



Bruxelas, XXX
[...] (2018) XXX draft

COMUNICAÇÃO DA COMISSÃO

Orientações destinadas aos tribunais nacionais sobre a forma de calcular a parte dos custos adicionais repercutida nos adquirentes indiretos

Orientações destinadas aos tribunais nacionais sobre a forma de calcular a parte dos custos adicionais repercutida nos adquirentes indiretos

1. INTRODUÇÃO

1.1. Objetivo e âmbito de aplicação

- (1) As presentes orientações visam dirigir conselhos práticos aos tribunais nacionais, juízes e outras partes interessadas nas ações de indemnização por infrações aos artigos 101.º e 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (a seguir «TFUE») sobre a forma de calcular a repercussão dos custos adicionais. Mais concretamente, estabelecem os princípios económicos, os métodos e a terminologia relativos à repercussão, *inter alia*, dando como referência vários exemplos. Além disso, as presentes orientações destinam-se a ajudar a determinar as fontes de elementos de prova relevantes e a proporcionalidade de um pedido de divulgação, bem como a apreciar as declarações das partes sobre a repercussão e eventuais pareceres de peritos económicos apresentados ao tribunal.
- (2) As orientações têm por base jurídica o artigo 16.º da Diretiva Ações de Indemnização¹, não são vinculativas, nem alteram as regras em vigor ao abrigo do direito da União ou da legislação dos Estados-Membros. Por conseguinte, não obrigam os tribunais nacionais a segui-las. As orientações também não prejudicam a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (a seguir «TJUE»).
- (3) Enquanto fonte de referência para boas práticas, as orientações dão indicações sobre os parâmetros relevantes que podem ser tidos em conta no tratamento de dados económicos pertinentes para a apreciação da repercussão dos custos adicionais. Assentam em estudos económicos relevantes reunidos pela Comissão e complementam o Guia prático sobre a quantificação dos danos nas ações de indemnização que tenham por fundamento as infrações aos artigos 101.º e 102.º do TFUE (a seguir «guia prático»)² que acompanha a Comunicação da Comissão sobre a quantificação dos danos no domínio antitrust nas ações de indemnização³. Enquanto o guia prático incide sobre os custos adicionais, as presentes orientações abordam especificamente e com mais pormenor a repercussão desses custos⁴. O guia prático e as presentes orientações devem ser lidos em conjunto⁵.
- (4) Tal como se explica nos n.ºs (16) e seguintes infra, as presentes orientações podem ser úteis no caso de um infrator invocar a repercussão dos custos adicionais como meio de defesa contra um pedido de indemnização («escudo») ou de um adquirente

(1) Diretiva 2014/104/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de novembro de 2014, relativa a certas regras que regem as ações de indemnização no âmbito do direito nacional por infração às disposições do direito da concorrência dos Estados-Membros e da União Europeia, JO L 349/1 de 5.12.2014.

(2) Documento de trabalho dos serviços da Comissão – Guia prático sobre a quantificação dos danos nas ações de indemnização que tenham por fundamento as infrações aos artigos 101.º e 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, 11.6.2013, SWD(2013) 205.

(3) Comunicação da Comissão sobre a quantificação dos danos nas ações de indemnização que tenham por fundamento as infrações aos artigos 101.º e 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, JO C 167/19 de 13.6.2013.

(4) O guia prático limita-se a abordar sucintamente a repercussão, nomeadamente nos n.ºs 161 a 171.

(5) As presentes orientações centram-se na repercussão dos custos adicionais no contexto das infrações ao artigo 101.º do TFUE. No entanto, podem também ser uma fonte de referência para as boas práticas nas ações de indemnização perante os tribunais nacionais por infrações ao artigo 102.º do TFUE, por exemplo, preços excessivos, desde que as especificidades do abuso de posição dominante nos termos do artigo 102.º TFUE sejam suficientemente tidas em consideração.

PROJETO

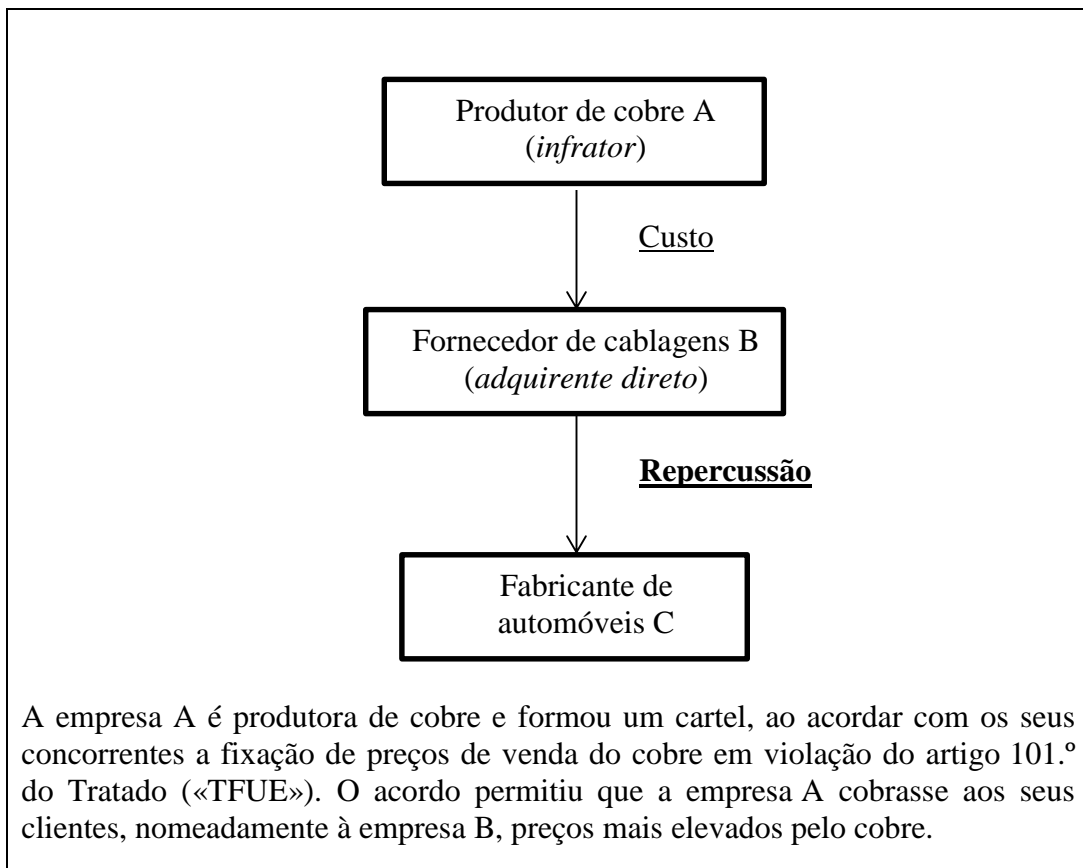
indireto pedir uma indemnização ao infrator alegando a repercussão de um custo adicional («espada»). Contudo, tal como sucede em qualquer ação de indemnização, a medida em que o tribunal tem de considerar os factos de um processo dependerá da forma como a ação é intentada pelo demandante e da natureza dos fundamentos de defesa aduzidos pelo demandado. Por exemplo, em certos casos, dada a complexidade adicional que tal pode implicar, um demandante pode não invocar lucros cessantes em consequência do efeito de volume. No entanto, uma ação intentada por um adquirente indireto contra um infrator implicará, normalmente, a tomada em consideração da repercussão, uma vez que esta é essencial para a ação.

- (5) De igual modo, a natureza e o montante da ação deverão influenciar a forma como o tribunal poderá querer abordar a apreciação e o cálculo da repercussão. A escolha de entre os diferentes métodos e abordagens económicos explicados nas orientações deve ser proporcional ao processo. Aquilo que, em termos do âmbito dos dados necessários e dos custos da análise pericial, pode ser adequado numa ação de 20 milhões de EUR pode não ser proporcional numa ação de 200 000 EUR.

1.2. O que é a repercussão dos custos adicionais?

- (6) A repercussão dos custos adicionais pode ocorrer em diferentes níveis da cadeia de abastecimento. É ilustrada na caixa Caixa 1 seguinte, com base num exemplo hipotético.

Caixa 1: Repercussão do aumento do preço do cobre



PROJETO

A diferença de preço entre o preço efetivamente pago e o preço que seria praticado na ausência de infração ao direito da concorrência da União designa-se por custo adicional⁶.

A empresa B é fornecedora de peças para automóveis e utilizou o cobre adquirido à empresa A para produzir cablagens que vendeu ao fabricante de automóveis C. Após o aumento do preço do cobre decorrente da formação do cartel, a empresa B aumentou igualmente o seu preço de venda das cablagens fornecidas ao fabricante C. Este comportamento constitui uma repercussão de custos adicionais, neste caso da empresa B para o fabricante C. Tendo por base as definições da Diretiva Ações de Indemnização, a empresa A pode ser designada por *infrator*, a empresa B por *adquirente direto* e o fabricante C por *adquirente indireto*⁷.

- (7) Sempre que o adquirente direto repercute, total ou parcialmente, o custo adicional no adquirente indireto, este último não só será afetado por um efeito do preço como, em muitos casos, reduzirá também a sua procura. Esta redução designa-se por efeito de volume. As suas implicações jurídicas e económicas são abordadas de forma mais pormenorizada mais adiante. Simplificando, sempre que o custo adicional for repercutido, o adquirente indireto pode comprar menos ao adquirente direto e, conseqüentemente, vender menos aos adquirentes indiretos a jusante na cadeia de abastecimento.
- (8) O custo adicional pode ser repercutido em toda uma cadeia de abastecimento, abrangendo bens ou serviços. Por exemplo, no caso hipotético ilustrado na caixa Caixa 1 supra, o fabricante de automóveis C pode, de igual modo, fazer subir os preços cobrados ao seu cliente, o retalhista de automóveis independente D. Seguidamente, o retalhista D pode igualmente aumentar o preço que os consumidores finais terão de pagar pelo veículo que incorpora o cobre objeto de cartelização. O fabricante C, o retalhista D e os consumidores finais são todos adquirentes indiretos na aceção da definição da Diretiva Ações de Indemnização⁸.

1.3. Estrutura das orientações

- (9) Tendo por base os princípios jurídicos, a jurisprudência assente e as disposições da Diretiva Ações de Indemnização, as presentes orientações definem o quadro jurídico aplicável à repercussão. Uma breve secção jurídica resume as regras processuais e os instrumentos segundo os quais os tribunais nacionais podem ter em conta a repercussão dos custos adicionais nas ações de indemnização. O quadro jurídico combina o direito da UE com as práticas nacionais. Neste contexto, os juízes têm de dar especial atenção aos princípios da efetividade e da equivalência⁹. Dito de outro modo, têm de aplicar as regras nacionais de modo a não tornar praticamente impossível ou excessivamente difícil o exercício do direito à reparação integral dos danos causados por uma infração ao direito da concorrência

(6) Ver artigo 2.º, n.º 20, da Diretiva Ações de Indemnização.

(7) Ver artigo 2.º, n.ºs 2, 23 e 24, da Diretiva Ações de Indemnização.

(8) Nos termos do artigo 2.º, n.º 24, da Diretiva Ações de Indemnização, entende-se por «[a]dquirente indireto», uma pessoa singular ou coletiva que adquiriu, não diretamente a um infrator mas através de um adquirente direto ou subseqüente, bens ou serviços objeto de uma infração ao direito da concorrência ou bens ou serviços que os contêm ou que deles derivam.»

(9) Ver artigo 4.º da Diretiva Ações de Indemnização.

PROJETO

da UE (princípio da efetividade)¹⁰. Em segundo lugar, os juízes têm de ter presente que as regras e os procedimentos nacionais relativos a ações de indemnização resultantes de infrações aos artigos 101.º e 102.º do TFUE não podem ser menos favoráveis para as partes alegadamente lesadas do que aqueles que regem ações de indemnização análogas resultantes de infrações ao direito nacional (princípio da equivalência).

- (10) A secção principal das presentes orientações trata dos aspetos económicos da repercussão dos custos adicionais, nomeadamente a teoria económica e os métodos de quantificação relevantes para o cálculo da repercussão. A parte sobre a teoria económica foca-se nos conceitos teóricos subjacentes à repercussão e enumera os fatores suscetíveis de a afetar. Na parte sobre a quantificação económica, são apresentados diferentes abordagens e métodos de quantificação dos efeitos da repercussão.

2. QUADRO JURÍDICO

2.1. Repercussão dos custos adicionais e direito à reparação integral

- (11) As regras relativas à repercussão dos custos adicionais enunciadas na Diretiva Ações de Indemnização radicam no princípio da reparação, subjacente a todo o texto da referida diretiva¹¹. Dois elementos deste princípio têm implicações importantes na repercussão dos custos adicionais. Em primeiro lugar, com base na jurisprudência assente do TJUE, o mesmo significa que «qualquer pessoa tem o direito de pedir a reparação do prejuízo sofrido quando haja um nexo de causalidade entre o referido prejuízo e um cartel ou uma prática proibida pelo artigo 101.º do TFUE»¹²¹³. Em segundo lugar, os demandantes que tenham sofrido tais danos têm direito à reparação integral, que tem de ser entendida como colocando a pessoa que sofreu danos na posição em que estaria se a infração não tivesse sido cometida¹⁴.
- (12) No contexto da repercussão dos custos adicionais, a Diretiva Ações de Indemnização especifica que a formulação «qualquer pessoa» inclui os adquirentes diretos e indiretos¹⁵. Por exemplo, no caso hipotético apresentado na caixa Caixa 1 supra, o fornecedor de cablagens B, enquanto adquirente direto, e o fabricante de automóveis C, enquanto adquirente indireto, podem pedir uma indemnização ao produtor de cobre A, enquanto infrator. Os outros adquirentes indiretos a jusante na cadeia de abastecimento têm também o direito de obter uma indemnização do infrator. Tal como menciona o n.º (8) supra, no exemplo hipotético da caixa 1, seria o caso do retalhista de automóveis independente D e dos consumidores finais.

(10) Relativamente ao direito à reparação integral, ver n.º (11) e seguintes infra.

(11) Ver artigo 1.º, n.º 1, e artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva Ações de Indemnização.

(12) Acórdão do TJUE de 5 de junho de 2014 no processo C-557/12 (*Kone*) EU:C:2014:1317, n.º 22, com referência ao acórdão do TJUE de 13 de julho de 2006 no processo C-295/04 (*Manfredi*) EU:C:2006:461, n.º 61.

(13) A própria Comissão recordou previamente a «ênfase dada pelo Tribunal [de Justiça da União Europeia] ao princípio da reparação e ao seu postulado segundo o qual devem poder ser atribuídos perdas e danos a qualquer pessoa lesada que possa provar de forma suficiente a existência de um nexo de causalidade com a infração», ver Comissão, Livro branco sobre ações de indemnização por incumprimento das regras comunitárias no domínio antitrust, Bruxelas, 2 de abril de 2008, COM(2008) 165 final, p. 7.

(14) Primeira frase do artigo 3.º, n.º 2, da Diretiva Ações de Indemnização.

(15) Ver artigo 12.º, n.º 1, da Diretiva Ações de Indemnização.

PROJETO

- (13) Convém referir que os elementos do princípio da reparação supramencionados, ou seja, o direito de qualquer pessoa pedir a reparação integral dos danos que tenham um nexo de causalidade com uma infração ao direito da concorrência da União, são também aplicáveis aos *fornecedores* diretos e indiretos do infrator. A Diretiva Ações de Indemnização refere a situação de um cartel de compradores como exemplo dos danos que poderão resultar do preço inferior pago pelos infratores aos seus fornecedores¹⁶.
- (14) A reparação integral inclui a reparação por danos emergentes (*damnum emergens*) e pelos lucros cessantes (*lucrum cessans*), acrescida do pagamento de juros¹⁷. De um modo geral, por dano real [danos emergentes], deve entender-se uma redução no património da pessoa lesada; por lucros cessantes, deve entender-se, por seu turno, a exclusão de um aumento desse património que teria ocorrido na ausência da infração¹⁸. No contexto da repercussão, a distinção assume um papel especial no que se refere aos efeitos económicos característicos e à sua classificação jurídica. A regra geral é enunciada infra.
- O efeito do preço corresponde a um custo adicional como o aumento do preço que um adquirente direto ou indireto teve de pagar por um bem ou serviços devido à infração ao direito da concorrência da UE¹⁹. Insere-se na categoria dos danos emergentes e constitui a parte dos danos referida como dano de custo adicional na Diretiva Ações de Indemnização²⁰. Porém, o adquirente direto ou indireto pode repercutir o custo adicional a jusante na cadeia de abastecimento e, desse modo, reduzir (repercussão parcial) ou eliminar (repercussão total) os seus danos emergentes. Ao determinarem os danos emergentes em caso de repercussão, os tribunais nacionais terão de identificar o dano de custo adicional restante num determinado nível da cadeia de abastecimento.
 - O efeito de volume corresponde à perda de lucros devida à diminuição das vendas resultante da repercussão, ou seja, ao menor volume de vendas provocado pelo aumento dos preços. Pode ser recuperável sob a forma de reparação por lucros cessantes²¹.
- (15) Apesar de a Diretiva Ações de Indemnização distinguir entre, por um lado, os danos emergentes devido ao custo adicional e, por outro, os lucros cessantes devido à redução das vendas, existe uma relação inerente entre o efeito do preço subjacente e o efeito do volume. Por conseguinte, tornando-se a repercussão relevante, ambos os efeitos e a sua interação devem ser tidos em conta. Os métodos económicos para o fazer são descritos mais abaixo.

(16) Ver considerando 43 da Diretiva Ações de Indemnização. No entanto, é de assinalar que os fornecedores podem também ser afetados negativamente na situação de um cartel de vendedores, nomeadamente se venderem menos aos infratores devido ao efeito de volume.

(17) Segunda frase do artigo 3.º, n.º 2, da Diretiva Ações de Indemnização.

(18) Parecer do Advogado-Geral Capotorti de 12 de setembro de 1979 no processo 238/78 (*Ireks-Arkady*) ECLI:EU:C:1979:203, n.º 9.

(19) Considerando 39 da Diretiva Ações de Indemnização.

(20) Ver artigo 12.º, n.º 2, da Diretiva Ações de Indemnização.

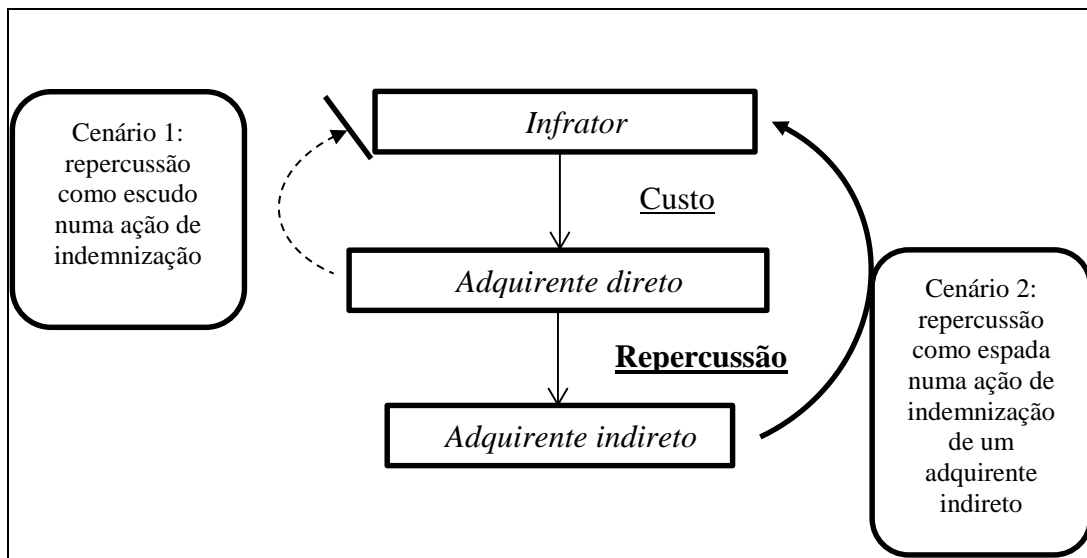
(21) Ver artigo 12.º, n.º 3, da Diretiva Ações de Indemnização.

PROJETO

2.2. Cenários em que um tribunal lida com questões em matéria de repercussão de custos adicionais

- (16) No que toca às ações de indemnização por infração ao direito da concorrência da UE, os tribunais nacionais lidam, normalmente, com a repercussão dos custos adicionais em dois cenários.
- (17) Em primeiro lugar, o infrator pode invocar a repercussão dos custos adicionais como meio de defesa numa ação de indemnização, ou seja, alegar que o demandante reduziu os seus danos emergentes repercutindo-os, total ou parcialmente, nos seus próprios clientes²². Esta situação, em que a repercussão pode ser descrita como um escudo, é ilustrada na caixa Caixa 2 seguinte, com base numa ação de indemnização de um adquirente direto. Convém ressaltar que a repercussão dos custos adicionais pode também ser invocada como meio de defesa em ações de indemnização de adquirentes indiretos a jusante na cadeia de abastecimento.
- (18) Em segundo lugar, os adquirentes indiretos podem fundamentar as suas ações de indemnização na alegação de que os adquirentes diretos dos infratores repercutiram neles (partes d)os custos adicionais, tendo por isso sofrido danos. Neste cenário, a repercussão pode ser descrita como uma espada. Este cenário é também ilustrado na caixa Caixa 2 seguinte.

Caixa 2 Cenários habituais de repercussão



- (19) Em geral, quando a repercussão dos custos adicionais é utilizada como meio de defesa numa ação de indemnização por infração ao direito da concorrência da UE, o demandado tem de provar que o demandante repercutiu os custos adicionais²³. Este ónus da prova respeita à existência e ao grau de repercussão desses custos. Sendo a invocação da repercussão como meio de defesa total ou parcialmente bem-sucedida, o demandante pode continuar a pedir a reparação por lucros cessantes

(22) Ver considerando 39 da Diretiva Ações de Indemnização.

(23) Ver a segunda frase do artigo 13.º da Diretiva Ações de Indemnização.

PROJETO

resultantes da repercussão²⁴. Neste caso, o ónus da prova do efeito de volume associado à repercussão recai sobre o demandante.

- (20) A Diretiva Ações de Indemnização inclui igualmente regras específicas para o segundo cenário, no qual um adquirente indireto alega ter sofrido danos devido à repercussão dos custos adicionais. De um modo geral, o ónus da prova da existência e do âmbito dessa repercussão recai sobre o adquirente indireto que pede uma indemnização ao infrator. No entanto, a Diretiva Ações de Indemnização reconhece as dificuldades práticas que se colocam a este tipo de demandante a jusante na cadeia de abastecimento²⁵. Assim, a fim de eliminar os obstáculos práticos que se deparam aos adquirentes indiretos, a Diretiva Ações de Indemnização prevê regras que lhes facilitam a observância do ónus da prova. Tais regras respeitam a presunções de direito ilidíveis, a mais importante das quais o artigo 14.º, n.º 2, da Diretiva Ações de Indemnização²⁶, e a presunções de facto baseadas no decurso normal dos acontecimentos, por exemplo, o artigo 14.º, n.º 1, da Diretiva Ações de Indemnização e o considerando 41 da mesma diretiva referem que, devido às condições em que as empresas exercem a sua atividade, pode ser uma prática comercial repercutir os aumentos de preços a jusante na cadeia de abastecimento. O artigo 17.º, n.º 2, da Diretiva Ações de Indemnização estabelece a presunção de carácter mais geral de que as infrações de cartel causam danos.
- (21) As presunções de facto podem ser definidas nos termos do direito nacional tendo por referência a economia e a evolução normal do mercado, incluindo a perspectiva de que, em determinados setores, é prática comercial repercutir os aumentos de preços a jusante na cadeia de abastecimento²⁷.
- (22) Este pressuposto factual serve igualmente de base à presunção de direito enunciada no artigo 14.º, n.º 1, da Diretiva Ações de Indemnização. De acordo com as condições nele estipuladas, o adquirente indireto pode beneficiar de uma presunção ilidível segundo a qual se considera que o demandante (ou seja, o adquirente indireto) provou que o adquirente direto repercutiu nele os custos adicionais. As condições, estabelecidas no artigo 14.º, n.º 2, da Diretiva Ações de Indemnização e a demonstrar pelo demandante, são as seguintes:
- (a) O demandado cometeu uma infração ao direito da concorrência da UE;
 - (b) A infração ao direito da concorrência da UE teve como consequência um custo adicional para o adquirente direto do demandado; e
 - (c) O adquirente indireto adquiriu os bens ou serviços que são objeto da infração ao direito da concorrência, ou adquiriu bens ou serviços derivados dos bens ou serviços que são objeto dessa infração ou que os contêm.

(24) O artigo 12.º, n.º 3, da Diretiva Ações de Indemnização estipula que as regras relativas à repercussão não prejudicam o direito do lesado de reclamar e obter reparação por lucros cessantes devidos à repercussão total ou parcial dos custos adicionais.

(25) Considerando 41 da Diretiva Ações de Indemnização.

(26) O artigo 14.º, n.º 2, da Diretiva Ações de Indemnização estabelece uma presunção específica para as ações de indemnização dos adquirentes indiretos, que será analisada de forma mais pormenorizada no n.º (22) e seguintes infra.

(27) Ver artigo 14.º, n.º 1, e considerando 41 da Diretiva Ações de Indemnização.

PROJETO

- (23) Esta presunção não se aplica quando o infrator possa demonstrar de forma credível ao tribunal que o custo adicional não foi repercutido, ou não o foi na íntegra, no adquirente indireto²⁸. Se o infrator cumprir esta norma, o ónus da prova, sem prejuízo da aplicação das presunções de facto, recai sobre o demandante.
- (24) Em consequência do princípio da reparação, da prática da repercussão dos custos adicionais e das presunções supramencionados, é possível a existência de ações de indemnização intentadas por adquirentes de diferentes níveis da cadeia de abastecimento. Nestas situações, os tribunais nacionais devem procurar evitar tanto uma reparação excessiva como uma reparação insuficiente²⁹. Tal pode ser feito, nomeadamente, tendo em devida consideração as ações de indemnização relacionadas com a mesma infração ao direito da concorrência da União, as decisões judiciais proferidas no âmbito de tais ações de indemnização e as informações relevantes de domínio público decorrentes da aplicação do direito da concorrência da UE por entidades públicas no processo em apreço³⁰. Por exemplo, se estiverem pendentes ações conexas em tribunais de diferentes Estados-Membros, os tribunais nacionais podem aplicar o artigo 30.º do Regulamento (UE) n.º 1215/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho³¹ a que se refere a Diretiva Ações de Indemnização³². O referido artigo estabelece que todos os tribunais nacionais, com exceção do demandado em primeiro lugar, podem suspender a instância ou, em determinadas circunstâncias, declarar-se incompetentes.
- (25) Os tribunais nacionais deverão também utilizar os meios processuais adequados à sua disposição nos termos do direito nacional. A cumulação de pedidos é um instrumento referido na Diretiva Ações de Indemnização³³. Consoante o ordenamento jurídico nacional, podem ser aplicados outros instrumentos, tais como as intervenções de terceiros e as regras em matéria de suspensão da instância.

2.3. O papel dos elementos de prova

- (26) Normalmente, a apreciação jurídica da repercussão exige uma complexa análise factual e económica. Embora, de um modo geral, a obtenção das provas necessárias constitua um elemento importante em qualquer ação de indemnização por infração aos artigos 101.º e 102.º do TFUE, o papel dos elementos de prova na repercussão varia em função dos cenários acima descritos e do grau de aplicabilidade de uma presunção³⁴. A apreciação e a obtenção de provas são determinadas pelos factos diferentes que sejam relevantes e disponíveis para a apreciação da repercussão. Por exemplo, a evolução dos preços efetivamente cobrados pelo adquirente direto após a repercussão do custo adicional pode ser diretamente determinada com base em preços apresentados pelas partes.

(28) Ver última frase do artigo 14.º, n.º 2, da Diretiva Ações de Indemnização.

(29) Ver artigo 12.º, n.ºs 1 e 2, e artigo 15.º da Diretiva Ações de Indemnização.

(30) Ver artigo 15.º, n.º 1, da Diretiva Ações de Indemnização.

(31) 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).

(32) Ver considerando 44 e artigo 15.º, n.º 2, da Diretiva Ações de Indemnização.

(33) Considerando 44 da Diretiva Ações de Indemnização.

(34) Ver n.º (16) e seguintes supra.

PROJETO

- (27) A Diretiva Ações de Indemnização visa assegurar o exercício efetivo dos direitos e a igualdade de condições estabelecendo regras para requerer a divulgação de elementos de prova. Essas regras aplicam-se a ambos os cenários de repercussão acima descritos. No cenário em que a repercussão é invocada como meio de defesa, o artigo 13.º da Diretiva Ações de Indemnização refere especificamente que o requerido pode razoavelmente requerer a divulgação de informações pelo demandante ou por terceiros. No cenário em que um adquirente indireto pede uma reparação, o artigo 14.º, n.º 1, da Diretiva Ações de Indemnização estipula que esse adquirente indireto pode razoavelmente requerer a divulgação de informações pelo demandado ou por terceiros. Essa divulgação pode ser particularmente importante, porquanto, em geral e como acima se referiu, o ónus da prova da existência e do âmbito da repercussão recai sobre o adquirente.
- (28) As regras supramencionadas em matéria de divulgação de informações limitam os pedidos de divulgação, na medida em que a parte sobre a qual recai o ónus da prova da existência e do âmbito da repercussão apenas pode requerer «razoavelmente» a divulgação. Atentando nas regras gerais em matéria de divulgação de informações previstas no artigo 5.º da Diretiva Ações de Indemnização, o tribunal nacional pode exigir que a parte demandante alegue de forma plausível que o adquirente direto repercutiu o dano de custo adicional no adquirente indireto. A parte demandante tem igualmente de se basear nos factos «razoavelmente» à sua disposição. No contexto da repercussão, trata-se das informações recolhidas no exercício da atividade com a outra parte ou das informações razoavelmente obtidas junto de terceiros, por exemplo, fornecedores de informações sobre o mercado.
- (29) A primeira frase do artigo 5.º, n.º 3, da Diretiva Ações de Indemnização estabelece um princípio da proporcionalidade, no sentido em que exige que os tribunais nacionais «limitem a divulgação dos elementos de prova ao que for proporcional». Este princípio é importante para a gestão processual no âmbito de ações de indemnização resultantes de infrações aos artigos 101.º e 102.º do TFUE. Tal como acima referido, os juízes aplicam as regras processuais nacionais e têm de dar especial atenção aos princípios da efetividade e da equivalência. No entanto, neste quadro jurídico, o princípio da proporcionalidade previsto na primeira frase do artigo 5.º, n.º 3, da Diretiva Ações de Indemnização permite que os juízes que aplicam as regras de divulgação de informações tenham em conta os custos e benefícios de ordenar a divulgação pedida. Tal significa, por exemplo, que os juízes podem chegar à conclusão de que os elementos de prova apresentados pelas partes já lhes permitem calcular a parte dos custos adicionais repercutida, sem ser necessário recolher mais dados. Consoante os instrumentos disponíveis ao abrigo do direito nacional, podem também nomear os seus próprios peritos económicos ou restringir as questões a tratar pelos peritos nomeados pelas partes. Ver orientações mais pormenorizadas no capítulo 4 infra.
- (30) Os elementos de prova podem ser pedidos à outra parte por intermédio e sob o controlo rigoroso do tribunal nacional. O pedido tem de respeitar a elementos de prova específicos ou a categorias de elementos de prova específicas. Todavia, caso o tribunal nacional considere os princípios gerais da proporcionalidade e da proteção dos interesses legítimos, previstos no artigo 5.º, n.º 3, da Diretiva Ações de Indemnização, poderá ser necessário divulgar determinados elementos com informações confidenciais à parte sobre a qual recai o ónus da prova dos efeitos da repercussão. Ao ordenar a divulgação de tais informações, é fundamental que o tribunal tome medidas no sentido de proteger as informações confidenciais. Tais

PROJETO

medidas podem consistir, por exemplo, na partilha de informações através de círculos confidenciais ou salas de consulta de dados em que os representantes das partes tenham acesso a informações confidenciais relevantes para o processo em apreço³⁵.

- (31) A divulgação dos elementos de prova incluídos no processo de uma autoridade da concorrência pode, eventualmente, ser relevante para a quantificação do custo adicional, mas é geralmente menos relevante no contexto da repercussão (mais especificamente, pelo facto de a repercussão dos custos adicionais ter a ver com o comportamento dos adquirentes no que toca à fixação de preços, matéria sobre a qual o processo de uma autoridade da concorrência não inclui, normalmente, quaisquer informações). Tal como prevê o artigo 6.º, n.º 10, da Diretiva Ações de Indemnização, a divulgação dos elementos de prova na posse de uma autoridade da concorrência é apenas uma medida de último recurso.
- (32) O tipo de elementos de prova necessários para demonstrar e quantificar a repercussão dependerá, em grande medida, do método económico utilizado. Tal como se descreve em maior pormenor mais adiante, as partes podem, de um modo geral, basear a sua análise na teoria económica e em dados económicos quantitativos. Por conseguinte, independentemente do facto de existirem outras formas de os categorizar, os elementos de prova dividem-se, normalmente, em elementos de prova qualitativos e quantitativos. A própria Diretiva Ações de Indemnização estabelece claramente que se entende por «elementos de prova» todos os tipos de provas admissíveis perante o tribunal nacional³⁶, que podem ser:
- Elementos de prova qualitativos, por exemplo, i) contratos, ii) documentos internos sobre políticas comerciais ou estratégias de preços, iii) relatórios financeiros e contabilísticos, iv) depoimentos de testemunhas, v) pareceres de peritos, e vi) relatórios setoriais e estudos de mercado;
 - Elementos de prova quantitativos, relacionados, nomeadamente, com dados para a utilização de técnicas econométricas³⁷, tais como i) preços de vendas, preços de venda a retalho e preços no consumidor final do bem ou serviço em causa, bem como de bens ou serviços comparáveis, ii) relatórios financeiros, iii) pareceres de peritos, iv) preços regulamentados, v) volumes de vendas, vi) descontos, e vii) outros custos de fatores de produção e elementos de custo.
- (33) Como se pode depreender das listas não exaustivas anteriores, determinados tipos de elementos de prova podem ser simultaneamente classificados como elementos qualitativos e quantitativos, por exemplo, os relatórios financeiros e os pareceres de peritos.

(35) A Comissão utiliza as salas de consulta de dados para que as partes em processos relativos a concentrações e no domínio *antitrust* possam aceder a informações confidenciais. Ver, por exemplo, o Documento de trabalho dos serviços da Comissão sobre «Boas práticas para a apresentação de elementos de prova de carácter económico e recolha de dados em processos relacionados com a aplicação dos artigos 101.º e 102.º do TFUE e em processos relativos a concentrações», n.º 47.

(36) Ver artigo 2.º, n.º 13, da Diretiva Ações de Indemnização, que esclarece de forma explícita que os «elementos de prova» incluem os documentos e todos os outros objetos que contêm informações, independentemente do suporte em que essas informações são armazenadas.

(37) As técnicas econométricas são explicadas na secção 4.3 infra e no apêndice 2.

PROJETO

- (34) Por fim, tal como refere o artigo 15.º, n.º 1, da Diretiva Ações de Indemnização, as ações de indemnização relacionadas com a mesma infração ao direito da concorrência da UE e as decisões judiciais conexas podem, de igual modo, constituir uma fonte de informação relevante para a quantificação da repercussão.

2.4. Quantificação da repercussão: a competência do tribunal para calcular

- (35) O artigo 12.º, n.º 5, da Diretiva Ações de Indemnização exige especificamente aos Estados-Membros que assegurem a competência dos tribunais nacionais para calcular, de acordo com os processos nacionais, a parte dos custos adicionais que foi repercutida. Essa competência abrange todos os efeitos da repercussão, ou seja, o efeito do preço e do volume. Tal decorre igualmente do disposto no artigo 17.º, n.º 1, da Diretiva Ações de Indemnização, que se aplica, de um modo mais geral, à quantificação dos danos.
- (36) Ao exercerem a competência para calcular a repercussão dos custos adicionais nos termos do direito nacional, os Estados-Membros têm de ter em conta as normas e os princípios enunciados na Diretiva Ações de Indemnização e a jurisprudência do TJUE subjacente. Os tribunais nacionais têm de utilizar os seus instrumentos processuais em conformidade. Em particular, tal como acima referido, têm de aplicar as regras relativas ao ónus e ao nível da prova de modo a não colocar em risco a plena efetividade do artigo 101.º do TFUE.
- (37) Por exemplo, com base no princípio da efetividade, o TJUE considerou, no acórdão *Kone*, que as vítimas dos designados preços de proteção podiam obter uma indemnização pelos prejuízos causados por uma infração ao direito da concorrência da UE, declarando que a plena efetividade do artigo 101.º do TFUE seria posta em risco se o direito nacional excluísse, de forma categórica e independentemente das circunstâncias específicas do processo excluídas, o direito das vítimas a pedir a reparação dos danos sofridos. Além disso, o processo supramencionado evidencia que a jurisprudência da UE e a Diretiva Ações de Indemnização são relevantes para a apreciação do nexo de causalidade no âmbito de ações de indemnização por infrações ao direito da concorrência da UE. Este é um aspeto importante no que toca à repercussão dos custos adicionais, visto que, normalmente, as questões de facto e de direito do nexo de causalidade surgem quando se alega que o adquirente direto do infrator repercutiu, total ou parcialmente, o custo adicional num adquirente indireto.
- (38) De igual modo, quando calculam, de acordo com os processos nacionais, o montante dos danos e a parte dos custos adicionais que foi repercutida, como prevê a Diretiva Ações de Indemnização, os tribunais nacionais têm de observar os já referidos princípios da equivalência e da efetividade. No que respeita à competência para calcular a repercussão dos custos adicionais, tal significa que os tribunais nacionais não podem rejeitar declarações sobre a repercussão pelo facto de uma parte não conseguir quantificar com precisão os efeitos da repercussão.
- (39) Além disso, a competência de cálculo, tal como estabelecida no artigo 12.º, n.º 5, e no artigo 17.º, n.º 3, da Diretiva Ações de Indemnização, impõe aos tribunais nacionais que, em primeiro lugar, baseiem a sua apreciação nas informações razoavelmente obtidas e, em segundo lugar, procurem determinar um valor aproximado do montante ou da parte da repercussão que seja plausível. Tal decorre da Diretiva Ações de Indemnização, que sublinha a existência de assimetrias de

PROJETO

informação e reconhece ser difícil quantificar os danos com total exatidão³⁸. Na prática, os tribunais nacionais terão de basear-se em pressupostos³⁹.

- (40) Contudo, o princípio da reparação integral exige que os tribunais nacionais forneçam o melhor cálculo. Os artigos 101.º e 102.º do TFUE conferem a qualquer pessoa que seja vítima de uma infração ao direito da concorrência da UE o direito a ser colocada na posição em que estaria se a referida infração não tivesse sido cometida (ver n.º (11) supra), nem mais nem menos. Assim sendo, o artigo 15.º, n.º 1, da Diretiva Ações de Indemnização exige que se evite tanto uma reparação excessiva como uma reparação insuficiente.
- (41) O exercício do cálculo está sujeito ao direito nacional. Efetivamente, vários Estados-Membros dispõem já de normas que correspondem à competência de cálculo prevista na Diretiva Ações de Indemnização⁴⁰.

3. TEORIA ECONÓMICA DA REPERCUSSÃO

3.1. Síntese

- (42) A repercussão dos custos adicionais e os efeitos do preço e do volume associados surgem devido aos incentivos de uma empresa para responder ao aumento dos seus custos com uma subida de preços. O custo adicional inicial pode ser entendido como um aumento dos custos dos fatores de produção para o adquirente direto. Para calcular os efeitos da repercussão, o tribunal teria de considerar o modo como esse aumento dos custos afetaria 1) os preços fixados pelo adquirente direto no mercado a jusante, e 2) o volume fornecido pelo adquirente direto.
- (43) Os tribunais nacionais calculam a repercussão com base nas circunstâncias específicas do processo. No entanto, o conhecimento geral da teoria económica da repercussão e dos efeitos associados pode, por diversos motivos, ser importante para o tribunal. Em primeiro lugar, a teoria económica fornece ao tribunal um quadro de apreciação dos elementos de prova quantitativos e qualitativos. Tais elementos de prova são explicados de forma mais pormenorizada na secção 4.2. Em segundo lugar, em especial na fase inicial da litigância, a teoria económica pode ajudar os juízes a decidir sobre a divulgação de dados ou informações, mediante a apreciação da sua relevância. Por último, as considerações de ordem teórica ou conceptual podem, igualmente, servir de base para determinar a credibilidade e fiabilidade das diferentes explicações económicas subjacentes à relação entre o custo adicional e a sua repercussão apresentadas pelas partes.
- (44) Na Diretiva Ações de Indemnização, não há distinção entre danos resultantes 1) dos aumentos de preços (efeitos do preço) e da repercussão desses custos adicionais, e

(38) Ver considerando 46 da Diretiva Ações de Indemnização. A fim de responder a estas questões, a Diretiva Ações de Indemnização prevê, nomeadamente, regras em matéria de divulgação de informações (ver n.º (27) e seguintes infra), a possibilidade de pedir a assistência das autoridades nacionais da concorrência nos termos do artigo 17.º, n.º 3, da Diretiva Ações de Indemnização e a obrigação de ter em conta outros processos relativos à mesma infração (ver n.º (24) infra).

(39) Guia prático, n.º 16. A abordagem geral da quantificação dos danos nos processos de concorrência é igualmente indicada nos n.ºs 11-20 do guia prático.

(40) Por exemplo, no Reino Unido, os tribunais nacionais quantificam os danos «através do exercício da boa imaginação e de uma abordagem geral» (*Gibson/Pride Mobility Products Ltd* [2017] CAT 9), nos Países Baixos, o tribunal nacional que concede a indemnização quantifica o montante dos danos na medida do possível (ver artigo 612.º do *Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering*) e calcula-o da forma mais adequada às características dos danos (ver artigo 6:97 do *Burgerlijk Wetboek*).

PROJETO

- 2) da diminuição da qualidade dos bens ou dos obstáculos à inovação (efeitos não relacionados com o preço) e os efeitos potenciais em toda a cadeia de distribuição de tais danos. As orientações não abrangerão a repercussão no contexto dos efeitos não relacionados com os preços.
- (45) De acordo com a teoria económica, a existência e a amplitude dos efeitos da repercussão, isto é, dos efeitos associados do preço e do volume, são determinadas por uma série de fatores⁴¹, nomeadamente:
- i) A natureza dos custos dos fatores de produção⁴² sujeitos a um custo adicional (se estes custos são fixos ou variáveis, se a infração resulta no aumento destes custos apenas para um cliente ou para todos os clientes num determinado mercado);
 - ii) A natureza da procura do bem que os clientes diretos ou indiretos enfrentam (em especial, a ligação entre a procura e o nível de preços);
 - iii) A natureza e a intensidade da interação concorrencial entre as empresas no mercado em que os clientes diretos ou indiretos exercem atividade; e
 - iv) Descritos em maior pormenor no anexo 1, outros elementos como as características dos clientes (consumidores ou empresas), a proporção dos vários fatores de produção de uma empresa afetados pelo custo adicional, o poder dos compradores, a integração vertical dos clientes diretos e indiretos, a regulação dos preços ou o momento das decisões em matéria de preços tomadas nos diferentes níveis da cadeia de abastecimento⁴³.
- (46) Em primeiro lugar, a natureza dos custos dos fatores de produção do adquirente sujeitos a um custo adicional determina se, e em que medida, esse custo adicional pode ser repercutido. Se o impacto do custo adicional nos custos do adquirente direto não levar a uma variação destes últimos em função da quantidade dos fatores de produção (ou seja, são custos fixos), provavelmente, não ocorrerá repercussão do custo adicional, visto que, normalmente, esses custos não afetam a fixação de preços do adquirente direto, pelo menos a curto prazo⁴⁴. Ao invés, se o impacto do custo adicional nos custos do adquirente direto originar uma variação efetiva destes últimos em função da quantidade dos fatores de produção (ou seja, os custos são variáveis), haverá, em geral, mais probabilidades de repercussão do custo adicional, pelo menos em certa medida. Tal deve-se ao facto de os custos marginais (uma subcategoria dos custos variáveis) afetarem, normalmente, as decisões de fixação de preços do adquirente direto⁴⁵.

(41) As razões pelas quais os fatores enumerados no n.º (45) podem ser importantes para determinar a existência e o grau dos efeitos do preço e do volume relacionados com a repercussão são explicadas na presente secção. O apêndice 1 apresenta uma explicação mais pormenorizada do impacto de cada fator, bem como do modelo do mecanismo de formação dos preços.

(42) Este aspeto é explicado de forma mais aprofundada no apêndice I.

(43) O momento das decisões em matéria de preços poderá afetar, designadamente, o horizonte temporal da infração e o padrão temporal eventualmente diferido da repercussão dos custos adicionais.

(44) No entanto, a longo prazo, os custos fixos podem afetar a análise da decisão estratégica de uma empresa no sentido de, por exemplo, adaptar a sua capacidade de produção, o que, por sua vez, pode ter impacto no mecanismo de formação de preços posterior (a curto prazo).

(45) Ver também Orientações sobre a apreciação das concentrações horizontais nos termos do regulamento do Conselho relativo ao controlo das concentrações de empresas, JO C 31 de 5.2.2004, n.º 80.

PROJETO

- (47) Em segundo lugar, a procura do bem que o cliente direto enfrenta afeta o nível da repercussão. Um modelo do mecanismo de formação dos preços baseia-se no facto de a procura que uma empresa enfrenta (ou seja, a quantidade que vende) diminuir quando esta última sobe o seu preço. O nível a que o adquirente direto aumenta o seu próprio preço quando é confrontado com um custo adicional depende de a procura denotar ou não uma forte reação a essa variação do preço. Por exemplo, se o adquirente direto for uma empresa em situação de monopólio e a procura de que é alvo for igualmente sensível a uma variação de preços em todos os níveis de preços, normalmente, metade do custo adicional será repercutido. Se a procura de que é alvo a empresa em situação de monopólio descer «cada vez mais» (ou seja, a uma taxa crescente) com o aumento dos preços, o normal será o adquirente direto praticar uma repercussão não superior a metade do custo adicional. Pelo contrário, se a procura que a empresa em situação de monopólio enfrenta descer «cada vez menos» (ou seja, a uma taxa decrescente) com o aumento dos preços, normalmente, o adquirente direto repercutirá mais de metade do custo adicional.
- (48) Em terceiro lugar, o nível da repercussão também é afetado pela natureza e pela intensidade da interação concorrencial entre as empresas no mercado em que os clientes do infrator exercem atividade. Importa ter presente que o efeito do aumento da concorrência sobre o grau de repercussão depende do facto de o custo adicional inicial afetar apenas o cliente direto (ou seja, o custo adicional é específico da empresa) ou também os seus concorrentes (ou seja, o custo adicional é setorial). Se o custo adicional afetar apenas um adquirente direto em concorrência aberta com outros adquirentes diretos, a repercussão será menos provável do que numa situação em que o único adquirente direto afetado enfrenta um baixo nível de concorrência. No entanto, se o custo adicional atingir todo um setor, um grande número de adquirentes diretos concorrentes privilegiará, normalmente, uma maior repercussão do custo adicional em comparação com mercados caracterizados por um menor nível de concorrência⁴⁶.
- (49) Várias decisões proferidas por tribunais nacionais no âmbito de ações de indemnização frisaram a importância de ter em consideração a forma como a procura reage às variações dos preços, a intensidade da concorrência e o facto de os concorrentes do cliente direto serem ou não afetados pelo custo adicional⁴⁷.
- (50) Em quarto lugar, tal como se referiu no n.º (45) e no apêndice 1, outros elementos podem, em determinadas circunstâncias, ter uma importância fundamental no mecanismo de formação dos preços do adquirente direto e, conseqüentemente, na repercussão do custo adicional por parte do adquirente direto. A título de exemplo, tais elementos podem influir não só na amplitude do efeito do preço relacionado com a repercussão mas também no efeito de volume (por exemplo, o custo adicional de um bem pode também afetar os preços de outros bens vendidos pelo adquirente direto quando estes últimos se substituem entre si) ou no momento em que tais efeitos se materializam (por exemplo, a repercussão de custos adicionais

(46) Estas previsões da teoria económica são ilustradas e explicadas mais adiante, no exemplo 3 do capítulo 3.2.

(47) Relativamente a decisões que aludem à importância da dinâmica do mercado e à reação da procura às variações dos preços, ver, por exemplo, a decisão do *Bundesgerichtshof* (Tribunal Federal de Justiça) de 28 de junho de 2011 no processo KZR 75/10 (*ORWI*) n.ºs 59 e 69, e a decisão do Tribunal Regional de Düsseldorf de 19 de novembro de 2015 no processo 14d O 4/14 (*German Car Glass*), n.º 221. A importância do grau de concorrência e a questão de o custo adicional inicial ser específico de uma empresa ou atingir todo um setor são igualmente objeto de uma série de decisões de tribunais nacionais, por exemplo, a decisão do Tribunal Marítimo e Comercial da Dinamarca no processo V 15/01, *EKKO*, 2002, e a decisão do Supremo Tribunal de Espanha de 7 de novembro de 2013 no processo 5819/2013 (*Nestle e o./Ebro Puleva*).

PROJETO

diferida no tempo ou o caso em que um adquirente direto suscetível de enfrentar um custo por alterar os seus preços acabe por decidir não repercutir um pequeno custo adicional devido a esses «custos de etiquetagem»). Outro elemento que poderá ser importante na quantificação da repercussão de um custo adicional reside na questão de saber se os fatores de produção afetados pelo custo adicional equivalem a uma grande ou pequena parte dos custos variáveis do adquirente direto. Alguns destes fatores foram igualmente tidos em consideração por tribunais nacionais em processos relativos à repercussão⁴⁸.

- (51) Por último, importa também referir que os fatores supramencionados afetam os resultados de um cenário de repercussão em simultâneo, pelo que a sua interdependência deve igualmente ser tida em conta. A importância relativa de cada fator poderá, contudo, variar de processo para processo.
- (52) A existência e o grau da repercussão estão relacionados com a perda de vendas que, em geral, acompanha qualquer aumento dos preços. Tal como acima se descreve, esta perda de vendas pode ser caracterizada como o efeito de volume. O efeito de volume surge porque, normalmente, o adquirente se depara com uma curva da procura de declive descendente. Se o custo adicional inicial for repercutido a jusante na cadeia de abastecimento, o efeito de volume ocorrerá em todos os níveis da cadeia vertical. Assim, caso a ação de indemnização inclua os danos do efeito de volume, os tribunais devem também calcular esse efeito.
- (53) Tal como se refere acima, qualquer pessoa que seja vítima de uma infração ao direito da concorrência da UE pode pedir a reparação integral dos danos sofridos que tenham um nexo de causalidade com essa infração. Quando se invoca a repercussão do custo adicional, a avaliação do efeito de volume é importante para quantificar os danos do custo adicional. Calcular os danos totais subtraindo apenas o efeito do preço associado à repercussão do efeito do custo adicional resulta num cálculo por defeito dos danos sofridos pelo cliente direto ou indireto, pois o efeito de volume não é tido em conta.
- (54) A perda de volume resultante de um custo adicional é influenciada pela sensibilidade da procura que o adquirente enfrenta e pelo modo como os concorrentes do adquirente reagem ao custo adicional. Por exemplo, se o adquirente enfrentar uma procura não elástica, ou seja, se os seus clientes forem pouco sensíveis a subidas de preço, o aumento do preço conduz a uma diminuição relativamente pequena do volume de vendas. Mantendo-se todos os restantes elementos, tal levará a um menor efeito de volume do que se a procura for mais elástica. Ao mesmo tempo, se os concorrentes do adquirente aumentarem também os seus preços após um custo adicional, tal poderá igualmente reduzir o impacto do aumento dos preços do adquirente nas suas vendas⁴⁹.

(48) Relativamente a um processo que tenha analisado a probabilidade de repercussão quando os fatores de produção equivalem a uma pequena parte dos custos variáveis do adquirente direto, ver, por exemplo, a decisão do Tribunal de Recurso de Paris, França, de 27 de fevereiro de 2014, no processo 10/18285 (*DOUX/Ajinomoto & CEVA*). Esta decisão é também explicada mais adiante na caixa **Error! Reference source not found.** infra.

(49) Se apenas o adquirente aumentar o seu preço, os seus clientes poderão passar a comprar aos seus concorrentes. Se, no entanto, os concorrentes aumentarem também os seus preços, a mudança de adquirente poderá ser menos atrativa para os clientes, pelo que as vendas totais do primeiro adquirente poderão registar um menor decréscimo. Ressalve-se, porém, que, se alguns ou todos os clientes reagirem a um aumento de preços extensível a todo o mercado deixando de comprar o bem em causa, o efeito de volume poderá ser ainda maior do que se for apenas o adquirente a aumentar o seu preço.

3.2. Exemplos

- (55) O exemplo 1 seguinte descreve os custos adicionais específicos de uma empresa num mercado onde existe uma forte concorrência.

Exemplo 1

Situação: Existem dez produtores de sumo de maçã no mercado em causa. Um dos produtores abastece-se de maçãs num fornecedor envolvido num cartel de fixação dos preços. O produtor de sumo de maçã intenta uma ação de indemnização como reparação pelo custo adicional. No entanto, o demandado (o fornecedor de maçãs) invoca a repercussão como meio de defesa e alega que o produtor de sumo de maçã repercutiu a totalidade do custo adicional nos adquirentes indiretos.

Análise: O produtor de sumo de maçã que é confrontado com o custo adicional mantém uma forte concorrência com nove outras empresas produtoras e fornecedoras de sumo de maçã. Todos os produtos vendidos pelas dez empresas aos consumidores são bastante homogêneos. Dado que os outros produtores não compram maçãs aos membros do cartel, pois podem comprá-las a um preço inferior noutros locais, o produtor que tem de comprar maçãs ao cartel é colocado numa situação de desvantagem concorrencial face aos seus concorrentes. A capacidade do produtor de sumo de maçã para repercutir o aumento dos custos será, por conseguinte, limitada, pois iria perder muitas vendas (e lucros) para os seus concorrentes se repercutisse o custo adicional, mesmo que apenas parcialmente. Quanto mais forte for a concorrência entre os dez produtores de sumo de maçã, mais difícil será repercutir o aumento dos custos. Assim, neste cenário, o cliente direto não poderá, normalmente, repercutir o aumento dos custos (o custo adicional).

- (58) O exemplo 2 seguinte descreve uma situação de custos adicionais ao nível do setor e de intensidade da concorrência.

Exemplo 2

Situação: Os dez produtores de sumo de maçã abastecem-se todos de maçãs em fornecedores envolvidos num cartel de fixação dos preços. Os membros do cartel alegam que os custos adicionais são repercutidos nos adquirentes indiretos.

Análise: Os produtores de sumo de maçã estão igualmente expostos ao custo adicional e o mercado caracteriza-se por ser competitivo. Uma vez que todos os produtores são confrontados com o custo adicional, nenhuma empresa ficará em desvantagem concorrencial perante as demais. Deste modo, o mais provável é que cada produtor de sumo de maçã faça repercutir os custos adicionais em larga medida, ao contrário do sucedido no caso descrito no exemplo 1 (em que o custo adicional é específico de uma empresa). A título ilustrativo, num mercado de concorrência perfeita, o preço equivale aos custos marginais e o aumento do custo de um fator de produção levará, assim, diretamente a um aumento idêntico do preço.

PROJETO

- (60) Taxa de repercussão em empresas em situação de monopólio que enfrentam diferentes procuras

Exemplo 3

Situação: O produtor de sumo de maçã A é uma empresa em situação de monopólio no mercado de produção de sumo de maçã do Estado-Membro 1, enquanto o produtor de sumo de maçã B é uma empresa em situação de monopólio no mercado do mesmo produto do Estado-Membro 2. O custo de produção de um lote adicional de sumo de maçã é constante e semelhante para os produtores A e B.

Os dois produtores de sumo de maçã abastecem-se de maçãs no fornecedor C, envolvido num cartel de fixação de preços. Consequentemente, os produtores A e B suportam um custo adicional de 6 EUR por cada caixa de maçãs que compram ao fornecedor C.

Os produtores A e B enfrentam diferentes tipos de procura por parte das cadeias de venda a retalho de géneros alimentícios de cada Estado-Membro. No Estado-Membro 1, a procura é igualmente sensível à variação do preço em todos os níveis de preços (ou seja, a procura é linear, ver também a caixa Caixa 9). No Estado-Membro 2, não é isso que acontece. A procura desce «cada vez menos» (ou seja, a uma taxa decrescente) com o aumento do preço (ou seja, a procura é convexa, ver também a caixa Caixa 9). Os produtores A e B pedem uma indemnização ao fornecedor C (membro do cartel) como reparação pelos danos do custo adicional. O fornecedor invoca a repercussão como meio de defesa, alegando que os produtores A e B repercutirão metade do custo adicional.

Análise: As empresas em situação de monopólio dos Estados-Membros 1 e 2 enfrentam diferentes tipos de procura das cadeias de venda a retalho de géneros alimentícios de cada Estado-Membro. Os seus custos de produção de um lote adicional de sumo de maçã são constantes. O custo adicional de 6 EUR por caixa de maçãs é tido como um aumento do custo marginal de cada uma delas. Após esse aumento do custo, a margem de manobra para ajustar os preços em alta dependerá da quantidade de produção que cada produtor terá de sacrificar para repercutir parte da variação do custo, ou seja, para aumentar os preços. Se a perda de volume decorrente do aumento dos preços for relativamente baixa, esse aumento será mais atrativo do que se a perda de volume for elevada. A perda de volume derivada do aumento dos preços está relacionada com a curvatura da procura que a empresa monopolista enfrenta, ou seja, com o facto de a procura ser linear, convexa ou côncava. Esta relação é novamente explicada na caixa Caixa 10 infra.

Relativamente à empresa em situação de monopólio A do Estado-Membro 1, a teoria económica prevê que essa empresa repercuta metade do custo adicional, ou seja, 3 EUR. No entanto, como a empresa em situação de monopólio B enfrenta uma procura convexa, a restante procura tornar-se-á menos sensível ao preço à medida que este subir. Comparativamente à empresa A (que enfrenta uma procura linear), a empresa B perderá menos volume com um aumento dos preços de 3 EUR. Isto significa que a empresa B terá um incentivo para repercutir mais de metade do custo adicional inicial.

PROJETO

4. QUANTIFICAÇÃO DOS EFEITOS DO PREÇO E DO VOLUME RELACIONADOS COM A REPERCUSSÃO

4.1. Introdução

- (62) A reparação dos danos causados visa colocar o lesado na posição em que estaria se a infração não tivesse sido cometida. Para determinar esta posição, é necessário comparar a situação observada, ou seja, a situação em que a infração foi praticada, com uma situação hipotética, ou seja, uma situação em que a infração não ocorreu. Esta situação hipotética designa-se por «cenário contrafactual».
- (63) A construção de um cenário contrafactual tem por objetivo isolar o efeito da infração dos outros fatores que afetam os preços e que os teriam influenciado no mercado afetado mesmo que a infração não tivesse ocorrido⁵⁰. Por exemplo, um aumento da procura induziria, normalmente, uma subida dos preços, mesmo na ausência de um cartel. Os adquirentes diretos ou indiretos não devem obter qualquer reparação por esse efeito. Assim, a construção de um cenário contrafactual obriga a controlar os fatores que não estão relacionados com a infração⁵¹.
- (64) Como o cenário contrafactual é hipotético, não pode ser diretamente observado. Tal como se descreve mais adiante, foram desenvolvidos diferentes métodos e técnicas nos domínios económico e jurídico para determinar o cenário contrafactual. Estes métodos e técnicas variam quanto aos pressupostos subjacentes e à variedade dos dados necessários.
- (65) Num processo específico, a técnica dependerá, geralmente, de uma série de aspetos. Tal como se explica na secção 2 supra, os tribunais nacionais têm de observar os princípios da equivalência e da efetividade quando calculam a parte dos custos adicionais repercutida. Além disso, a competência dos tribunais nacionais para efetuar tal cálculo exige-lhes que, em primeiro lugar, baseiem a sua apreciação nas informações razoavelmente obtidas e, em segundo lugar, procurem determinar um valor aproximado do montante ou da parte da repercussão que seja plausível.
- (66) Por exemplo, se o demandante e o demandado recorrerem a diferentes métodos e a aplicação dos mesmos conduzir a resultados contraditórios, normalmente, não será adequado considerar que a repercussão calculada corresponde à média dos dois resultados obtidos, nem que tais resultados contraditórios se anulam reciprocamente, no sentido em que ambos os métodos devem ser ignorados. Tal como refere o guia prático, num cenário desse tipo, seria mais adequado analisar os motivos desses resultados divergentes e considerar os pontos fortes e os pontos fracos de cada método e a sua aplicação⁵².

(50) É de salientar que a necessidade de construir um cenário contrafactual para avaliar a repercussão está em conformidade com a jurisprudência do TJUE em matéria de repercussão no contexto do reembolso de direitos niveladores e aduaneiros indevidamente cobrados pelos Estados-Membros, ver acórdão do TJUE de 4 de outubro de 1979 no processo C-238/78 (*Ireks-Arkady/Conselho e Comissão*) EU:C:1979:226, n.º 14; acórdão do TJUE de 21 de dezembro de 2000 no processo C-441/98 (*Michailidis*) EU:C:2000:479, n.º 33 e seguintes; acórdão do TJUE de 6 de setembro de 2011 no processo C-398/09 (*Lady & Kid e o.*) EU:C:2011:540. Além disso, no acórdão do TJUE de 9 de dezembro de 2003 no processo C-129/00 (*Comissão das Comunidades Europeias/República Italiana*) EU:C:2003:319, n.º 78, o advogado-geral declarou que seria necessário construir um cenário contrafactual para demonstrar qual seria a evolução dos preços no mercado a jusante na ausência do custo adicional inicial.

(51) Ver a discussão conexa no n.º (79).

(52) Ver também o guia prático, n.º 125.

PROJETO

- (67) As secções seguintes apresentam uma síntese das diferentes técnicas de cálculo dos efeitos do preço e do volume relacionados com a repercussão. Tal como se explica mais à frente, as técnicas podem variar quanto à complexidade e aos dados necessários, indo das análises baseadas em dados qualitativos, por um lado, às técnicas econométricas⁵³ baseadas em dados quantitativos, por outro. Em qualquer dos casos, a abordagem do cálculo tem de estar em conformidade com as regras aplicáveis do direito nacional, sob reserva da observância dos princípios da equivalência e da efetividade⁵⁴.
- (68) Neste contexto, nenhuma técnica se destaca por ser, independentemente do caso, mais adequada do que as demais. A utilização de técnicas econométricas é disso exemplo. Na maioria dos casos, a aplicação de tais técnicas pode aumentar o grau de exatidão do cálculo. Contudo, estas técnicas requerem, normalmente, uma quantidade significativa de dados, que nem sempre está disponível. Por conseguinte, a recolha de dados e a sua análise económica podem acarretar custos consideráveis eventualmente desproporcionados perante o montante da indemnização em causa.
- (69) Os custos a considerar neste contexto podem não se cingir aos incorridos quando a parte sobre a qual recai o ónus da prova aplica um determinado método, podendo ser também os custos suportados pela outra parte para refutar uma argumentação, os custos de terceiros e os custos do sistema judicial para o tribunal calcular a repercussão, incluindo os custos de um eventual perito económico nomeado pelo tribunal. Se os custos supramencionados forem demasiado elevados, tal pode tornar praticamente impossível ou excessivamente difícil o exercício do direito à reparação integral⁵⁵.
- (70) Ao calcularem a repercussão dos custos adicionais, os tribunais nacionais podem utilizar elementos de prova diretos relevantes para o processo. Por exemplo, documentos internos ou outros documentos de natureza qualitativa apresentados pelo adquirente direto ou indireto para demonstrar a relação entre os custos adicionais e as variações dos seus próprios preços. Estando este tipo de elementos de prova disponível, o tribunal pode julgar suficiente calcular os efeitos da repercussão (efeitos do preço e de volume) tendo em consideração elementos de prova qualitativos ou fazendo ajustamentos aos dados quantitativos sem proceder a uma análise de regressão. Por conseguinte, a disponibilidade de elementos de prova qualitativos pode ter um peso importante na decisão do tribunal sobre qual das técnicas quantitativas descritas nas secções seguintes pode ser utilizada por uma parte para satisfazer o nível de prova exigido nos termos da legislação aplicável⁵⁶.
- (71) Tal como mostra a figura Figura 5 do anexo 1, as três componentes dos danos derivam dos custos adicionais e dos efeitos do preço e de volume relacionados com a repercussão. Os juízes e os peritos económicos podem optar por calcular as três componentes da indemnização de forma sequencial. A quantificação ou cálculo dos custos adicionais constituirá a primeira etapa. Podem ser empregues vários métodos

(53) O conceito de técnicas econométricas é explicado de forma mais pormenorizada na secção 4.3 infra e no apêndice 2.

(54) Ver n.º (9) supra.

(55) A importância do princípio da efetividade é também sublinhada no guia prático, no contexto do cálculo dos custos adicionais.

(56) Este aspeto é igualmente referido no guia prático, n.º 14.

PROJETO

diferentes para calcular este efeito. Estes métodos são analisados com algum pormenor no guia prático.

- (72) A segunda etapa passa por calcular a amplitude do efeito do preço relacionado com a repercussão. A amplitude deste efeito pode ser calculada diretamente, empregando métodos semelhantes aos utilizados na quantificação do custo adicional, ou, estando preenchidos determinados pressupostos, indiretamente, calculando a taxa de repercussão do aumento do custo dos fatores de produção e combinando este cálculo com informações sobre o custo adicional e as vendas. As secções 4.3.1 a 4.3.2 apresentam uma síntese das diferentes abordagens de quantificação deste efeito.
- (73) Numa terceira etapa, calcula-se o efeito de volume relacionado com a repercussão. À semelhança do efeito do preço relacionado com a repercussão, o efeito de volume pode ser calculado de forma direta ou indireta. As várias abordagens de quantificação destes efeitos são analisadas nas secções 4.4.2 e 4.4.3.
- (74) Podem ainda ser adotadas outras abordagens, como uma abordagem global que contabilize simultaneamente a repercussão e o efeito de volume, para quantificar os danos no âmbito de ações de indemnização intentadas nos tribunais nacionais por infração ao direito da concorrência da UE.

4.2. Dados e informações necessários para quantificar os efeitos da repercussão

- (75) Tal como se explica na secção 2.2, a Diretiva Ações de Indemnização visa assegurar o exercício efetivo dos direitos e a igualdade de condições estabelecendo regras para requerer a divulgação de elementos de prova. Os dados e informações na posse das partes ou de terceiros são fatores importantes para realizar uma análise económica sólida da repercussão. Deste modo, poderá ser conveniente, numa primeira etapa da quantificação do efeito do preço relacionado com a repercussão, identificar as necessidades e a disponibilidade de dados.
- (76) Tal como acima referido, neste contexto, o princípio económico orientador do cálculo da repercussão reside na comparação do cenário real com o cenário que teria ocorrido na ausência da infração, isto é, o cenário contrafactual. Assim, a recolha de dados e informações deve centrar-se na recolha de elementos de prova quantitativos e qualitativos relevantes para a construção do cenário contrafactual.
- (77) Normalmente, a escolha do tipo de dados necessários para calcular a repercussão exigirá um bom conhecimento do setor em causa e das características predominantes do mercado no processo em apreço. Por conseguinte, poderá ser útil começar por examinar os documentos que indicam a plausibilidade da repercussão, tais como as decisões judiciais existentes, processos cíveis paralelos ao mesmo ou num nível diferente da cadeia de abastecimento do mesmo mercado, estudos de mercado ou decisões das autoridades da concorrência descrevendo a dinâmica do mercado em causa.
- (78) Tal como se referiu anteriormente, o tribunal pode ter de considerar elementos de prova de natureza qualitativa e quantitativa. Os elementos de prova qualitativos, tais como documentos internos em matéria de preços, estratégia, contratos e relato financeiro, podem ser analisados no contexto da teoria económica. Podem também

PROJETO

dar informações sobre se existem elementos de provas ou uma eventual ligação entre os preços a jusante e o custo adicional a montante resultante da infração.

- (79) Porém, para poderem construir um cenário contrafactual e controlar os diferentes fatores que afetam a repercussão, na maior parte dos casos, as partes necessitam de elementos de prova quantitativos. Estes podem ser, nomeadamente, dados sobre preços, custos ou margens efetivos, bem como indicadores externos que influenciem as decisões das empresas em matéria de preços, por exemplo, medidas agregadas da atividade económica (nomeadamente, as taxas de crescimento do PIB, de inflação e de emprego). Em certos casos, as variáveis regionais da atividade económica podem ser úteis para controlar diferentes tendências regionais não relacionadas com a infração.
- (80) O tribunal pode igualmente ter em consideração mais fatores específicos de âmbito setorial ou empresarial com influência na formação dos preços. Por exemplo, na situação hipotética descrita na caixa 1, se o plástico fosse também um fator de produção essencial para a produção de cablagens durante o período da infração em que o produtor de cobre A acordou com os seus concorrentes fixar os preços do cobre (o principal fator de produção do fornecedor de cablagens B), é provável que o fornecedor B tivesse também repercutido no seu cliente um aumento dos preços do plástico, material que era alheio à infração ao direito da concorrência da UE. Neste caso, se não tiver em conta os efeitos relacionados com o aumento dos preços do plástico, o cálculo da repercussão pode sobrestimar significativamente a repercussão do custo adicional, imputando erradamente a totalidade do aumento dos preços à infração. Aplica-se a mesma lógica a eventuais reduções de outros custos de fatores de produção, que, se não forem contabilizados e repercutidos a jusante na cadeia de abastecimento, poderão reduzir artificialmente a repercussão calculada do custo adicional resultante do cartel.
- (81) A relevância dos dados não só varia com a metodologia ou técnica utilizada como pode também depender do processo em apreço. Os diferentes requisitos de cada método são descritos em pormenor mais adiante. Nos exemplos que se seguem, a aplicação dos métodos centra-se no preço. Consoante a disponibilidade dos dados e as circunstâncias de um determinado processo, o tribunal pode igualmente recorrer aos mesmos métodos para calcular outras variáveis económicas, como as margens de lucro ou o nível de custos de uma empresa. Os dados utilizados para comparar o mercado afetado com o cenário contrafactual podem respeitar ao mercado no seu conjunto (por exemplo, o preço médio das cablagens para todos os clientes noutros mercados de bens ou geográficos) ou a determinados clientes ou grupos de clientes.
- (82) Ao ordenar a divulgação de informações nos termos do direito nacional, o tribunal tem de atender aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, tal como prevê a Diretiva Ações de Indemnização⁵⁷. Em conformidade com estes princípios, o tribunal pode, por exemplo, considerar a disponibilidade, o volume e o custo da obtenção e eventual limpeza dos dados⁵⁸, ou, em termos mais gerais, o tempo despendido.
- (83) Em muitos dos processos em que é apreciada a repercussão dos custos adicionais, pode haver peritos económicos a intervir em ações de indemnização perante os

(57) Ver n.ºs (28) e (29) supra.

(58) A limpeza de dados corresponde ao processo de deteção e eliminação de incoerências lógicas nos dados.

PROJETO

tribunais nacionais. As regras em matéria de elementos de prova periciais variam de forma significativa entre os Estados-Membros⁵⁹. No entanto, os tribunais nacionais podem considerar conveniente a emissão de orientações sobre os princípios gerais e os instrumentos relevantes para a participação de peritos económicos. De qualquer modo, devem aplicar os procedimentos nacionais de modo a gerir a utilização dos depoimentos de peritos com o objetivo de garantir uma aplicação eficaz e proporcionada do direito da UE.

- (84) No início do processo, o tribunal pode facilitar a discussão entre os peritos que representam as partes envolvidas. Essa discussão pode destinar-se a delimitar os domínios de acordo e desacordo sobre questões relevantes para o processo, nomeadamente questões relacionadas com os requisitos de divulgação de informações. A caixa Caixa 3 seguinte apresenta um exemplo desta abordagem.

Caixa 3: Exemplo de um processo com elementos de prova apresentados por peritos económicos⁶⁰

Num processo pendente num tribunal do Reino Unido, os peritos económicos em representação de cada uma das partes (o infrator e o demandante) tinham proposto o seu próprio método para calcular a repercussão. O juiz manifestou a sua preocupação com a potencial complexidade das provas periciais e, antes de ordenar a divulgação de informações, convidou os peritos das partes a chegarem a acordo quanto à abordagem proposta dos elementos de prova económicos da repercussão. Caso os peritos não chegassem a acordo sobre a referida abordagem, o juiz ouviria as argumentações sobre as respetivas abordagens, incluindo uma explicação daquilo que cada perito propunha, as informações necessárias e o custo do exercício, decidindo depois sobre o método a aplicar.

- (85) Em algumas jurisdições, os tribunais nacionais podem nomear peritos económicos para assistir o juiz no cálculo da repercussão e, tradicionalmente, adotam esta abordagem para calcular o custo adicional inicial. Tal como se explica a seguir, o tribunal pode adotar uma abordagem semelhante para calcular a repercussão, por exemplo, utilizando os denominados métodos comparativos. Assim, a experiência do recurso a peritos nomeados pelos tribunais para calcular o custo adicional pode também ser relevante para o cálculo da repercussão. A caixa Caixa 4 seguinte apresenta um exemplo de uma abordagem com a nomeação de um perito económico pelo tribunal.

Caixa 4: Exemplo de um processo⁶¹ em que o tribunal nomeia um perito económico

Neste caso, o tribunal nomeou um perito económico. O perito tinha por missão

(59) Por exemplo, em França, nos Países Baixos e no Reino Unido, é frequente os tribunais lidarem diretamente com peritos económicos nomeados pelas partes. Noutros Estados-Membros, como a Bélgica, Dinamarca, Alemanha, Hungria e Itália, os tribunais recorrem, em muitos processos, ao parecer de peritos por eles nomeados. Existem igualmente variações nas legislações nacionais quanto à entidade perante a qual responde o perito. Em certos Estados-Membros, como o Reino Unido e a Irlanda, o perito responde perante o tribunal, mesmo que os seus honorários sejam pagos pelas partes. Em Espanha, os peritos nomeados pelas partes têm um dever de objetividade e independência, ao passo que, noutros Estados-Membros, como a Alemanha e a Itália, não existe esse requisito explícito.

(60) High Court of England and Wales, *Emerald Supplies/British Airways Plc*, HC-2008-000002.

(61) Decisão do Tribunal Regional Superior de Düsseldorf de 26 de junho de 2009 no processo VI-2a Kart 2 – 06/08, (*Zement*).

PROJETO

propor uma metodologia e, em seguida, quantificar o custo adicional. Numa primeira fase, o perito propôs um método empírico para calcular os custos adicionais. A abordagem sugerida pelo perito foi discutida por escrito e em audições antes de o tribunal decidir sobre a abordagem a adotar.

Na fase seguinte, o método escolhido foi aplicado e os custos adicionais calculados. Os dados que serviram de base aos cálculos foram apresentados ao tribunal e às partes.

A terceira etapa consistiu numa verificação da solidez em que as várias partes (os demandados, o Ministério Público e a autoridade nacional da concorrência) tiveram a oportunidade de apresentar observações e colocar perguntas. Essas observações foram tidas em conta numa avaliação final entregue ao tribunal. A avaliação final considerou igualmente a plausibilidade dos resultados calculados, a solidez dos efeitos calculados e a qualidade dos dados subjacentes.

- (89) Num processo em que os peritos económicos que representam as partes tenham posições divergentes sobre a abordagem a adotar para calcular a repercussão, o tribunal nacional pode também solicitar o aconselhamento da autoridade nacional da concorrência quanto ao método a utilizar⁶². Além disso, para determinar o grau de repercussão, um tribunal nacional pode ainda, em princípio, basear-se nas informações constantes de uma decisão emanada de uma autoridade da concorrência, por exemplo, sobre o custo adicional inicial⁶³.
- (90) O cálculo dos efeitos do preço relacionados com a repercussão baseia-se numa análise das informações ou dados financeiros das empresas. Tais dados são frequentemente históricos mas, em certos casos, podem ser comercialmente sensíveis para as partes envolvidas num determinado processo e, por conseguinte, tidos como informações confidenciais. No entanto, tal como se explica na secção 2 supra, o tribunal pode ordenar a divulgação de elementos de prova com informações confidenciais, desde que tome medidas no sentido de proteger tais informações.

4.3. Quantificação e cálculo dos efeitos do preço relacionados com a repercussão

- (91) Para calcular o efeito do preço relacionado com a repercussão, os tribunais nacionais podem recorrer a diferentes tipos de abordagens de quantificação, nomeadamente à abordagem direta, descrita no n.º (92) e seguintes infra, mas também à abordagem indireta⁶⁴, descrita no n.º 4.3.2.1 e seguintes infra.

(62) Nos termos do artigo 17.º, n.º 3, da Diretiva Ações de Indemnização, a autoridade nacional da concorrência pode, a pedido do tribunal nacional, prestar-lhe assistência na quantificação dos danos, caso a autoridade nacional da concorrência considere adequada a prestação dessa assistência.

(63) Por exemplo, numa decisão do Tribunal Comercial de Nanterre no processo n.º 2004FO22643, *Arkopharma/Group Hoffman La Roche*, 2006, um tribunal francês remeteu para as constatações da Comissão Europeia no processo COMP/E-1/37.512, *Vitamins*, sobre o impacto do cartel no mercado e nos consumidores para fundamentar a conclusão de que a repercussão nos consumidores teria provavelmente ocorrido.

(64) A abordagem indireta assenta, entre outros aspetos, no forte pressuposto de que as variações dos custos dos fatores de produção são repercutidas a uma taxa idêntica, independentemente da relevância dos custos dos fatores de produção e do grau de variação dos mesmos. Tal como se explica mais pormenorizadamente no n.º **Error! Reference source not found.** infra, normalmente, o método indireto só deve ser considerado se o pressuposto for plausível com base nos factos do processo.

PROJETO

4.3.1. Abordagens diretas – métodos comparativos

- (92) O efeito do preço relacionado com a repercussão nas várias fases da cadeia de abastecimento pode ser calculado estimando diretamente o aumento dos preços ou a variação da margem que resultou do impacto do custo adicional inicial.
- (93) Os métodos comparativos têm a vantagem de utilizar dados reais observados no mesmo mercado ou num mercado semelhante⁶⁵. Baseiam-se no facto de o cenário de comparação poder ser considerado representativo do cenário em que não ocorreu a infração. A questão de saber se o nível de semelhança entre o mercado em que ocorreu a infração e os mercados de comparação é considerado suficiente para que os resultados de tal comparação sejam utilizados na quantificação da repercussão depende dos ordenamentos jurídicos nacionais⁶⁶.

4.3.1.1. Métodos

- (94) Para calcular o efeito do preço relacionado com a repercussão utilizando o método direto, os tribunais nacionais podem adotar diferentes abordagens. Sob reserva da disponibilidade de dados, o tribunal pode calcular o aumento dos preços no mercado a jusante diretamente causado pelo aumento dos custos ou inferir a repercussão utilizando os dados relativos à margem⁶⁷. Se adotar a primeira abordagem, o tribunal pode calcular as diferenças entre os preços observados e os do cenário contrafactual adotando os mesmos métodos utilizados para calcular o custo adicional inicial, ou seja, os métodos comparativos para quantificar o custo adicional.
- (95) Tal como se explicou anteriormente, ao calcular a repercussão, as técnicas e métodos utilizados devem controlar outros fatores para além dos que decorrem da infração. O ideal seria comparar o mercado afetado com o mesmo mercado na ausência da infração. No entanto, tal como refere o guia prático, de um modo geral, não é possível saber com exatidão como evoluiria um mercado na ausência da infração. Por conseguinte, na prática, é necessário utilizar um mercado «semelhante» como termo de comparação.
- (96) Os mercados de comparação podem diferir do mercado afetado pela infração em dois aspetos, ou seja, na dimensão temporal e na dimensão do bem. Na comparação ao longo do tempo, o mercado afetado pela infração é comparado com ele próprio num momento diferente. Na comparação com base no bem, o mercado afetado pela infração é comparado com o mesmo mercado, mas numa zona geográfica diferente, ou com outro mercado desse bem que se considere evoluir de forma semelhante ao mercado em que ocorreu a infração⁶⁸.

(65) Este facto é sublinhado no guia prático, n.º 37, e na jurisprudência em matéria de cálculo dos custos adicionais nele citada. Um tribunal alemão, também no contexto do cálculo dos custos adicionais, preconiza que os métodos comparativos podem ser preferíveis a outras abordagens, ver Tribunal Regional Superior de Düsseldorf, processo VI-2a Kart 2 – 06/08, 2009, n.º 469 e seguintes.

(66) O guia prático aborda esta questão no contexto da avaliação dos custos adicionais, ver, por exemplo, os n.ºs 37 e 59-95.

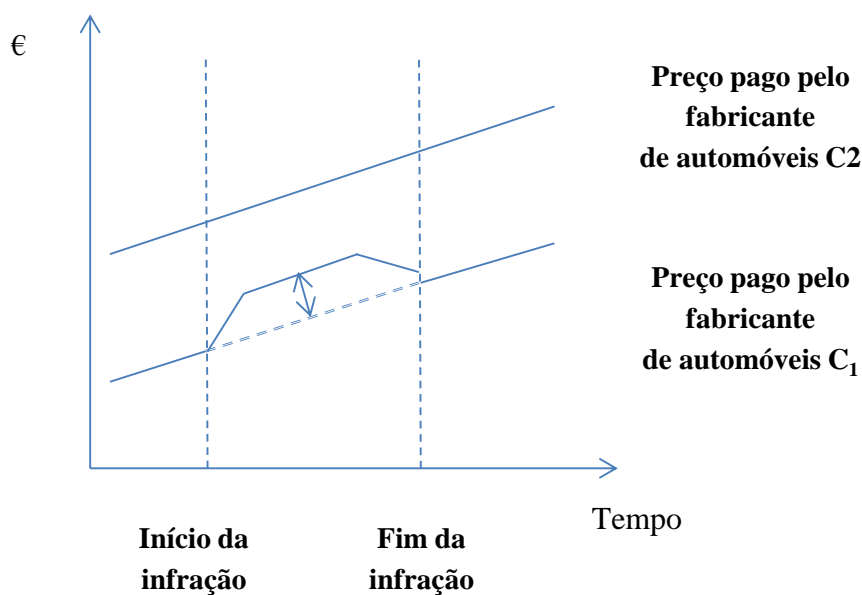
(67) A abordagem que utiliza os dados da margem é explicada de forma mais pormenorizada mais à frente, na secção sobre o cálculo do efeito de volume.

(68) Se, num cenário contrafactual, forem tidos em consideração mercados de comparação de países estrangeiros, o tribunal nacional deve também atentar em eventuais diferenças na legislação. Este aspeto é particularmente importante quando estão em causa mercados regulamentados, por exemplo, os dos produtos farmacêuticos ou da energia.

PROJETO

- (97) Idealmente, o método a utilizar deverá ser o que combina as duas dimensões, ou seja, a dimensão temporal e a dimensão do bem. Este método designa-se por «diferença nas diferenças». Atenta na evolução da variável económica relevante no mercado afetado pela repercussão durante um determinado período (diferença no tempo no mercado afetado pela repercussão) e compara-a com a evolução da mesma variável, durante o mesmo período, num mercado de comparação não afetado (por exemplo, noutro mercado geográfico).
- (98) A fim de ilustrar a aplicação deste método, será útil atentar nos exemplos esquematizados do cartel do cobre apresentados nas figuras Figura 1 e Figura 3 infra.
- (99) Supondo, numa situação hipotética, que o fabricante de automóveis C_1 do Estado-Membro 1 (o adquirente indireto) pede uma indemnização ao produtor de cobre A_1 (o infrator), como se explicou no n.º (19), os eventuais danos sofridos por C_1 decorrem da repercussão dos custos adicionais do fornecedor de cablagens B_1 . A aplicação da abordagem da diferença nas diferenças passaria por apreciar a evolução do preço pago pelo fabricante de automóveis C_1 do Estado-Membro 1 (o mercado em que ocorre o efeito do preço relacionado com a repercussão) durante um determinado período e compará-la com a evolução do preço pago pelo fabricante de automóveis C_2 do Estado-Membro 2 (o mercado não afetado pela infração e, por isso, sem efeitos do preço relacionados com a repercussão) no mesmo período. A comparação revela a diferença entre estas duas variáveis diferentes ao longo do tempo, o que permite calcular a variação do preço pago pelo fabricante de automóveis, excluindo todos os fatores que afetaram os mercados do Estado-Membro 1 e do Estado-Membro 2 da mesma forma. Assim, o método isola o efeito do preço relacionado com a repercussão de outros fatores que influenciam o preço das cablagens comum aos dois mercados. Esta abordagem é ilustrada na figura Figura 1 seguinte.

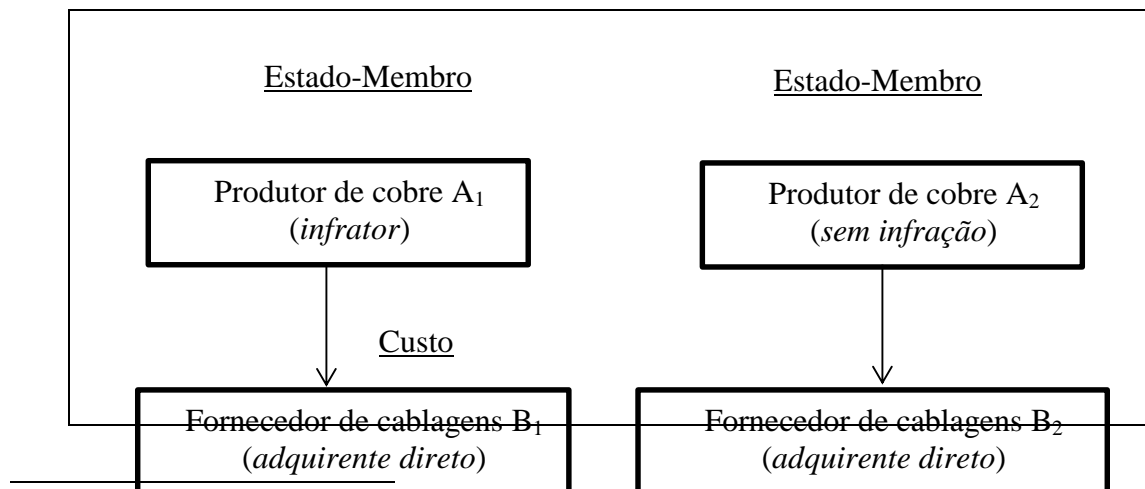
Figura 1 Ilustração da abordagem da diferença nas diferenças



PROJETO

- (100) O método pode ser ilustrado por um exemplo simples derivado do exemplo do cartel do cobre descrito no n.º (6) supra. Imaginemos que uma comparação antes, durante e depois revela um aumento do preço unitário das cablagens de 100 EUR no Estado-Membro 1 (em que ocorreram a infração e a repercussão) entre 2005 e 2010. Olhando para o mercado não afetado do Estado-Membro 2 durante o mesmo período, verifica-se que o preço unitário das cablagens aumentou apenas 10 EUR, devido ao aumento do custo de outro fator de produção, por exemplo, o plástico. Partindo do princípio de que o custo superior do fator de produção (o plástico) ocorreu também no Estado-Membro 1, a comparação da diferente evolução dos preços das cablagens nos Estados-Membros 1 e 2 indicaria o aumento dos preços causado pelo efeito da repercussão. Neste exemplo, seria de 90 EUR.
- (101) Deste modo, uma das importantes vantagens deste método reside no facto de permitir distinguir as variações sem relação com o efeito do preço relacionado com a repercussão que ocorreram no período desta última. Porém, assenta no pressuposto de que outros fatores (no exemplo anterior, o preço do plástico) afetam os mercados de forma semelhante. Se não for esse o caso, poderá ser necessária uma aplicação econométrica da técnica da diferença nas diferenças. Tais abordagens são descritas de forma mais pormenorizada mais adiante.
- (102) Tal como refere o guia prático⁶⁹, podem ser utilizados outros métodos para construir um cenário contrafactual. Esses métodos mostram-se particularmente úteis se não houver dados históricos disponíveis sobre os preços, seja no mercado da infração, seja no mercado de comparação. Em termos práticos, tal significa que pode não ser possível observar a evolução dos preços ao longo do tempo no mercado de comparação ou no mercado da infração. Nesse caso, é possível utilizar outro método comparativo, nomeadamente um método que compare diferentes mercados geográficos. Por exemplo, como mostra a figura Figura 2 seguinte, um tribunal nacional pode considerar a comparação dos preços pagos pelo fabricante de automóveis C_1 durante o período da infração no Estado-Membro 1 ($p1$) com o preço médio pago pelos fabricantes de automóveis semelhantes no Estado-Membro 2, ou seja, num mercado geográfico distinto não afetado pela infração ($p2$). Este método designa-se por comparação entre mercados⁷⁰.

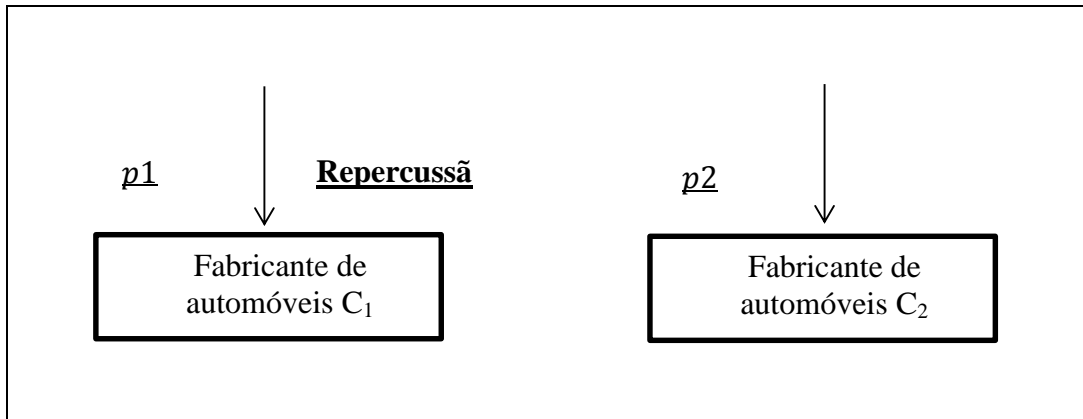
Figura 2 Métodos comparativos de quantificação da repercussão



(69) Ver guia prático, n.º 49 e seguintes.

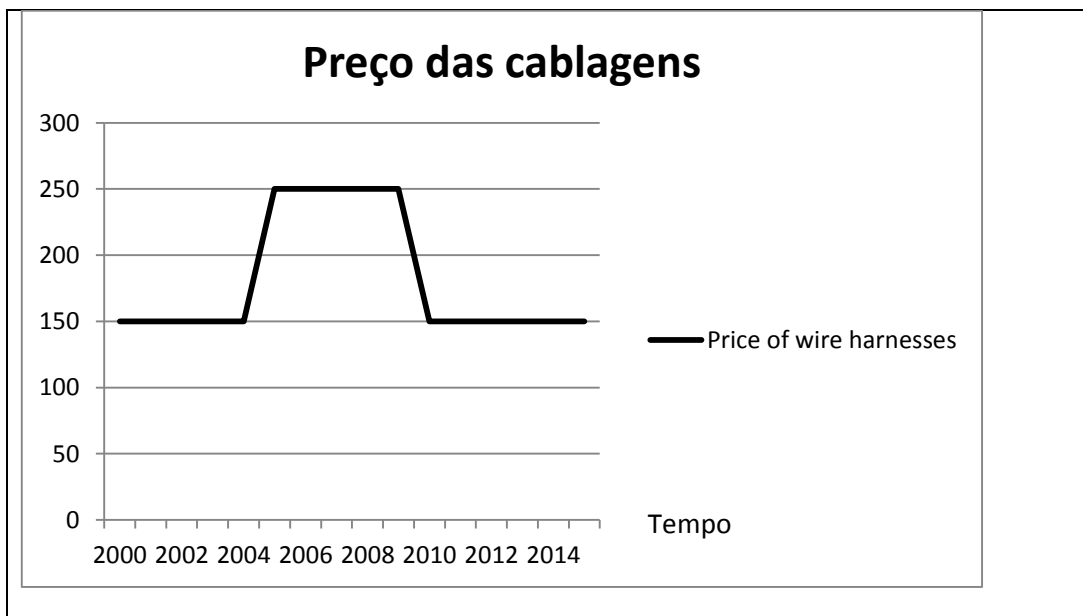
(70) Este método tem sido utilizado com frequência para avaliar o custo adicional inicial em ações de indemnização, ver, por exemplo, a jurisprudência referida na nota de rodapé 45 do guia prático.

PROJETO



- (103) Caso se verifique que o preço p_1 é superior ao preço p_2 , tal situação indica um efeito do preço relacionado com a repercussão do fornecedor de cablagens B₁ no fabricante de automóveis C₁ do Estado-Membro 1. O mesmo tipo de comparação pode incidir sobre qualquer outra variável económica, por exemplo, margens ou volumes de vendas.
- (104) Pode não ser possível encontrar outro mercado do bem suficientemente semelhante ao mercado da infração para garantir uma comparação entre mercados. Outra abordagem comparativa aplicável seria comparar os preços ao longo do tempo no mesmo mercado, ou seja, uma comparação da situação antes e depois⁷¹. Neste caso, o mercado de comparação corresponde exatamente ao mesmo mercado do bem, enquanto mercado afetado pela infração, mas analisado em diferentes momentos. Esta abordagem é ilustrada na figura Figura 3 seguinte.

Figura 3: Métodos comparativos de quantificação da repercussão ao longo do tempo⁷²



(71) Ver guia prático, n.º 38-48.

(72) Por uma questão de simplicidade, este gráfico limita-se a ilustrar o efeito do preço decorrente da infração. Num cenário real, os preços serão igualmente afetados por outros fatores que não a taxa de repercussão, como a inflação e outros choques de custos.

PROJETO

- (105) Neste exemplo, parte-se do princípio de que a fixação de preços ilegal no setor do cobre teve uma duração de cinco anos, de 2005 a 2010. Neste período⁷³, o custo adicional inicial foi repercutido no fabricante de automóveis C. Na aplicação deste método, o preço pago pelo fabricante de automóveis durante o período da infração é comparado com o preço pago pelo fabricante de automóveis num período não afetado pela infração e pela repercussão, por exemplo, em 2003 e 2004. A caixa **Error! Reference source not found.** seguinte apresenta o exemplo de um processo em que um demandante aplicou esta abordagem.
- (106) Ao aplicar os métodos acima descritos, é necessário controlar outros fatores para além dos decorrentes da infração que possam ter afetado o grau da repercussão. Por exemplo, ao determinar se outros mercados ou períodos de tempo são adequados enquanto cenários contrafactuais, o tribunal deverá também ter em conta os outros fatores que afetam a repercussão mencionados na secção 3 (sobre a teoria económica da repercussão). Além disso, outros fatores, como as diferenças nos custos dos fatores de produção, a inflação, etc., podem também variar nos diferentes mercados. Assim, para construir um cenário contrafactual plausível, é fundamental ter em conta esses fatores. As várias técnicas de aplicação desta abordagem são descritas a seguir.

Caixa 5 Comparação antes, durante e depois – o processo da German Car Glass⁷⁴

O demandante desta ação de indemnização era um adquirente indireto dos membros de um cartel do setor do vidro para automóveis. Os membros do cartel infringiram o artigo 101.º do TFUE e a Comissão Europeia multou-os em 2008.

Os peritos do demandante efetuaram uma análise da evolução dos preços antes, durante e depois do período do cartel. Não foram realizadas análises de correlação ou regressão. Em vez disso, os peritos procuraram estabelecer uma relação entre o preço do vidro para automóveis (o bem objeto de cartelização) e do vidro para automóveis de substituição observando apenas os padrões dos preços.

No entanto, o tribunal considerou que esta análise não demonstrou de forma suficiente qualquernexo de causalidade direto entre os preços dos dois bens acima referidos. Por conseguinte, no processo em apreço, considerou-se que esta abordagem não forneceu elementos de prova suficientes da prática de repercussão.

4.3.1.2. Aplicação na prática das abordagens diretas

- (107) Existem várias técnicas para calcular os efeitos do preço relacionados com a repercussão com base na abordagem direta acima descrita. Certos fatores, como o aumento dos custos das matérias-primas no exemplo acima, influenciarão apenas,

(73) Observe-se, contudo, que a questão da repercussão diferida, referida no apêndice 1, pode ser importante quando se comparam os preços durante o período da infração com o preço antes e depois.

(74) Tribunal Regional de Düsseldorf, decisão de 19 de novembro de 2015 no processo 14d O 4/14 (*German Car Glass*).

PROJETO

em muitos casos, o mercado de comparação ou o mercado afetado pela repercussão. Tal como se explicou acima, os dados observados devem ser ajustados de modo a terem em conta essas influências. Nos casos em que o fator influente e a amplitude dos seus efeitos puderem ser relativamente fáceis de considerar, os ajustamentos dos dados deverão ser simples.

- (108) Em determinados casos, se a disponibilidade e a qualidade dos dados o permitirem, os dados comparativos podem ser ajustados com base em técnicas econométricas, nomeadamente mediante a análise de regressão. A análise de regressão é uma técnica estatística que ajuda a analisar os padrões das relações entre as variáveis económicas.
- (109) Numa análise de regressão, várias observações de dados referentes à variável considerada e as variáveis suscetíveis de exercer influência são analisadas empregando técnicas estatísticas. Normalmente, a relação identificada é expressa sob a forma de uma equação. Esta equação permite calcular os efeitos das variáveis influentes na variável considerada e isolá-los dos efeitos da infração. Com base numa análise de regressão, é possível calcular o grau de correlação existente entre as variáveis relevantes, que, em certas situações, pode indicar a existência de uma influência causal de uma variável na outra⁷⁵.
- (110) As diferentes técnicas existentes para ajustar os dados comparativos são descritas de forma mais pormenorizada no guia prático⁷⁶. Dando como referência exemplos e ilustrações, o guia prático apresenta orientações sobre os conceitos, métodos e condições de aplicação das diferentes técnicas, devendo servir de base para tratar questões relacionadas com as abordagens existentes para aplicar os métodos comparativos.
- (111) Tal como acima referido, as técnicas baseadas em análises econométricas podem, em certos processos, acarretar custos consideráveis eventualmente desproporcionados perante o valor da indemnização pedida. Nesses processos, o tribunal pode julgar suficiente calcular a repercussão apreciando simultaneamente dados quantitativos sem proceder a uma análise de regressão e tendo em consideração elementos de prova qualitativos.
- (112) No contexto do cálculo da repercussão com base em elementos de prova qualitativos, a análise de documentos internos que descrevam a política de preços de uma empresa pode ser particularmente pertinente. Ao apreciar esses documentos internos, o tribunal deve ter presente que as empresas de diferentes setores, ou até do mesmo setor, podem adotar políticas de preços diferentes. Em certos casos, uma empresa pode ter uma política clara ou uma prática estabelecida que determina os ajustamentos de preços que resultarão de variações de custos específicas. Noutros casos, a empresa pode pretender atingir determinados objetivos de desempenho. Por exemplo, o adquirente direto pode aplicar uma margem específica aos preços dos bens que fornece. Em princípio, esta política sugere que repercutiria as variações dos custos.
- (113) Além disso, ao apreciar as políticas de preços, o tribunal deve também considerar se a política de preços da empresa em causa foi efetivamente aplicada, por

(75) As análises de regressão são explicadas em pormenor no guia prático, n.º 69 e seguintes.

(76) *Ibid.*, capítulo II B.

PROJETO

exemplo, analisando os dados dos preços para determinar se correspondem à política de preços em questão.

- (114) Seguidamente, são apresentados exemplos de processos em que os tribunais nacionais atenderam a elementos de prova qualitativos.

Caixa 6: Cálculo da repercussão com base em elementos de prova qualitativos – *Cheminova* (2015)

Neste acórdão, o tribunal considerou que um produtor de pesticidas repercutira 50 % do custo adicional inicial nos clientes indiretos. Esta conclusão baseou-se na teoria económica que prevê a repercussão de 50 % do custo adicional caso o cliente direto seja uma empresa em situação de monopólio que enfrenta uma procura linear. Neste processo, o tribunal pôde apoiar-se em estudos de mercado publicamente disponíveis que caracterizavam o mercado em que o cliente direto exercia atividade como um mercado monopolista. Num relatório apresentado pelo cliente direto, argumentava-se que o mercado devia, na verdade, ser considerado concorrencial e não um monopólio. O cliente direto alegava, por exemplo, que um grande número de bens concorriam nesse mercado e que as quotas de mercado moderadas indicavam que se tratava de um mercado concorrencial. No entanto, devido aos factos específicos do processo, o tribunal não concordou com esta abordagem.

Caixa 7: Cálculo da repercussão com base em elementos de prova qualitativos – *DOUX Aliments* (2014)

Neste acórdão, o tribunal considerou que o demandante provara a ausência de repercussão. No processo em apreço, o custo adicional dizia respeito à lisina, um fator de produção da criação de frangos. O tribunal considerou que a lisina representava apenas 1 % dos custos da produção de frangos, pelo que um pequeno aumento dos custos não constituía elemento de prova suficiente para convencer o tribunal de que poderia também induzir um aumento dos preços do frango. O tribunal considerou que os preços derivavam de outros fatores, como a concorrência com outros produtos de carne e o poder dos compradores. Ao concluir que os custos adicionais não tinham sido repercutidos nos retalhistas indiretos, o tribunal referiu que os frangos eram vendidos num mercado internacional e concorrencial e que as cadeias de venda a retalho de géneros alimentícios beneficiavam do forte poder dos compradores.

- (115) Além disso, ao aplicarem os métodos comparativos no cálculo dos custos adicionais, os tribunais aplicam por vezes o denominado desconto de segurança, ou seja, deduzem dos valores dos dados observados um montante suficiente para ter em conta as incertezas do cálculo⁷⁷. Se a análise econométrica não for exequível, pode-se também aplicar uma abordagem deste tipo no cálculo da repercussão. O objetivo desta abordagem será excluir os efeitos sobre a variável considerada (por exemplo, o preço oferecido pelo cliente indireto) de outros fatores possíveis.

(77) Ver também o guia prático, n.º 95.

PROJETO

4.3.1.3. Desafios

- (116) Ao calcular o efeito do preço relacionado com a repercussão, o tribunal pode, em particular, equacionar a utilização de técnicas que, na medida do possível, permitam controlar outros fatores para além dos decorrentes da infração. Uma dessas técnicas é o método da diferença nas diferenças, que requer informações ou dados de um mercado de comparação (por exemplo, outro mercado geográfico) e dados de séries cronológicas do mercado afetado pela repercussão. No entanto, o tribunal deve estar ciente da existência de desafios potenciais suscetíveis de afetar a validade dos métodos comparativos.
- (117) Tal como se explicou anteriormente, idealmente, o mercado de comparação é semelhante ao mercado da infração, mas não é afetado por esta. Contudo, os adquirentes de cada um dos mercados utilizam frequentemente o mesmo fator de produção. Nesse caso, poderá ser difícil encontrar um mercado de comparação não afetado. Nomeadamente, se o âmbito da infração cobrir uma vasta zona geográfica, é provável que os bens, semelhantes ao bem em questão e incorporando os mesmos fatores de produção, também sejam afetados. Tal pode dificultar a identificação de um mercado de comparação adequado.
- (118) Noutras circunstâncias, o mercado de comparação pode ser indiretamente afetado pelo custo adicional inicial. No exemplo esquematizado do cartel do cobre apresentado na figura Figura 2, o fornecedor de cablagens B_1 adquire cobre ao infrator A_1 . Embora o fornecedor de cablagens B_2 do mercado de comparação não adquira cobre ao infrator A_1 , os fornecedores de cablagens B_2 e B_1 podem ser concorrentes nos mesmos mercados geográficos a jusante. Tal implica que, se o fornecedor de cablagens B_1 aumentar os seus preços em resposta à infração inicial, os seus concorrentes poderão também agir da mesma forma. Neste caso, o preço oferecido pelo fornecedor de cablagens B_2 pode ser indiretamente afetado pela infração e, por conseguinte, pode não constituir um termo de comparação adequado⁷⁸.
- (119) No que se refere à comparação ao longo do tempo, pode ser difícil identificar com precisão suficiente o período em que o mercado foi afetado por uma infração. As partes podem apresentar uma decisão emitida por uma autoridade da concorrência que indique um período da infração, ou seja, que estabeleça as datas em que a infração começou e terminou. No entanto, este prazo pode não corresponder ao período em que o mercado foi efetivamente afetado pela infração. Importa também referir que a determinação das datas do período da infração ou do período em que o mercado foi afetado pode ter um impacto significativo no resultado da análise.
- (120) Tal como acima referido, na verdade, o efeito da infração pode não se cingir ao período indicado nessa decisão⁷⁹. Por um lado, a data de início indicada pela autoridade da concorrência pode ser posterior ao início efetivo da infração, por exemplo, devido à falta de elementos de prova fiáveis. Por outro lado, a data final indicada na decisão sobre a infração pode anteceder o fim da infração efetiva.
- (121) De igual modo, os efeitos de uma infração podem também não ficar limitados à duração da mesma. Pode acontecer que a infração afete o mercado em causa já

(78) Este efeito é semelhante aos efeitos dos preços de proteção referidos no n.º (37) supra.

(79) Ver também o guia prático, n.º 43.

PROJETO

depois de o comportamento proibido pelo direito da concorrência da UE ter cessado. Tal pode ocorrer, nomeadamente, nos mercados oligopolistas, se as informações recolhidas durante a infração permitirem que os fornecedores de um determinado bem adotem, numa base sustentável e após o termo da infração, uma linha de ação destinada a vender a um preço superior ao preço concorrencial, ou seja, o que seria praticado na ausência da infração, sem recorrer a práticas proibidas pelo direito da concorrência da União⁸⁰.

(122) A possibilidade de adquirentes de diferentes níveis da cadeia de abastecimento poderem adiar a repercussão do custo adicional pode também afetar a comparação de forma significativa⁸¹. O exemplo do cartel de cobre referido na caixa Caixa 1 supra pode ilustrar tal possibilidade. Imaginemos que o fabricante de automóveis C negocia anualmente os preços com o fornecedor de cablagens B. O fornecedor de cablagens B ajusta os preços apenas uma vez por ano, depois de concluídas as negociações com o fabricante de automóveis C. Se ocorrer a formação de um cartel de fixação de preços no mercado do cobre logo após o fim das negociações entre o fornecedor de cablagens e o fabricante de automóveis, só nas negociações anuais do ano seguinte é que o fornecedor de cablagens poderá ter a possibilidade de repercutir o aumento do preço do cobre no seu próprio preço.

(123) e, em consequência, o diferimento da repercussão a jusante na cadeia de abastecimento pode originar dificuldades no momento de decidir o período para comparar os preços durante e antes, ou durante e depois, da infração (ou ambos). O tribunal pode ajustar a análise tendo em consideração a natureza de cada processo, por exemplo, analisando a política de preços das partes, e, com base nisso, introduzir um certo desfasamento temporal ao analisar os padrões de preços dos diferentes níveis da cadeia de abastecimento.

4.3.2. Abordagens indiretas – cálculo da taxa de repercussão

4.3.2.1. Síntese

(124) A secção acima descreve os métodos e técnicas do cálculo direto do efeito do preço relacionado com a repercussão. Em geral, o método direto é preferível sempre que a sua aplicação for viável e proporcionada. Tal deve-se à clara vantagem de o método direto permitir calcular a repercussão com base nos preços *reais* fixados por um adquirente direto ou indireto durante o período da infração. Porém, depende, entre outros aspetos, da disponibilidade de dados sobre estes preços. Estas informações podem estar disponíveis em muitos casos. Contudo, se não for possível apresentar as informações sobre os preços reais perante o tribunal, por exemplo, se o tribunal considerar que a divulgação dessas informações é desproporcionada em relação ao valor da indemnização pedida no processo em apreço, a repercussão pode ser calculada *de forma indireta*.

(80) Ver também o guia prático, n.º 153. Por exemplo, num determinado processo, um tribunal nacional considerou que os preços praticados nos cinco meses posteriores ao termo da infração continuavam a ser influenciados pelo cartel, ver Tribunal Regional Superior de Karlsruhe, decisão de 11 de junho de 2010 no processo 6 U 118/05, também citado no guia prático, n.º 44.

(81) Além disso, as empresas podem estar cientes do risco de terem de enfrentar pedidos de indemnização e da possibilidade de o âmbito desse pedido ser calculado com base nos preços posteriores à infração. Assim, podem sentir-se incentivadas a manterem o nível dos preços após o termo da infração,

PROJETO

- (125) Esta abordagem indireta pode ser aplicada analisando a forma como as variações anteriores dos custos de uma empresa afetaram os seus preços antes ou depois do período da infração. Por exemplo, na situação do cartel do cobre descrita no n.º (6) supra, a taxa de repercussão pode ser calculada analisando a forma como as variações históricas do custo do cobre afetaram o preço das cablagens. Simplificando, se um aumento do custo de cobre de 10 EUR for seguido de um aumento do preço das cablagens de 5 EUR, a taxa de repercussão é calculada em 50 %. Para calcular a repercussão durante o período da infração, o tribunal pode depois combinar a taxa de repercussão calculada com informações sobre o custo adicional e as vendas.
- (126) No entanto, o método indireto não está isento de riscos, podendo mesmo, em certos casos, levar a resultados enganosos. Isto porque, ao utilizar o método indireto para calcular a repercussão, o tribunal não pode apurar se o custo adicional é efetivamente repercutido nem observar se as variações do custo do fator de produção afetado se refletem nos preços nos mercados a jusante. É, portanto, fundamental que o tribunal tenha presente que o método indireto se baseia no pressuposto de que, durante o período da infração, as variações dos custos dos fatores de produção são refletidas nos preços a jusante. Se tal pressuposto estiver incorreto, esta abordagem pode produzir cálculos indutores de erro, na medida em que consideram uma repercussão dos custos adicionais que, na verdade, não ocorreu.
- (127) Ao utilizar o método indireto, o tribunal deve procurar calcular a repercussão com base na forma como as variações do custo do fator de produção afetado foram anteriormente refletidas nos preços a jusante. No entanto, não estando essas informações disponíveis, o tribunal pode olhar para a evolução de outras componentes do custo marginal do adquirente e analisar a forma como essas variações de custo afetam os preços a jusante. Na situação hipotética enunciada no n.º (6) e depois alterada e explicada no n.º (80) supra, tal significa que o tribunal pode equacionar a análise da relação entre o preço das cablagens e o custo do plástico (não afetado pela infração) e calcular a taxa de repercussão com base nesta relação.
- (128) Na maior parte dos casos, a infração em causa respeita ao custo de um fator de produção que constitui apenas uma componente do custo marginal do adquirente. Por exemplo, o fornecedor das cablagens pode ter de pagar mais pelo cobre se este for afetado pela infração. No entanto, o custo do cobre representa apenas parte do custo marginal total.
- (129) Se o fator de produção afetado pela infração constituir apenas uma diminuta fração do custo marginal, poderá ser difícil detetar até um aumento significativo do custo desse fator de produção nos dados do preço do adquirente, mesmo que esse aumento seja repercutido na íntegra. Embora exista a abordagem alternativa de calcular a taxa de repercussão com base nas variações dos custos dos fatores de produção mais importantes e não apenas do custo do fator de produção menos importante afetado, esta abordagem assenta no forte pressuposto de o aumento do preço marginal ser repercutido a uma taxa idêntica, independentemente da origem do aumento dos custos. Além disso, se um método direto, por exemplo, o cálculo baseado no preço real, não identificar nenhuma repercussão estatisticamente significativa, tal poderá ser tido como um elemento de prova em apoio da hipótese de que, na verdade, a repercussão não ocorreu. Por outras palavras, a constatação

PROJETO

da inexistência de repercussão através do método direto não constitui, por si só, um argumento válido ou suficiente para adotar um método indireto.

- (130) Tal como se explica no apêndice 1, existem também boas razões para que as empresas nem sempre repercutam pequenas variações dos seus custos marginais, pelo menos a curto prazo, mesmo que repercutam grandes variações de custos. Assim, pode não ser legítimo presumir que a taxa de repercussão será semelhante com variações diferentes do custo dos fatores de produção. Uma explicação possível pode ser o facto de a empresa poder incorrer nos denominados custos de etiquetagem e, por causa disso, preferir esperar que os aumentos dos custos marginais se acumulem para lá de um determinado limiar antes de alterar os seus preços. Outra explicação poderá ser o facto de o adquirente direto não reconhecer a ocorrência de uma variação significativa dos custos dos fatores de produção.
- (131) Ao apreciar os elementos de prova indiretos da repercussão com base na evolução das componentes dos custos não afetadas pelo custo adicional, o tribunal nacional deve, em processos específicos, ter igualmente em conta os elementos de prova qualitativos que demonstrem que a repercussão de ligeiros aumentos dos custos se coaduna com as práticas comerciais do adquirente direto ou indireto.

4.3.2.2. Métodos

- (132) A abordagem indireta exige informações sobre o custo adicional inicial e a taxa de repercussão em causa. Como ponto de partida, o cálculo do custo adicional pode ter sido já estabelecido noutro processo ou inferir-se de processos judiciais anteriores. Na ausência de um cálculo anterior do custo adicional, o tribunal pode equacionar a utilização das técnicas referidas no guia prático⁸². Nesse caso, a pedido do demandante, o tribunal pode ordenar a divulgação de dados relevantes por parte do infrator.
- (133) Uma das vantagens do método *direto* reside no facto de permitir a construção de um cenário contrafactual. Tal como se refere no n.º (63) supra, este exercício tem por objetivo isolar o efeito da infração dos outros fatores que afetam os preços. Embora o método *indireto* não permita essa abordagem, não deixa de ser importante controlar os fatores que não estão relacionados com a infração. Uma abordagem possível será o recurso a técnicas quantitativas, por exemplo, a análise de regressão⁸³. Por exemplo, no caso do cartel do cobre, o tribunal pode ter em conta uma análise da relação entre os preços cobrados pelo fornecedor de cablagens e as variações dos custos dos fatores de produção das cablagens. No entanto, existem outros fatores igualmente suscetíveis de influenciar o preço a jusante do preço, por exemplo, o preço por cablagem pode também ser afetado por flutuações da procura dos fabricantes de automóveis. Se o tribunal não tiver em conta estes fatores adicionais, o cálculo da taxa de repercussão será, muito provavelmente, enviesado.
- (134) Normalmente, uma análise de regressão requer um grande volume de dados sobre custos e preços. Assim, para calcular a taxa de repercussão, o tribunal pode, em alternativa, verificar se os cálculos efetuados a partir de outras fontes podem fornecer um cálculo razoável da taxa de repercussão no processo em apreço. Essas

(82) Ver guia prático, n.º 26 e seguintes.

(83) O conceito de análise de regressão é explicado em pormenor no guia prático, capítulo II (2).

PROJETO

outras fontes podem ser, por exemplo, as taxas de repercussão constatadas noutros processos relativos ao mesmo setor ou a outros setores, estudos académicos sobre o setor do processo em apreço ou elementos de prova obtidos com depoimentos de testemunhas. Esta é uma alternativa particularmente viável quando os dados necessários não estiverem disponíveis ou os métodos quantitativos não incluírem os fatores de controlo relevantes.

- (135) No entanto, é fundamental que o tribunal tenha presente que os cálculos baseados noutras fontes implicam o risco de não terem em conta fatores relevantes para a taxa de repercussão no processo em apreço. Mais especificamente, pode ser importante considerar a metodologia subjacente ao cálculo presente noutras fontes e a sensibilidade dos resultados às potenciais diferenças entre esse cálculo e a taxa de repercussão no processo em apreço. Para o efeito, o tribunal pode ter em conta os elementos relevantes da teoria económica, explicados na secção 2.4 supra e no apêndice 1, por exemplo, o grau de concorrência. Se existirem apenas informações limitadas, por exemplo, sobre as diferentes condições de mercado ou a forma como foi determinada a taxa de repercussão, o método indireto pode não ser adequado.

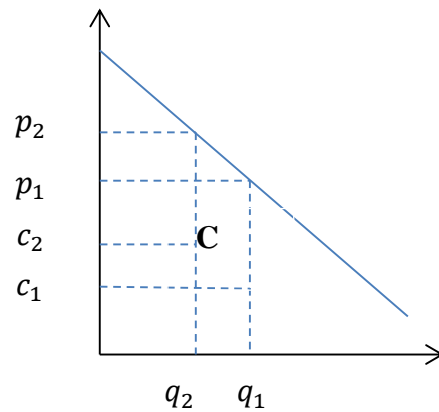
4.4. Quantificação e cálculo dos efeitos de volume

4.4.1. Introdução

- (136) Tal como refere o n.º (11) acima, as vítimas de infrações ao direito da concorrência da UE têm direito à reparação integral. Se a repercussão for tida em conta sem o efeito de volume, o verdadeiro valor dos danos será calculado por defeito. Por conseguinte, o cálculo do efeito de volume é tão essencial como o cálculo do efeito do preço relacionado com a repercussão⁸⁴.
- (137) Tal como ilustra a figura Figura 4 seguinte, o efeito de volume corresponde à perda de lucros devida à diminuição das vendas resultante da repercussão, ou seja, a um menor volume de vendas devido ao aumento dos preços. Na abordagem sequencial, mencionada anteriormente no n.º (71), a terceira etapa da quantificação total dos danos decorrentes dos custos adicionais consiste em calcular a amplitude do efeito de volume.

(84) Os tribunais nacionais da UE confirmaram, em diversos processos, a importância do cálculo do efeito de volume. Por exemplo, no processo U 2014/15, Oberlandesgericht Karlsruhe, de 2016, um tribunal alemão considerou que a repercussão do custo adicional pode, subsequentemente, levar a uma redução da quantidade vendida pelo adquirente direto.

Figura 4: O efeito de volume



(138) O efeito de volume corresponde à diferença entre q_1 e q_2 . A perda de lucros resultante da diminuição das vendas é indicada na área C, sendo obtida multiplicando o volume de vendas perdido pela margem de lucro ($p_1 - c_1$) do adquirente no cenário contrafactual, ou seja, a margem que o adquirente obteria na ausência da infração e sem qualquer repercussão.

(139) O cálculo do efeito de volume exige a determinação de dois fatores, nomeadamente, i) a variação da quantidade devida ao aumento dos preços, e ii) a margem do cenário contrafactual. O cálculo destes fatores requer dados sobre parâmetros diferentes dos necessários para calcular o efeito do preço relacionado com a repercussão. A disponibilidade desses dados é outro elemento fundamental a considerar pelo tribunal aquando do cálculo do efeito de volume. Em função dos dados disponíveis, poderão ser empregues diferentes métodos, a seguir descritos de forma mais pormenorizada.

4.4.2. Abordagem direta

4.4.2.1. Dados e informações necessários

(140) A abordagem direta para calcular o efeito de volume exige informações sobre i) a quantidade vendida pela empresa observada que é afetada pelo custo adicional, ii) o volume de vendas no cenário contrafactual, e iii) a margem preço/custo que teria sido obtida pelo adquirente na ausência da infração. A pedido da outra parte, o tribunal pode ordenar a divulgação desses dados por parte do adquirente em causa. Porém, importa referir que a margem preço/custo observada não é a margem necessária para calcular o efeito de volume. Por exemplo, se o adquirente repercutir metade do custo adicional, tal reduzirá a sua margem, pelo que a margem observada será inferior à medida do cenário contrafactual. Neste caso, o recurso à margem observada implicaria calcular por defeito a amplitude do efeito de volume.

(141) Além disso, o tribunal deve ter presente que a margem relevante para o cálculo do efeito de volume não corresponde necessariamente às medidas-padrão da margem contabilística de uma empresa, tais como os «resultados antes de juros e impostos» (RAJI) ou o lucro líquido da empresa.

(142) As margens relevantes para a determinação dos efeitos de volume são definidas pelos preços dos bens em causa subtraídos dos custos evitados, ou seja, dos custos

PROJETO

poupados em resultado da redução da produção. Deste modo, além de apreciar que custos são considerados evitáveis, o tribunal pode ordenar a divulgação dos preços dos bens em causa. Neste contexto, pode também ordenar a divulgação de documentos internos com informações sobre as margens de contribuição que o adquirente considera nas suas decisões em matéria de preços.

4.4.2.2. Métodos e desafios

- (143) A perda de lucros associada ao efeito de volume pode ser calculada diretamente, multiplicando a margem do cenário contrafactual pela redução dos volumes de vendas decorrente da repercussão dos custos adicionais.
- (144) Utilizando os dados relevantes do demandante, o tribunal pode equacionar o recurso às técnicas comparativas anteriormente descritas para calcular a margem e a quantidade do cenário contrafactual. Uma vez que a margem de lucro e a quantidade observadas podem ser afetadas por outros fatores não relacionados com a infração, será, em muitos casos, necessário controlar esses fatores adicionais. Assim, o tribunal deve procurar utilizar uma das abordagens acima descritas para controlar tais fatores, por exemplo, elaborando uma análise de regressão.
- (145) Se os dados necessários para aplicar a abordagem da diferença nas diferenças não estiverem disponíveis, o tribunal pode equacionar a utilização de outras técnicas acima descritas, nomeadamente a comparação entre mercados ou a comparação ao longo do tempo. No entanto, se estas técnicas forem empregues, importará também construir um cenário contrafactual sólido, tendo em conta os fatores variáveis entre os diferentes mercados ou períodos de tempo.
- (146) Os métodos comparativos assentam no pressuposto de que o mercado ou período de referência é suficientemente semelhante, em especial no que respeita às características do mercado relevantes para as margens de lucro, como o grau de concorrência existente nesse mercado ou a estrutura de custos dos fornecedores. Estes pressupostos não são fáceis de verificar, dado que as margens de uma empresa podem ser determinadas por um grande número de fatores e decisões estratégicas.

4.4.3. Abordagem da elasticidade

- (147) O efeito de volume pode igualmente ser calculado combinando o aumento dos preços observado em resultado do efeito do preço relacionado com a repercussão com um cálculo da sensibilidade da procura aos preços. Tal como acima referido, a sensibilidade da procura aos preços determina a solidez da relação entre o preço e a procura. Por exemplo, se um aumento do preço de 1 EUR estiver associado a uma redução significativa da quantidade adquirida, a procura será mais sensível aos preços do que se a redução da quantidade adquirida for inferior com o mesmo aumento do preço de 1 EUR. A denominada elasticidade procura-preços indica a variação percentual da quantidade procurada associada a um aumento dos preços de 1 %.

PROJETO

4.4.3.1. Métodos e informações necessárias

- (148) Em geral, a diminuição do volume, ilustrada pela redução das vendas de q_1 para q_2 na figura Figura 4 supra, será afetada pelo aumento dos preços da própria empresa, bem como pelas variações dos preços dos concorrentes.⁸⁵ Por conseguinte, a amplitude da perda de volume exige uma apreciação da forma como a repercussão afetou os preços de todos os concorrentes no mercado, bem como da sensibilidade da procura a essas variações de preços. Na aplicação deste método, o efeito de volume⁸⁶ é calculado multiplicando a perda de volume pela margem do cenário contrafactual.
- (149) Os dados necessários para calcular o efeito de volume adotando a abordagem da elasticidade dependem de as empresas em causa serem igualmente afetadas pelo custo adicional, ou seja, de o custo adicional afetar todo um setor. Sendo esse o caso, as perdas de vendas afetarão, normalmente, bens e empresas exteriores ao mercado. Além disso, os efeitos de volume do preço próprio e da elasticidade cruzada dos preços podem ser integrados na elasticidade dos preços do mercado. Nestas circunstâncias, o efeito de volume pode ser calculado com base na margem do cenário contrafactual, na elasticidade da procura no mercado e nos preços e quantidades observados, indicados por p_1 e q_2 .
- (150) A margem do cenário contrafactual pode também ser calculada aplicando a abordagem direta. O cálculo quantitativo da elasticidade da procura no mercado pode exigir uma grande quantidade de dados sobre preços e quantidades, que podem não estar disponíveis ou não ser proporcionados num processo específico. Nestas circunstâncias, o tribunal pode considerar suficiente utilizar outras fontes de elementos de prova, por exemplo, informações de estudos anteriores do mercado em causa ou documentos internos com informações sobre a elasticidade⁸⁷.
- (151) Tal como se explica no n.º (179) e seguintes, as empresas podem também ser incentivadas a aumentar os preços e reduzir a produção em resposta a custos adicionais que lhes sejam específicos. Nesse caso, poderá ser necessário calcular a elasticidade dos preços da própria empresa e a elasticidade cruzada dos preços, ou seja, a variação do volume de vendas de uma empresa quando esta altera os seus preços e a forma como o volume de vendas de uma empresa é afetado por variações de preços de outras empresas ativas no mercado. A amplitude do segundo efeito dependerá de os bens oferecidos no mercado serem ou não substitutos próximos. Assim, se os bens do concorrente não forem substitutos próximos, poder-se-á concluir que as respostas desse concorrente não são suscetíveis de afetar o volume de vendas de forma significativa, mesmo que não seja possível medir com precisão estes efeitos, por exemplo, devido à disponibilidade de dados.

4.4.3.2. Desafios

- (152) Quando aplica a abordagem da elasticidade, o tribunal pode calcular os parâmetros da elasticidade relevantes. Uma forma de o fazer passa por desenvolver um modelo de procura e utilizar a econometria. Contudo, tal como referido anteriormente, tal abordagem é exigente em termos de dados necessários e pressupostos. Se não

(85) Dado que as empresas concorrem com base nos preços.

(86) O efeito de volume é ilustrado pela área C da figura Figura 5 do apêndice 1.

(87) Ver, por exemplo, o processo U-4-07 – Cheminova/Akzo Nobel, acórdão de 15 de janeiro de 2015.

PROJETO

houver dados disponíveis e forem utilizadas outras fontes, por exemplo, estudos de mercado ou informações de processos anteriores, importa referir que tais fontes poderão não ser adequadas se o mercado do processo em apreço for diferente, em termos de estrutura, do mercado descrito nos estudos. Nestas circunstâncias, a abordagem da elasticidade poderá não fornecer um cálculo exato do efeito de volume.

- (153) Tal como é referido na introdução da presente secção sobre a quantificação, as três componentes potenciais dos danos numa ação de indemnização derivam do custo adicional inicial, do efeito da repercussão e do efeito de volume⁸⁸. O tribunal pode optar por calcular as três componentes de forma sequencial, constituindo a quantificação do custo adicional a primeira etapa, o cálculo do efeito do preço relacionado com a repercussão a segunda etapa, e o cálculo do efeito de volume relacionado com a repercussão a terceira etapa.

5. ANEXO 1 – TEORIA ECONÓMICA

5.1. Introdução

- (154) Este apêndice explica de forma mais pormenorizada os elementos da teoria económica relevantes no contexto do cálculo da repercussão. Tal como se descreve no n.º (45) e seguintes supra, num determinado processo, o grau da repercussão pode ser afetado por diversos fatores, tais como a natureza dos custos dos fatores de produção sujeitos a um custo adicional, a natureza da procura do bem que o cliente direto ou indireto enfrenta, a natureza e a intensidade da interação concorrencial entre as empresas do mercado em que os clientes diretos ou indiretos operam, e outros elementos, como a percentagem dos vários fatores de produção de uma empresa afetados pelo custo adicional ou o horizonte temporal da infração.

5.2. Os custos dos fatores de produção e o seu efeito nas decisões em matéria de preços

- (155) Tal como se explica no n.º (42) supra, o custo adicional inicial resulta num aumento dos custos dos fatores de produção para os adquirentes dos bens ou serviços afetados por esse custo adicional. A capacidade e a disposição destes adquirentes para repercutirem ou não o custo adicional nos seus clientes – e, se for esse o caso, em que medida – dependem, entre outros fatores, da estrutura de custos dos adquirentes. Mais à frente, explica-se de forma mais pormenorizada o impacto tanto dos custos fixos e variáveis como da estrutura dos contratos entre empresas nos diferentes níveis da cadeia de abastecimento sobre o grau de repercussão do custo adicional.
- (156) Para identificar os efeitos da repercussão, importa determinar se os custos dos fatores de produção suportados por um adquirente confrontado com um custo adicional variam com a quantidade de fatores de produção que encomenda (custos variáveis dos fatores de produção) ou não (custos fixos dos fatores de produção). Efetivamente, a teoria económica indica que a categoria de custos relevante para a formação dos preços a curto prazo é a dos custos variáveis ou, mais precisamente, dos custos marginais; ou seja, o incremento dos custos incorridos quando se

(88) Ver n.º (71).

PROJETO

adquire um fator de produção adicional (ver a caixa Caixa 8 seguinte). O contrário destes custos são os custos fixos que, por sua vez, afetam normalmente as decisões estratégicas a longo prazo das empresas, tais como a participação no mercado, a introdução de produtos e o nível de investimento.

Caixa 8: Exemplos de custos marginais e fixos

A fim de explicar os conceitos de custos marginais (variáveis) e de custos fixos, convirá retomar o exemplo esquematizado do cartel do cobre já referido na caixa Caixa 1.

Por exemplo, os custos variáveis do fornecedor de cablagens serão os custos associados à produção de uma cablagem adicional. Estes custos podem incluir os fatores de produção necessários para produzir a cablagem adicional (incluindo o cobre e o plástico), e os custos da eletricidade e da mão-de-obra associados à produção adicional.

No entanto, o fornecedor de cablagens também incorre em custos fixos na sua produção, tais como a comercialização dos seus bens e o investimento em nova maquinaria. Estes custos não são afetados pela produção de uma cablagem adicional, daí serem considerados fixos.

- (157) Normalmente, seria o impacto do custo adicional nos custos marginais ou variáveis do adquirente o ponto de partida pertinente para a apreciação dos efeitos da repercussão.
- (158) Os contratos entre empresas nos diferentes níveis da cadeia de abastecimento, que estabelecem as condições em que as empresas fornecem os seus bens ou prestam os seus serviços aos adquirentes, podem abranger componentes tidas como custos fixos ou variáveis. Por exemplo, em muitos casos, certas componentes do preço pago pelo adquirente não dependem do volume adquirido, ao passo que outras componentes dependem. Daí resulta que, numa ação de indemnização em que seja invocada a repercussão, importa determinar se as componentes do preço afetadas pela infração são fixas ou não na perspetiva do adquirente.
- (159) No caso extremo em que apenas uma componente fixa do preço seja aumentada pelo infrator, não será de prever a curto prazo qualquer repercussão no seu bem, sob a forma de um aumento do preço definido pelo adquirente. Todavia, a longo prazo, as componentes fixas dos preços dos fatores de produção poderão afetar as decisões estratégicas das empresas. Assim, o efeito do aumento dos preços fixos dos fatores de produção poderá também ser relevante do ponto de vista da repercussão. Por exemplo, se a componente fixa do elevado preço dos fatores de produção definida pelos infratores induzir a saída de um ou mais dos seus adquirentes diretos do mercado em que operavam, a competitividade desse mercado diminuirá, levando assim à fixação de preços mais elevados pelos adquirentes restantes. Por outras palavras, os custos mais elevados dos fatores de produção resultantes do aumento da componente fixa afetam, em certa medida, os preços dos adquirentes ativos, sendo, portanto, também repercutidos no adquirente indireto.

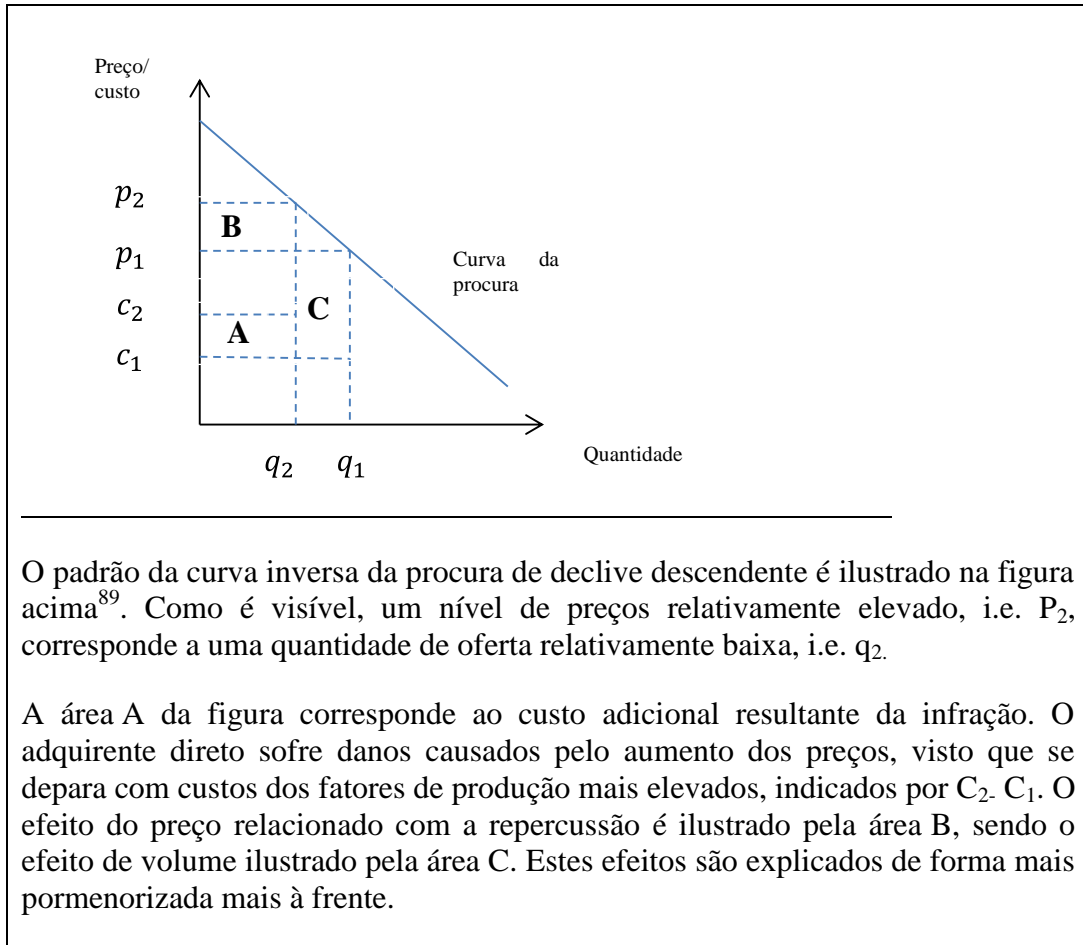
PROJETO

- (160) O período de tempo durante o qual os preços são considerados determinará se os custos são classificados como variáveis ou fixos. De um modo geral, a teoria económica sugere que, quanto mais longo for esse período de tempo, maior será a proporção dos custos totais que devem ser considerados variáveis. Por outras palavras, uma categoria de custos que seja considerada de custos fixos a curto prazo pode ser vista pela empresa como sendo de custos variáveis caso seja considerado um período mais prolongado. Ao apreciar o período de tempo num processo em concreto, o tribunal pode atentar em informações constantes dos documentos internos das partes, por exemplo, informações sobre os custos considerados pelas empresas nas suas decisões em matéria de preços.
- (161) As considerações dos custos fixos e variáveis são de especial importância para o tribunal no contexto do cálculo do efeito de volume, visto que o cálculo deste efeito requer a apreciação da margem das empresas envolvidas no processo em apreço.

5.3. Características da procura e ligações aos preços

- (162) Outro fator fundamental para calcular os efeitos da repercussão é a natureza da procura que os adquirentes diretos enfrentam nos mercados em que operam. Na economia, a relação entre a procura e o nível de preços é um fator importante que descreve o funcionamento de um mercado. Em qualquer mercado, a procura é entendida como a quantidade de bens ou serviços em questão que os adquirentes deste mercado comprariam a um determinado nível de preços.
- (163) Na maioria dos casos, a associação entre a procura e o nível de preços é negativa, isto é, quanto mais elevado for o nível de preços, menor será a quantidade agregada de bens que os adquirentes do mercado estão dispostos a comprar. A sensibilidade da procura aos preços determina a solidez da relação entre o preço e a procura. Se, por exemplo, um aumento do preço de 1 EUR estiver associado a uma redução significativa da quantidade adquirida, a procura será mais sensível aos preços do que se a redução da quantidade adquirida for inferior com o mesmo aumento do preço de 1 EUR.

Figura 5 A curva da procura



- (164) Uma forma frequentemente utilizada para resumir a sensibilidade aos preços próprios da procura consiste na denominada elasticidade procura-preços. A elasticidade procura-preços indica a variação percentual da quantidade da procura associada a um aumento dos preços de 1 %. Por exemplo, uma elasticidade procura-preços própria de uma empresa de -0,5 significa que um aumento dos preços de 1 % está associado a uma redução da procura de 0,5 %. Paralelamente, uma elasticidade de -0,2 implica apenas uma redução da procura de 0,2 % com um aumento dos preços de 1 %. Neste último caso, a procura é tida como menos elástica do que no primeiro caso, ou seja, é menos sensível aos preços, uma vez que a quantidade adquirida reage com menos intensidade ao aumento dos preços.
- (165) No contexto da repercussão de um cliente direto num cliente indireto, interessa a procura que o cliente direto enfrenta. Os clientes indiretos poderão reduzir a sua procura em resposta a um aumento dos preços do cliente direto. No âmbito de uma ação de indemnização perante um tribunal nacional por infração ao direito da concorrência da UE, este aumento de preços poderá resultar da repercussão, pelo

(89) A figura mostra os preços (eixo vertical) em função da quantidade da procura (eixo horizontal). Esta curva da procura designa-se amiúde por «curva da procura invertida», ao passo que a curva que ilustra a procura no eixo vertical em função dos preços no eixo horizontal é simplesmente designada por «curva da procura». Nos exemplos ilustrados posteriores, as curvas da procura apresentam-se invertidas. No entanto, para simplificar a linguagem, tais curvas são designadas por «curvas da procura».

PROJETO

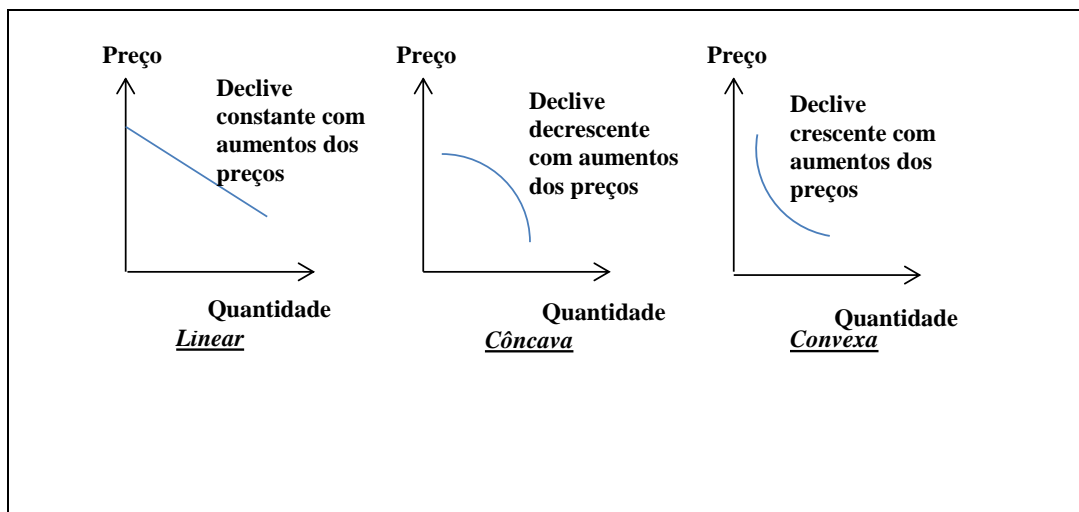
adquirente direto no adquirente indireto, de parte ou da totalidade do aumento dos custos dos fatores de produção.

- (166) A amplitude do efeito de volume é diretamente afetada pela sensibilidade da procura aos preços. Isto acontece porque a sensibilidade aos preços determina a diminuição da procura na sequência de um aumento dos preços. Com um determinado aumento dos preços, quanto maior for a sensibilidade da procura aos preços, maior será a redução da produção. Por conseguinte, o efeito de volume, ou seja, os lucros perdidos pelo cliente do infrator devido à redução da produção (procura), está estreitamente ligado à sensibilidade da procura aos preços.
- (167) A amplitude da repercussão e, portanto, dos efeitos da mesma, prende-se também com a relação entre a procura e o nível dos preços. Porém, neste caso, não é a sensibilidade da procura aos preços que é diretamente relevante, mas sim a variação da sensibilidade da procura aos preços que acompanha as variações do nível dos preços. Esta variação da sensibilidade aos preços relacionada com o nível de preços designa-se por curvatura da procura.
- (168) A curvatura da procura é a taxa a que a reação da procura às variações dos preços varia com as variações dos preços ou da produção. Quando é linear, como se mostra à esquerda na caixa 9 infra, a curva da procura não tem qualquer curvatura e o declive é constante. No caso da procura convexa, ilustrada à direita na caixa 9 infra, a procura torna-se menos sensível às variações dos preços à medida que estes aumentam. Isto pode acontecer se os bens ou serviços afetados pelo custo adicional forem bens essenciais. Um exemplo possível é a procura de água potável, pois um cliente pode ser cada vez menos sensível a um aumento do preço se a quantidade disponível for reduzida.
- (169) Ao invés, se a curva da procura for côncava, como se mostra no centro da caixa Caixa 9, a procura torna-se mais sensível às variações dos preços à medida que estes aumentam. Tal pode ser o caso se, por exemplo, um substituto do bem afetado pelo aumento de custos estiver disponível ao cliente. A título de exemplo, pode-se referir a procura de gasolina. Num determinado nível de preços, os clientes podem transferir o seu consumo dos automóveis movidos a gasolina para automóveis elétricos. Tal implicaria uma maior sensibilidade da procura de gasolina às variações dos preços, visto que mais clientes mudariam de motorização se o preço da gasolina aumentasse.
- (170) A curvatura da curva da procura pode ter um impacto significativo na repercussão dos custos adicionais. Num dado nível de concorrência, quanto mais convexa for a curva da procura, maior será a repercussão de um custo adicional que afete todo um setor. Se a procura for suficientemente convexa, a taxa de repercussão pode ser superior a 100 %.

Caixa 9: A curvatura da procura

Consoante as características do mercado, a curva da procura pode ser linear, convexa ou côncava, como se mostra a seguir. A forma descendente de uma curva da procura indica que as descidas dos preços levam os clientes a procurar mais um bem. O declive da curva da procura ilustra a forma como a quantidade da procura varia com o preço. Uma curva da procura acentuada denota que a procura é menos sensível aos aumentos dos preços.

PROJETO



5.4. A decisão em matéria de preços de uma empresa

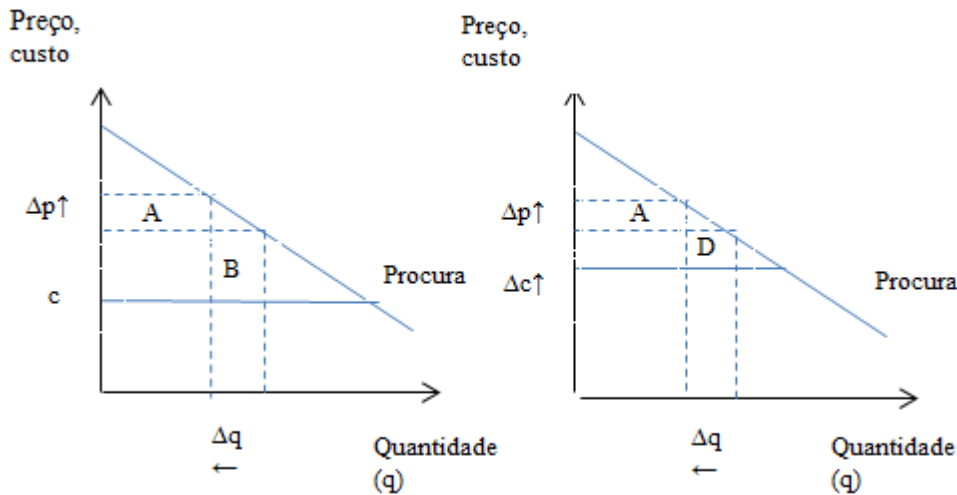
- (171) Tal como se explica nos n.ºs (46) e (47), o incentivo de uma empresa para repercutir o custo adicional nos seus clientes é determinado pelo tipo de procura e pelos custos envolvidos⁹⁰. De acordo com a teoria económica, a empresa só ajustará os preços se tal lhe permitir aumentar os lucros. No entanto, para receber um preço mais elevado, a empresa terá, normalmente, de aceitar uma redução das vendas. Nas ações de indemnização, a apreciação do equilíbrio entre um acréscimo dos lucros resultante de preços mais elevados e um decréscimo dos lucros derivado da redução das vendas é importante para compreender a amplitude dos efeitos da repercussão.
- (172) Este equilíbrio é apresentado de forma esquemática na caixa Caixa 10 infra. Se uma empresa (por exemplo, um cliente direto de um produtor de matérias-primas) aumentar os preços, o efeito dos preços mais elevados sobre os lucros pode ser ilustrado pela área A do lado esquerdo da caixa Caixa 10. A perda de lucros decorrente da diminuição das vendas é igual à área B. Se o efeito de um ligeiro aumento do preço fizer com que a área A seja igual à área B, não há margem para obter mais lucros através de novos ajustamentos do preço. Se os preços aumentarem para lá deste limite, a margem de lucro perdida com a consequente redução dos volumes de vendas superará as maiores margens obtidas com as vendas restantes.
- (173) Se o adquirente direto suportar custos mais elevados das matérias-primas, por exemplo, no caso de os fornecedores de matérias-primas aumentarem os preços em infração ao artigo 101.º do TFUE, tal poderá alterar os termos do equilíbrio descrito no n.º (172) anterior. O aumento dos custos do cliente direto reduzirá a margem obtida com as vendas ao preço em vigor. Em termos de lucro, esta situação faz com que seja menos oneroso aumentar o preço à custa da perda de algumas vendas. A perda de lucros devida à redução das vendas resultante do aumento dos custos corresponde à área D do lado direito da caixa Caixa 10 seguinte. Sendo a área D inferior à área B, o cliente direto tem um incentivo para aumentar o seu preço em

(90) Ver também «Orientações relativas à aplicação do artigo 81.º, n.º 3, do Tratado» (2004/C 101/08), n.º 98.

PROJETO

resposta ao aumento dos custos, ou seja, para repercutir a variação dos custos, pelo menos em certa medida.

Caixa 10 Equilíbrio entre o aumento dos preços e a perda de vendas



5.5. Intensidade da concorrência e ligações à repercussão

5.5.1. Continuidade da competitividade dos mercados

(174) Num determinado nível da cadeia de abastecimento, a concorrência entre as empresas pode ser mais ou menos intensa. Num dos extremos, quando uma empresa detém o monopólio no seu nível da cadeia de abastecimento, não existe concorrência. No outro extremo, a concorrência entre as empresas pode ser muito intensa (por exemplo, muitas empresas vendem bens bastante homogêneos num mercado com poucas barreiras à entrada), de tal forma que cada empresa age como um tomador de preço e não influencia os preços do mercado, que serão iguais ou muito próximos do custo marginal da produção. Esta última situação é apelidada de concorrência perfeita. De permeio entre estes dois extremos existe uma vasta série de cenários intermédios, em que a concorrência pode ser mais ou menos intensa, consoante, por exemplo, o número de empresas do setor ou os produtos vendidos por diferentes empresas sejam substitutos próximos ou não.

(175) Esta competitividade do mercado tem um impacto direto na repercussão. Na situação-modelo da concorrência perfeita, os choques de custos ao nível do setor são repercutidos a 100 % nos clientes diretos. Por conseguinte, neste caso, apenas é necessário quantificar os efeitos de volume para além do custo adicional. Esta estrutura de mercado esquematizada da concorrência perfeita pode servir de referência para o tribunal apreciar os efeitos da repercussão (embora se observe com menos frequência nos mercados reais).

(176) Contrariamente, numa situação de monopólio ou em vários cenários intermédios, o custo adicional pode não ser repercutido a 100 %, mas antes abaixo ou acima deste limiar. Deste modo, no âmbito de ações de indemnização perante os tribunais nacionais por infrações ao direito da concorrência da UE, o cálculo da repercussão

PROJETO

e dos efeitos de volume é, em geral, relevante, a par do cálculo do custo adicional, quando a estrutura do mercado se afasta da situação de referência da concorrência perfeita.

- (177) Um exemplo de estruturas de mercado caracterizadas por uma concorrência imperfeita será um mercado com bens diferenciados. A diferenciação pode manifestar-se em termos de características do bem em causa ou de geografia. Por exemplo, os adquirentes diretos podem oferecer bens que diferem entre si em termos de qualidade real, respetivamente a qualidade percebida pelos clientes desse bem. Em alternativa, devido à diferente localização dos adquirentes diretos, os custos de transporte dos bens oferecidos pode variar para os diferentes clientes (cuja localização pode igualmente variar). A diferenciação pode tornar os bens substitutos menos que perfeitos uns dos outros. Os clientes poderão não considerar todos os bens perfeitamente intermutáveis.
- (178) Esta substituíbilidade menos do que perfeita poderá levar a uma redução da pressão concorrencial sobre os fornecedores que não enfrentem concorrentes com uma oferta de bens estreitamente intermutáveis. Por outras palavras, de acordo com a teoria económica, a intensidade da concorrência diminuirá com o aumento da diferenciação dos bens. Tal como se explica no n.º (175) e seguintes supra, uma concorrência mais débil diminuirá a taxa de repercussão de um custo adicional setorial, ou seja, com o aumento da diferenciação dos bens dos adquirentes diretos, a taxa de repercussão do custo adicional setorial a que foram sujeitos aproximar-se-á da taxa verificada numa situação em que cada adquirente direto tem uma posição monopolista. Inversamente, se a diferenciação dos bens for limitada, a taxa de repercussão do custo adicional setorial será maior.

5.5.2. *Custo adicional e repercussão setoriais ou específicos de uma empresa*

- (179) Normalmente, a repercussão dos custos adicionais por parte de um adquirente nos seus próprios clientes difere consoante os concorrentes desse adquirente sejam ou não igualmente afetados pelos custos adicionais. Se o custo adicional afetar um único adquirente, a repercussão será necessariamente específica de uma empresa. Ao invés, se todos os adquirentes num determinado nível da cadeia de abastecimento forem afetados pelo custo adicional, pode-se considerar as taxas de repercussão de cada empresa, mas também a repercussão ao nível do setor.
- (180) Se apenas um adquirente for afetado, ou seja, se o custo adicional for específico de uma empresa, os efeitos da repercussão poderão ser bastante limitados, em especial se esse adquirente não for suscetível de afetar os preços de venda no respetivo mercado, devido à intensa pressão exercida pelos seus concorrentes.
- (181) Inversamente, se todas as empresas de um mercado forem afetadas pelo custo adicional, ou seja, se o custo adicional for setorial, essas empresas enfrentarão custos mais elevados dos fatores de produção, o que implica que poderão repercutir pelo menos parte do custo adicional nos seus próprios clientes. Contudo, um custo adicional setorial pode ainda afetar diversos concorrentes de modo diferente.

5.6. **Outros fatores com impacto na repercussão**

- (182) Em certos mercados, as empresas vendem diversos bens, por exemplo, nos mercados de venda a retalho de géneros alimentícios. Nesses mercados, os bens

PROJETO

podem estar inter-relacionados através da procura, por exemplo, se um retalhista vender marcas concorrentes de muitas categorias de bens. Se os produtos forem substitutos, um choque de custos sobre um bem pode também afetar os preços de outros bens vendidos pelo retalhista. Uma variação do preço de outros bens pode também fazer variar o preço do bem diretamente afetado pelo choque de custos. Assim, estes efeitos de retroação de outros bens podem aumentar a repercussão do custo inicial nos mercados em que as empresas vendem vários bens.

- (183) A amplitude do efeito de repercussão observada pode igualmente depender do horizonte temporal tido em conta no cálculo desse efeito. Em particular, a repercussão do custo adicional a jusante na cadeia de abastecimento pode ser diferida por várias razões. Em primeiro lugar, o custo adicional inicial pode afetar apenas os custos fixos das empresas confrontadas com o custo adicional. Apesar de o ponto de partida relevante para a apreciação dos efeitos da repercussão ser o impacto do custo adicional sobre os custos marginais ou variáveis do adquirente, um aumento dos custos fixos pode afetar as decisões estratégicas de uma empresa e, por conseguinte, os efeitos da repercussão, como se explica no n.º (159) supra.
- (184) Além disso, tal como se refere no n.º (50), as empresas podem incorrer nos denominados custos de etiquetagem ao alterarem os preços, ou seja, nos custos associados ao processo de ajustamento dos preços. Se for esse o caso, uma empresa preferirá limitar o número das variações de preços e poderá repercutir o custo adicional apenas passado algum tempo, esperando, por exemplo, que os aumentos dos custos marginais se acumulem para lá de um determinado limiar. Em certos casos, o custo adicional pode representar um aumento do custo marginal tão pequeno que o adquirente afetado poderá entender não ser rentável repercuti-lo. O possível impacto sobre o cálculo dos efeitos de repercussão derivados da existência de custos de etiquetagem é abordado no n.º 4.3.2.1. e seguintes.
- (185) Em certas circunstâncias, um adquirente indireto pode ser capaz de utilizar o seu poder de negociação para limitar a capacidade de um adquirente direto para repercutir o custo adicional. O poder de negociação do adquirente indireto pode ser considerado um poder de compensação do comprador⁹¹. O poder do comprador não se cinge à capacidade de mudar para outros fornecedores, abrangendo também, por exemplo, a capacidade de se integrar a montante, bem como o poder de negociação dos compradores.
- (186) Em termos gerais, se houver um custo adicional setorial, o poder dos compradores não impedirá a repercussão, mas afetará o grau da mesma. Por um lado, pode haver um cenário em que um forte poder dos compradores obrigue os adquirentes diretos a acomodarem o custo adicional, limitando assim a sua repercussão. Por outro lado, pode também haver um cenário em que o forte poder de negociação do adquirente indireto obrigue os adquirentes diretos a ficar com uma margem comercial nula e a vender a um preço que cubra apenas os seus custos marginais, levando assim a uma taxa de repercussão de 100 % de um eventual custo adicional.

(91) A apreciação do poder de compensação dos compradores é um fator importante no domínio do controlo das concentrações na UE. No n.º 64 das Orientações para a apreciação das concentrações horizontais da Comissão, o poder de compensação dos compradores é definido como o poder de negociação do comprador face ao vendedor, no âmbito de negociações comerciais, devido à sua dimensão, à sua importância comercial para o vendedor e à sua capacidade de mudar para fornecedores alternativos.

PROJETO

- (187) Como o nível do poder dos compradores e as suas implicações nos efeitos da repercussão dependerão da natureza das negociações individuais e do contexto específico em que estas ocorrem, o tribunal pode apreciar esta questão numa base casuística.
- (188) Ademais, se o adquirente direto que enfrenta o custo adicional estiver verticalmente integrado num mercado retalhista a jusante, ou seja, se também exercer atividade no mercado em que operam os adquirentes indiretos, tal poderá afetar o incentivo do adquirente direto para repercutir o custo adicional inicial. Num tal cenário, o adquirente direto que enfrenta o custo adicional (ou seja, um aumento dos custos marginais) repercutirá, normalmente, a totalidade do custo adicional na empresa integrada. No entanto, a taxa de repercussão em adquirentes indiretos não integrados diferirá, em geral, deste pressuposto, dependendo, por exemplo, do nível de custos ou das margens de lucro dos vários adquirentes indiretos.
- (189) Em certos setores, o preço oferecido pelo adquirente direto ou indireto pode ser objeto de regulamentação, por exemplo, a exercida pelas agências governamentais. A regulamentação do preço pode afetar a amplitude da repercussão. Por exemplo, se o preço regulamentado for definido independentemente dos custos específicos do bem sujeito a um custo adicional aquando da fixação do preço, o efeito do preço relacionado com a repercussão pode ser limitado ou nulo. Porém, como já foi referido no n.º (44), os danos resultantes de uma infração ao direito da concorrência da UE podem igualmente afetar fatores não relacionados com o preço. Por outro lado, se a entidade reguladora tiver plenamente em conta o custo do bem sujeito a um custo adicional na fixação do preço regulado, o grau de repercussão pode ser substancial também nos mercados regulados.

6. ANEXO 2 – GLOSSÁRIO

- (190) O presente anexo apresenta uma síntese dos termos económicos utilizados nas orientações.
- Curvatura da procura: variação da elasticidade da procura que acompanha as variações do nível dos preços.
 - Procura: quantidade de um bem ou serviço que os adquirentes de um mercado comprariam com um determinado nível de preços.
 - Curva da procura: ilustração da relação entre a quantidade procurada e o preço de um bem.
 - Técnica econométrica: também designada por análise de regressão, esta técnica de natureza estatística ajuda a analisar padrões nas relações entre as variáveis económicas, por exemplo, a forma como a evolução dos custos afeta a evolução dos preços num determinado mercado.
 - Elasticidade da procura: variação percentual da quantidade procurada em resposta a um aumento do preço de 1 %.
 - Custo adicional específico de uma empresa: apenas um único adquirente é afetado pelo custo adicional.

PROJETO

- Custos fixos: custos que não variam em função do volume de produção.
- Custo adicional setorial: custo adicional que afeta todos os adquirentes de um determinado nível da cadeia de abastecimento.
- Custo marginal: o aumento dos custos totais decorrente de mais uma unidade de produção.
- Declive da procura: rácio de uma variação quantitativa da variação dos preços entre dois pontos da curva da procura escolhidos arbitrariamente e próximos um do outro.
- Custos variáveis: custos que variam em função do volume de produção.