

Private Enforcement: Contra a Assimetria de Informação?

Inês de Azevedo Silva

INTRODUÇÃO

O presente texto analisa o acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia (de agora em diante TJ) C-163/21 que, apelando à ponderação pelos tribunais nacionais dos princípios da proporcionalidade e necessidade da prova, respondeu afirmativamente à questão prejudicial de saber se o artigo 5.º/1 da Diretiva 2014/104/UE (doravante Diretiva) permite aos demandantes numa ação de indemnização no âmbito do direito nacional por infração ao direito da concorrência da União ou nacional obter dos tribunais nacionais uma ordem de divulgação de elementos de prova que implique para o demandado a criação *ex novo* de um documento a partir de outros documentos ou informações em sua posse.

Os objetivos principais desta Diretiva são *coordenar a aplicação efetiva das regras antitrust, tanto a nível privado como público, e nivelar as discrepâncias entre as regras nacionais que conduzem a um campo de ação desigual para a parte lesada. Para tal, prevê uma norma mínima de acesso a vias de recurso em toda a União para as infrações às regras antitrust desta. A aplicação da diretiva deve conduzir a uma indemnização integral, mas não a uma sobrecompensação da vítima - de modo a não prever indemnizações punitivas, múltiplas, ou outros tipos de danos.*¹

O TJ respondeu afirmativamente ponderando que os elementos literal e sistemático permitem essa interpretação e o elemento teleológico impõe-na com base nos seguintes argumentos principais que serão melhor explicados em seguida: (i) os contributos dos considerandos 14, 15, 28 e 29, do artigo 2.º, 13) e do artigo 5.º, n.º 2 e 3, nomeadamente quando este prevê que o demandado tenha custos de divulgação de elementos de prova e (ii) o fim visado de correção da assimetria informativa entre demandados e demandantes.

QUESTÃO PREJUDICIAL COLOCADA AO TJ

Será permitido aos demandantes de uma ação de indemnização no âmbito do direito nacional por infração ao direito da concorrência da União ou nacional obter dos tribunais nacionais uma ordem de

¹ GOTTTS, Ilene Knable. *The Private Competition Enforcement Review*. 8.º Edição, Law Business Research. Página 2-3 (nossa tradução livre da língua inglesa).

divulgação de elementos de prova que implique para a demandada a criação *ex novo* de um documento a partir de outros documentos ou informações em sua posse?

RESPOSTA DO TRIBUNAL: ANÁLISE

A dúvida surge face ao texto da primeira parte do artigo 5.º, n.º 1 da Diretiva: *Os Estados-Membros asseguram que, nos processos relativos a ações de indemnização na União e a pedido do demandante que apresentou uma justificação fundamentada com factos e elementos de prova razoavelmente disponíveis, suficientes para corroborar a plausibilidade do seu pedido de indemnização, os tribunais nacionais possam ordenar ao demandado ou a um terceiro a divulgação dos elementos de prova relevantes que estejam sob o seu controlo, sob reserva das condições estabelecidas no presente capítulo* (sublinhado nosso).

A expressão *sob o seu controlo* pode interpretar-se no sentido de que, para que os elementos de prova estejam *sob o controlo* do demandado, é necessário que a prova em questão pré-exista em relação ao pedido que serve de ponto de partida para a ação.

Uma vez que, por norma, os elementos que servem para fazer prova estão na posse da parte contrária à que formula o pedido, uma das leituras possíveis será a de que apenas se pode exigir do demandado aquilo que à partida está desde início na sua posse, ao invés de o obrigar a criar novos documentos a partir dos elementos de prova que detém ou para o tratamento deles. Esta era, aliás, a defesa deduzida pela demandada no processo nacional que deu origem à questão prejudicial.

O TJ pondera na interpretação sistemática o artigo 2.º, n.º 13, que define o que são elementos de prova e onde *não é feita uma distinção em função do carácter preexistente ou não dos elementos de prova cuja divulgação é pedida*. O TJ encontra corroboração para esta amplitude do conceito também nos considerando 28 (elementos de prova independentes de processo de uma autoridade de concorrência – AdC) e 39 (outros elementos de prova além dos que o infrator tem em seu poder).

Pondera ainda o Considerando 14 onde se lê: (...) *Os elementos de prova necessários para fundamentar um pedido de indemnização estão frequentemente na posse exclusiva da parte contrária ou de terceiros e o demandante não tem suficiente conhecimento de tais elementos ou acesso aos mesmos*. (...).

Inclusive, o Considerando 15 explica isto de forma clara. Refere este que, *os elementos de prova são importantes para intentar uma ação de indemnização por infração ao direito da concorrência da União ou nacional. No entanto, uma vez que a litigância no domínio do direito da concorrência da União se caracteriza por uma assimetria da informação, convém assegurar que os demandantes tenham o direito de obter a divulgação dos elementos de prova relevantes para o seu pedido, sem necessidade de especificarem elementos de prova individuais. A fim de assegurar a igualdade de condições, esses meios também deverão estar disponíveis aos demandados em ações de indemnização, de modo a que estes possam*

requerer a divulgação dos elementos de prova por esses demandantes Os tribunais nacionais deverão poder ordenar a divulgação de elementos de prova por terceiros, incluindo autoridades públicas (...).

Torna-se assim claro, pela conjugação do artigo 5.º, n.º 1, primeira parte com os Considerandos 14 e 15 da Diretiva, que ao referir *sob controlo* o que se trata não é a pré-existência ou não dos elementos de prova que se permite aos tribunais nacionais exigir ao demandado a pedido do demandante, mas o seu domínio.

A expressão *sob controlo* utilizada no artigo visa apenas referir a realidade de que os meios de prova numa ação de indemnização por violação das normas do direito da concorrência estão na posse, no *controlo*, daquele que ocupa a posição de demandado na ação, sendo necessário haver mecanismos que deem ao demandante a possibilidade de conseguir fazer prova dos factos alegados, sendo por isto necessária a intervenção dos tribunais nacionais.

Não faz sentido que, por um lado, se reconheça a posição de desvantagem em que o demandante se encontra numa ação desta natureza e, por outro, se criem regras que lhe coloquem mais um entrave na tentativa de provar aquilo que por si é alegado e que a União o chama a fazer.

O TJ considera depois a análise do artigo 5.º, n.º 1 face ao que consta dos n.ºs 2, especificação do pedido de divulgação, e 3, princípio da proporcionalidade. Dizem-nos estes o seguinte:

2. Os Estados-Membros asseguram que os tribunais nacionais possam ordenar a divulgação de determinados elementos de prova ou de categorias relevantes de elementos de prova, caracterizados de forma tão precisa e estrita quanto possível com base em factos razoavelmente disponíveis indicados na justificação fundamentada.

3. Os Estados-Membros asseguram que os tribunais nacionais limitem a divulgação dos elementos de prova ao que for proporcional. Ao determinar se a divulgação requerida por uma parte é proporcional, os tribunais nacionais ponderam os interesses legítimos de todas as partes e dos terceiros interessados.

Conclui o TJ a este respeito que a especificidade do pedido em nada implica que o documento preexista, uma vez que a indicação específica do momento em que os documentos foram elaborados é só uma entre várias categorias de identificação que podem ser utilizadas, não uma categoria necessária e única.

Por outro lado, o n.º 3 impõe que o tribunal nacional considere os custos da divulgação em obediência ao princípio da proporcionalidade o que pressupõe, implícita, mas necessariamente, que o custo da divulgação de elementos de prova possa eventualmente exceder significativamente o custo da simples transmissão de suportes preexistentes, em especial de documentos, que estejam na posse do demandado ou de um terceiro.

No elemento teleológico, o tribunal sublinha que a *ratio legis* da Diretiva é precisamente arranjar mecanismos que contrariem esta assimetria de informação típica das ações que têm por base a violação de normas da concorrência. A regra geral é então que os tribunais nacionais podem ordenar, a pedido do demandante, ao demandado e a terceiro, o acesso a elementos de prova relevantes que estejam sob o seu domínio, com algumas reservas.

O demandante apresenta uma justificação fundamentada com factos e elementos de prova razoavelmente disponíveis, suficientes para corroborar a plausibilidade do seu pedido de indemnização.²

O TJ diz ainda que a assimetria de informação resulta não só de os elementos de prova serem detidos usualmente pelos demandados como também de o seu fornecimento ao demandante sem qualquer tratamento e em grande quantidade poder constituir uma dificuldade no acesso à informação disseminada pelos diversos elementos de prova fornecidos.

Diz o TJ, importa observar que, de um ponto de vista prático, o facto de apenas serem fornecidos ao demandante documentos preexistentes em bruto, possivelmente muito numerosos, só imperfeitamente responde ao seu pedido, quando, pelo contrário, esta disposição necessita de ser aplicada com eficácia, de modo a proporcionar às partes lesadas instrumentos suscetíveis de compensar a assimetria de informação entre as partes no litígio.

Por este motivo, o TJ entende que não pode excluir que possa ser pedido ao demandado a criação de um documento novo em que a informação que detém esteja já tratada segundo os parâmetros necessários ao demandante.

Verifica-se, por isso, que subjaz aqui uma tentativa de conciliação e de proteção de vários interesses, designadamente, o interesse primordial de proteção de informação confidencial, o interesse do demandante de obtenção de meios de prova que, por outra via, ser-lhe-iam impossíveis de obter, e o interesse do demandado que, no fundo, se prende com a onerosidade associada à criação de um documento *ex novo* para servir aquilo que entende ser do exclusivo interesse do demandante.

CONCLUSÃO

Esta Diretiva surge como necessária para incentivar a contribuição privada naquele que é o objetivo da União Europeia: procurar assegurar a plena observância dos artigos 101.º e 102.º do TFUE.

² NORONHA, João Espírito Santo. *Litigância jurídico-privada e direito da concorrência - a diretiva n.º 2014/104/UE, de 26 de novembro de 2014: divulgação de elementos de prova, efeitos das decisões nacionais, prazos de prescrição e responsabilidade solidária*, in *C&R - Revista de Concorrência e Regulação*, Lisboa, Jul-Set 2014. Página 71

Ao constatar que a aplicação pública “public enforcement”, por si só, não é suficiente para este efeito, surgiu a necessidade de criar mecanismos que incentivassem os particulares a contribuir para esta de efetivação da aplicação privada do direito da concorrência “private enforcement”, sendo esta Diretiva um espelho disso mesmo.

Este objetivo, diz o TJ, implica a correção da assimetria de informação entre os lesados e os infratores e a interpretação do artigo 5.º, n.º 1 deve ter isto em consideração, pelo que o TJ considera que não pode excluir-se que possa ser exigido ao demandado a criação de um documento novo que corresponda ao tratamento da informação que detém.

Ponderando os interesses em causa, nomeadamente o interesse do demandado em que lhe não seja pedida uma tarefa excessiva, o TJ sublinha que essa ponderação é feita através do controlo rigoroso dos tribunais nacionais dos princípios da proporcionalidade e necessidade da prova, ao invés de impor a exclusão *a priori* do pedido.