantificação dos danos no domínio antitrust³⁵.

2.3. Avaliação de impacto

A proposta de diretiva foi precedida de uma avaliação de impacto, que se baseou amplamente nos resultados da avaliação de impacto do Livro Branco. Em especial, não foram reconsideradas determinadas medidas que tinham sido excluídas no Livro Branco devido à sua provável ineficácia ou aos seus custos excessivos.

O relatório sobre a avaliação de impacto³⁶ concentrou-se sobre quatro opções para uma iniciativa de seguimento destinada a otimizar a interação entre a aplicação pública e privada das regras de concorrência da UE e a assegurar um quadro jurídico mais eficaz para as ações de indemnização por infrações às regras de concorrência da UE em toda a Europa. As opções variaram entre nenhuma ação a nível da UE, passando por uma abordagem «não vinculativa» (*soft law*), e duas opções para uma ação juridicamente vinculativa da UE.

A opção preferida - que constitui a base da presente proposta de diretiva - é considerada a forma mais eficiente em termos de custos para realizar os objetivos fixados. Tem devidamente

²⁹ Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões «Rumo a um quadro horizontal europeu para as ações coletivas, COM(2013) 401 final.

³⁰ Recomendação da Comissão sobre os princípios comuns que devem reger os mecanismos de tutela coletiva inibitórios e indemnizatórios dos Estados-Membros aplicáveis às violações de direitos garantidos pelo direito da União, C(2013) 3539 final.

³¹ Consulta pública sobre um projeto de documento de orientação – *Quantifying harm in actions for damages based on breaches of Article 101 or 102 of the Treaty* (Quantificação dos danos nas ações de indemnização com base em violações dos artigos 101.º ou 102.º do Tratado), disponível em: http://ec.europa.eu/competition/consultations/2011_actions_damages/index_en.html.

³² As observações recebidas no âmbito da consulta pública estão disponíveis em: http://ec.europa.eu/competition/consultations/2011_actions_damages/index_en.html#contributions.

³³ «Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules», disponível no seguinte endereço: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/study.html>.

³⁴ «Making antitrust damages actions more effective in the EU: welfare impact and potential scenarios», disponível no seguinte endereço: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/files_white_paper/impact_study.pdf.

³⁵ «Quantifying antitrust damages - Towards non-binding guidance for courts», disponível em: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_study.pdf.

³⁶ Documento de trabalho dos serviços da Comissão, Relatório de avaliação de impacto, Ações de indemnização por violação das regras da UE no domínio antitrust, Estrasburgo, 11.6.2013, SWD(2013) 203 final.

em conta as principais observações recebidas durante as consultas públicas efetuadas nos últimos oito anos e a evolução mais recente da legislação e da jurisprudência a nível nacional e da UE.

3. ELEMENTOS JURÍDICOS DA PROPOSTA

3.1. Base jurídica da proposta

A escolha de uma base jurídica para uma medida europeia deve basear-se em fatores objetivos suscetíveis de controlo jurisdicional, nomeadamente o objetivo e o conteúdo da medida. A atual proposta baseia-se nos artigos 103.º e 114.º do Tratado, porque visa dois objetivos igualmente importantes e indissociavelmente ligados, nomeadamente a) aplicar os princípios constantes dos artigos 101.º e 102.º do Tratado e b) assegurar condições mais equitativas para as empresas que operam no mercado interno e facilitar aos cidadãos e às empresas o exercício dos direitos que derivam do mercado interno.

No que se refere ao primeiro objetivo, o Tribunal clarificou que a plena eficácia das regras de concorrência da UE e, em especial, o efeito prático das proibições nelas contidas ficariam ameaçados se não fosse dada a todas as pessoas a possibilidade de pedir uma indemnização por perdas que lhe foram causadas por um contrato ou comportamento suscetível de restringir ou falsear a concorrência. Considerou que as ações de indemnização reforçam o funcionamento das regras de concorrência da União Europeia, podendo, desse modo, contribuir significativamente para manter uma concorrência efetiva na UE³⁷. Ao procurar melhorar as condições em que as partes lesadas podem pedir indemnizações e otimizar a interação entre a aplicação pública e privada dos artigos 101.º e 102.º do TFUE, a presente proposta aplica claramente essas disposições. Isso significa que a proposta de diretiva se deve basear no artigo 103.º do Tratado.

No entanto, essa base jurídica, só por si, não é suficiente, visto que tanto o objetivo como o conteúdo da proposta de diretiva transcendem essa base jurídica. Com efeito, o objetivo da proposta de diretiva é mais vasto do que a aplicação dos artigos 101.º e 102.º do TFUE. A atual divergência das regras nacionais que regem as ações de indemnização por infrações às regras de concorrência da UE, incluindo a interação de tais ações com a aplicação pública dessas regras, criou uma acentuada desigualdade de condições no mercado interno. Estas diferenças acentuadas já foram descritas num estudo comparativo de 2004³⁸, bem como no Livro Branco de 2008 e na avaliação de impacto que o acompanha. Desde então, essas diferenças têm vindo a acentuar-se devido à evolução divergente da legislação e da jurisprudência em apenas um número limitado de Estados-Membros.

As diferentes regras nacionais aplicáveis ao acesso aos elementos de prova constituem um exemplo de divergência. Com exceção de alguns Estados-Membros, a ausência de regras adequadas sobre a divulgação de documentos nos processos num tribunal nacional significa que as vítimas de uma infração ao direito da concorrência, que procuram obter uma reparação pelos danos sofridos, não têm um acesso efetivo aos elementos de prova. Outros exemplos referem-se às regras nacionais em matéria de repercussão dos sobrecustos (onde as diferenças existentes têm grandes implicações no que toca à capacidade de os adquirentes diretos/indiretos pedirem efetivamente uma indemnização e, por outro lado, às probabilidades de o demandado evitar a reparação pelos danos causados), ao valor probatório das decisões das ANC em subsequentes ações de indemnização e às regras nacionais relevantes para a

³⁷ Ver nota de rodapé 5 *supra*.

³⁸ Ver nota de rodapé 33 *supra*.

quantificação dos danos no domínio antitrust (por exemplo, a existência de uma presunção de dano).

Devido a esta acentuada diversidade das legislações nacionais, as regras aplicáveis nalguns Estados-Membros são consideradas pelos demandantes como muito mais adequadas para intentar uma ação de indemnização no domínio antitrust nesses Estados-Membros do que noutros. Estas diferenças dão origem a desigualdades e incerteza no que respeita às condições em que as partes lesadas, tanto cidadãos como empresas, podem exercer o direito à reparação que derivam do Tratado, e afetam a efetividade desse direito. Com efeito, nos casos em que as regras de competência permitem a um demandante intentar a sua ação num desses Estados-Membros «favoráveis» e em que esse demandante tem os recursos e incentivos necessários para o fazer, é muito mais provável que exerça efetivamente o seu direito à reparação garantido pelo direito da UE do que no caso contrário. Uma vez que as partes lesadas com ações de pequeno montante e/ou menos recursos tendem a escolher a jurisdição do seu Estado-Membro de estabelecimento para pedir uma indemnização (uma das razões é, nomeadamente, o facto de os consumidores e as pequenas empresas, em particular, não terem a capacidade de escolher uma jurisdição mais favorável), as discrepâncias entre as regras nacionais podem dar origem a uma desigualdade de condições no que se refere às ações de indemnização e afetar, assim, a concorrência nos mercados em que as partes lesadas operam.

De igual modo, estas diferenças acentuadas significam que as empresas estabelecidas e a operar em vários Estados-Membros estão expostas a um risco significativamente diferente em matéria de responsabilidade pelas infrações ao direito da concorrência. Esta aplicação desigual do direito da UE em matéria de reparação pode dar azo a uma vantagem competitiva para as empresas que violaram os artigos 101.º ou 102.º do Tratado, mas que não têm a sua sede ou exercem atividades num desses Estados-Membros «favoráveis». Inversamente, uma aplicação desigual constitui um desincentivo para o exercício dos direitos de estabelecimento e de fornecimento de bens e serviços nos Estados-Membros onde o direito à reparação é aplicado com mais eficácia. As diferenças entre os regimes de responsabilidade podem, assim, afetar negativamente a concorrência e correm o risco de distorcer apreciavelmente o bom funcionamento do mercado interno.

Para assegurar condições mais equitativas para as empresas que operam no mercado interno e melhorar as condições para as partes lesadas exercerem os direitos que derivam do mercado interno, convém, por conseguinte, aumentar a segurança jurídica e reduzir as diferenças entre os Estados-Membros no tocante às regras que regem as ações de indemnização no domínio antitrust.

A aproximação das regras nacionais que a proposta de diretiva procura alcançar não se limita às ações de indemnização por violações das regras de concorrência da UE, mas incide também sobre as regras nacionais de concorrência quando aplicadas em paralelo. Em particular, quando uma infração com efeito sobre o comércio entre os Estados-Membros também viola o direito nacional da concorrência, as ações de indemnização nele baseadas devem cumprir as mesmas normas estabelecidas para as violações do direito da concorrência da UE.

A aproximação das regras substantivas e processuais nacionais, com o objetivo de atingir uma concorrência não falseada no mercado interno e de permitir aos cidadãos e às empresas o pleno exercício dos direitos e liberdades que delas derivam, não é meramente acessória do objetivo de assegurar a aplicação efetiva das regras de concorrência da UE. Esta conclusão resulta não apenas dos objetivos, mas também das disposições específicas da proposta de diretiva. O conteúdo da proposta de diretiva não pode ser plenamente abrangido pelo artigo 103.º do Tratado, uma vez que altera igualmente as regras nacionais aplicáveis no que

respeita ao direito de exigir uma indemnização em caso de infrações ao direito nacional da concorrência, mesmo que seja apenas no que se refere ao comportamento anticoncorrencial com efeito no comércio entre os Estados-Membros e ao qual, por conseguinte, se aplica igualmente o direito da concorrência da UE³⁹. Daí resulta que o âmbito de aplicação da proposta de diretiva, decorrente não só dos objetivos mas também do conteúdo do instrumento, vai além da aplicação dos artigos 101.º e 102.º do Tratado, pelo que a proposta de diretiva se deve também basear no artigo 114.º do TFUE.

Estes objetivos interdependentes, embora distintos, da proposta de diretiva, não podem ser prosseguidos separadamente, através da adoção de dois instrumentos diferentes. Por exemplo, não é exequível dividir a proposta de diretiva num primeiro instrumento, baseado no artigo 103.º do TFUE, que aproxima as regras nacionais em matéria de ações de indemnização por violações dos artigos 101.º e 102.º do TFUE, e num segundo instrumento, baseado no artigo 114.º do TFUE, que exige dos Estados-Membros que apliquem as mesmas regras substantivas e processuais às ações de indemnização por violações do direito nacional da concorrência. Esta opção não é possível por razões substantivas e processuais.

De um ponto de vista substantivo, a ligação indissociável entre os dois objetivos independentes sustenta as medidas concretas para os realizar. Por exemplo, as exceções à divulgação e as limitações de responsabilidade aplicam plenamente os artigos 101.º e 102.º, mesmo nos pedidos de indemnização com base em violações do direito nacional da concorrência, quando este último tiver sido aplicado em paralelo com as disposições do Tratado. Além disso, devido à necessidade de segurança jurídica e de condições equitativas no mercado interno, as mesmas regras devem aplicar-se às violações das regras de concorrência da UE e do direito nacional da concorrência (quando são aplicadas em paralelo com as regras da UE). De um ponto de vista processual, e para evitar comprometer o equilíbrio institucional a nível do legislador da UE, o único meio para alcançar regras uniformes nas duas situações é adotar um único instrumento jurídico no mesmo procedimento.

Por estas razões, o conteúdo da iniciativa não é dividido em instrumentos separados, mas abordado conjuntamente na proposta de diretiva, que, portanto, se deve basear nos artigos 103.º e 114.º do Tratado.

3.2. Princípio da subsidiariedade (artigo 5.º, n.º 3, do Tratado da União Europeia)

A proposta de diretiva está em sintonia com o princípio da subsidiariedade, uma vez que os seus objetivos não podem ser suficientemente realizados pelos Estados-Membros, e que existe uma clara necessidade de, e valor para, uma ação da UE. Um ato juridicamente vinculativo a nível da UE assegurará melhor a plena aplicação dos artigos 101.º e 102.º do Tratado através de normas comuns que permitem ações de indemnização efetivas em toda a UE e o estabelecimento de condições mais equitativas no mercado interno.

Mais especificamente, pode-se considerar que a proposta de diretiva respeita o princípio da subsidiariedade pelas seguintes razões:

- Existe um risco considerável de a aplicação pública efetiva pela Comissão e as ANC ser prejudicada, na ausência de uma regulação a nível da UE da interação entre a aplicação pública e privada e, em particular, de uma regra comum europeia no que respeita à disponibilidade, para efeitos de uma ação de indemnização, das informações que figuram no processo de uma autoridade da concorrência. Este aspeto pode ser ilustrado muito claramente no caso das informações facultadas voluntariamente pelas empresas às autoridades da concorrência no âmbito do seu

³⁹ Ver também a secção 4.1 *infra*.

programa de clemência. A imprevisibilidade decorrente do facto de cada tribunal nacional ter de decidir, numa base *ad hoc* e de acordo com as regras nacionais aplicáveis, se deve ou não conceder o acesso a essas informações relacionadas com a clemência, não pode ser adequadamente resolvida por uma legislação nacional potencialmente divergente. Com efeito, na medida em que a Comissão e as ANC podem trocar informações no âmbito da rede europeia da concorrência (REC), os potenciais requerentes de clemência irão provavelmente considerar a legislação nacional que oferece o nível mais baixo de proteção (por receio de o seu caso poder, no fim, ser submetido a essa ANC). O nível aparente de proteção das informações relacionadas com a clemência será, assim, determinado pela legislação nacional que oferecer o nível mais baixo de proteção, em detrimento das regras aplicáveis noutros Estados-Membros. Por conseguinte, é necessário estabelecer uma norma comum para todos os Estados-Membros no que respeita à interação entre a aplicação pública e privada, o que só é possível a nível da União Europeia.

- A experiência mostra que, na ausência de legislação da UE, a maioria dos Estados-Membros não prevê, por sua própria iniciativa, um quadro efetivo para a reparação das vítimas de infrações aos artigos 101.º e 102.º do Tratado, como requerido repetidamente pelo Tribunal de Justiça. Desde a publicação do Livro Verde e do Livro Branco da Comissão, apenas um número reduzido de Estados-Membros adotou uma legislação destinada a permitir ações de indemnização no domínio antitrust; e mesmo esta limita-se geralmente a questões específicas, não abrangendo toda a série de medidas previstas pela presente proposta. Não obstante o número reduzido de medidas tomadas por alguns Estados-Membros, continua a haver, assim, uma falta de reparação efetiva das vítimas de infrações às regras da UE no domínio antitrust. Apenas incentivos adicionais a nível europeu poderão criar um quadro jurídico que permita uma reparação efetiva e garanta o direito à proteção judicial efetiva, tal como previsto no artigo 47.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.
- Existe atualmente uma disparidade significativa entre os Estados-Membros no tocante ao nível de proteção judicial dos direitos individuais garantidos pelo Tratado, o que pode causar distorções em matéria de concorrência e do bom funcionamento do mercado interno. O resultado é uma evidente disparidade inclusive no conteúdo do direito à indemnização garantido pelo direito da UE. Mais especificamente, um pedido de indemnização ao abrigo da legislação de um Estado-Membro pode conduzir à plena recuperação das perdas sofridas pelo demandante, enquanto um pedido de indemnização por uma infração idêntica noutro Estado-Membro pode levar a uma reparação significativamente inferior ou mesmo a nenhuma reparação. Esta desigualdade aumenta se - como é atualmente o caso - apenas alguns Estados-Membros melhorarem as condições em que as vítimas de infrações ao direito da concorrência podem pedir uma reparação pelos danos sofridos. A dimensão transnacional dos artigos 101.º e 102.º do Tratado e a sua relação intrínseca com o funcionamento do mercado interno justificam medidas a nível da UE.

3.3. Princípio da proporcionalidade (artigo 5.º, n.º 4, do Tratado da União Europeia)

Em termos de proporcionalidade, a proposta de diretiva não vai além do que é necessário para alcançar efetivamente os seus objetivos, nomeadamente garantir a proteção efetiva da aplicação pública do direito da concorrência em toda a União Europeia e garantir às vítimas de infrações ao direito da concorrência o acesso a um mecanismo verdadeiramente eficaz para obter uma reparação integral pelos danos sofridos, protegendo simultaneamente os legítimos interesses dos demandados e terceiros.

No âmbito da proposta de diretiva, esses objetivos são também realizados ao mais baixo custo possível. Os potenciais custos para os cidadãos e as empresas são proporcionais aos objetivos estabelecidos. Um primeiro passo nessa direção foi efetuado com o Livro Branco mediante a exclusão de medidas mais radicais (por exemplo, indemnizações múltiplas, ações coletivas com opção de não participação (*opt-out class actions*) e regras de grande alcance em matéria de divulgação). Os esforços para encontrar este equilíbrio foram geralmente bem acolhidos durante as consultas públicas. As salvaguardas incorporadas na proposta de diretiva reforçam ainda mais este equilíbrio, reduzindo os potenciais custos (nomeadamente os custos de contencioso), sem comprometer o direito à reparação. Além disso, certas medidas propostas no Livro Branco, como a ação coletiva e as regras em matéria de requisito de culpa, não foram tidas em conta para efeitos da presente proposta. Por último, a escolha de uma diretiva enquanto instrumento adequado está em sintonia com o princípio segundo o qual a intervenção deve ser tão reduzida quanto possível, desde que os objetivos sejam realizados.

3.4. Uma diretiva enquanto instrumento juridicamente vinculativo mais adequado

A melhor maneira de realizar os objetivos da presente proposta é através de uma diretiva. Trata-se do instrumento jurídico mais adequado para assegurar a eficácia das medidas e facilitar uma integração harmoniosa nos sistemas jurídicos dos Estados-Membros:

- Uma diretiva exige que os Estados-Membros alcancem os objetivos e introduzam as medidas nos seus sistemas legislativos materiais e processuais. Esta abordagem dá aos Estados-Membros mais liberdade para implementarem uma medida da UE do que um regulamento, pelo facto de os Estados-Membros poderem escolher os meios mais adequados para implementar as medidas previstas na diretiva. Esta solução permite aos Estados-Membros assegurar a coerência destas novas regras com o seu quadro jurídico substantivo e processual.
- Além disso, uma diretiva constitui um instrumento mais flexível para introduzir regras comuns em domínios do direito nacional que são essenciais para o funcionamento do mercado interno e para a eficácia das ações de indemnização, e para assegurar garantias adequadas em toda a União Europeia, deixando ao mesmo tempo espaço a cada Estado-Membro para ir mais além, se assim o entender.
- Por último, uma diretiva evita uma ação desnecessária sempre que as disposições nacionais já estejam em conformidade com as medidas propostas.

4. EXPLICAÇÃO PORMENORIZADA DA PROPOSTA

4.1. Objeto, âmbito e definições (capítulo I: artigos 1.º - 4.º)

A proposta de diretiva procura melhorar as condições em que a reparação pode ser obtida para danos causados por a) infrações às regras de concorrência da UE e b) infrações às disposições do direito nacional da concorrência, sempre que sejam aplicadas por uma autoridade nacional da concorrência ou um tribunal nacional no mesmo processo, em paralelo com as regras de concorrência da UE. Essa aplicação paralela tem por base a forma como o Regulamento n.º 1/2003 regula a relação entre os artigos 101.º e 102.º do Tratado e as legislações nacionais em matéria de concorrência. Segundo o Regulamento n.º 1/2003, sempre que apliquem a legislação nacional da concorrência a acordos na aceção do artigo 101.º, suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-Membros, as autoridades nacionais da concorrência ou os tribunais nacionais devem aplicar igualmente o artigo 101.º Do mesmo modo, sempre que apliquem o direito nacional da concorrência a qualquer abuso proibido pelo artigo 102.º,

devem aplicar igualmente o artigo 102.^{o40}. Nos casos em que é exigida uma reparação pela violação tanto do direito da concorrência da UE como nacional, convém aplicar as mesmas regras substantivas e processuais a essas ações de indemnização. A aplicação de regras divergentes em matéria de responsabilidade civil para uma única instância específica de comportamento anticoncorrencial não só tornaria inviável para os juizes a tramitação do processo, como também implicaria incerteza jurídica para todas as partes envolvidas e poderia conduzir a resultados contraditórios, consoante o tribunal nacional considerasse o caso como uma infração ao direito da concorrência da UE ou nacional, impedindo, assim, a aplicação efetiva dessas regras. A proposta de diretiva refere-se, portanto, a ações de indemnização por «infrações ao direito da concorrência nacional ou da UE» ou conjuntamente a «infrações do direito da concorrência», sendo, neste contexto, «o direito nacional da concorrência» definido de forma restrita, a fim de cobrir apenas os casos em que é aplicado em paralelo com o direito da concorrência da UE.

A proposta de diretiva estabelece regras para i) assegurar que qualquer pessoa singular ou coletiva lesada por infrações às regras da concorrência beneficia de uma proteção equivalente em toda a União e pode exercer efetivamente o seu direito da UE à reparação integral através de ações de indemnização nos tribunais nacionais; e ii) otimizar a interação entre tais ações de indemnização e a aplicação pública das regras da concorrência.

O artigo 2.º invoca o acervo comunitário sobre o direito da UE à reparação integral. A proposta de diretiva assume uma abordagem de reparação: o seu objetivo é permitir às pessoas que sofreram danos causados por uma infração às regras da concorrência obter reparação desses danos da ou das empresas que infringiram a lei.

O artigo 2.º invoca o acervo comunitário sobre a legitimidade para agir e sobre a definição do dano a reparar. A noção de dano emergente incluída nesta disposição decorre da jurisprudência do Tribunal de Justiça e não exclui qualquer tipo de dano (material ou imaterial) que possa ter sido causado por uma infração às regras da concorrência.

O artigo 3.º invoca os princípios de eficácia e de equivalência, que devem ser respeitados pelas regras e procedimentos nacionais relacionados com as ações de indemnização.

4.2. Divulgação dos elementos de prova (capítulo II: artigos 5.º - 8.º)

A constatação de uma infração às regras da concorrência, a quantificação dos danos no domínio antitrust e o estabelecimento do nexo de causalidade entre a infração e os danos sofridos requerem geralmente uma análise factual e económica complexa. Muitos dos elementos de prova relevantes de que o demandante terá necessidade para instruir a prova do seu processo estão na posse do demandado ou de terceiros e frequentemente não são suficientemente conhecidos nem acessíveis aos autores do pedido de indemnização («assimetria da informação»). É amplamente reconhecido que a dificuldade de o demandante obter todas as provas necessárias constitui, em muitos Estados-Membros, um dos principais obstáculos às ações de indemnização nos casos de concorrência. Na medida em que o ónus da prova recai sobre a (alegada) empresa infratora⁴¹, esta também poderá ter necessidade de acesso aos elementos de prova na posse do demandante e/ou de terceiros. A oportunidade para solicitar ao juiz a possibilidade de ordenar a divulgação de informações está, por conseguinte, disponível para ambas as partes no processo.

⁴⁰ Artigo 3.º, n.º 1, do Regulamento n.º 1/2003.

⁴¹ Por exemplo, no que respeita à defesa baseada na repercussão dos sobrecustos, ver secção 4.4 *infra*.

O regime de divulgação na proposta de diretiva baseia-se na abordagem adotada na diretiva 2004/48/CE relativa ao respeito dos direitos de propriedade intelectual⁴². O seu objetivo é assegurar que em todos os Estados-Membros existe um nível mínimo de acesso efetivo aos elementos de prova necessários para os demandantes e/ou demandados instruírem a prova das suas ações de indemnização no domínio antitrust e/ou para uma defesa relacionada. Simultaneamente, a proposta de diretiva evita fixar obrigações de divulgação excessivamente amplas e dispendiosas, que criariam encargos excessivos para as partes envolvidas e o risco de abusos. A Comissão procurou igualmente assegurar que a proposta seja compatível com os diferentes ordenamentos jurídicos dos Estados-Membros. Para esse efeito, a proposta segue a tradição da grande maioria dos Estados-Membros, atribuindo uma função central ao tribunal onde é intentada a ação de indemnização: a divulgação das provas detidas pela parte contrária ou por terceiros só pode ser ordenada pelo juiz e está sujeita a um controlo judicial rigoroso e ativo no que se refere à sua necessidade, âmbito e proporcionalidade.

Os tribunais nacionais devem dispor de medidas eficazes para proteger quaisquer segredos comerciais ou outras informações confidenciais divulgadas durante o processo. Além disso, a divulgação não deve ser autorizada quando for contrária a certos direitos e obrigações tais como a obrigação de sigilo profissional. Os tribunais também devem poder impor sanções suficientemente dissuasoras, a fim de evitar a destruição de provas relevantes ou a recusa de cumprir uma ordem de divulgação.

Para evitar que a divulgação dos elementos de prova comprometa a aplicação pública das regras da concorrência por uma autoridade da concorrência, a proposta de diretiva também estabelece limites comuns a nível da UE no que respeita à divulgação dos elementos de prova constantes do processo de uma autoridade da concorrência:

- (a) Em primeiro lugar, prevê uma proteção absoluta para dois tipos de documentos que são considerados cruciais para a eficácia das ferramentas de aplicação pública. Os documentos referidos são as declarações de empresa no âmbito de um programa de clemência e as propostas de transação. A divulgação desses documentos corre o risco de afetar seriamente a eficácia do programa de clemência e os procedimentos de transação. Nos termos da proposta de diretiva, um tribunal nacional nunca pode ordenar a divulgação de tais documentos no âmbito de uma ação de indemnização.
- (b) Em segundo lugar, prevê uma proteção temporária para os documentos que as partes tenham preparado especificamente para efeitos de um processo de aplicação pública (por exemplo, as respostas das partes aos pedidos de informação da autoridade) ou que a autoridade da concorrência tenha elaborado no decurso do seu processo (por exemplo, uma comunicação de objeções). Esses documentos só podem ser divulgados para efeitos de uma ação de indemnização no domínio antitrust depois de a autoridade da concorrência ter encerrado o seu processo.
- (c) Para além de limitar a capacidade de o tribunal ordenar a divulgação, as medidas cautelares *supra* devem igualmente ser aplicadas se e quando os documentos protegidos foram obtidos no contexto de um processo de aplicação pública (por exemplo, no exercício do direito de defesa de uma das partes). Por conseguinte, sempre que uma das partes na ação de indemnização tenha obtido esses documentos do processo de uma autoridade da concorrência, tais documentos não são admissíveis como elementos de prova numa ação de indemnização [documentos da categoria a)

⁴² Diretiva 2004/48/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de abril de 2004, relativa ao respeito dos direitos de propriedade intelectual, JO L 157 de 30.4.2004, p. 45.

supra] ou só são admissíveis quando a autoridade tiver encerrado o seu processo (documentos da categoria b) *supra*].

- (d) Os documentos não abrangidos pelas categorias atrás referidas podem ser divulgados por ordem judicial em qualquer momento. No entanto, ao fazê-lo, os tribunais nacionais devem abster-se de ordenar a divulgação de elementos de prova por referência a informações fornecidas a uma autoridade da concorrência para efeitos do processo⁴³. Enquanto decorrer a investigação, tal divulgação poderia comprometer o processo de aplicação pública, uma vez que revelaria as informações que figuram no processo de uma autoridade da concorrência e poderia, assim, ser utilizada para desvendar a estratégia de investigação da autoridade. No entanto, a seleção de documentos preexistentes que são apresentados a uma autoridade da concorrência para efeitos do processo é, em si, relevante, uma vez que as empresas são convidadas a fornecer elementos de prova muito precisos com vista à sua cooperação. Os pedidos de divulgação que identificam uma categoria de documentos por referência à sua presença no processo de uma autoridade da concorrência e não pelo seu tipo, natureza ou objeto (por exemplo, pedidos de todos os documentos no processo de uma autoridade da concorrência ou de todos os documentos apresentados por uma parte) podem impedir a vontade de as empresas apresentarem tais elementos de prova de forma exaustiva ou seletiva aquando da cooperação com as autoridades da concorrência. Por conseguinte, tais pedidos de divulgação global de documentos devem ser normalmente considerados pelo Tribunal como desproporcionados e não conformes com o dever de a parte requerente especificar as categorias de elementos de prova de uma forma tão precisa e restritiva quanto possível.
- (e) Por último, para evitar que os documentos obtidos mediante o acesso ao processo de uma autoridade da concorrência se tornem objeto de transações comerciais, apenas a pessoa que obteve o acesso ao processo (ou o seu sucessor legal nos direitos relacionados com o pedido de indemnização) deve poder utilizar esses documentos como elemento de prova numa ação de indemnização.

Para assegurar a coerência das regras sobre a divulgação e a utilização de certos documentos do processo de uma autoridade da concorrência, é igualmente necessário alterar as regras existentes sobre a instrução de processos pela Comissão, estabelecidas no Regulamento n.º 773/2004 da Comissão⁴⁴, nomeadamente no que respeita ao acesso ao processo da Comissão e à utilização de documentos obtidos a partir do mesmo, e às notas explicativas publicadas pela Comissão⁴⁵. A Comissão tenciona proceder a essas alterações, logo que a presente diretiva seja adotada pelo Parlamento Europeu e o Conselho.

⁴³ Obviamente, a mesma limitação aplica-se quando os tribunais nacionais ordenam a divulgação de documentos da categoria b), logo que uma autoridade da concorrência tenha encerrado o seu processo.

⁴⁴ Regulamento (CE) n.º 773/2004 da Comissão, de 7 de abril de 2004, relativo à instrução de processos pela Comissão para efeitos dos artigos 81.º e 82.º do Tratado CE, JO L 123 de 27.4.2004, p. 18.

⁴⁵ Comunicação da Comissão sobre a cooperação entre a Comissão e os tribunais dos Estados-Membros da UE na aplicação dos artigos 81.º e 82.º do Tratado CE, JO C 101 de 27.4.2004, p. 54; Comunicação da Comissão relativa às regras de acesso ao processo da Comissão nos casos de aplicação dos artigos 81.º e 82.º do Tratado CE, dos artigos 53.º, 54.º e 57.º do Acordo EEE e do Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho, JO C 325 de 22.12.2005, p. 7 e Comunicação da Comissão relativa à condução de procedimentos de transação para efeitos da adoção de decisões nos termos do artigo 7.º e do artigo 23.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho nos processos de cartéis, JO C 167 de 2.7.2008, p. 1.

4.3. Efeito das decisões nacionais, prazos de prescrição e responsabilidade solidária (capítulo III: artigos 9.º - 11.º)

4.3.1. Efeito probatório das decisões nacionais

De acordo com o artigo 16.º, n.º 1, do Regulamento n.º 1/2003, uma decisão da Comissão relativa ao processo nos termos do artigo 101.º ou 102.º do Tratado tem um efeito probatório nas ações de indemnização subsequentes, uma vez que um tribunal nacional não pode tomar uma decisão contrária a essa decisão da Comissão⁴⁶. É conveniente atribuir um efeito semelhante às decisões de infração definitivas tomadas pelas autoridades nacionais da concorrência (ou por um tribunal nacional de recurso) que constatarem a infração. Se já tiver sido proferida uma decisão de infração e se tiver tornado definitiva, a possibilidade de a empresa infratora voltar a dar início a um processo relativo às mesmas questões em ações de indemnização subsequentes seria contraproducente, causaria incerteza jurídica e conduziria a custos desnecessários para todas as partes envolvidas e para o poder judiciário.

O efeito probatório proposto das decisões de infração definitivas das autoridades nacionais da concorrência não implica qualquer diminuição da proteção jurídica das empresas em causa, uma vez que as decisões de infração tomadas pelas autoridades nacionais da concorrência estão sujeitas ainda ao controlo jurisdicional. Além disso, em toda a UE, as empresas beneficiam de um nível comparável de proteção dos seus direitos de defesa, tal como consagrado no artigo 48.º, n.º 2, da Carta dos Direitos Fundamentais da UE. Por último, os direitos e as obrigações dos tribunais nacionais decorrentes do artigo 267.º do Tratado CE não são alterados por esta regra.

4.3.2. Prazos de prescrição

A fim de dar às vítimas de infrações ao direito da concorrência uma oportunidade razoável de intentar uma ação de indemnização, assegurando ao mesmo tempo um nível adequado de segurança jurídica para todas as partes envolvidas, a Comissão propõe que as disposições nacionais em matéria de prazos de prescrição aplicáveis às ações de indemnização:

- concedam às vítimas tempo suficiente (pelo menos cinco anos) para intentarem uma ação depois de terem tomado conhecimento da infração, do dano causado e da identidade do infrator;
- impeçam que o prazo de prescrição comece a correr antes do dia em que cessa uma infração continuada ou repetida; e
- no caso de uma autoridade da concorrência dar início a um processo no que respeita a uma infração suspeita, o prazo de prescrição para intentar uma ação de indemnização relacionada com essa infração seja suspenso até, pelo menos, um ano após a decisão se tornar definitiva ou o processo ser de outro modo encerrado.

4.3.3. Responsabilidade solidária

Sempre que várias empresas infringirem conjuntamente as regras da concorrência – o que é típico no caso de um cartel –, convém que sejam solidariamente responsáveis pela totalidade dos danos causados pela infração. Embora se baseie nessa regra geral, a proposta de diretiva introduz algumas alterações no que respeita ao regime de responsabilidade dos beneficiários de imunidade. O objetivo dessas alterações é salvaguardar a atratividade dos programas de clemência da Comissão e das ANC, que constituem instrumentos essenciais para detetar

⁴⁶ Processo C-199/11, *Comunidade Europeia/Otis NV e outros*, Coletânea 2012, p. I-0000.

cartéis e, desse modo, são de importância crucial para a aplicação pública efetiva das regras da concorrência.

Com efeito, uma vez que os beneficiários de clemência são menos suscetíveis de recorrer de uma decisão de infração, esta decisão torna-se muitas vezes definitiva para eles antes de o ser para outros membros do mesmo cartel. Tal pode tornar os beneficiários de clemência no primeiro alvo de uma ação de indemnização. Para limitar as consequências desvantajosas dessa exposição, sem limitar indevidamente as possibilidades de as partes lesadas obterem uma reparação integral pelos danos sofridos, propõe-se limitar a responsabilidade do beneficiário de imunidade, bem como a sua contribuição devida aos coinfratores no âmbito da responsabilidade solidária, aos danos que causou aos seus próprios adquirentes diretos ou indiretos ou, no caso de um cartel de compradores, aos seus fornecedores diretos ou indiretos. Sempre que um cartel apenas tenha causado danos a outros que não os clientes/fornecedores das empresas infratoras, o beneficiário de imunidade seria responsável apenas pela sua parte nos danos causados pelo cartel. A forma como essa parte é determinada (por exemplo, volume de negócios, quota de mercado, papel desempenhado no cartel, etc.) é deixada ao critério dos Estados-Membros, desde que os princípios de eficácia e de equivalência sejam respeitados.

A proteção dos beneficiários de imunidade não pode, no entanto, interferir com o direito à reparação integral conferido às vítimas pelo direito da UE. A limitação proposta em matéria de responsabilidade do beneficiário de imunidade não pode, por conseguinte, ser absoluta: o beneficiário de imunidade permanece inteiramente responsável como um devedor de última instância se as partes lesadas não puderem obter uma reparação integral junto dos outros infratores. Para garantir o efeito útil desta exceção, os Estados-Membros têm de garantir que as partes lesadas podem ainda exigir uma reparação do beneficiário de imunidade no momento em que tomem conhecimento de que não podem obter uma reparação integral dos outros membros do cartel.

4.4. Repercussão dos sobrecustos (capítulo IV: artigos 12.º - 15.º)

As pessoas que sofreram danos causados por uma infração às regras da concorrência têm direito a uma reparação, independentemente de serem adquirentes diretos ou indiretos. As partes lesadas têm direito a uma reparação pelos danos emergentes (danos sob a forma de sobrecustos) e pelos lucros cessantes. Quando uma parte lesada tiver reduzido os seus danos emergentes através da repercussão, total ou em parte, nos seus próprios adquirentes, a perda assim repercutida deixou de constituir danos pelos quais a parte que os repercutiu deve ser indemnizada. No entanto, sempre que uma perda é repercutida, o aumento de preço pelo adquirente direto é suscetível de levar a uma redução do volume de vendas. Estes lucros cessantes, bem como os danos emergentes, que não foram repercutidos (no caso de uma repercussão parcial) permanecem danos no domínio antitrust em relação aos quais a parte lesada pode pedir uma reparação.

Se os danos sofridos o foram em consequência de uma infração relativa a um fornecimento à empresa infratora, a repercussão também pode ocorrer a montante na cadeia de abastecimento. Tal seria o caso, por exemplo, se, em resultado de um cartel de compradores, os fornecedores dos membros do cartel cobrassem preços inferiores, e esses fornecedores, por sua vez, exigissem preços mais baixos dos seus próprios fornecedores.

Para assegurar que apenas os adquirentes diretos e indiretos que sofreram efetivamente um dano sob a forma de sobrecustos podem pedir uma reparação, a proposta de diretiva reconhece explicitamente a possibilidade de a empresa infratora invocar a repercussão dos sobrecustos como meio de defesa.

No entanto, em situações em que os sobrecustos foram repercutidos em pessoas singulares ou coletivas situadas no nível seguinte da cadeia de abastecimento e que estão na impossibilidade jurídica de pedir uma reparação, a repercussão dos sobrecustos não pode ser invocada como meio de defesa. Os adquirentes indiretos podem ver-se na impossibilidade jurídica de pedir uma reparação em virtude das regras nacionais sobre o nexo de causalidade (incluindo as regras em matéria de previsibilidade e afastamento). Seria injustificado permitir a repercussão dos sobrecustos como meio de defesa quando a parte na qual os sobrecustos foram alegadamente repercutidos está na impossibilidade jurídica de pedir uma reparação, pois tal significaria que a empresa infratora é indevidamente liberta da responsabilidade pelos danos que causou. O ónus da prova da repercussão cabe sempre à empresa infratora. Uma ação de indemnização intentada por um adquirente indireto implica uma presunção ilidível segundo a qual, sob certas condições, os sobrecustos foram repercutidos nesse adquirente indireto. No que respeita à repercussão dos sobrecustos, o tribunal nacional deve ter competência para estimar a parte dos sobrecustos repercutida no nível dos adquirentes indiretos no litígio nele pendente. Sempre que as partes lesadas situadas em diferentes níveis da cadeia de abastecimento intentarem ações de indemnização separadas relacionadas com a mesma infração ao direito da concorrência, os tribunais nacionais devem ter em devida conta, na medida do permitido pelo direito nacional ou da União, ações paralelas ou anteriores (ou decisões proferidas em tais ações), a fim de evitar uma reparação insuficiente ou excessiva dos danos causados pela infração e promover a coerência entre as decisões judiciais resultantes de tais processos ligados. As ações pendentes nos tribunais de Estados-Membros diferentes podem ser consideradas conexas na aceção do artigo 30.º do Regulamento n.º 1215/2012⁴⁷, o que significa que são tão ligadas entre si por um nexo tão estreito que há interesse em que sejam instruídas e julgadas simultaneamente para evitar soluções que poderiam ser inconciliáveis se as causas fossem julgadas separadamente. Em consequência, qualquer tribunal que não o tribunal no qual a ação foi apresentada em primeiro lugar pode suspender a instância ou declinar a competência se o tribunal no qual a ação foi apresentada em primeiro lugar for competente para as ações em questão e o seu direito permitir a apensação das ações.

Tanto o Regulamento n.º 1215/2012 como a presente proposta de diretiva procuram, assim, promover a coerência entre as decisões resultantes de ações conexas. Para esse efeito, a proposta de diretiva tem um âmbito de aplicação ainda mais amplo que o Regulamento n.º 1215/2012, na medida em que abrange também a situação das ações de indemnização subsequentes relacionadas com a mesma infração ao direito da concorrência, intentadas por partes lesadas situadas em diferentes níveis da cadeia de abastecimento. Estas ações podem ser intentadas no mesmo tribunal, em diferentes tribunais do mesmo Estado-Membro ou em diferentes órgãos jurisdicionais de diferentes Estados-Membros. Em todos os casos, a proposta de diretiva promove a coerência dos processos e decisões conexas.

4.5. Quantificação dos danos (capítulo V: artigo 16.º)

A prova e a quantificação dos danos no domínio antitrust é, em geral, um processo que exige um intenso apuramento dos factos, podendo requerer a aplicação de modelos económicos complexos. Para ajudar as vítimas de um cartel a quantificar os danos causados pela infração ao direito da concorrência, a presente proposta de diretiva prevê uma presunção ilidível no que respeita à existência de danos resultantes de um cartel. Com base na conclusão de que

⁴⁷ Regulamento (UE) n.º 1215/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2012, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial, JO L 351 de 20.12.2012, p. 1.

mais de 9 em cada 10 cartéis causam de facto sobrecustos ilegais⁴⁸, será menos difícil e menos custoso para as partes lesadas provar que o cartel deu origem a preços praticados superiores aos que vigorariam se o cartel não existisse.

A empresa infratora poderia ilidir essa presunção e utilizar os elementos de prova de que dispõe para provar que o cartel não causou danos. O ónus da prova cabe, assim, à parte que já dispõe dos elementos de prova necessários para instruir essa prova. Os custos de divulgação, que muito provavelmente seriam necessários para as partes lesadas provarem a existência de danos, são, assim, evitados.

Além da presunção referida *supra*, os danos no domínio antitrust são quantificados com base nas regras e procedimentos nacionais. Estes devem, porém, estar em sintonia com os princípios de equivalência e eficácia. De acordo com os últimos, o ónus da prova e o nível de prova não podem tornar o exercício, pela parte lesada, do seu direito a uma indemnização praticamente impossível ou excessivamente difícil. Em termos de quantificação dos danos no domínio antitrust, sempre que a situação real tiver de ser comparada com uma situação hipotética, tal significa que os juízes devem ser capazes de estimar o montante dos danos. Esta situação aumenta a probabilidade de as vítimas obterem efetivamente um montante adequado de reparação pelos danos sofridos.

Para facilitar aos tribunais nacionais a quantificação dos danos, a Comissão fornece igualmente orientações não vinculativas sobre esta matéria na sua Comunicação sobre a quantificação dos danos em ações de indemnização com base em violações dos artigos 101.º ou 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia⁴⁹. A comunicação é acompanhada de um documento de trabalho dos serviços da Comissão sob a forma de um guia prático sobre a quantificação dos danos em ações de indemnização com base em violações do direito de concorrência da UE. Esse guia prático descreve os pontos fortes e fracos dos vários métodos e técnicas disponíveis para quantificar os danos no domínio antitrust. Também apresenta e analisa uma série de exemplos práticos, que ilustram os efeitos típicos que as infrações às regras de concorrência da UE costumam ter e a forma como os métodos e técnicas disponíveis podem ser aplicados na prática.

4.6. Resolução amigável de litígios (capítulo VI: artigos 17.º - 18.º)

Um dos principais objetivos da proposta de diretiva é permitir às vítimas de infrações ao direito da concorrência obterem uma reparação integral pelos danos sofridos. Esse objetivo pode ser alcançado através de uma ação de indemnização no tribunal ou através de uma resolução extrajudicial amigável entre as partes. Para incentivar as partes a resolver amigavelmente os seus litígios, a proposta de diretiva visa otimizar o equilíbrio entre a resolução extrajudicial de litígios e as ações de indemnização.

Contém, portanto, as seguintes disposições:

- i) suspensão dos prazos de prescrição para intentar ações de indemnização enquanto a empresa infratora e a parte lesada estiverem envolvidas numa resolução amigável de litígios;
- ii) suspensão dos processos pendentes enquanto durar a resolução amigável de litígios;

⁴⁸ «Quantifying antitrust damages - Towards non-binding guidance for courts», acessível em: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_study.pdf, p. 91.

⁴⁹ Comunicação da Comissão sobre a quantificação dos danos nas ações de indemnização que tenham por fundamento as infrações aos artigos 101º e 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, C(2013) 3440.

- iii) dedução da parte dos danos imputável ao infrator envolvido na resolução amigável no pedido de indemnização da parte lesada envolvida na resolução amigável. No que respeita ao restante do pedido de indemnização, o infrator envolvido na resolução amigável só poderá ser obrigado a pagar uma indemnização se os coinfratores não envolvidos na resolução amigável não forem capazes de reparar integralmente a parte lesada; e
- iv) as indemnizações pagas no âmbito de resoluções amigáveis devem ser tidas em conta na determinação da contribuição que um infrator envolvido na resolução amigável tem de pagar após uma ordem subsequente de pagamento de uma indemnização. Neste contexto, «contribuição» refere-se à situação em que o infrator envolvido na resolução amigável não era demandado na ação de indemnização, mas é instado, pelos coinfratores a quem foi ordenado o pagamento de uma indemnização, a contribuir, em conformidade com as regras de responsabilidade solidária.

5. INCIDÊNCIA ORÇAMENTAL

A proposta de diretiva não tem qualquer incidência orçamental.

6. INFORMAÇÕES ADICIONAIS

6.1. Revogação da legislação em vigor

A presente proposta não revoga qualquer ato legislativo anterior.

6.2. Reexame

De acordo com o artigo 21.º da proposta de diretiva, a Comissão deve elaborar um relatório para o Parlamento Europeu e o Conselho sobre os seus efeitos, o mais tardar cinco anos após o prazo de transposição para o direito nacional.

Uma vez adotada a proposta de diretiva, a Comissão continuará a monitorizar o quadro jurídico aplicável às ações de indemnização no domínio antitrust nos Estados-Membros, centrando-se primariamente na realização dos dois principais objetivos da proposta de diretiva, ou seja,

- i) otimizar a interação entre a aplicação pública e privada do direito da concorrência; e
- ii) assegurar que as vítimas de infrações às regras de concorrência da UE podem obter uma reparação integral pelos danos sofridos.

A Comissão apreciará se a diretiva permite eliminar as deficiências e obstáculos que impedem a reparação integral das vítimas de infrações no domínio antitrust e se a interação entre a aplicação pública e privada do direito da concorrência funciona sem dificuldades, de modo a garantir a ótima aplicação global do direito da concorrência da UE. Como parte desse processo de monitorização, a Comissão prosseguirá o seu diálogo com todas os intervenientes relevantes.

Por último, será efetuada uma avaliação *ex post* no que respeita à necessidade de novas alterações, logo que as medidas apresentadas pela diretiva sejam plenamente implementadas nos Estados-Membros, ou seja, pelo menos, cinco anos após o prazo para a transposição da diretiva.

6.3. Documentos explicativos

A proposta de diretiva estabelece medidas específicas para aproximar as regras substantivas e processuais nacionais que regem as ações de indemnização por infrações às disposições do direito da concorrência dos Estados-Membros e da União Europeia. São várias as obrigações legais decorrentes da proposta de diretiva. A sua transposição efetiva irá, portanto, requerer alterações específicas e direcionadas nas regras nacionais relevantes. Para que a Comissão monitorize a correta implementação, não é suficiente, por conseguinte, que os Estados-Membros transmitam o texto das disposições de implementação, pois pode ser necessária uma apreciação global do regime resultante no âmbito do direito nacional. Por essas razões, os Estados-Membros devem também transmitir à Comissão documentos explicativos que mostrem as disposições existentes ou novas no âmbito da legislação nacional que irão implementar as medidas individuais previstas na proposta de diretiva.

6.4. Espaço Económico Europeu

A proposta de diretiva refere-se à aplicação efetiva dos artigos 101.º e 102.º do Tratado, otimizando a interação entre a aplicação pública e privada dessas disposições e melhorando as condições em que as vítimas de infrações ao direito da concorrência podem pedir uma indemnização. A proposta de diretiva contribui para o bom funcionamento do mercado interno, na medida em que cria condições mais equitativas para as empresas que infringem as regras da concorrência e para as vítimas desse comportamento ilegal. Devido a estes objetivos no domínio da concorrência e do mercado interno, que fazem parte das normas jurídicas do EEE, a proposta é, assim, relevante para efeitos do EEE.

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

(Texto relevante para efeitos do EEE)

O PARLAMENTO EUROPEU E O CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA,

Tendo em conta o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, nomeadamente os artigos 103.º e 114.º,

Tendo em conta a proposta da Comissão Europeia⁵⁰,

Após transmissão do projeto de ato legislativo aos parlamentos nacionais,

Tendo em conta o parecer do Comité Económico e Social Europeu⁵¹,

Deliberando de acordo com o processo legislativo ordinário,

Considerando o seguinte:

- (1) Os artigos 101.º e 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (a seguir designado «Tratado») relevam da ordem pública, devendo ser aplicados de forma eficaz em toda a União, a fim de assegurar que a concorrência não seja falseada no mercado interno.
- (2) A aplicação pública destas disposições do Tratado é assegurada pela Comissão, que usa a competência prevista no Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho, de 16 de dezembro de 2002, relativo à execução das regras da concorrência estabelecidas nos artigos 81.º e 82.º do Tratado que institui a Comunidade Europeia⁵² (a seguir designado «Regulamento n.º 1/2003»). A aplicação pública também é efetuada pelas autoridades nacionais da concorrência, que podem tomar as decisões referidas no artigo 5.º do Regulamento n.º 1/2003.
- (3) Os artigos 101.º e 102.º do Tratado produzem efeito direto nas relações entre particulares e criam, para as pessoas em causa, direitos e obrigações que os tribunais nacionais devem tutelar. Os tribunais nacionais têm, assim, um papel igualmente essencial na aplicação das regras da concorrência (aplicação privada). Ao deliberarem sobre os litígios entre particulares, salvaguardam os direitos subjetivos decorrentes do direito da União, nomeadamente através da concessão de indemnizações às vítimas de infrações. A plena eficácia dos artigos 101.º e 102.º do Tratado e, em especial, o efeito

⁵⁰ JO C [...] de [...], p. [...].

⁵¹ JO C [...] de [...], p. [...].

⁵² JO L 1 de 4.1.2003, p. 1. Com efeitos a partir de 1 de dezembro de 2009, os artigos 81.º e 82.º do Tratado CE passaram a ser os artigos 101.º e 102.º do TFUE. Os dois conjuntos de disposições são substancialmente idênticos.

prático das proibições que estabelecem pressupõem que qualquer pessoa, incluindo consumidores e empresas ou uma autoridade pública, possa pedir uma reparação junto dos tribunais nacionais pelos danos sofridos em virtude de uma infração a tais disposições. Este direito à reparação garantido pelo direito da União aplica-se igualmente às violações dos artigos 101.º e 102.º por empresas públicas ou empresas às quais os Estados-Membros concedem direitos especiais ou exclusivos, na aceção do artigo 106.º do Tratado.

- (4) O direito à reparação por danos no domínio antitrust garantido pelo direito da União requer que cada Estado-Membro tenha regras processuais para assegurar o exercício efetivo desse direito. A necessidade de mecanismos de impugnação judicial decorre igualmente do direito a uma proteção judicial efetiva estabelecido no artigo 47.º, primeiro parágrafo, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia⁵³, e no artigo 19.º, n.º 1, segundo parágrafo, do Tratado da União Europeia.
- (5) Para assegurar a efetiva aplicação pública e privada das regras da concorrência, é necessário regular o modo como as duas formas de aplicação são articuladas, por exemplo, os procedimentos em matéria de acesso aos documentos detidos pelas autoridades da concorrência. Essa articulação a nível da União permitirá também evitar divergências em matéria de regras aplicáveis, que poderiam comprometer o bom funcionamento do mercado interno.
- (6) De acordo com o artigo 26.º, n.º 2, do Tratado, o mercado interno compreende um espaço sem fronteiras internas no qual a livre circulação das mercadorias, das pessoas, dos serviços e dos capitais é assegurada. Existem acentuadas diferenças entre as regras que, nos Estados-Membros, regulam as ações de indemnização por infrações ao direito da concorrência da União ou nacional. Essas diferenças dão azo a incerteza quanto às condições em que as partes lesadas podem exercer o direito à reparação que deriva do Tratado, e afetam a eficácia substantiva desse direito. Uma vez que as partes lesadas escolhem frequentemente a jurisdição do seu Estado-Membro de estabelecimento para pedir uma indemnização, as discrepâncias entre as regras nacionais conduzem a uma desigualdade de condições em matéria de ações de indemnização e podem afetar a concorrência nos mercados em que operam tanto as partes lesadas como as empresas infratoras.
- (7) As empresas estabelecidas e que operam em vários Estados-Membros estão sujeitas a regras processuais que afetam significativamente a medida em que podem ser responsabilizadas pelas infrações ao direito da concorrência. Esta aplicação desigual do direito à reparação garantido pelo direito da União pode resultar numa vantagem competitiva para algumas empresas que violaram os artigos 101.º e 102.º do Tratado, e num desincentivo ao exercício dos direitos de estabelecimento e de fornecimento de bens e serviços nos Estados-Membros onde o direito à reparação é aplicado com mais eficácia. Assim, as diferenças entre os regimes de responsabilidade aplicáveis nos Estados-Membros podem afetar negativamente tanto a concorrência como o correto funcionamento do mercado interno.
- (8) É necessário, portanto, assegurar condições de concorrência mais equitativas para as empresas que operam no mercado interno e melhorar as condições para os consumidores exercerem os direitos que derivam do mercado interno. Convém, por conseguinte, aumentar a segurança jurídica e reduzir as diferenças entre os Estados-Membros em matéria de regras nacionais que regem as ações de indemnização por

⁵³ JO C 326 de 26.10.2012, p. 391.

infrações ao direito europeu da concorrência e, quando aplicadas em paralelo com este último, ao direito nacional da concorrência. Uma aproximação destas regras ajudará igualmente a evitar a emergência de maiores diferenças entre as regras dos Estados-Membros que regem as ações de indemnização nos processos de concorrência.

- (9) Segundo o artigo 3.º, n.º 1, do Regulamento (CE) n.º 1/2003, «sempre que as autoridades dos Estados-Membros responsáveis em matéria de concorrência ou os tribunais nacionais apliquem o direito nacional da concorrência a acordos, decisões de associação ou práticas concertadas na aceção do artigo [101.º, n.º 1,] do Tratado, suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-Membros, na aceção desta disposição, devem aplicar igualmente o artigo [101.º] do Tratado a tais acordos, decisões ou práticas concertadas. Sempre que as autoridades dos Estados-Membros responsáveis em matéria de concorrência ou os tribunais nacionais apliquem o direito nacional da concorrência a qualquer abuso proibido pelo artigo [102.º] do Tratado, devem aplicar igualmente o artigo [102.º] do Tratado.» No interesse do bom funcionamento do mercado interno e com vista a uma maior segurança jurídica e a condições mais equitativas para as empresas e os consumidores, convém que o âmbito de aplicação da presente diretiva seja alargado às ações de indemnização com base na infração ao direito nacional da concorrência, sempre que este seja aplicado nos termos do artigo 3.º, n.º 1, do Regulamento (CE) n.º 1/2003. De outro modo, a aplicação de regras divergentes em matéria de responsabilidade civil por infrações aos artigos 101.º e 102.º do Tratado e por infrações às regras do direito nacional da concorrência, que devem ser aplicadas no mesmo processo e em paralelo com o direito de concorrência da União, afetaria negativamente a posição dos demandantes no mesmo processo e o âmbito das suas ações de indemnização, constituindo um obstáculo ao funcionamento adequado do mercado interno.
- (10) Na ausência de direito da União, as ações de indemnização são regidas pelas regras e procedimentos nacionais dos Estados-Membros. Todas as regras nacionais que regem o exercício do direito à reparação pelos danos causados por uma infração ao artigo 101.º ou 102.º do Tratado, incluindo as relativas a aspetos não abrangidos pela presente diretiva, como a noção de nexo de causalidade entre o dano e a infração, devem observar os princípios de eficácia e de equivalência. Tal significa que não podem ser formuladas ou aplicadas de uma forma que torne excessivamente difícil ou praticamente impossível o exercício do direito à reparação garantido pelo Tratado, e que não podem ser formuladas ou aplicadas de uma forma menos favorável do que as aplicáveis às ações de indemnização nacionais semelhantes.
- (11) A presente diretiva reafirma o acervo comunitário sobre o direito da União à reparação por danos causados por violações ao direito da concorrência da União, especialmente no que respeita à legitimidade e à definição de dano, como declarado na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, e não obsta a qualquer evolução ulterior do mesmo. Qualquer pessoa que tenha sofrido um dano causado por uma infração pode pedir reparação pelo dano emergente (*damnum emergens*) e pelos lucros cessantes (*lucrum cessans*), bem como o pagamento de juros vencidos desde a ocorrência do dano até ao pagamento da reparação. Este direito é reconhecido para qualquer pessoa singular ou coletiva - consumidores, empresas e autoridades públicas, sem distinção -, independentemente da existência de uma relação contratual direta com a empresa autora da infração e da constatação prévia da infração por uma autoridade da concorrência. A presente diretiva não obriga os Estados-Membros a introduzirem mecanismos de ação coletiva para efeitos da aplicação dos artigos 101.º e 102.º do Tratado.

- (12) As ações de indemnização por infrações ao direito da concorrência nacional ou da União requerem normalmente uma análise factual e económica complexa. Os elementos de prova necessários para provar uma ação de indemnização encontram-se muitas vezes na posse exclusiva da parte contrária ou de terceiros e não são suficientemente conhecidos por e acessíveis ao demandante. Nessas circunstâncias, a existência de disposições legais rígidas que exigem que os demandantes têm de precisar pormenorizadamente todos os elementos factuais relativos ao seu caso no início de uma ação e de apresentar com precisão elementos específicos para fundamentar a prova podem impedir injustificadamente o exercício eficaz do direito a reparação garantido pelo Tratado.
- (13) Os elementos de prova são um elemento importante para intentar uma ação de indemnização por infração ao direito da concorrência nacional ou da União. No entanto, uma vez que a litigância no domínio antitrust se caracteriza por uma assimetria da informação, convém assegurar que as partes lesadas têm o direito de obter a divulgação dos elementos de prova relevantes para a sua ação, sem necessidade de especificar elementos de prova individuais. A fim de assegurar a igualdade de condições, esses meios também devem estar disponíveis para os demandados em ações de indemnização, de modo a que estes possam requerer a divulgação dos elementos de prova por essas partes lesadas. Os tribunais nacionais podem ordenar igualmente a divulgação de elementos de prova por terceiros. No caso de o tribunal nacional desejar ordenar a divulgação de elementos de prova pela Comissão, aplica-se o princípio da cooperação leal entre a União Europeia e os Estados-Membros (artigo 4.º, n.º 3, do TUE) e o artigo 15.º, n.º 1, do Regulamento n.º 1/2003 no que respeita aos pedidos de informação.
- (14) Os elementos de prova relevantes devem ser divulgados na sequência de uma decisão do tribunal e sob o seu controlo estrito, em especial no que respeita à necessidade e à proporcionalidade da medida de divulgação. Do requisito de proporcionalidade decorre que os pedidos de divulgação só podem ser acionados quando uma parte lesada tiver tornado plausível, com base em factos razoavelmente à sua disposição, que sofreu danos causados pelo demandado. O pedido de divulgação deve referir-se a categorias de elementos de prova tão precisas e restritas quanto possível, com base em factos razoavelmente disponíveis.
- (15) O requisito de proporcionalidade deve ser apreciado cuidadosamente quando a divulgação corre o risco de desvendar a estratégia de investigação de uma autoridade da concorrência, revelando que documentos fazem parte do processo, ou de ter um impacto negativo sobre a forma como as empresas cooperam com a autoridade da concorrência. O pedido de divulgação não deve ser considerado proporcionado quando se refere à divulgação genérica de documentos no processo de uma autoridade da concorrência relativos a um determinado processo, ou de todos os documentos apresentados por uma certa parte no contexto de um certo processo. Tais pedidos de tal ampla divulgação também não seriam compatíveis com o dever da parte demandante de especificar as categorias de elementos de prova tão precisa e estritamente quanto possível.
- (16) No caso de o tribunal requerer a um tribunal competente de outro Estado-Membro que obtenha provas ou requerer a obtenção de provas diretamente noutro Estado-Membro, é aplicável o disposto no Regulamento (CE) n.º 1206/2001 do Conselho, de 28 de

maio de 2001, relativo à cooperação entre os tribunais dos Estados-Membros no domínio da obtenção de provas em matéria civil ou comercial⁵⁴.

- (17) Embora os elementos de prova relevantes que contêm segredos comerciais ou outras informações confidenciais devam, em princípio, ser acessíveis em ações de indemnização, essas informações devem ser protegidas de forma apropriada. Os tribunais nacionais devem, por conseguinte, dispor de um conjunto de medidas para proteger essas informações de serem divulgadas durante o processo. Essas medidas podem incluir a possibilidade de audições privadas, que restringem o número de pessoas com direito a ver os elementos de prova, e a instrução dos peritos no sentido de redigirem sínteses das informações de forma agregada ou noutra forma não confidencial. As medidas de proteção dos segredos comerciais e outras informações confidenciais não devem impedir, na prática, o exercício do direito a reparação.
- (18) A eficácia e a coerência da aplicação dos artigos 101.º e 102.º do Tratado por parte da Comissão e das autoridades nacionais da concorrência exigem uma abordagem comum a nível da União no que respeita à articulação das disposições em matéria de divulgação dos elementos de prova e à forma como esses artigos são aplicados por uma autoridade da concorrência. A divulgação dos elementos de prova não deve restringir indevidamente a eficácia da aplicação do direito da concorrência por uma autoridade da concorrência. As limitações em matéria de divulgação dos elementos de prova não devem impedir as autoridades da concorrência de publicarem as suas decisões em conformidade com as regras da União ou nacionais.
- (19) Os programas de clemência e os procedimentos de transação são ferramentas importantes para a aplicação pública do direito da concorrência da União, uma vez que contribuem para a deteção, prossecução e sancionamento eficazes da maior parte das infrações graves ao direito da concorrência. As empresas poderão ser dissuadidas de cooperar neste contexto, se a divulgação de documentos por elas facultados unicamente para esse fim as expuser à responsabilidade civil em condições mais desfavoráveis que os coinfratores que não cooperaram com as autoridades da concorrência. Para assegurar que as empresas estão dispostas a apresentar declarações voluntárias a uma autoridade da concorrência, nas quais reconhecem a sua participação numa infração ao direito da concorrência da União ou nacional, no âmbito de um programa de clemência ou de um procedimento de transação, tais declarações devem ser excluídas da divulgação de elementos de prova.
- (20) Além disso, deve aplicar-se uma exceção à divulgação de qualquer medida suscetível de interferir indevidamente com uma investigação em curso por parte de uma autoridade da concorrência, relativa a uma infração ao direito da concorrência nacional ou da União. A informação preparada por uma autoridade da concorrência no decurso do seu processo com vista à aplicação do direito da concorrência nacional ou da União (como uma comunicação de objeções) ou por uma parte nesse processo (como a resposta aos pedidos de informação da autoridade da concorrência) só deve, por conseguinte, ser divulgável em ações de indemnização depois de a autoridade da concorrência ter constatado uma infração às regras da concorrência nacionais ou da União ou ter, de outra forma, encerrado o seu processo.
- (21) Com exceção dos elementos de prova referidos nos considerandos 19 e 20, os tribunais nacionais devem poder, no contexto de uma ação de indemnização, ordenar a

⁵⁴

JO L 174 de 27.6.2001, p. 1.

divulgação dos elementos de prova que existem independentemente do processo de uma autoridade da concorrência («informações preexistentes»).

- (22) Qualquer pessoa singular ou coletiva que obtenha elementos de prova através do acesso ao processo de uma autoridade da concorrência, no exercício dos seus direitos de defesa em relação a investigações de uma autoridade da concorrência, pode utilizar esses elementos de prova para efeitos de uma ação de indemnização em que é parte. Uma tal utilização também deve ser permitida à pessoa singular ou coletiva que sucedeu nos seus direitos, nomeadamente através da aquisição do seu direito a pedir uma indemnização. No caso de os elementos de prova terem sido obtidos por uma pessoa coletiva que faz parte de um grupo empresarial que constitui uma empresa para a aplicação dos artigos 101.º e 102.º do Tratado, a utilização desses elementos de prova é também permitida para outras entidades jurídicas pertencentes à mesma empresa.
- (23) No entanto, a utilização referida no anterior considerando não pode restringir indevidamente a efetiva aplicação do direito da concorrência por uma autoridade da concorrência. As limitações em matéria de divulgação referidas nos considerandos 19 e 20 devem, portanto, aplicar-se igualmente à utilização de elementos provas obtidos unicamente através do acesso ao processo de uma autoridade da concorrência. Além disso, os elementos de prova obtidos de uma autoridade da concorrência no contexto do exercício dos direitos de defesa não devem tornar-se um objeto de comércio. A possibilidade de utilizar elementos de prova obtidos unicamente através do acesso ao processo de uma autoridade da concorrência deve, por conseguinte, limitar-se à pessoa singular ou coletiva que exerce os seus direitos de defesa e aos seus sucessores legais, tal como mencionado no anterior considerando. Esta limitação não impede, porém, um tribunal nacional de ordenar a divulgação desses elementos de prova, nas condições previstas na presente diretiva.
- (24) A apresentação de uma ação de indemnização ou o início de uma investigação por uma autoridade da concorrência pode levar as empresas envolvidas a destruírem ou ocultarem elementos de prova que seriam úteis para justificar uma ação de indemnização da parte lesada. A fim de evitar a destruição de provas relevantes e garantir o respeito das decisões do tribunal de divulgação de provas, os tribunais devem poder impor sanções suficientemente dissuasoras. No que se refere às partes no processo, o risco de tirar conclusões desfavoráveis no âmbito da ação de indemnização pode ser uma sanção particularmente eficaz e evitar perdas de tempo. Devem ser igualmente previstas sanções pelo não cumprimento de obrigações de proteção de informações confidenciais e pela utilização abusiva de informações obtidas por meio de uma medida de divulgação. Do mesmo modo, devem existir sanções se a informação obtida através do acesso ao processo de uma autoridade da concorrência, no exercício dos direitos de defesa em relação às investigações da autoridade da concorrência, for abusivamente utilizada em ações de indemnização.
- (25) Segundo o artigo 16.º, n.º 1, do Regulamento (CE) n.º 1/2003, quando se pronunciarem sobre acordos, decisões ou práticas ao abrigo dos artigos 101.º ou 102.º do Tratado que já tenham sido objeto de decisão da Comissão, os tribunais nacionais não podem tomar decisões que sejam contrárias à decisão aprovada pela Comissão. A fim de aumentar a segurança jurídica, evitar contradições na aplicação dessas disposições do Tratado, aumentar a eficácia e a eficiência processual das ações de indemnização e promover o funcionamento do mercado interno para as empresas e os consumidores, também não devia ser possível, do mesmo modo, pôr em causa uma decisão definitiva de uma autoridade nacional da concorrência ou de um tribunal de

recurso que constata uma infração aos artigos 101.º e 102.º do Tratado em ações de indemnização relativas à mesma infração, independentemente de a ação ser ou não intentada no Estado-Membro dessa autoridade ou desse tribunal de recurso. O mesmo se deve aplicar a uma decisão em que se concluiu que as disposições do direito nacional da concorrência são infringidas em processos em que o direito da concorrência nacional e da União são aplicados no mesmo processo e em paralelo. Este efeito de decisões tomadas por autoridades nacionais da concorrência e tribunais de recurso que constatarem uma infração às regras de concorrência deve ser aplicado à parte dispositiva da decisão e respetivos considerandos de apoio. Tal não prejudica os direitos e as obrigações dos tribunais nacionais ao abrigo do artigo 267.º do Tratado.

- (26) As regras nacionais em matéria de início, duração, suspensão ou interrupção dos prazos de prescrição não deve impedir indevidamente o início de uma ação de indemnização. Tal é especialmente importante relativamente às ações que se baseiam na constatação de uma infração por parte de uma autoridade da concorrência ou de um tribunal de recurso. Para esse efeito, as partes lesadas devem ainda poder intentar uma ação de indemnização após um processo conduzido por uma autoridade da concorrência, com vista à aplicação do direito da concorrência nacional e da União.
- (27) Sempre que várias empresas infringirem conjuntamente as regras da concorrência (como no caso de um cartel) convém prever que esses coinfratores sejam solidariamente responsáveis pela totalidade dos danos causados pela infração. Entre si, os infratores conjuntos devem ter o direito de obter regresso se uma das empresas infratoras tiver pago mais do que a sua parte. Compete à legislação nacional aplicável, no respeito dos princípios de eficácia e equivalência, determinar esta parte em função da responsabilidade relativa de um dado infrator, bem como definir os critérios relevantes, como volume de negócios, quota de mercado ou papel desempenhado no cartel.
- (28) As empresas que cooperam com as autoridades da concorrência no âmbito de um programa de clemência desempenham um papel essencial na deteção de infrações cometidas por cartéis secretos e na cessação dessas infrações, atenuando frequentemente, desse modo, os danos que poderiam ter sido causados se a infração continuasse. Convém, por consequência, prever que as empresas a quem uma autoridade da concorrência concedeu imunidade em matéria de coimas no âmbito de um programa de clemência sejam protegidas contra uma exposição indevida a ações de indemnização, tendo em conta o facto de a decisão da autoridade da concorrência que constata a infração se poder tornar definitiva para o beneficiário de imunidade antes de se tornar definitiva para as outras empresas que não receberam imunidade. Convém, por conseguinte, que o beneficiário de imunidade seja, em princípio, liberto da responsabilidade solidária pela totalidade dos danos e que a sua contribuição não exceda o montante dos danos causados aos seus próprios adquirentes diretos ou indiretos ou, no caso de um cartel de compradores, aos seus fornecedores diretos ou indiretos. Na medida em que um cartel tenha causado danos a outros que não os clientes/fornecedores das empresas infratoras, a contribuição do beneficiário de imunidade não deve exceder a sua responsabilidade relativa pelos danos causados pelo cartel. Esta parte deve ser determinada em conformidade com as mesmas regras utilizadas para determinar as contribuições entre as empresas infratoras (ver considerando 27 *supra*). O beneficiário de imunidade deve permanecer totalmente responsável perante as partes lesadas que não os seus adquirentes ou fornecedores diretos ou indiretos apenas se elas não puderem obter uma reparação integral junto das outras empresas infratoras.

- (29) Os consumidores e as empresas que foram lesados por uma infração ao direito da concorrência nacional ou da União têm direito à reparação dos danos emergentes e lucros cessantes. Os danos emergentes decorrem da diferença de preço entre o que efetivamente foi pago e o que teria sido pago na ausência da infração. Quando uma parte lesada tiver reduzido o seu dano emergente através da sua repercussão, total ou parcial, nos seus próprios adquirentes, a perda que foi repercutida deixa de constituir um dano pelo qual a parte que a repercutiu deve ser indemnizada. Consequentemente, deve permitir-se, em princípio, que a empresa infratora invoque a repercussão dos danos emergentes como meio de defesa numa ação de indemnização. Convém prever que a empresa infratora, na medida em que invoque a repercussão dos custos adicionais como meio de defesa, tem de provar a existência e o grau de repercussão dos sobrecustos.
- (30) No entanto, no caso de os sobrecustos terem sido repercutidos em pessoas juridicamente incapazes de pedir uma indemnização, não convém autorizar a empresa infratora a invocar a repercussão dos sobrecustos como meio de defesa, uma vez que isso lhe permitiria ficar livre da responsabilidade pelos prejuízos que causou. O tribunal no qual foi apresentada uma ação deve, por conseguinte, apreciar, quando a repercussão dos sobrecustos for invocada como meio de defesa num processo específico, se as pessoas em que alegadamente foram repercutidos os sobrecustos são juridicamente capazes de pedir uma indemnização. Embora os adquirentes indiretos tenham direito a pedir uma indemnização, as regras nacionais de causalidade (nomeadamente as regras relativas à previsibilidade e ao afastamento), aplicadas em conformidade com os princípios do direito da União, podem significar que determinadas pessoas (por exemplo, pessoas situadas num nível da cadeia de abastecimento afastado da infração) são juridicamente incapazes de pedir uma indemnização num dado caso. Só quando considerar que a pessoa na qual alegadamente foram repercutidos os sobrecustos é juridicamente capaz de pedir uma indemnização é que o tribunal apreciará o mérito da defesa baseada na repercussão dos custos adicionais .
- (31) Os consumidores ou as empresas nos quais foram repercutidos os danos emergentes sofreram um dano causado por uma infração ao direito nacional ou ao direito da concorrência da União. Embora esses danos devam ser objeto de uma reparação pela empresa infratora, pode ser particularmente difícil para os consumidores ou para as empresas que não adquiriram diretamente à empresa infratora provar o âmbito desses danos. Por conseguinte, convém prever que, quando a existência de um pedido de indemnização ou o montante a conceder dependerem de se saber se, e em que grau, um custo adicional pago pelo adquirente direto da empresa infratora foi repercutido no adquirente indireto, o último seja considerado como tendo apresentado a prova de que um custo adicional pago pelo adquirente direto foi repercutido no seu nível, quando ele puder demonstrar que, *prima facie*, essa repercussão se verificou. Convém, além disso, definir em que condições o adquirente indireto deve ser considerado como tendo estabelecido tal prova *prima facie*. No que respeita à quantificação da repercussão, o tribunal nacional deve ter competência para estimar a parte dos sobrecustos repercutida no nível dos adquirentes indiretos no litígio nele pendente. A empresa infratora deve ser autorizada a apresentar elementos de prova de que o dano emergente não foi repercutido ou não foi repercutido na totalidade.
- (32) As infrações ao direito da concorrência referem-se frequentemente às condições e ao preço a que os bens ou serviços são vendidos, e conduzem a um custo adicional e outros danos para os clientes das empresas infradoras. A infração pode também referir-

se a fornecimentos à empresa infratora (por exemplo, no caso de um cartel de compradores). As regras da presente diretiva e, em especial, as regras sobre a repercussão dos sobrecustos devem ser aplicadas em conformidade.

- (33) As ações de indemnização podem ser intentadas tanto pelas partes lesadas que adquiriram bens ou serviços à empresa infratora como por adquirentes a jusante na cadeia de distribuição. No interesse da coerência entre decisões judiciais proferidas nestes processos conexos, evitando assim que os danos causados pela infração ao direito da concorrência nacional ou da União não sejam integralmente reparados ou que a empresa infratora seja obrigada a pagar indemnizações por danos que não se verificaram, os tribunais nacionais devem ter em devida conta, na medida do permitido pelo direito da União e nacional, quaisquer ações conexas e respetivas decisões, em especial quando concluem que foi provada a repercussão dos custos adicionais. Tal não deve prejudicar os direitos fundamentais em matéria de defesa, ação efetiva e processo equitativo daqueles que não são partes nesse processo judicial. Quaisquer ações deste tipo pendentes nos tribunais de diferentes Estados-Membros podem ser consideradas conexas na aceção do artigo 30.º do Regulamento n.º 1215/2012. Nos termos desta disposição, os tribunais nacionais nos quais a ação foi apresentada em segundo lugar podem suspender a instância ou, em certas circunstâncias, declarar-se incompetentes.
- (34) Uma parte lesada que tenha provado que sofreu danos em resultado de uma infração ao direito da concorrência necessita ainda de provar a extensão dos danos sofridos, a fim de obter uma indemnização. A quantificação dos danos no domínio antitrust é um processo que exige um intenso apuramento dos factos e pode requerer a aplicação de modelos económicos complexos. Tal é frequentemente muito oneroso, sendo difícil para as partes lesadas obter os dados necessários para fundamentar os seus pedidos de indemnização. Como tal, a quantificação dos danos no domínio antitrust pode constituir um obstáculo significativo que impede as partes lesadas de obterem uma indemnização compensatória pelos danos sofridos.
- (35) Para corrigir a assimetria da informação e algumas das dificuldades associadas à quantificação dos danos no domínio antitrust e para assegurar a efetividade dos pedidos de indemnização, convém presumir que, no caso de uma infração cometida por um cartel, a infração causou danos, em especial através de um efeito sobre os preços. Em função das circunstâncias específicas de cada caso, tal significa que o cartel causou um aumento de preços ou impediu uma baixa de preços que, de outro modo, teria ocorrido na ausência da infração. A empresa infratora deve poder ilidir tal presunção. Convém limitar esta presunção ilidível a cartéis, tendo em conta a natureza secreta de um cartel, o que aumenta a referida assimetria da informação e torna mais difícil para a parte lesada obter os elementos de prova necessários para provar os danos.
- (36) Na ausência de regras da União sobre a quantificação dos danos causados por uma infração ao direito da concorrência, compete ao ordenamento jurídico nacional de cada Estado-Membro e aos tribunais nacionais determinar os requisitos que a parte lesada tem de cumprir para provar o montante dos danos sofridos, a precisão com que tem de provar esse montante, os métodos que podem ser utilizados para quantificar o montante e as consequências de não poder cumprir plenamente os requisitos fixados. No entanto, esses requisitos nacionais não devem ser menos favoráveis do que os que regem ações nacionais semelhantes (princípio da equivalência) nem devem tornar o exercício do direito da UE relativo à indemnização praticamente impossível ou excessivamente difícil (princípio da eficácia). Deve atender-se, a este respeito, a

quaisquer assimetrias da informação entre as partes e ao facto de a quantificação dos danos requerer que se aprecie a forma como o mercado em questão teria evoluído na ausência da infração. Esta apreciação implica uma comparação com uma situação que, por definição, é hipotética, pelo que nunca poderá ser feita com toda a exatidão. Convém, portanto, dar aos tribunais nacionais a competência para estimar o montante dos danos causados pela infração ao direito da concorrência.

- (37) As partes lesadas e as empresas infradoras devem ser encorajadas a acordar numa reparação dos danos causados por uma infração ao direito da concorrência através de mecanismos de resolução amigável de litígios, como a resolução extrajudicial de litígios, a arbitragem e a mediação. Sempre que possível, uma tal resolução amigável de litígios deve cobrir o maior número possível de partes lesadas e empresas infradoras. As disposições na presente diretiva sobre a resolução amigável de litígios são, por conseguinte, de molde a facilitar a utilização de tais mecanismos e a aumentar a sua eficácia.
- (38) Os prazos de prescrição para intentar uma ação de indemnização poderiam ser de molde a impedir que as partes lesadas e as empresas infradoras tenham tempo suficiente para chegar a um acordo sobre a reparação a pagar. A fim de proporcionar uma verdadeira oportunidade para chegar a uma resolução amigável de litígios antes de intentar uma ação no tribunal nacional, o prazo de prescrição deve, assim, ser suspenso enquanto durar o processo de resolução amigável de litígios.
- (39) Além disso, quando as partes decidirem iniciar uma resolução amigável de litígios depois de uma ação de indemnização ter sido submetida ao tribunal nacional no que respeita ao mesmo pedido, esse tribunal pode suspender a instância enquanto durar o processo de resolução amigável de litígios. Ao estudar a possibilidade de suspender a instância, o tribunal nacional deve ter em conta o interesse de garantir a celeridade do procedimento.
- (40) Para encorajar as resoluções amigáveis, uma empresa infratora que paga uma indemnização através de uma resolução amigável de litígios não deve ficar, face aos seus coinfratores, numa situação mais desfavorável que no caso de não haver essa resolução amigável. Tal pode acontecer quando um infrator envolvido numa resolução amigável continuar, mesmo depois da resolução amigável, a ser solidariamente responsável na íntegra pela indemnização dos danos causados pela infração. Por conseguinte, um infrator envolvido numa resolução amigável não deve ser objeto de direito de regresso em relação aos seus coinfratores não envolvidos na resolução amigável quando estes últimos pagaram uma indemnização à parte lesada com a qual o primeiro infrator havia anteriormente chegado a uma resolução amigável. Correlacionado com esta regra de não obrigação de regresso está o facto de o pedido de indemnização da parte lesada ser reduzido da parte dos danos a ela causados imputável ao infrator envolvido na resolução amigável. Essa parte deve ser determinado em conformidade com as mesmas regras utilizadas para determinar as contribuições entre as empresas infradoras (ver considerando 27 *supra*). Sem esta redução, os infratores não envolvidos na resolução amigável seriam indevidamente afetados pela resolução em que não foram parte. O infrator não envolvido na resolução amigável terá ainda de pagar uma indemnização, se tal for a única possibilidade de a pessoa lesada obter uma reparação integral.
- (41) Quando os infratores envolvidos numa resolução amigável forem chamados a contribuir para uma indemnização subsequentemente paga pelos coinfratores não envolvidos na resolução amigável, o tribunal nacional deve ter em conta a

indemnização já paga através da resolução amigável, tendo em mente que nem todos os coinfratores estão necessariamente envolvidos em pé de igualdade em todo o âmbito substantivo, temporal e geográfico da infração.

- (42) A presente diretiva respeita os direitos fundamentais e observa os princípios reconhecidos na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.
- (43) Uma vez que seria impossível, com uma disparidade de opções políticas e de normas legais a nível nacional no que respeita ao direito da União à reparação em matéria de ações de indemnização por infração às regras de concorrência da União, assegurar a plena aplicação dos artigos 101.º e 102.º do Tratado e assegurar o bom funcionamento do mercado interno para as empresas e os consumidores, estes objetivos não podem ser cabalmente alcançado pelos Estados-Membros, podendo consequentemente ser atingido mais facilmente a nível da União, em razão da necessidade de eficácia e coerência na aplicação dos artigos 101.º e 102.º do Tratado. Por conseguinte, o Parlamento Europeu e o Conselho adotaram a presente diretiva de acordo com o princípio da subsidiariedade consagrado no artigo 5.º do Tratado da União Europeia. Em conformidade com o princípio da proporcionalidade, previsto no mesmo artigo, a presente diretiva não excede o necessário para atingir os objetivos mencionados.
- (44) De acordo com a Declaração política Conjunta dos Estados-Membros e da Comissão sobre os documentos explicativos, de 28 de setembro de 2011⁵⁵, os Estados-Membros assumiram o compromisso de fazer acompanhar, nos casos em que tal se justifique, a notificação das suas medidas de transposição de um ou mais documentos explicando a relação entre as componentes da diretiva e as partes correspondentes dos instrumentos de transposição nacional. No que respeita à presente diretiva, o legislador considera justificada a transmissão de tais documentos,

ADOTARAM A PRESENTE DIRETIVA:

CAPÍTULO I

ÂMBITO DE APLICAÇÃO E DEFINIÇÕES

Artigo 1.º

Âmbito de aplicação da diretiva

1. A presente diretiva estabelece certas regras necessárias para assegurar que qualquer pessoa que tenha sofrido danos causados por uma infração ao artigo 101.º ou 102.º do Tratado ou ao direito nacional da concorrência possa exercer efetivamente o direito à reparação integral desses danos. Estabelece também regras que fomentam a concorrência não falseada no mercado interno e eliminam os obstáculos ao seu bom funcionamento, assegurando uma proteção equivalente em toda a União para as pessoas que tenham sofrido tais danos.
2. A presente diretiva estabelece também regras para a articulação entre a aplicação das regras de concorrência pelas autoridades da concorrência e a aplicação dessas regras em ações de indemnização perante os tribunais nacionais.

⁵⁵ JO C 369 de 17.12.2011, p. 14.

Artigo 2.º

Direito à reparação integral

1. Qualquer pessoa que tenha sofrido danos causados por uma infração ao direito da concorrência nacional ou da União deve poder pedir uma reparação integral desses danos.
2. A reparação integral deve colocar qualquer pessoa que tenha sofrido danos na posição em que estaria se a infração não tivesse sido cometida. Consequentemente, deve incluir a reparação pelos danos emergentes e lucros cessantes, e o pagamento de juros desde o momento em que ocorreram os danos até ao momento em que a indemnização correspondente a esses danos foi efetivamente paga.
3. Os Estados-Membros devem assegurar que as partes lesadas podem apresentar eficazmente os seus pedidos de indemnização.

Artigo 3.º

Princípios da eficácia e da equivalência

Os Estados-Membros devem assegurar que todas as regras e procedimentos nacionais no âmbito das ações de indemnização devem ser concebidos e aplicados de modo a assegurar um exercício efetivo do direito à reparação integral dos danos causados por uma infração ao direito da concorrência. Quaisquer regras e procedimentos nacionais no âmbito de ações de indemnização resultantes de infrações aos artigos 101.º ou 102.º do Tratado não devem ser menos favoráveis para as partes lesadas do que os que regem ações nacionais semelhantes.

Artigo 4.º

Definições

Para efeitos da presente diretiva, entende-se por:

1. «infração ao direito da concorrência», uma infração aos artigos 101.º ou 102.º do Tratado ou ao direito nacional da concorrência, na aceção do n.º 2;
2. «direito nacional da concorrência», disposições do direito nacional que prosseguem predominantemente o mesmo objetivo que os artigos 101.º e 102.º do Tratado e que são aplicadas ao mesmo processo e em paralelo com o direito da concorrência da União, nos termos do artigo 3.º, n.º 1, do Regulamento (CE) n.º 1/2003;
3. «ação de indemnização», uma ação ao abrigo do direito nacional pela qual uma parte lesada apresenta um pedido de reparação de danos num tribunal nacional; pode cobrir também ações pelas quais uma pessoa que atua em nome de uma ou mais partes lesadas intenta uma ação de indemnização num tribunal nacional, quando a legislação nacional prevê essa possibilidade;
4. «pedido de indemnização», um pedido de reparação dos danos causados por uma infração ao direito da concorrência;
5. «parte lesada», qualquer pessoa que apresente um pedido de indemnização;

6. «autoridade nacional da concorrência», uma autoridade designada por um Estado-Membro nos termos do artigo 35.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003 como responsável pela aplicação dos artigos 101.º e 102.º do Tratado;
7. «autoridade da concorrência», a Comissão ou uma autoridade nacional da concorrência;
8. «tribunal nacional» ou «tribunal», um tribunal de um Estado-Membro na aceção do artigo 267.º do Tratado;
9. «tribunal de recurso», um tribunal nacional competente para apreciar as decisões de uma autoridade nacional da concorrência, em cujo contexto pode também ter a competência para constatar a existência de uma infração aos artigos 101.º ou 102.º do Tratado;
10. «decisão de infração», uma decisão de uma autoridade da concorrência ou de um tribunal de recurso que constata uma infração ao direito da concorrência;
11. «decisão de infração definitiva», uma decisão de infração de uma autoridade da concorrência ou de um tribunal de recurso que não pode ser objeto de recurso;
12. «cartel», um acordo e/ou prática concertada entre dois ou mais concorrentes que têm por objetivo coordenar o seu comportamento concorrencial no mercado e/ou influenciar os parâmetros relevantes da concorrência, através de práticas como a fixação ou coordenação de preços de aquisição ou de venda ou outras condições de transação, a atribuição de quotas de produção ou de venda, a repartição de mercados e clientes, incluindo a concertação em leilões e concursos públicos, a restrição das importações ou exportações e/ou ações anticoncorrenciais contra outros concorrentes;
13. «programa de clemência», um programa com base no qual um participante num cartel secreto, independentemente das outras empresas envolvidas no cartel, coopera numa investigação da autoridade da concorrência, facultando voluntariamente informações do seu conhecimento sobre o cartel e o papel que nele desempenha, recebendo em troca imunidade de qualquer coima a impor ao cartel ou uma redução dessa coima;
14. «declaração de empresa no âmbito de um programa de clemência», uma comunicação oral ou escrita apresentada voluntariamente por uma empresa, ou em nome desta, a uma autoridade da concorrência, em que descreve os elementos que conhece de um cartel secreto e o papel que nele desempenha, elaborada especificamente para apresentar à referida autoridade um pedido de imunidade ou de redução de coima ao abrigo de um programa de clemência relativo à aplicação do artigo 101.º do Tratado ou da disposição correspondente no âmbito da legislação nacional; não inclui os documentos ou as informações que existem independentemente do processo de uma autoridade da concorrência («informações preexistentes»);
15. «proposta de transação», uma comunicação apresentada voluntariamente por uma empresa, ou em nome desta, a uma autoridade da concorrência em que declara reconhecer a sua participação numa infração ao artigo 101.º do Tratado ou a uma disposição correspondente no âmbito da legislação nacional e a sua responsabilidade nessa infração, elaborada especificamente como um pedido formal à referida autoridade de aplicação de um procedimento acelerado;

16. «custo adicional», qualquer diferença positiva entre o preço efetivamente pago e o preço que seria praticado na ausência de uma infração ao direito da concorrência.
17. «resolução amigável», um acordo em matéria de pagamento de uma indemnização na sequência de um processo de resolução amigável de litígios.

CAPÍTULO II

DIVULGAÇÃO DE ELEMENTOS DE PROVA

Artigo 5.º

Divulgação de elementos de prova

1. Os Estados-Membros devem assegurar que, no caso de um demandante ter apresentado factos e elementos de prova razoavelmente disponíveis revelem a existência de razões plausíveis para suspeitar que ele, ou as pessoas que representa, sofreram um dano causado por uma infração ao direito da concorrência cometida pelo demandado, os tribunais nacionais podem ordenar a divulgação de elementos de prova pelo demandado ou por terceiros, independentemente de esses elementos de prova serem ou não incluídos no processo de uma autoridade da concorrência, nas condições estabelecidas no presente capítulo. Os Estados-Membros devem assegurar que os tribunais podem ordenar a divulgação de elementos de prova pelo demandante ou por terceiros a pedido do demandado.

A presente disposição não prejudica os direitos e as obrigações dos tribunais nacionais ao abrigo do Regulamento (CE) n.º 1206/2001 do Conselho.
2. Os Estados-Membros devem assegurar que os tribunais nacionais ordenam a divulgação dos elementos de prova referidos no n.º 1 quando a parte que solicitar a divulgação
 - a) tiver demonstrado que os elementos de prova sob o controlo da outra parte ou de um terceiro são relevantes para fundamentar o seu pedido ou a sua defesa; e
 - b) tiver especificado elementos dessas provas ou categorias dessas provas definidas da forma mais precisa e estrita possível, com base em factos razoavelmente disponíveis.
3. Os Estados-Membros devem assegurar que os tribunais nacionais limitam a divulgação dos elementos de prova ao que for proporcionado. Ao determinar se qualquer divulgação requerida por uma parte é proporcionada, os tribunais nacionais devem ponderar os interesses legítimos de todas as partes e dos terceiros interessados. Devem ponderar, nomeadamente:
 - a) a probabilidade de a alegada infração ao direito da concorrência ter ocorrido;
 - b) o âmbito e os custos da divulgação, em especial para os terceiros interessados;
 - c) se os elementos de prova a divulgar contêm informações confidenciais, em especial no que respeita a terceiros, e os procedimentos para proteger tais informações confidenciais; e
 - d) nos casos em que a infração está a ser ou foi investigada por uma autoridade da concorrência, se o pedido foi formulado especificamente no que respeita à

natureza, objeto ou conteúdo de tais documentos analisados, ou se se trata antes de um pedido não específico relativo a documentos apresentados a uma autoridade da concorrência ou que figuram no processo de uma tal autoridade da concorrência.

4. Os Estados-Membros devem assegurar que os tribunais nacionais têm à sua disposição medidas efetivas para proteger o mais possível as informações confidenciais de uma utilização incorreta, garantindo ao mesmo tempo que os elementos de prova relevantes que contêm tais informações estão disponíveis no âmbito da ação de indemnização.
5. Os Estados-Membros devem tomar as medidas necessárias para aplicar plenamente o segredo profissional e outros direitos de escusa de divulgação de elementos de prova.
6. Os Estados-Membros devem assegurar que, na medida em que os seus tribunais tiverem poderes para ordenar a divulgação sem ouvir a pessoa de quem se procura obter a divulgação, não pode ser imposta qualquer penalidade pelo não cumprimento de tal ordem enquanto o destinatário dessa ordem não for ouvido pelo tribunal.
7. Os elementos de prova devem incluir todos os tipos de provas admissíveis perante o tribunal nacional onde corre a ação, em especial os documentos e todos os outros objetos que contenham informações, independentemente do suporte em que essas informações são armazenadas.
8. Sem prejuízo da obrigação referida no n.º 4 e dos limites referidos no artigo 6.º, o presente artigo não impede que os Estados-Membros mantenham ou introduzam regras que permitam criar um sistema de divulgação mais alargada dos elementos de prova.

Artigo 6.º

Limites à divulgação de elementos de prova do processo de uma autoridade da concorrência

1. Os Estados-Membros devem assegurar que, para efeitos de ações de indemnização, os tribunais nacionais não podem, em momento algum, ordenar a uma parte ou a um terceiro que divulgue qualquer das seguintes categorias de informação:
 - a) declarações de empresa em matéria de clemência; e
 - b) propostas de transação.
2. Os Estados-Membros devem assegurar que, para efeitos de uma ação de indemnização, os tribunais nacionais só podem ordenar a divulgação das seguintes categorias de elementos de prova 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:
 - a) informação que foi preparada por uma pessoa singular ou coletiva, especificamente para o processo de uma autoridade da concorrência;
 - b) informação que foi elaborada por uma autoridade da concorrência no decurso do seu processo.
3. A divulgação de elementos de provas que figuram no processo de uma autoridade da concorrência e não são abrangidos por qualquer uma das categorias mencionadas nos

n.ºs 1 ou 2 do presente artigo pode ser ordenada em ações de indemnização em qualquer momento.

Artigo 7.º

Limites à utilização de elementos de prova obtidos exclusivamente através do acesso ao processo de uma autoridade da concorrência

1. Os Estados-Membros devem assegurar que os elementos de prova abrangidos por uma das categorias referidas no artigo 6.º, n.º 1, que são obtidos por uma pessoa singular ou coletiva exclusivamente através do acesso ao processo de uma autoridade da concorrência no exercício dos seus direitos de defesa ao abrigo do artigo 27.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003 ou de disposições correspondentes do direito nacional, não são admissíveis em ações de indemnização.
2. Os Estados-Membros devem assegurar que os elementos de prova abrangidos por uma das categorias referidas no artigo 6.º, n.º 2, que são obtidos por uma pessoa singular ou coletiva exclusivamente através do acesso ao processo de uma autoridade da concorrência no exercício dos seus direitos de defesa ao abrigo do artigo 27.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003 ou de disposições correspondentes do direito nacional, não são admissíveis em ações de indemnização enquanto uma autoridade da concorrência não tiver 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.
3. Os Estados-Membros devem assegurar que os elementos de prova obtidos por uma pessoa singular ou coletiva exclusivamente através do acesso ao processo de uma autoridade da concorrência no exercício dos seus direitos de defesa ao abrigo do artigo 27.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003 ou de disposições correspondentes do direito nacional, e que não são inadmissíveis nos termos dos n.ºs 1 ou 2 do presente artigo, só podem ser utilizados numa ação de indemnização por essa pessoa ou por uma pessoa singular ou coletiva que seja sucessora nos seus direitos, incluindo a pessoa que adquiriu o seu pedido de indemnização.

Artigo 8.º

Sanções

1. Os Estados-Membros devem assegurar que os tribunais nacionais podem impor sanções às partes, a terceiros e aos seus representantes legais no caso de:
 - a) incumprimento ou recusa de respeitar uma ordem de divulgação de um tribunal;
 - b) destruição de elementos de prova relevantes, desde que, no momento da destruição:
 - i) a parte que procede à destruição dos elementos de prova era ou fora uma parte no processo de uma autoridade da concorrência no que respeita à conduta subjacente à ação de indemnização; ou
 - ii) a parte que procede à destruição dos elementos de prova tinha conhecimento ou devia razoavelmente ter conhecimento de que uma ação de indemnização havia sido intentada no tribunal nacional e que os

elementos de prova eram relevantes para fundamentar quer o pedido de indemnização quer uma defesa contra o mesmo; ou

- iii) a parte que procede à destruição dos elementos de prova tinha conhecimento de que os elementos de prova eram relevantes para ações pendentes ou potenciais intentadas por ela ou contra ela;
 - c) incumprimento ou recusa de respeitar as obrigações impostas por uma decisão do tribunal de proteção de informações confidenciais; ou
 - d) abuso dos direitos relacionados com a divulgação de elementos de prova previstos no presente capítulo e dos elementos de prova e informações com base nessas disposições.
2. Os Estados-Membros devem assegurar que as sanções suscetíveis de serem impostas pelos tribunais nacionais são efetivas, proporcionais e dissuasivas. As sanções ao dispor dos tribunais nacionais incluem, no que se refere ao comportamento de uma parte no processo de indemnização, a faculdade de tirar conclusões desfavoráveis, tais como presumir que a questão relevante ficou provada ou recusar total ou parcialmente os pedidos e meios de defesa e a possibilidade de ordenar o pagamento de custas.

CAPÍTULO III

EFEITO DAS DECISÕES NACIONAIS, PRAZOS DE PRESCRIÇÃO, RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA

Artigo 9.º

Efeito das decisões nacionais

Os Estados-Membros devem assegurar que, quando os tribunais nacionais se pronunciarem, no âmbito de ações de indemnização abrangidas pelo artigos 101.º ou 102.º do Tratado ou pelo direito da concorrência nacional, sobre acordos, decisões ou práticas que já tenham sido objeto de uma decisão de infração definitiva de uma autoridade nacional da concorrência ou de um tribunal de recurso, esses tribunais nacionais não podem tomar decisões contrárias a uma tal constatação da existência de uma infração. Esta obrigação não prejudica os direitos e obrigações decorrentes do artigo 267.º do Tratado.

Artigo 10.º

Prazos de prescrição

1. Os Estados-Membros devem estabelecer as regras aplicáveis aos prazos de prescrição para intentar ações de indemnização em conformidade com o presente artigo. Essas regras devem determinar quando começa a correr o prazo de prescrição, a duração do prazo e em que circunstâncias o prazo pode ser interrompido ou suspenso.
2. Os Estados-Membros devem assegurar que o prazo de prescrição não deve começar a correr antes de uma parte lesada ter conhecimento, ou se poder razoavelmente presumir que teve conhecimento, do seguinte:

- i) o comportamento que constitui a infração,
 - ii) a qualificação de um tal comportamento como uma infração ao direito da concorrência da União ou nacional;
 - iii) o facto de a infração lhe ter causado o dano; e
 - iv) a identidade do infrator que causou tal dano.
- 3. Os Estados-Membros devem assegurar que o prazo de prescrição não começa a correr antes da data de cessação de uma infração continuada ou repetida.
 - 4. Os Estados-Membros devem assegurar que o prazo de prescrição para intentar uma ação de indemnização é, pelo menos, de cinco anos.
 - 5. Os Estados-Membros devem assegurar que o prazo de prescrição é suspenso se uma autoridade da concorrência tomar uma medida no âmbito de uma investigação ou de um processo relativo a uma infração com a qual a ação de indemnização está relacionada. A suspensão deve terminar, no mínimo, um ano depois de a decisão de infração se ter tornado definitiva ou o processo ter sido de outro modo encerrado.

Artigo 11.º

Responsabilidade solidária

- 1. Os Estados-Membros devem assegurar que as empresas que infringiram o direito da concorrência através de um comportamento conjunto são solidariamente responsáveis pelos prejuízos causados pela infração: cada uma das empresas infratoras é obrigada a reparar integralmente os danos, podendo a parte lesada exigir uma reparação integral de qualquer uma delas até que seja indemnizada na íntegra.
- 2. Os Estados-Membros devem assegurar que uma empresa à qual foi concedida imunidade em matéria de coimas por uma autoridade da concorrência no âmbito de um programa de clemência só é responsável perante as partes lesadas, que não os seus adquirentes ou fornecedores diretos ou indiretos, quando essas partes lesadas demonstrarem que não podem obter uma reparação integral das outras empresas envolvidas na mesma infração ao direito da concorrência.
- 3. Os Estados-Membros devem assegurar que a empresa infratora tem direito de regresso de qualquer outra empresa infratora, cujo montante será determinado em função da relativa responsabilidade pelos danos causados pela infração. O montante da contribuição de uma empresa à qual foi concedida imunidade em matéria de coimas por uma autoridade da concorrência no âmbito de um programa de clemência não deve exceder o montante dos danos que ela causou aos seus próprios adquirentes ou fornecedores diretos ou indiretos.
- 4. Os Estados-Membros devem assegurar que, na medida em que a infração causou danos a pessoas lesadas que não os adquirentes ou fornecedores diretos ou indiretos das empresas infratoras, o montante da contribuição do beneficiário de imunidade é determinado em função da sua responsabilidade relativa no que respeita a esses danos.

CAPÍTULO IV

REPERCUSSÃO DOS CUSTOS ADICIONAIS

Artigo 12.º

Defesa baseada na repercussão dos custos adicionais

1. Os Estados-Membros devem assegurar que o demandado numa ação de indemnização pode invocar como meio de defesa contra um pedido de indemnização o facto de o demandante ter repercutido total ou parcialmente os sobrecustos resultantes dessa infração. O ónus da prova de que os custos adicionais foram repercutidos cabe ao demandado.
2. Na medida em que os custos adicionais tenham sido repercutidos em pessoas situadas no nível seguinte da cadeia de abastecimento e que estão na impossibilidade jurídica de pedir uma reparação pelos seus danos, o demandado não deve poder invocar a defesa referida no número anterior.

Artigo 13.º

Adquirentes indiretos

1. Os Estados-Membros devem assegurar que, se no âmbito de uma ação de indemnização a existência de um pedido de indemnização ou o montante da reparação a pagar depender da — ou do grau da — repercussão dos custos adicionais no demandante, o ónus da prova da existência e do âmbito dessa repercussão deve caber ao demandante.
2. Na situação referida no n.º 1 do presente artigo, deve considerar-se que o adquirente indireto provou que os custos adicionais foram nele repercutidos, se tiver demonstrado que:
 - a) o demandado cometeu uma infração ao direito da concorrência;
 - b) a infração teve como consequência um custo adicional para o adquirente direto do demandado; e
 - c) ele adquiriu os bens ou serviços objeto da infração, ou adquiriu bens ou serviços derivados ou que incluem os bens ou serviços objeto da infração.

Os Estados-Membros devem assegurar que o tribunal tem competência para estimar a parte dos custos adicionais que foi repercutida.

O disposto no presente número não prejudica o direito de o infrator demonstrar que os custos adicionais não foram, ou não foram totalmente, repercutidos no adquirente indireto.

Artigo 14.º

Lucros cessantes e infração ao nível do fornecimento

1. As regras estabelecidas no presente capítulo não devem prejudicar o direito de uma parte lesada pedir uma reparação pelos lucros cessantes.

2. Os Estados-Membros devem assegurar que as regras estabelecidas no presente capítulo são aplicáveis em conformidade, sempre que a infração ao direito da concorrência estiver relacionada com o fornecimento à empresa infratora.

Artigo 15.º

Ações de indemnização intentadas por demandantes situados em diferentes níveis da cadeia de distribuição

1. Os Estados-Membros devem assegurar que, ao apreciar se o ónus da prova resultante da aplicação do artigo 13.º foi cumprido, os tribunais nacionais nos quais foi apresentada uma ação de indemnização têm em devida conta
 - a) as ações de indemnização relacionadas com a mesma infração ao direito da concorrência, mas intentadas por demandantes situados noutros níveis da cadeia de abastecimento; ou
 - b) as decisões resultantes de tais ações.
2. O presente artigo não deve prejudicar os direitos e obrigações dos tribunais nacionais no âmbito do artigo 30.º do Regulamento (UE) n.º 1215/2012.

CAPÍTULO V

QUANTIFICAÇÃO DOS DANOS

Artigo 16.º

Quantificação dos danos

1. Os Estados-Membros devem assegurar que, no caso de uma infração de um cartel, se deve presumir que a infração causou danos. A empresa infratora deve poder elidir essa presunção.
2. Os Estados-Membros devem assegurar que o ónus e o nível da prova e o estabelecimento dos factos exigidos para a quantificação dos danos não tornam o exercício do direito da parte lesada à indemnização praticamente impossível ou excessivamente difícil. Os Estados-Membros devem providenciar para que o tribunal tenha competência para calcular o montante dos danos.

CAPÍTULO VI

RESOLUÇÃO AMIGÁVEL DE LITÍGIOS

Artigo 17.º

Efeito suspensivo da resolução amigável de litígios

1. Os Estados-Membros devem assegurar que o prazo de prescrição para intentar uma ação de indemnização é suspenso durante o período de duração do processo de

resolução amigável de litígios. A suspensão do prazo de prescrição deve aplicar-se apenas no que respeita às partes que estão ou estiveram envolvidas na resolução amigável de litígios.

2. Os Estados-Membros devem assegurar que os tribunais nacionais nos quais foi apresentada uma ação de indemnização podem suspender a instância quando as partes no processo estão envolvidas numa resolução amigável de litígios no que se refere ao pedido de indemnização abrangido por essa ação de indemnização.

Artigo 18.º

Efeito das resoluções amigáveis nas subsequentes ações de indemnização

1. Os Estados-Membros devem assegurar que, na sequência de uma resolução amigável, o pedido de indemnização da parte lesada envolvida na resolução amigável é reduzido da parte nos danos que lhe foram causados pelo coinfrator envolvido na resolução amigável. Os coinfratores não envolvidos na resolução amigável não podem exigir regresso do coinfrator envolvido na resolução amigável no que respeita ao pedido de indemnização remanescente. Só quando os coinfratores não envolvidos na resolução amigável não puderem pagar a indemnização correspondente ao pedido de indemnização remanescente é que o coinfrator envolvido na resolução amigável pode ser obrigado a pagar uma indemnização à parte lesada envolvida na resolução amigável.
2. Ao determinar a contribuição de cada um dos coinfratores, os tribunais nacionais devem ter em devida conta qualquer resolução amigável anterior que envolva o coinfrator pertinente.

CAPÍTULO VII

DISPOSIÇÕES FINAIS

Artigo 19.º

Reexame

A Comissão deve reexaminar a presente diretiva e apresentar um relatório ao Parlamento Europeu e ao Conselho, o mais tardar em [...] *[to be calculated as 5 years after the date set as the deadline for transposition of this Directive.]*

Artigo 20.º

Transposição

1. Os Estados-Membros devem pôr em vigor as disposições legislativas, regulamentares e administrativas necessárias para dar cumprimento à presente diretiva, o mais tardar em [...] *[to be calculated as 2 years after the date of adoption of this Directive]*. Os Estados-Membros devem comunicar imediatamente à Comissão o texto dessas disposições.

Quando os Estados-Membros adotarem essas disposições, elas devem incluir uma referência à presente diretiva ou ser acompanhadas dessa referência aquando da sua publicação oficial. As modalidades dessa referência devem ser adotadas pelos Estados-Membros.

2. Os Estados-Membros devem comunicar à Comissão o texto das principais disposições de direito interno que adotarem no domínio abrangido pela presente diretiva.

Artigo 21.º

Entrada em vigor

A presente diretiva entra em vigor no vigésimo dia seguinte ao da sua publicação no *Jornal Oficial da União Europeia*.

Artigo 22.º

Destinatários

Os Estados-Membros são os destinatários da presente diretiva.

Feito em Bruxelas, em

Pelo Parlamento Europeu

Pelo Conselho

FICHA FINANCEIRA LEGISLATIVA

A presente proposta não tem incidência no orçamento da UE.