



Estrasburgo, 11.6.2013
SWD(2013) 204 final

DOCUMENTO DE TRABALHO DOS SERVIÇOS DA COMISSÃO

RESUMO DA AVALIAÇÃO DE IMPACTO

Ações de indemnização por violação das regras da UE no domínio antitrust

que acompanha a proposta de

DIRETIVA DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO

relativa a certas regras que regem as ações de indemnização no âmbito do direito nacional por infrações às disposições do direito da concorrência dos Estados-Membros e da União Europeia

{COM(2013) 404 final}

{SWD(2013) 203 final}

DOCUMENTO DE TRABALHO DOS SERVIÇOS DA COMISSÃO

RESUMO DA AVALIAÇÃO DE IMPACTO

Ações de indemnização por violação das regras da UE no domínio antitrust

que acompanha a proposta de

DIRETIVA DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO

relativa a certas regras que regem as ações de indemnização no âmbito do direito nacional por infrações às disposições do direito da concorrência dos Estados-Membros e da União Europeia

1. INTRODUÇÃO

- O direito da UE relativo a indemnização em caso de perdas e danos no domínio antitrust.** Os artigos 101.º e 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) proíbem os acordos anticoncorrenciais e os abusos de posição dominante. Cabe à Comissão Europeia, juntamente com as autoridades nacionais da concorrência («ANC»), a aplicação dessas proibições (**aplicação pública**). Ao mesmo tempo, as disposições do Tratado criam direitos e obrigações para os particulares, cuja aplicação está a cargo dos órgãos jurisdicionais nacionais (**aplicação privada**). Entre esses direitos figura o direito a reparação por perdas e danos sofridos em consequência de uma infração às regras de concorrência da UE. **Desde 2001, o Tribunal de Justiça tem declarado, repetidamente, que, em virtude do direito da UE, qualquer pessoa deve ter a possibilidade de exigir uma reparação por esses danos** (*Courage*, C-453/99 e *Manfredi*, C-295-298/04). **Passados mais de dez anos, a maior parte das vítimas de uma infração ao direito da concorrência continua a não dispor de meios para, individual ou coletivamente, exercer de modo efetivo esse direito a uma reparação previsto pela UE.** Tal deve-se, em grande medida, à falta de regras nacionais apropriadas no domínio das ações de indemnização. Além disso, mesmo no caso de existirem, essas regras são de tal modo diferentes entre os Estados-Membros que dão azo a condições de concorrência desiguais, tanto para os infratores como para as vítimas da conduta ilegal.
- Aplicação pública versus aplicação privada.** Jurisprudência recente a nível nacional e da UE também sublinhou que o direito da UE em matéria de reparação pode, por vezes, contrariar a eficácia da aplicação pública das regras da concorrência da UE pela Comissão e pelas ANC. Tal é o caso quando a vítima de uma infração ao direito da concorrência procura aceder à informação que uma autoridade da concorrência obteve no âmbito de um «programa de clemência» (ver *infra* no ponto 11). Na sequência de um acórdão do Tribunal de Justiça de junho de 2011 (*Pfleiderer*, C-360/09), na ausência de regras da UE sobre esta matéria, os potenciais demandantes de medidas de clemência podem não saber se as informações que dão a uma autoridade da concorrência acabarão por ser divulgadas a uma vítima da infração ao direito da concorrência. Tal situação pode colocá-los numa posição mais fraca em

termos de eventuais ações de indemnização comparativamente a outras empresas que não cooperaram com a autoridade. A insegurança jurídica pode, assim, ser prejudicial para a eficácia dos programas de clemência a nível da UE ou nacional e, por conseguinte, para a eficácia das medidas de aplicação pública que visam lutar contra os cartéis secretos.

3. **Objetivos da iniciativa.** A atual iniciativa relativa às ações de indemnização no domínio antitrust tem dois objetivos principais:

- i) **assegurar o exercício efetivo do direito da UE à reparação;** e
- ii) regular alguns aspetos essenciais da **interação entre a aplicação pública e privada do direito da concorrência da UE**, a fim de se encontrar um equilíbrio entre a aplicação pela Comissão e as ANC e as ações de indemnização intentadas nos tribunais nacionais, garantindo, assim, a **efetiva aplicação global das regras de concorrência da UE.**

2. PROBLEMAS A ABORDAR

2.1. Assegurar o exercício efetivo do direito da UE à reparação

4. **Suprimir os obstáculos a uma reparação efetiva.** A maior parte das vítimas de infrações ao direito da concorrência da UE continuam a não obter qualquer reparação. Para além de uma aparente falta de conhecimento, mesmo as vítimas que pretendem obter reparação são confrontadas com uma **relação risco/reparação muito desfavorável**, devido a obstáculos processuais e aos custos suportados para intentar uma ação. Esta situação prejudica o funcionamento das regras de concorrência da UE e é dificilmente conciliável com o direito fundamental a uma proteção judicial efetiva previsto pela Carta dos Direitos Fundamentais da UE. No seu Livro Verde de 2005 sobre ações de indemnização por incumprimento das regras comunitárias no domínio antitrust, **a Comissão identificou os principais obstáculos a uma reparação efetiva.** Em 2008, a Comissão adotou um **Livro Branco sobre ações de indemnização no domínio antitrust, enunciando uma série de sugestões sobre como eliminar esses obstáculos e assegurar uma aplicação privada efetiva** nos Estados-Membros.

5. **Consultas públicas.** Na consulta pública sobre o Livro Branco, bem como em duas consultas públicas subsequentes, a sociedade civil e intervenientes institucionais como o **Parlamento Europeu e o Comité Económico e Social Europeu congratularam-se com as medidas propostas.** Além disso, o Parlamento Europeu apelou explicitamente à adoção de legislação da UE em matéria de ações de indemnização no domínio antitrust.

6. **Observações dos intervenientes.** Nas consultas públicas acima referidas, os intervenientes corroboraram a análise da Comissão sobre alguns dos principais obstáculos que se opõem a uma reparação mais eficaz:

- Os **demandantes potenciais** assinalaram as dificuldades enfrentadas para obter o **acesso aos elementos de** que necessitam para instruir a prova de um processo. Por natureza, as ações de indemnização no domínio antitrust exigem muitas vezes um nível excepcionalmente elevado de análise factual e económica dispendiosa. Colocam aos demandantes dificuldades em termos de acesso a elementos de prova cruciais que são frequentemente mantidos secretos pelos demandados. Os intervenientes referiram também a falta de regras claras quanto à **defesa baseada na repercussão dos sobrecustos**, ou seja, a

possibilidade de um demandado demonstrar que um comprador direto repercutiu o preço mais elevado resultante de um cartel nos seus próprios clientes mais a jusante na cadeia de distribuição. Entre outras questões que podem limitar a obtenção de ganho de causa, os **prazos de prescrição** desempenham um papel relevante, por exemplo, quando não há tempo suficiente para intentar uma ação após a constatação de uma infração. Os custos de uma ação podem aumentar significativamente se as partes tiverem de provar a infração, mesmo que já tenha sido constatada por uma ANC, na ausência de regras uniformes sobre o **valor probatório dessas decisões de constatação da infração**. Além disso, a **quantificação dos danos sofridos** é, muitas vezes, um exercício complexo e dispendioso que pode afetar as hipóteses de um processo ser tramitado.

- Os consumidores e as PME são prejudicados pela falta de **mecanismos de ação coletiva** eficazes, que permitiriam a muitos consumidores ou empresas apresentar pedidos conjuntos e **partilhar os custos e encargos de uma ação judicial**.
- As associações empresariais, apesar de se congratularem com os objetivos perseguidos pela Comissão, advertiram em geral contra os riscos de litigação excessiva constatada noutras jurisdições e sublinharam a **necessidade de prever salvaguardas contra os litígios abusivos não fundamentados**, em especial se os pedidos forem coletivos.

7. Condições de concorrência desiguais no mercado interno. Para além dos obstáculos específicos que impedem o exercício efetivo do direito da UE à reparação, ainda há regras nacionais muito diversas em matéria de ações de indemnização no domínio antitrust. Esta diversidade aumentou nos últimos anos: cria uma insegurança jurídica para todas as partes envolvidas e pode prejudicar a aplicação privada efetiva das regras de concorrência, em especial em processos transfronteiras. Também pode dar azo a apreciáveis distorções de concorrência no mercado interno, uma vez que a possibilidade de as vítimas obterem reparação e a probabilidade de os infratores serem responsabilizados diferem em função do lugar onde estão estabelecidos e onde podem intentar as suas ações. Tal é ilustrado pela atual concentração de ações de indemnização no domínio antitrust em três jurisdições da UE: Reino Unido, Alemanha e Países Baixos. De onde decorre que os demandantes consideram as regras aplicáveis nesses países mais adequadas para os seus propósitos do que noutros. Em contrapartida, parece ser mais difícil para as vítimas de infrações ao direito da concorrência nos outros Estados-Membros exercer efetivamente o seu direito da UE a uma reparação. Esta aplicação desigual pode também conferir uma vantagem competitiva a algumas empresas que violaram os artigos 101.º e 102.º do TFUE e constituir um desincentivo para o exercício do direito de estabelecimento e da liberdade de fornecimento de bens ou serviços nos Estados-Membros onde o direito à reparação é executado com maior eficácia.

8. Custos prováveis da situação atual. O custo da aplicação privada ineficaz do direito da concorrência é estimado em até 23 mil milhões de EUR ou 0,18 % do PIB da UE em 2012 – em termos de reparações de que as vítimas são privadas cada ano na UE. A resolução deste problema iria transferir os custos das infrações no domínio antitrust das vítimas para os infratores, tornando mais fácil detetar as distorções da concorrência. Em termos de aplicação geral dos artigos 101.º e 102.º do TFUE, a maior probabilidade de ser considerado responsável de uma conduta ilegal,

desencorajaria o comportamento anticoncorrencial (dissuasão acrescida), com benefícios subsequentes em termos de bem-estar dos consumidores.

2.2. A interação entre a aplicação pública e privada do direito da concorrência da UE

9. **Definições.** A aplicação pública do direito da concorrência da UE compete à Comissão e às ANC, que têm poderes para constatar, sancionar e prevenir infrações às regras de concorrência da UE. A aplicação pública também incumbe aos órgãos jurisdicionais, que reexaminam as decisões tomadas pelas autoridades da concorrência. A **aplicação privada** refere-se à **aplicação** das mesmas regras através de ações intentadas em tribunais nacionais. **Na ausência de legislação da UE na matéria, a aplicação privada é regida quase exclusivamente pelo direito civil nacional.** A aplicação privada pode, em geral, ser subdividida em três tipos de ações:

- i) reparação por danos sofridos em consequência de uma violação do direito da concorrência da UE (ações de indemnização),
- ii) pedidos para fazer cessar comportamentos que infringem o direito da concorrência da UE (providências cautelares); e
- iii) declaração de nulidade de disposições contratuais que violam as regras de concorrência da UE.

10. **Complementaridade e interação da aplicação pública e privada.** A aplicação pública e a aplicação privada são ferramentas complementares para a aplicação efetiva dos artigos 101.º e 102.º do TFUE. Uma ação privada pode ser intentada num tribunal sem necessidade de haver uma decisão prévia da autoridade da concorrência («ações autónomas»). No entanto, na maior parte dos casos as ações de indemnização no domínio antitrust são intentadas quando uma autoridade da concorrência tiver constatado uma violação das regras da concorrência da UE (**ações de seguimento**). A interação daí resultante entre aplicação pública e privada refere-se aos seguintes **aspetos-chave**:

- i) acesso à informação detida pelas autoridades da concorrência,
- ii) efeito vinculativo das decisões definitivas, e
- iii) prazos de prescrição para intentar uma ação de indemnização.

11. **Uma questão-chave: divulgação de documentos de clemência.** Para detetar e punir os cartéis secretos, as autoridades da concorrência oferecem aos infratores imunidade ou redução da coima em troca da sua cooperação. Estes «programas de clemência» são um ferramenta muito eficaz nas mãos das instâncias públicas responsáveis pela aplicação. As vítimas de uma mesma infração podem necessitar das informações que foram voluntariamente facultadas pelos infratores, a fim de as utilizarem como elementos de prova e obterem uma reparação. No recente processo *Pfleiderer*, as partes que pretendiam intentar uma ação de indemnização por perdas e danos contra o cartel solicitaram o acesso ao dossiê de clemência da autoridade alemã da concorrência. O tribunal nacional alemão perguntou ao Tribunal de Justiça se a divulgação das informações relacionadas com a clemência era contrária ao direito da UE. No seu acórdão de 2011, o Tribunal de Justiça considerou que, na ausência de direito da UE na matéria, compete ao tribunal nacional determinar, numa base casuística e no quadro do direito nacional, as condições em que a divulgação das informações relacionadas com a clemência às vítimas de uma infração ao direito da concorrência deve ser autorizada ou recusada. Este acórdão gerou uma grande

incerteza sobre as categorias de documentos suscetíveis de divulgação. Essa incerteza não só é prejudicial para as partes envolvidas em ações de indemnização, mas também pode, mais especificamente, dissuadir os participantes no cartel de cooperarem com a Comissão e as ANC no quadro dos seus programas de clemência e afetar negativamente a luta contra os cartéis que assenta, em grande medida, nos pedidos de clemência. Uma aplicação limitada da legislação em matéria de cartéis diminuiria o efeito dissuasor da aplicação pública do direito da concorrência.

12. Existem problemas semelhantes em relação aos **casos de transação**, quando as partes reconhecem a sua participação num cartel em troca de um procedimento simplificado e de uma coima reduzida. A incerteza no tocante à divulgação de documentos do dossiê de uma autoridade da concorrência relacionados com um tal processo poderia dissuadir as empresas de cooperarem com as autoridades da concorrência no âmbito do procedimento de transação. Por último, a divulgação dos documentos do dossiê de uma autoridade da concorrência durante uma investigação em curso pode comprometer essas investigações e, desse modo, a capacidade de as autoridades da concorrência aplicarem sanções a infrações ao direito da concorrência da UE.

3. OPÇÕES DISPONÍVEIS

13. **Identificar as opções.** Para resolver os problemas acima descritos, promover um direito efetivo à reparação para as vítimas de violações dos artigos 101.º e 102.º do TFUE e alcançar um equilíbrio ótimo entre aplicação pública e privada, foram consideradas quatro opções políticas. Foram escolhidas com base na avaliação efetuada para o Livro Branco, que está resumida num anexo ao relatório de avaliação de impacto. **Não foram reconsideradas as medidas que já tinham sido excluídas no Livro Branco, devido a um rácio desproporcionado em termos de custo/benefício.** Dois exemplos de tais opções excluídas são as indemnizações múltiplas (a título de sanção) e um amplo sistema de divulgação pré-contencioso de elementos de prova. Além disso, **todas as opções com vista a uma ação da UE (Opções 2, 3 e 4) incluem um quadro jurídico não vinculativo para quantificar as ações de indemnização no domínio antitrust.** Estas orientações não vinculativas sobre uma das questões mais complexas e dispendiosas para todas as partes no que respeita às ações de indemnização no domínio antitrust obtiveram o apoio quase unânime dos intervenientes, tanto na consulta pública sobre o Livro Branco como na consulta efetuada na sequência da publicação, em 2011, de um documento sobre um projeto de orientações.
14. **Opção 1 — Nenhuma ação da UE (situação inicial).** A primeira opção no relatório é o cenário de base, ou seja, nenhuma ação a qualquer nível da UE. Tal implicava o exame do *status quo* e a evolução provável na ausência de uma ação da UE (análise prospetiva).
15. **Opção 2 — Ato vinculativo com base no Livro Branco (incluindo um sistema específico de ação coletiva).** A segunda opção prevê um instrumento juridicamente vinculativo que incorpora as medidas que a Comissão apresentou no seu Livro Branco, incluindo um sistema de ação coletiva específico da concorrência, que permitiria aos consumidores e às PME intentar conjuntamente as suas ações. Um tal instrumento incluiria: regras sobre a divulgação proporcionada de categorias precisas de elementos de prova; responsabilidade limitada para demandantes cujo pedido de imunidade tenha sido aceite; efeito vinculativo das decisões definitivas das ANC de

constatação de uma infração; repercussão dos sobrecustos como meio de defesa, que permita ao infrator demonstrar que o requerente da indemnização repercutiu os sobrecustos ilegais nos seus próprios clientes; facilitação da prova para um adquirente indireto no que respeita ao âmbito da repercussão dos sobrecustos; e um prazo de prescrição específico para ações de indemnização no domínio antitrust.

16. ***Opção 3 — Regular a interação entre a aplicação pública e privada.*** A terceira opção consiste num instrumento vinculativo que revê, em parte, as opções propostas no Livro Branco, a fim refletir de duas maneiras a evolução recente a nível nacional e da UE: remetendo para uma **abordagem horizontal da UE** separada **em matéria de ação coletiva**, em vez de regular um mecanismo setorial; e introduzindo **limitações ao acesso aos elementos de prova** que visam preservar a eficácia das ferramentas de aplicação pública. Estas duas grandes alterações têm em comum o facto de reduzirem, até certo ponto, os benefícios em termos de reparação efetiva encorajados pela Opção 2, a fim de perseguir objetivos políticos adicionais, ou seja, uma abordagem horizontal em matéria de ação coletiva tal como sugerido por alguns intervenientes e pelo Parlamento Europeu, nomeadamente uma melhor proteção da aplicação pública na sequência do acórdão do Tribunal de Justiça. **A opção foi, assim, especificamente concebida para apreciar se a perda de benefícios no que respeita à reparação efetiva é contrabalançada por uma redução dos custos de litigância e/ou por um equilíbrio otimizado entre a aplicação pública e privada.** Mais especificamente, a Opção 3 difere da Opção 2 nos seguintes pontos:

- No que respeita à **proteção das ferramentas de aplicação pública**, a Opção 2 apenas protege as declarações de empresa no âmbito de um programa de clemência no que respeita à divulgação em ações de indemnização. A Opção 3 acrescenta a proteção relativamente às propostas de transação e limita a divulgação durante as investigações das autoridades da concorrência. A proteção prevista das ferramentas de aplicação pública não torna excessivamente difícil para as vítimas de infrações ao direito da concorrência a obtenção de reparação pelos danos sofridos, devido ao âmbito limitado de uma tal proteção. A proteção é, portanto, compatível com o direito a uma proteção judicial efetiva, como previsto na Carta dos Direitos Fundamentais da UE.
- No que respeita à **quantificação dos danos no domínio antitrust**, a Opção 3 — contrariamente à Opção 2 — prevê uma presunção ilidível relacionada com danos sob a forma de sobrecustos nos processos referentes a cartéis. Esta presunção baseia-se nos resultados de um estudo externo que concluiu que **93 % dos cartéis examinados causam danos**. Esta medida foi introduzida para atenuar o impacto de um acesso mais limitado dos demandantes a alguns tipos de elementos de prova que poderiam, no entanto, ter sido úteis para provar os danos causados por um cartel. Pela mesma razão, a Opção 3 contém uma regra segundo a qual o nível de prova exigido não pode tornar o exercício do direito do demandante a uma indemnização impossível na prática ou excessivamente difícil. Esta opção sugere que os Estados-Membros devem permitir ao juiz estimar o montante dos danos.
- No que respeita à **ação coletiva**, a Opção 3 não contém medidas específicas da concorrência. Embora reconhecendo as especificidades da aplicação do direito da concorrência da UE e a possibilidade de regras específicas, esta opção assenta numa **abordagem** separada, mas **horizontal**, em matéria de ação coletiva, através de iniciativas de maior amplitude.

- Por último, a Opção 3 contém medidas sobre a **resolução amigável de litígios**, a fim de contrabalançar a ausência de mecanismos específicos de ação coletiva, facultando às partes outros meios processuais eficazes em termos de custos. Estas medidas suprimiriam os desincentivos existentes em matéria de resolução extrajudicial de litígios para reparar danos causados por uma infração ao direito da concorrência da UE.

17. **Opção 4 — Iniciativa não vinculativa da UE.** A quarta opção (Opção 4) consiste num instrumento não vinculativo que recomenda aos Estados-Membros a implementação das medidas sugeridas na Opção 3.

4. OPÇÃO PRIVILEGIADA

18. O impacto das quatro opções foi apreciado em relação aos seguintes custos e benefícios:

- As opções obtêm melhores resultados se
 - (1) assegurarem uma reparação integral da totalidade dos danos sofridos;
 - (2) protegerem eficazmente a aplicação pública e alcançarem um equilíbrio com as ações de indemnização na execução efetiva geral dos artigos 101.º e 102.º do TFUE;
 - (3) aumentarem a sensibilização, execução, dissuasão e segurança jurídica;
 - (4) permitirem um melhor acesso à justiça;
 - (5) conduzirem a uma utilização mais eficiente do sistema judicial, por exemplo, evitando a litigância abusiva e ações não fundamentadas;
 - (6) contribuírem para condições mais equitativas na Europa, tanto para os consumidores como para as empresas;
 - (7) tiverem um impacto positivo no bem-estar dos consumidores e nas PME; e
 - (8) incentivarem o crescimento económico e a inovação.
 - Do ponto de vista dos custos, o relatório examina o impacto sobre
 - (1) custos de litigância;
 - (2) encargos administrativos;
 - (3) custos dos erros (por exemplo, a possibilidade de os tribunais nacionais proferirem uma decisão errada); e
 - (4) custos da incorporação das medidas sugeridas no sistema jurídico nacional.
19. Após a apreciação dos custos e benefícios das quatro opções, o relatório conclui que a opção 3 é a melhor para realizar os objetivos fixados e com o menor custo. Uma panorâmica simplificada da apreciação é apresentada a seguir, juntamente com as principais conclusões explanadas no relatório.

Quadro (Relatório de avaliação de impacto): Resumo dos impactos das Opções 1 a 4

| Benefícios obtidos/problema abordado | Impacto relativamente à situação inicial (0 a + + +) | | | |
|--------------------------------------|--|---------|---------|---------|
| | Opção 1 | Opção 2 | Opção 3 | Opção 4 |
| 1. Reparação integral | 0 | +++ | ++ | 0 / + |

| | | | | |
|---|---|----------------|----------------|----------------|
| 2. Proteção da aplicação pública efetiva | 0 | ++ | +++ | 0 / + |
| 3. Sensibilização, dissuasão, aplicação e segurança jurídica acrescidas | 0 | +++ | +++ | 0 / + |
| 4. Acesso à justiça | 0 | +++ | +++ | 0 / + |
| 5. Utilização eficiente do sistema judicial | 0 | +++ | ++ | 0 / + |
| 6. Condições mais equitativas | 0 | +++ | +++ | 0 / + |
| 7. Impacto positivo nas PME e nos consumidores | 0 | +++ | ++ | 0 / + |
| 8. Incentivo ao crescimento económico e à inovação | 0 | ++ | ++ | 0 |
| Custos | Impacto relativamente à situação inicial (0 a — — -) | | | |
| | Opção 1 | Opção 2 | Opção 3 | Opção 4 |
| 1. Custos de litigância | 0 | -- | - | 0 / — - |
| 2. Encargos administrativos | 0 | -- | - | 0 / - |
| 3. Custos dos erros | 0 | - | 0 / - | 0 / - |
| 4. Custos de implementação | 0 | -- | - | 0 / - |

20. **Preferência por uma ação vinculativa da UE.** Foi dada preferência às opções que preveem uma ação da UE. Razões:

- no que respeita à otimização da interação entre a aplicação pública e privada das regras de concorrência da UE, há um consenso crescente de que é melhor o tratamento desta questão a nível da UE, em especial devido às ligações estreitas entre a Comissão e as autoridades nacionais da concorrência;
- no que respeita à melhoria das condições processuais para que as vítimas de uma infração ao direito da concorrência da UE obtenham uma reparação, a experiência dos últimos anos mostrou que, na ausência do direito da UE, apenas um número muito reduzido de Estados-Membros toma iniciativas legislativas a esse respeito. Se algo está a ser feito as iniciativas tomadas abrangem apenas alguns dos obstáculos identificados pela Comissão nos seus livros Verde e Branco, e aumentaram ainda mais a heterogeneidade do panorama jurídico.

21. Sem uma ação da UE, persistiria a atual divergência entre as legislações nacionais em matéria de ações de indemnização no domínio antitrust, o que seria problemático em termos de eficácia das ações de indemnização. Tal significaria também a continuação da fragmentação do mercado interno em termos do nível de proteção judicial e poderia encorajar a procura do foro mais favorável (*forum-shopping*) (geralmente em detrimento das PME e dos consumidores, que são menos móveis).

Poderia também dar azo a procedimentos mais complexos e, portanto, mais dispendiosos, nomeadamente nos processos transfronteiras. A Opção 1 inicial (nenhuma ação da UE) foi, por conseguinte, posta de parte. A preferência por uma ação vinculativa da UE, em vez de disposições não vinculativas (*soft law*), levou por analogia à exclusão da Opção 4.

22. **Preferência por uma abordagem separada, mas horizontal, em matéria de ação coletiva.** À luz da consulta pública e, em especial, da Resolução do Parlamento Europeu, de 2 de fevereiro de 2012, parece que uma abordagem horizontal é, atualmente, mais adequada do que uma solução específica da concorrência.. Tal deve-se principalmente ao facto de o direito da concorrência não ser o único campo do direito da UE em que os danos causados prejudicam frequentemente vários sujeitos, sendo difícil, para os consumidores e as PME, obterem uma indemnização pelos danos sofridos. Problemas semelhantes (elevados custos de litigância em comparação com os danos individuais) existem noutros domínios do direito, como o direito dos consumidores ou o direito ambiental. Os princípios de base aplicáveis à ação coletiva podem, em grande medida, ser comuns a todos estes domínios do direito. Uma iniciativa horizontal pode também promover a coerência entre os domínios em que a ação coletiva é considerada necessária. No entanto, na medida em que sejam reputadas essenciais em relação, por exemplo, ao direito da concorrência, as disposições específicas poderiam ser estabelecidas num capítulo separado do instrumento horizontal ou em subsequentes instrumentos jurídicos separados.
23. **Preferência por um sistema mais equilibrado de aplicação pública e privada.** Tanto a Opção 2 como a Opção 3 satisfazem, em grande medida, os objetivos políticos da iniciativa de indemnização no domínio antitrust, uma vez que abordam os principais obstáculos que atualmente impedem uma reparação efetiva das vítimas de infrações no domínio antitrust, inspirando-se em tradições jurídicas europeias. Ambas as opções preveem também salvaguardas para evitar abusos de litigância e pedidos não fundados. Como tal, têm um impacto positivo no direito fundamental à proteção judicial efetiva inscrita na Carta dos Direitos Fundamentais da UE.
24. A Opção 2 é, de certo modo, mais sólida no que respeita à garantia da reparação integral da totalidade dos danos sofridos. No entanto, a Opção 3 prevê, de um modo geral, um sistema mais equilibrado. Melhora globalmente a possibilidade de aceder aos elementos de prova, ao mesmo tempo que oferece uma proteção sólida para a aplicação pública efetiva, protegendo mais os documentos provenientes dos dossiês das autoridades da concorrência. Embora satisfazendo este objetivo através da introdução de salvaguardas, a opção constitui ainda uma melhoria em termos de tratamento da assimetria da informação na aceção sublinhada pelos intervenientes nas suas respostas às consultas públicas. A introdução de uma presunção ilidível em relação à existência de danos sob a forma de sobrecustos nos processos relativos a cartéis e a possibilidade de estimar o montante do dano tornam mais provável a obtenção de uma reparação por perdas e danos.
25. No que se refere a outras medidas, como a defesa baseada na repercussão dos sobrecustos, os prazos de prescrição e o efeito vinculativo das decisões adotadas pelas ANC, as Opções 3 e 2 não diferem. Nos países onde estão em vigor disposições similares, elas constituem um incentivo significativo para os demandantes. A sua aplicação a nível da UE aumentaria as possibilidades de ação eficaz para as vítimas de infrações ao direito da concorrência, e permitiria alcançar os objetivos da presente iniciativa (indemnização, acesso à justiça e garantia de condições de concorrência

mais equitativas). O efeito vinculativo das decisões das ANC, em particular, assegura uma utilização mais eficiente do sistema judicial.

26. **Custos.** Em termos de custos, a Opção 3 é melhor do que a Opção 2. Os custos de litigância são reduzidos pela introdução da presunção ilidível relativamente à quantificação dos danos e pela facilitação da resolução amigável de litígios. Os custos dos erros e os custos de implementação são, assim, inferiores no caso da Opção 3, devido, sobretudo, ao facto de não haver uma disposição no sentido da introdução de um quadro setorial específico para a ação coletiva. Por último, o reforço da proteção da aplicação pública da Opção 3 reduziria os encargos administrativos.

5. CONCLUSÃO

27. A Opção 3 foi escolhida como opção preferida para a realização dos objetivos da Iniciativa de indemnização no domínio antitrust.

Resumo do teor da opção preferida

| | |
|---|--|
| Reparação integral | Qualquer parte lesada (tanto adquirentes diretos como indiretos) pode pedir uma reparação integral dos danos sofridos em resultado de uma infração aos artigos 101.º ou 102.º do TFUE. A reparação integral inclui a reparação por danos emergentes e por lucros cessantes, acrescida de juros. |
| Divulgação dos elementos de prova | A opção preferida prevê um regime de divulgação de categorias especificadas de elementos de prova entre as partes para uma ação de indemnização no domínio antitrust. Além disso, prevê medidas de salvaguarda no que se refere à divulgação de documentos do dossiê de uma autoridade da concorrência. |
| Responsabilidade limitada do beneficiário da imunidade | Para manter a atratividade dos programas de clemência da Comissão e das ANC, a responsabilidade do beneficiário da imunidade é limitada à sua parte nos danos causados. O beneficiário da imunidade deve permanecer totalmente responsável quando as partes lesadas não puderem obter reparação dos coinfratores. |
| Efeito vinculativo das decisões das ANC | Os tribunais nacionais em que correm termos as ações de indemnização são vinculados pelas decisões das ANC que constatem uma infração das regras de concorrência da UE. |
| Prazos de prescrição | Os prazos de prescrição não devem prejudicar o direito à reparação integral. Além disso, as vítimas devem poder dispor da possibilidade efetiva de intentar uma ação de indemnização após decisão definitiva de uma autoridade da concorrência. |
| Repercussão dos sobrecustos | O demandado pode invocar a repercussão dos sobrecustos como meio de defesa contra uma ação apresentada pelo adquirente direto. Inversamente, para facilitar as ações intentadas por adquirentes indiretos, é facilitada a comprovação da repercussão dos sobrecustos ao seu nível. |
| Presunção de dano | As vítimas de cartéis poderão basear-se numa presunção ilidível de que um cartel conduz a danos sob a forma de sobrecustos. Além disso, as exigências previstas no direito nacional para quantificar os danos sofridos não devem tornar praticamente impossível ou excessivamente difícil que um demandante possa obter reparação. |

| | | |
|--|-----------|---|
| Resolução amigável litígios | de | A resolução amigável de litígios é facilitada, pois pode constituir uma alternativa mais rápida e menos dispendiosa do que o processo judicial. |
|--|-----------|---|