Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
MACIEJ SZPUNAR
apresentadas em 7 de abril de 2022 [1]

Processo C-163/21

AD e o.
contra
PACCAR Inc,
DAF TRUCKS NV,
DAF Trucks Deutschland GmbH

[pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Juzgado de lo Mercantil n.º 7 de Barcelona (Tribunal de Comércio n.º 7 de Barcelona, Espanha)]

«Reenvio prejudicial — Ações de indemnização no âmbito do direito nacional por infração às disposições do direito da concorrência dos Estados-Membros e da União Europeia — Acordos colusórios sobre os preços e aumento de preços brutos dos camiões no Espaço Económico Europeu — Criação *ex novo* de elementos de prova relevantes que permitam quantificar o aumento artificial dos preços e os danos sofridos»

I. Introdução

1. A Diretiva 2014/104/UE [2] visa harmonizar, nomeadamente, as regras em matéria de divulgação de elementos de prova, no contexto da aplicação privada («private enforcement»), das regras da concorrência da União Europeia. Neste contexto, a capacidade das partes nos processos relativos a uma ação de indemnização para exercerem os seus direitos de forma eficaz depende frequentemente da possibilidade de aceder aos elementos de prova relevantes. No entanto, é possível que esses elementos de prova nem sempre estejam na posse da parte sobre quem recai o ónus da prova ou que esta nem sempre possa aceder facilmente aos referidos elementos de prova [3].

2. Pode igualmente suceder que a parte contrária também não esteja na posse dos elementos de prova relevantes pelo facto de os mesmos não serem preexistentes. Para poder satisfazer um pedido de divulgação desses elementos de prova, essa parte teria de os criar *ex novo*, agregando ou classificando informação, conhecimento ou dados que estejam na sua posse.

1 Língua original: francês.

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

3 V. n.º 9 da comunicação da Comissão sobre a proteção das informações confidenciais pelos tribunais nacionais no âmbito dos processos relativos à aplicação privada do direito da concorrência da UE (JO 2020, C 242, p. 1).

3. É neste contexto que se insere o presente reenvio prejudicial, que dá oportunidade ao Tribunal de Justiça de clarificar a questão de saber se, à luz da Diretiva 2014/104, uma parte no processo pode pedir que a parte contrária seja obrigada a divulgar elementos de prova que esta tenha de criar *ex novo*.

II. Quadro jurídico

A. Direito da União

4. O artigo 5.º, n.º 1, da Diretiva 2014/104 prevê o seguinte:

«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. Os Estados-Membros asseguram que os tribunais nacionais possam, a pedido do demandado, ordenar ao demandante ou a terceiros a divulgação de elementos de prova relevantes.

[…]»

B. Direito espanhol

5. A Diretiva 2014/104 foi transposta para o direito espanhol pelo Real Decreto-ley 9/2017, por el que se transponen directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero, mercantil y sanitario, y sobre el desplazamiento de trabajadores (Real Decreto-Lei 9/2017, que transpõe as diretivas da União Europeia nos domínios financeiro, comercial e da saúde e sobre a deslocação de trabalhadores), de 26 de maio de 2017 (BOE n.º 126, de 27 de maio de 2017).

III. Matéria de facto e processo principal

6. Em 19 de julho de 2016, a Comissão Europeia adotou a Decisão C (2016) 4673 final, relativa a um processo nos termos do artigo 101.º [TFUE] e do artigo 53.º do Acordo sobre o Espaço Económico Europeu (EEE) (Processo AT.39824 — Camiões) (JO 2017, C 108, p. 6; a seguir «Decisão de 19 de julho de 2016»). As demandadas no processo principal, as sociedades PACCAR Inc, DAF TRUCKS NV e DAF Trucks Deutschland GmbH figuravam entre os destinatários desta decisão.

7. Nesta decisão, a Comissão declarou a existência de um acordo no qual participaram quinze construtores internacionais de camiões, relativamente a duas categorias de produtos, a saber, os camiões que pesam entre 6 e 16 toneladas e os que pesam mais de 16 toneladas, quer se trate de camiões rígidos ou de camiões tratores.

8. Embora o órgão jurisdicional de reenvio não o especifique, resulta da Decisão de 19 de julho de 2016 que, quanto às demandadas no processo principal, a infração ao artigo 101.º TFUE foi declarada em relação ao período compreendido entre 17 de janeiro de 1997 e 18 de janeiro de 2011.

9. Em 25 de março de 2019, as demandantes no processo principal, AD e o., que adquiriram camiões suscetíveis de serem abrangidos no âmbito de aplicação da infração objeto da Decisão de 19 de julho de 2016, pediram, ao abrigo do artigo 283.º*bis* da Ley de Enjuiciamiento Civil (Código de Processo Civil espanhol), o acesso a elementos de prova detidos pelas demandadas no processo principal. A este respeito, alegaram a necessidade de obter determinados tipos de provas a fim de quantificar o aumento artificial dos preços, nomeadamente para efetuar a comparação dos preços recomendados antes, durante e depois do período do acordo. O seu pedido diz respeito mais especificamente ao acesso, primeiro, à lista dos modelos fabricados durante o período compreendido entre 1 de janeiro de 1990 e 30 de junho de 2018, classificados por ano e em função de determinadas características, segundo, ao preço à saída da fábrica (preços brutos) de cada modelo constante dessa lista e, terceiro, ao «total delivery cost» em relação a esses modelos.

10. As demandadas no processo principal contestaram este pedido alegando, nomeadamente, que alguns dos documentos pedidos exigiriam uma elaboração *ad hoc*.

11. Ouvidas sobre a possibilidade de submeter ao Tribunal de Justiça uma questão prejudicial, as demandadas no processo principal indicaram que os pedidos de divulgação visados no artigo 5.º, n.º 1, da Diretiva 2014/104 não podiam ser extensíveis a elementos de prova não preexistentes. Consequentemente, a elaboração dos elementos de prova não poderia ser pedida ao abrigo dessa disposição, atendendo a que, em conformidade com os princípios de necessidade, da proporcionalidade e do menor custo, tal seria suscetível de onerar excessivamente a demandada, indo para além do que pode pressupor a simples divulgação de documentos. As demandantes no processo principal, por sua vez, defendem uma interpretação contrária dessa disposição.

IV. Pedido de decisão prejudicial e tramitação do processo no Tribunal de Justiça

12. Nestas circunstâncias, o Juzgado de lo Mercantil n.º 7 de Barcelona (Tribunal de Comércio n.º 7 de Barcelona, Espanha), por Decisão de 21 de fevereiro de 2020, apresentada no Tribunal de Justiça em 11 de março de 2021, decidiu suspender a instância e submeter a seguinte questão à apreciação do Tribunal de Justiça:

«Deve o artigo 5.º, n.º 1, da [Diretiva 2014/104] ser interpretado no sentido de que a divulgação de elementos de prova pertinentes diz apenas respeito a documentos, na posse do demandado ou de um terceiro, que já existam ou, pelo contrário, esta disposição inclui igualmente a possibilidade de divulgação de documentos que a parte a quem o pedido de informações é dirigido deve criar *ex novo*, agregando ou classificando informação, conhecimento ou dados que estejam na sua posse?»

13. Foram apresentadas observações escritas pelas partes no processo principal, pelos Governos espanhol e neerlandês, bem como pela Comissão. Não foi realizada a audiência.

V. Análise

14. Com a sua questão prejudicial única, o órgão jurisdicional de reenvio pretende saber se o artigo 5.º, n.º 1, da Diretiva 2014/104 deve ser interpretado no sentido de que a divulgação de elementos de prova relevantes diz apenas respeito a documentos na posse do demandado ou de um terceiro, que já existam ou se, pelo contrário, esta disposição inclui igualmente a possibilidade de divulgação de documentos que a parte a quem o pedido de informações é dirigido deve criar *ex novo*, agregando ou classificando informação, conhecimento ou dados que estejam na sua posse.

15. Antes de proceder à análise dessa questão, importa verificar, antes de mais, a admissibilidade do presente pedido de decisão prejudicial e, em seguida, a aplicabilidade da Diretiva 2014/104 ao processo principal.

A. Quanto à admissibilidade

16. As demandantes no processo principal consideram que o pedido de decisão prejudicial deve ser julgado inadmissível. Com efeito, na sua opinião, esse pedido diz respeito a uma situação hipotética em que o autor da infração deve proceder à elaboração de documentos *ex novo*. Ora, no presente caso, essa elaboração não seria necessária para satisfazer o pedido de divulgação de elementos de prova em causa no processo principal.

17. Sem pôr em causa a admissibilidade do presente pedido de decisão prejudicial, as demandadas no processo principal referem que o artigo 6.º, n.º 1, da Diretiva 2004/48/CE [4] permite que seja ordenada a divulgação de elementos de prova que se encontrem sob o controlo da parte contrária. Recordam que, segundo a Comissão, essa disposição pode justificar a obrigação de uma parte conduzir uma pesquisa diligente de elementos de prova dentro da sua organização, incluindo entidades jurídicas distintas sob seu controlo [5]. Segundo as demandadas no processo principal, o mesmo se verifica no que respeita à Diretiva 2014/104. Contudo, alegam que, para satisfazer o seu pedido apresentado no órgão jurisdicional de reenvio, teriam de criar não um elemento de prova documental que não existe, mas informações *ex novo*.

18. Devo observar, no que respeita a estes dois argumentos, que é verdade que o órgão jurisdicional de reenvio se limita a declarar que o pedido de divulgação de elementos de prova no presente caso é relativo a documentos que, tal como foram pedidos, *podem* não ser preexistentes e necessitar de um trabalho de elaboração.

19. Contudo, há que recordar que as questões relativas ao direito da União gozam de uma presunção de pertinência e que o Tribunal de Justiça é, em princípio, obrigado a pronunciar-se.

20. Por outro lado, no âmbito de um processo nos termos do artigo 267.º TFUE, uma vez que o órgão jurisdicional de reenvio é o único competente para verificar e apreciar os factos do litígio que lhe foi submetido, o Tribunal de Justiça deve, em princípio, limitar o seu exame aos

[4] Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho de 29 de abril de 2004, relativa ao respeito dos direitos de propriedade intelectual (JO 2004, L 157, p. 45).

[5] Proposta de diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a certas regras que regem as ações de indemnização no âmbito do direito interno por infração às disposições do direito da concorrência dos Estados-Membros e da União Europeia [COM(2013) 404 final].

elementos de apreciação que o órgão jurisdicional de reenvio decidiu submeter-lhe e ater-se assim à situação que esse órgão jurisdicional considera provada, não podendo estar vinculado por hipóteses formuladas por uma das partes no processo principal [6].

21. Daí resulta que a presente questão prejudicial é admissível.

B. Quanto à aplicabilidade da Diretiva 2014/104

22. A questão da aplicabilidade da Diretiva 2014/104 ao processo principal não parece suscitar dúvidas ao órgão jurisdicional de reenvio e não foi objeto de um debate entre os interessados no processo perante o Tribunal de Justiça. No entanto, analisarei esta questão na medida em que, atendendo a determinadas ambiguidades relativas às circunstâncias do processo principal, existe uma dúvida quanto à aplicabilidade desta diretiva *ratione materiae* e *ratione temporis* a esse processo.

1. Quanto à aplicabilidade da Diretiva 2014/04 ratione materiae

a) Exposição do problema

23. O órgão jurisdicional de reenvio refere que o pedido de divulgação de elementos de prova foi apresentado ao abrigo do artigo 283.º*bis* do Código de Processo Civil espanhol, na sequência da Decisão de 19 de julho de 2016.

24. A este respeito, devo observar que, segundo alguns autores, um pedido de divulgação de elementos de prova formulado ao abrigo do artigo 283.º*bis* do Código de Processo Civil espanhol também pode ser apresentado antes de se intentar uma ação relativa ao mérito da causa [7]. Neste caso, a parte que formulou esse pedido deve intentar uma ação relativa ao mérito da causa num prazo de 20 dias [8].

25. Não resulta claramente do presente reenvio prejudicial que o pedido de divulgação de elementos de prova em causa no processo principal tenha sido formulado no âmbito de um processo no qual o órgão jurisdicional de reenvio já tinha sido chamado a pronunciar-se sobre uma ação de indemnização. Dele apenas resulta que, para fundamentarem esse pedido, as demandantes no processo principal alegaram que se encontravam reunidas todas as condições necessárias para apreciar razoavelmente a plausibilidade das ações de indemnização a intentar («acciones de daños que se pretenden ejercitar»).

26. Sem referir expressamente a questão de saber se o pedido de divulgação de elementos de prova em causa no processo principal foi formulado no âmbito de um processo no qual o órgão jurisdicional de reenvio já tinha sido chamado a pronunciar-se sobre uma ação de indemnização, as demandantes no processo principal indicam que o processo que deu origem ao presente pedido de decisão prejudicial é um processo de acesso aos elementos de prova.

6 V., designadamente, Acórdão de 2 de abril de 2020, Coty Germany (C-567/18, EU:C:2020:267, n.º 22).

7 V. Marcos, F., «Transposition of the Antitrust Damages Directive into Spanish Law», *Working Paper IE Law School*, 2018, AJ8-241-I, p. 28. Parece tratar-se, de acordo com esta disposição de direito espanhol e este autor, de um prazo de 20 dias a contar da data em que foi deferido o pedido da divulgação de elementos de prova.

8 Em conformidade com o artigo 283.º*bis*, alínea e), do Código de Processo Civil espanhol, não sendo intentada uma ação relativa ao mérito da causa, o tribunal nacional condena oficiosamente nas despesas a parte que pediu a divulgação de elementos de prova e declara a responsabilidade desta pelos danos causados à pessoa contra a qual foram tomadas as medidas.

27. Em contrapartida, o Governo espanhol refere que as demandantes no processo principal intentaram uma ação de indemnização com base na Decisão de 19 de julho de 2016. Na mesma ordem de ideias, a Comissão refere que, na sua opinião, o órgão jurisdicional de reenvio pretende ser esclarecido quanto à interpretação a dar ao artigo 5.º, n.º 1, da Diretiva 2014/104 no âmbito de uma ação de indemnização por infração às regras da concorrência. Quanto às demandadas no processo principal, referem, de forma menos inequívoca, que o pedido de decisão prejudicial foi apresentado no âmbito da aplicação privada do direito da concorrência com origem na Decisão de 19 de julho de 2016. Além disso, fazem referência, nas suas observações escritas, à ação de indemnização das demandantes no processo principal («a sua ação»).

28. Mesmo tendo em consideração as observações escritas das interessadas, o conteúdo do presente reenvio prejudicial não permite, assim, demonstrar inequivocamente que o pedido de divulgação de elementos de prova em causa no processo principal não foi apresentado antes de ter sido intentada uma ação de indemnização, mas com essa ação ou posteriormente à mesma.

29. Ora, o artigo 1.º da Diretiva 2014/104, sob a epígrafe «Objeto e âmbito de aplicação», dispõe, no seu n.º 2, que esta diretiva estabelece, nomeadamente, a aplicação das regras da concorrência «em ações de indemnização perante os tribunais nacionais». Na mesma ordem de ideias, o artigo 22.º, n.º 2, dessa diretiva, que diz respeito à aplicação no tempo de disposições nacionais de transposição diferentes das que transpõem as disposições substantivas da mesma diretiva, estabelece o seu âmbito de aplicação *ratione temporis* referindo-se a uma data em que uma ação de indemnização foi intentada num tribunal nacional [9].

30. *A priori*, o âmbito de aplicação da Diretiva 2014/104 assim definido parece não abranger os pedidos de divulgação de elementos de prova apresentados antes de ser deduzido um pedido de indemnização. Alguns legisladores nacionais [10] bem como alguns autores [11] parecem interpretar essa diretiva neste sentido. De acordo com esta interpretação, os Estados-Membros podem, todavia, introduzir regras relativas a esses pedidos de divulgação de elementos de prova. Com efeito, o artigo 5.º, n.º 8, da referida diretiva autoriza os Estados-Membros a introduzir, sem prejuízo do artigo 5.º, n.ºs 4 e 7, e do artigo 6.º da mesma, regras que conduzam a uma divulgação mais ampla dos elementos de prova.

31. Atendendo às dúvidas existentes quanto à questão de saber se o órgão jurisdicional de reenvio já foi chamado a pronunciar-se sobre uma ação de indemnização, há que apreciar a justeza da interpretação apresentada no número precedente das presentes conclusões.

[9] Nos termos desta disposição, «[o]s Estados-Membros asseguram que quaisquer disposições nacionais adotadas por força do artigo 21.º, que não as referidas no n.º 1, não se aplicam às ações de indemnização intentadas nos tribunais nacionais antes de 26 de dezembro de 2014».

[10] V. Malinauskaite, J., Cauffman, C., «The Transposition of the Antitrust Damages Directive in the Small Member States of the EU — A Comparative Perspective», *Journal of European Competition Law & Practice*, 2018, vol. 9, n.º 8, p. 501.

[11] V. Kirst, P., «The temporal scope of the damages directive: a comparative analysis of the applicability of the new rules on competition infringements in Europe», *European Competition Journal*, 2020, vol. 16, n.º 1, p. 113, e Petr, M., «Czech Republic», Piszcz, A. (éd.), *Implementation of the EU Damages Directive in Central and Eastern European Countries, University of Warsaw Faculty of Management Press*, Warsaw, 2017, p. 98. V. também, neste sentido, mas de forma menos categórica, Rodger, B. J., Sousa Ferro, M., Marcos, F., «A Panacea for Competition Law Damages Actions in the EU? A Comparative View of the Implementation of the EU Antitrust Damages Directive in sixteen Member States», *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2019, vol. 26, n.º 4, pp. 488 e 489.

b) Apreciação

32. Em determinadas versões linguísticas [12], a redação do artigo 5.º, n.º 1, da Diretiva 2014/104, cuja interpretação é pedida pelo órgão jurisdicional de reenvio, é menos restritiva e menos categórica do que a do artigo 1.º, n.º 2, dessa diretiva.

33. Do mesmo modo, o conceito de «elemento de prova» é definido, no artigo 2.º, ponto 13, da Diretiva 2014/104, fazendo referência, em certas versões linguísticas [13], a todos os tipos de provas admissíveis «perante *o tribunal nacional da [ação]*» e, noutras versões [14], aos admissíveis «perante *o tribunal nacional chamado a pronunciar-se*», sem precisar que se trata de uma ação de indemnização (o sublinhado é meu).

34. Mais importante ainda, a vontade do legislador da União de não restringir o âmbito de aplicação do artigo 5.º da Diretiva 2014/104 aos pedidos de divulgação de elementos de prova apresentados com uma ação de indemnização ou depois de esta ter sido intentada parece ter eco no artigo 5.º, n.º 3, e no artigo 6.º, n.º 4, alínea b), dessa diretiva.

35. O artigo 5.º, n.º 3, da Diretiva 2014/104 enuncia, sem ser exaustivo, critérios aplicáveis à apreciação da proporcionalidade de um pedido de divulgação de elementos de prova.

36. Nesta lógica, o artigo 6.º, n.º 4, alínea b), da Diretiva 2014/104, que diz respeito à divulgação de elementos de prova incluídos no processo de uma autoridade da concorrência, remete para o artigo 5.º, n.º 3, dessa diretiva e precisa que, ao avaliar, de acordo com esta última disposição, a proporcionalidade de decisão de divulgação de informações, os tribunais nacionais ponderam também a questão de saber se o pedido de divulgação de informações foi apresentado no âmbito de uma ação de indemnização perante um tribunal nacional.

37. Na mesma ordem de ideias, o considerando 22 da Diretiva 2014/104 refere que, a fim de assegurar a proteção efetiva do direito à reparação, não é necessário que todos os documentos relacionados com um processo ao abrigo dos artigos 101.º ou 102.º TFUE sejam divulgados a um demandante, meramente com fundamento na sua «intenção de intentar uma ação de indemnização», já que é altamente improvável que a ação de indemnização tenha de ser baseada em todos os elementos de prova incluídos no processo relativo a tal investigação. Do mesmo modo, o considerando 27 dessa diretiva faz referência ao «acesso [dos lesados] aos elementos de prova relevantes de que necessitem para instruir as suas ações de indemnização».

38. Resulta do artigo 6.º, n.º 4, alínea b), da Diretiva 2014/104, lido à luz dos considerandos 22 e 27 da mesma, que determinados elementos de prova relativos aos processos das autoridades da concorrência podem ser divulgados a um demandante, na sequência do seu pedido de divulgação de elementos de prova ao abrigo do artigo 6.º dessa diretiva, quando pretende intentar uma ação de indemnização. O mesmo deve acontecer no que respeita ao artigo 5.º da referida diretiva.

[12] Nomeadamente as versões em línguas inglesa e francesa que referem que os Estados-Membros asseguram que seja possível apresentar um pedido de divulgação de elementos de prova nos «processos *relativos* a ações de indemnização na União» (o sublinhado é meu), ao passo que a versão em língua polaca, nomeadamente, se refere ao «processo em ação de indemnização» («w postępowaniu o odszkodowanie»).

[13] Nomeadamente a versão em língua polaca («przed sądem krajowym, do którego wpłynęło powództwo»).

[14] Nomeadamente a versão em língua francesa.

39. Com efeito, o legislador da União não poderia ter criado um regime no âmbito do qual uma pessoa que sofreu danos em resultado de uma infração ao direito da concorrência pode apresentar um pedido de divulgação de elementos de prova independentemente de qualquer ação sobre o mérito se os documentos estão incluídos no processo de uma autoridade da concorrência, mas apenas pode apresentar esse pedido no âmbito dessa ação se os elementos de prova não constam da mesma. Além disso, o facto de ser uma autoridade da concorrência a desencadear um processo não justificaria essa distinção. Com efeito, nestas duas situações, tal como resulta do artigo 5.º, n.º 1, da Diretiva 2014/104, para poder pedir a divulgação de elementos de prova, um demandante deve estar em condições de corroborar a plausibilidade do seu pedido de indemnização.

40. Acrescento, por uma questão de exaustividade, que, se é certo que deve existir, nessas duas situações, uma relação entre os elementos de prova cuja divulgação é pedida e a ação intentada por quem sofreu danos causados por uma infração ao direito da concorrência, os elementos de prova pedidos devem, antes de mais, ser relevantes.

41. Em contrapartida, a Diretiva 2014/104 não parece estabelecer a articulação que, tecnicamente, deve existir, a nível processual, entre um pedido de divulgação de elementos de prova e uma ação de indemnização (um pedido de divulgação de elementos de prova como medida num processo sobre o mérito, pedido apreciado no âmbito de um incidente ou mesmo no âmbito de um processo autónomo).

42. A Diretiva 2014/104 também não determina o momento em que o tribunal nacional é chamado a apreciar uma ação de indemnização.

43. Por conseguinte, mesmo admitindo que a Diretiva 2014/104 apenas se refere aos pedidos de divulgação de elementos de prova apresentados no âmbito de uma ação de indemnização, pode considerar-se que, se um pedido de indemnização deve ser deduzido, sob cominação, num prazo curto após ter sido apresentado um pedido de divulgação de elementos de prova no âmbito do qual foi corroborada a plausibilidade do pedido de indemnização, ou, eventualmente, num breve prazo após este pedido ter sido deferido, o pedido de divulgação de elementos de prova foi apresentado no âmbito de uma ação de indemnização e/ou condiciona o desencadear dessa ação.

c) Discussão sobre uma interpretação contrária e argumentos para a sua rejeição

44. *A priori*, pode ser adotada uma interpretação das disposições da Diretiva 2014/104 contrária à apresentada no n.º 38 das presentes conclusões.

45. Com efeito, pode argumentar-se que a Diretiva 2014/104 não abrange, em princípio, os pedidos de divulgação de elementos de prova apresentados antes de ser intentada uma ação sobre o mérito. De acordo com esta leitura, o artigo 6.º, n.º 4, alínea b), dessa diretiva apenas teria por objeto os casos em que o legislador nacional decidiu introduzir, em conformidade com o artigo 5.º, n.º 8, da referida diretiva, regras que conduzam a uma divulgação mais alargada dos elementos de prova e, mais especificamente, permitam pedir a divulgação de elementos de prova antes de ser intentada uma ação sobre o mérito. Dado que a faculdade de introduzir essas regras pode ser exercida pelos Estados-Membros sem prejuízo do artigo 6.º da mesma diretiva, um Estado-Membro não está em condições de autorizar o pedido de divulgação de elementos de prova *ex ante*, suscetível de escapar à apreciação da sua proporcionalidade, na medida em que esta apreciação permita proteger o interesse da aplicação das regras da concorrência por parte dos poderes públicos.

46. Contudo, em primeiro lugar, a análise dos trabalhos preparatórios da Diretiva 2014/104 não permite defender essa interpretação.

47. Na proposta de diretiva, referindo-se aos resultados das consultas, a Comissão indicou que «[o]s respondentes acolheram favoravelmente o princípio orientador da reparação e a consequente decisão de não propor medidas [...] à americana, [como] a ampla divulgação pré-contencioso ("pre-trial discovery")» [15]. Daí não resulta que uma divulgação de elementos de prova, sob controlo de um tribunal nacional, não possa ocorrer antes de ser intentada a ação sobre o mérito, desde que o demandante possa corroborar a plausibilidade do seu pedido de indemnização.

48. Mais importante ainda, de acordo com os trabalhos preparatórios, o Acórdão Pfleiderer [16] gerou uma incerteza considerável quanto às categorias de documentos suscetíveis de ser divulgadas, incerteza que a Diretiva 2014/104 procura solucionar [17]. O pedido de decisão prejudicial no processo em que este acórdão foi proferido teve origem num processo que tinha por objeto um pedido de acesso integral ao processo de uma autoridade nacional da concorrência apresentado com vista a intentar uma ação de indemnização. Afigura-se que a vontade de solucionar esta incerteza contribuiu para que essa diretiva mencione a faculdade de pedir a divulgação de elementos de prova quando se considere um pedido de indemnização não no contexto do artigo 5.º da referida diretiva, sob a epígrafe «Divulgação de elementos de prova», mas sim no do artigo 6.º da mesma, sob a epígrafe «Divulgação de elementos de prova incluídos no processo de uma autoridade da concorrência» [18].

49. Em segundo lugar, a relação existente entre o artigo 5.º e o artigo 6.º da Diretiva 2014/104 não permite considerar que o âmbito de aplicação desta segunda disposição é mais amplo do que o da primeira. Com efeito, por um lado, o artigo 6.º dessa diretiva aplica-se, «para efeitos de ações de indemnização», «para além do artigo 5.º» da mesma [19]. Por outro lado, a apreciação da proporcionalidade do pedido de divulgação de elementos de prova pelos tribunais nacionais é efetuada em conformidade com o artigo 5.º, n.º 3, da referida diretiva. Ora, ao passo que, no contexto do artigo 6.º da mesma diretiva, os tribunais nacionais são obrigados a ponderar a questão de saber se o pedido é formulado no âmbito de uma ação de indemnização («os tribunais nacionais ponderam também [...]»), essa questão pode, se for caso disso, ser igualmente ponderada quando a apreciação da proporcionalidade é efetuada no contexto isolado do artigo 5.º da Diretiva 2014/104. O facto de o legislador ter feito referência expressamente a esta

15 V., igualmente, o Documento de trabalho dos serviços da Comissão sobre as ações de indemnização por infração às regras de concorrência da União (Comissão staff working paper accompanying the White paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules [SEC(2008) 404 final], ao qual se refere o Livro Branco sobre ações de indemnização por incumprimento das regras comunitárias no domínio *antitrust*. No n.º 95 deste documento de trabalho, a Comissão declarou não propor claramente um sistema de divulgação prévio a um processo demasiado longo, que poderia não se adaptar facilmente à tradição jurídica e aos princípios do processo civil dos Estados-Membros e poderia entrar em conflito com os princípios de ordem pública de alguns Estados-Membros.

16 Acórdão de 14 de junho de 2011 (C-360/09, EU:C:2011:389).

17 V. Commission Staff Working, Document — Impact Assessment Report, Damages actions for breach of the EU antitrust rules Accompanying the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union [SWD(2013) 203 final], disponível apenas em língua inglesa.

18 Nessa ordem de ideias, o considerando 22 da Diretiva 2014/104, que tem por objeto a divulgação de elementos de prova incluídos no processo de uma autoridade da concorrência, diz respeito à situação na qual um demandante tem «intenção de intentar uma ação de indemnização». A formulação desse considerando, invocada no n.º 37 das presentes conclusões em apoio da interpretação aqui defendida, é claramente inspirada pelo Acórdão de 6 de junho de 2013, Donau Chemie e o. (C-536/11, EU:C:2013:366, n.º 33), que, por sua vez, se refere ao Acórdão de 14 de junho de 2011, Pfleiderer (C-360/09, EU:C:2011:389).

19 V. artigo 6, n.º 1, da Diretiva 2014/104.

questão no artigo 6.º, n.º 4, alínea b), dessa diretiva demonstra a sua vontade de reforçar a ligação que deve existir entre um pedido de divulgação de elementos de prova incluídos no processo de uma autoridade da concorrência e uma ação de indemnização.

50. Em terceiro lugar, a divulgação de elementos de prova antes de ser intentada uma ação sobre o mérito pode, por vezes, ser necessária para intentar essa ação. Essa faculdade contribui para o efeito prático dos artigos 101.º e 102.º TFUE. Nesta ótica, considerar que um pedido de divulgação de elementos de prova prévio a um pedido de indemnização é, em determinadas condições, igualmente abrangido pelo âmbito de aplicação da Diretiva 2014/104 permite limitar as diferenças existentes entre os sistemas nacionais dos Estados-Membros e harmonizar as regras pertinentes para a efetividade da aplicação do direito da concorrência da União [20].

51. Atendendo às considerações apresentadas nos n.os 38 a 43 das presentes conclusões, há que considerar que, pelo menos em determinadas situações [21], um pedido de divulgação de elementos de prova apresentado, tecnicamente, antes de ser deduzido um pedido de indemnização possa estar abrangido pelo âmbito de aplicação da Diretiva 2014/104.

2. *Quanto à aplicabilidade da Diretiva 2014/104* ratione temporis

52. O pedido de divulgação de elementos de prova em causa no processo principal foi apresentado pelas demandantes no processo principal em 25 de março de 2019, após a data de transposição da Diretiva 2014/104, fixada em 27 de dezembro de 2016, com base nas disposições nacionais que transpõem esta diretiva para o direito espanhol.

53. Além disso, como foi mencionado no n.º 8 das presentes conclusões, resulta da Decisão de 19 de julho de 2016 que, no que respeita às demandadas no processo principal, a infração foi demonstrada em relação ao período compreendido entre 17 de janeiro de 1997 e 18 de janeiro de 2011, que precede a data de transposição da Diretiva 2014/104.

54. Nestas condições, a resposta à questão de saber se a Diretiva 2014/104 se aplica *ratione temporis* pode ser encontrada no artigo 22.º da mesma.

55. Com efeito, nos termos do artigo 22.º, n.º 1, da Diretiva 2014/104, as disposições nacionais que transpõem as disposições substantivas desta diretiva não devem ser aplicadas retroativamente. No entanto, esta regra não se aplica às disposições nacionais que transpõem as «outras» disposições da referida diretiva. No que respeita a estas últimas disposições de transposição, os Estados-Membros asseguram apenas, em conformidade com o artigo 22.º, n.º 2, da mesma diretiva, que estas não se apliquem às ações de indemnização intentadas num tribunal nacional antes de 26 de dezembro de 2014. Por conseguinte, as referidas disposições devem ser aplicadas num processo instaurado num tribunal nacional após a data de transposição da Diretiva 2014/104. Esta lógica de aplicabilidade das disposições não substantivas desta diretiva é

[20] V., neste contexto, considerando 7, terceiro e quarto períodos, da Diretiva 2014/104, segundo o qual «[as] diferenças dão azo a incerteza quanto às condições em que os lesados podem exercer o direito de indemnização que lhes advém por força do TFUE, e afetam a eficácia substantiva desse direito. Uma vez que os lesados escolhem frequentemente o seu Estado-Membro de estabelecimento como foro para intentar a ação de indemnização, as discrepâncias entre as regras nacionais conduzem a uma desigualdade de condições em matéria de ações de indemnização e podem afetar a concorrência nos mercados em que operam tanto os lesados como as empresas infratoras». V., também, neste sentido, considerandos 8 e 9 desta diretiva.

[21] Especialmente quando existe uma relação entre um pedido de divulgação de elementos de prova e um pedido de indemnização como o existente em direito espanhol, que se traduz, nomeadamente, numa obrigação de intentar, sob cominação, uma ação de indemnização num prazo de 20 dias. V. nota 8 das presentes conclusões.

característica, por força dos direitos nacionais, das disposições processuais. Daí se deduz que a referência a «quaisquer disposições nacionais […] que não [as disposições substantivas]», na aceção do artigo 22.º, n.º 2, da referida diretiva, diz respeito a disposições processuais.

56. O órgão jurisdicional de reenvio refere que o pedido de decisão prejudicial visa compreender o sistema de divulgação de elementos de prova, regulamentado nos artigos 5.º a 8.º da Diretiva 2014/104 e desenvolvido no ordenamento jurídico espanhol no artigo 283.º*bis* do Código de Processo Civil, «de natureza processual». No entanto, para efeitos do artigo 22.º dessa diretiva e tendo em consideração o caráter autónomo dos conceitos utilizados nesta disposição, deve ser efetuada pelo Tribunal de Justiça uma qualificação definitiva da natureza das disposições que podem ser abrangidas pelo âmbito de aplicação da referida diretiva.

57. Embora se possa argumentar que as disposições da Diretiva 2014/104 relativas à divulgação de elementos de prova conferem determinados direitos aos operadores económicos envolvidos na aplicação das regras da concorrência da União, esses direitos só podem, todavia, ser exercidos no âmbito de um processo perante um tribunal nacional e trata-se, em substância, de medidas processuais que permitem a esse tribunal determinar os factos invocados pelas partes no processo. O mesmo acontece no que respeita, pelo menos em certas situações, a um pedido de divulgação de elementos de prova apresentado, tecnicamente, antes de ser deduzido um pedido de indemnização [22].

58. Consequentemente, o artigo 5.º, n.º 1, da Diretiva 2014/104 é aplicável, *ratione temporis*, ao processo principal.

C. Quanto ao mérito

1. Posições do órgão jurisdicional de reenvio e dos interessados

59. O órgão jurisdicional de reenvio identifica os argumentos a favor da interpretação segundo a qual o artigo 5.º, n.º 1, da Diretiva 2014/104 apenas visa os elementos de prova preexistentes e os argumentos contrários a esta interpretação.

60. Por um lado, no que respeita à interpretação segundo a qual o artigo 5.º, n.º 1, da Diretiva 2014/104 visa apenas os elementos de prova preexistentes, alega, em primeiro lugar, que a mesma é corroborada pela redação dessa disposição e pelas clarificações constantes do considerando 14 da mesma diretiva. Com efeito, essa disposição e esse considerando dizem respeito a elementos de prova na posse do demandado ou de um terceiro.

61. Em segundo lugar, o órgão jurisdicional de reenvio afirma que o artigo 5.º, n.º 2, da Diretiva 2014/104 faz referência à divulgação de determinados elementos de prova ou de categorias relevantes de elementos de prova, caracterizados com base em factos razoavelmente disponíveis. O considerando 16 dessa diretiva refere que uma categoria de elementos de prova deverá ser identificada, nomeadamente, pelo momento em que foram elaborados os documentos solicitados.

[22] É certo que determinados autores consideram que um pedido de divulgação de elementos de prova prévio a um pedido de indemnização não é de natureza processual, na medida em que confere um direito de requerer a divulgação de elementos de prova no âmbito de um processo isolado. V., nomeadamente, Kirst, P., «The temporal scope of the damages directive: a comparative analysis of the applicability of the new rules on competition infringements in Europe», *European Competition Journal*, 2020, vol. 16, n.º 1, pp. 113 e 114. Contudo, essa abordagem, contrariamente à que proponho nos n.ºs 38 a 43 das presentes conclusões, parte da premissa de que um pedido de divulgação de elementos de prova apresentado antes de um pedido de indemnização não é abrangido pelo âmbito de aplicação da Diretiva 2014/104.

62. Em terceiro lugar, assinala que a Diretiva 2014/104 faz referência não à divulgação de «informações», mas à divulgação de «elementos de prova».

63. Nessa ordem de ideias, o Governo neerlandês faz referência a vários considerandos da Diretiva 2014/104[23] e à proposta de diretiva[24] para afirmar que essa diretiva visa apenas a divulgação de elementos de prova existentes ou na posse de uma parte do processo ou de terceiros.

64. As demandadas no processo principal são a favor desta interpretação por idênticas razões às invocadas pelo órgão jurisdicional de reenvio. Acrescentam que o artigo 5.º, n.º 8, da Diretiva 2014/104 permite aos Estados-Membros introduzir regras que conduzam a uma divulgação mais alargada dos elementos de prova. Segundo as demandadas no processo principal, o legislador espanhol não utilizou essa faculdade para autorizar os pedidos de divulgação de elementos de prova inexistentes.

65. Por outro lado, os argumentos do órgão jurisdicional de reenvio a favor da interpretação segundo a qual o artigo 5.º, n.º 1, da Diretiva 2014/104 visa igualmente os elementos de prova criados *ex novo* são relativos à interpretação teleológica e à interpretação sistemática desta disposição. Em primeiro lugar, segundo este órgão jurisdicional, uma restrição do sistema de divulgação de elementos de prova poderia comprometer o direito à reparação integral e o princípio da eficácia. Em segundo lugar, as regras dessa diretiva em matéria de custas e despesas da divulgação de elementos de prova, enquanto elemento do princípio da proporcionalidade para efeitos da apreciação de um pedido de divulgação de elementos de prova, podem significar que a parte à qual são pedidos elementos de prova seja obrigada a efetuar um trabalho de criação de um novo documento.

66. As demandantes no processo principal, o Governo espanhol e a Comissão defendem, nomeadamente pelas razões identificadas pelo órgão jurisdicional de reenvio, essa interpretação.

2. Quanto à interpretação textual

67. Em substância, o artigo 5.º, n.º 1, da Diretiva 2014/104 dispõe, no seu primeiro período, que uma pessoa que afirma ter sido lesada por uma infração ao direito da concorrência pode pedir a divulgação de elementos de prova relevantes que estejam sob controlo do demandado ou de um terceiro. Esta disposição prevê, no seu segundo período, que um demandado deve poder pedir que se ordene ao demandante ou a um terceiro a divulgação de elementos de prova relevantes, sem precisar que devem ser elementos de prova que estejam sob o seu controlo.

[23] Ao fazer referência, à semelhança do órgão jurisdicional de reenvio, ao considerando 14 da Diretiva 2014/104, que indica que «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», o Governo neerlandês acrescenta que, em conformidade com o considerando 28 dessa diretiva, os tribunais nacionais deverão poder ordenar, a qualquer momento, no âmbito das ações de indemnização, a divulgação de elementos de prova «que existem» independentemente do processo de uma autoridade da concorrência. Além disso, esse Governo faz referência ao considerando 39 da referida diretiva, que indica que o ónus da prova não deverá afetar a possibilidade de o infrator utilizar outros elementos de prova além «dos que tem em seu poder, tais como elementos de prova já adquiridos no processo ou elementos de prova detidos por outras partes ou por terceiros».

[24] O Governo neerlandês refere-se ao projeto da Diretiva 2014/104, no qual a Comissão referiu que «a divulgação das provas detidas pela parte adversa ou por terceiros só pode ser ordenada pelo juiz e está sujeita a um controlo judicial rigoroso e ativo no que se refere à sua necessidade, âmbito e proporcionalidade».

68. A leitura do artigo 5.º, n.º 1, da Diretiva 2014/104 pode levar ao entendimento de que os pedidos formulados pelos demandantes, visados no primeiro período desta disposição, apenas dizem respeito aos elementos de prova preexistentes. Com efeito, a nível literal, ao contrário dos pedidos dos demandados, visados no segundo período, afigura-se que os pedidos formulados pelos demandantes devem dizer respeito aos elementos de prova sob controlo de outra pessoa.

69. Essa leitura é, todavia, posta em causa pelos considerandos 15 e 39 da Diretiva 2014/104 e, contrariamente ao que alega o Governo neerlandês, não é de modo algum corroborada pelos considerandos 14 e 28 desta diretiva.

70. Com efeito, em primeiro lugar, por um lado, o considerando 15 da Diretiva 2014/104 não distingue, quanto à posse dos elementos de prova, entre os pedidos formulados por um demandante e os formulados por um demandado («os demandantes [têm] o direito de obter a divulgação dos elementos de prova relevantes para o seu pedido, sem necessidade de especificarem elementos de prova individuais [e os] demandados [devem poder] requerer a divulgação dos elementos de prova por esses demandantes»). Por outro lado, o considerando 39 dessa diretiva refere que o infrator deve ter a possibilidade de utilizar os elementos de prova «detidos» por outras partes ou por terceiros.

71. Em segundo lugar, o considerando 39 da Diretiva 2014/104 não é exaustivo na medida em que se refere aos «elementos de prova além dos que [o infrator tem em seu poder], *tais* como elementos de prova já adquiridos no processo ou elementos de prova detidos por outras partes ou por terceiros» [25]. De qualquer modo, a referência aos elementos de prova detidos pela outra parte ou por terceiros parece resultar não da vontade de limitar os elementos de prova cuja divulgação pode ser pedida, mas sim da vontade de justapor os elementos de prova sob controlo do infrator e os detidos por outras pessoas.

72. Em terceiro lugar, é certo que o considerando 14 da Diretiva 2014/104 menciona, no contexto dos elementos de prova necessários para fundamentar um pedido de indemnização, que os elementos de prova estão «frequentemente» na posse exclusiva da parte contrária ou de terceiros. No presente caso, trata-se de um exemplo que é posteriormente utilizado para expor o problema que a Diretiva 2014/104 procura solucionar. Com efeito, resulta deste considerando 14 que a existência de requisitos legais estritos que exijam aos demandantes a especificação pormenorizada de todos os elementos factuais relativos às suas alegações no início de uma ação e a produção precisa de elementos de prova específicos pode impedir indevidamente o exercício efetivo do direito a reparação. De qualquer modo, este considerando parece antes propugnar por uma resposta afirmativa à presente questão prejudicial.

73. Em quarto lugar, o considerando 28 da Diretiva 2014/104, que diz respeito ao artigo 6.º, n.º 9, da mesma, utiliza os termos «elementos de prova que existem independentemente do processo iniciado por uma autoridade da concorrência» para se referir aos elementos de prova diferentes dos visados no artigo 6.º, n.ºs 5 e 6, dessa diretiva. Trata-se, assim, de qualquer elemento de prova cuja divulgação não é automaticamente interdita pela referida diretiva, por força dessas disposições, em virtude do interesse da aplicação pública do direito da concorrência [26].

[25] O sublinhado é meu.

[26] Pela mesma razão, a definição do conceito de «informações preexistentes», constante do artigo 2.º, ponto 17, da Diretiva 2014/104, não contém indícios úteis para dar uma resposta à presente questão prejudicial, a não ser os relativos ao uso indistinto dos conceitos de «informações» e de «elementos de prova». V. n.º 78 das presentes conclusões.

74. Para poder dar uma resposta à presente questão prejudicial, não basta, assim, apreciar, de forma isolada, o artigo 5.º, n.º 1, da Diretiva 2014/104 e os seus considerandos relativos à problemática objeto dessa disposição.

75. A Diretiva 2014/104 contém várias definições que devem ser utilizadas para determinar o sentido das suas disposições e, designadamente, o do seu artigo 5.º, n.º 1, que diz respeito à divulgação de elementos de prova relevantes.

76. A relevância dos elementos de prova parece traduzir-se na existência de uma relação entre o elemento de prova solicitado e o pedido de indemnização [27], ao passo que o conceito de «elemento de prova», cuja interpretação é essencial para a resposta a dar à presente questão prejudicial, é definido no artigo 2.º, ponto 13, da Diretiva 2014/104.

77. Nos termos desta definição, o conceito de «elementos de prova» refere-se a «todos os tipos de provas admissíveis perante o tribunal nacional da causa, em especial os documentos e todos os outros objetos que contêm informações, independentemente do suporte em que essas informações são armazenadas». *A priori*, afigura-se que esta definição utiliza, assim, indistintamente, os três conceitos de «elementos de prova», de «tipos de provas» e «objetos que contêm informações».

78. Além disso, a definição do conceito de «informações preexistentes», que consta do artigo 2.º, ponto 17, da Diretiva 2014/104, acrescenta a estes três conceitos indistintos o de «informações». Com efeito, esse conceito é definido como «elementos de prova» que existem independentemente de uma investigação de uma autoridade da concorrência.

79. Os conceitos usados na Diretiva 2014/104 e a respetiva definição, utilizados no âmbito da mesma indistintamente e de forma pouco coerente, também não permitem, por conseguinte, dar uma resposta inequívoca à presente questão prejudicial. Contudo, tendo em conta o facto de que a Diretiva 2014/104 usa aparentemente os conceitos de «elemento de prova» e de «informações» indistintamente, a interpretação textual dessa diretiva não se opõe, em princípio, a que o artigo 5.º, n.º 1, da mesma, na medida em que esta disposição diz respeito à divulgação dos «elementos de prova relevantes que estejam sob o [controlo do demandado ou de um terceiro]», seja interpretado no sentido de que a referida diretiva permite aos tribunais nacionais ordenar a divulgação de documentos que a parte a quem o pedido de informações é dirigido deve criar *ex novo*, agregando ou classificando informação, conhecimento ou dados que estejam na sua posse. De qualquer modo, para efeitos da interpretação de uma disposição de direito da União, há que ter em conta não só os seus termos, mas também o seu contexto e os objetivos prosseguidos pela regulamentação de que faz parte.

[27] V. considerando 15, segundo período, da Diretiva 2014/104, segundo o qual «[…] 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* [o sublinhado é meu], sem necessidade de especificarem elementos de prova individuais».

3. Quanto à interpretação sistemática

80. O artigo 6.º da Diretiva 2014/104, sob a epígrafe «Divulgação de elementos de prova incluídos no processo de uma autoridade da concorrência», precisa, no seu n.º 4, que os tribunais nacionais adotam decisões de divulgação de informações, ao decidir dos pedidos apresentados pelas partes [28].

81. Por outro lado, em conformidade com o artigo 5.º, n.º 2, da Diretiva 2014/104, é possível ordenar, por força dessa decisão, a divulgação de categorias relevantes de elementos de prova.

82. É certo que, como observa o órgão jurisdicional de reenvio [29], o considerando 16 da Diretiva 2014/104 refere que essa categoria relevante de elementos de prova deverá ser identificada pelas características comuns dos elementos que a constituem e menciona, a este respeito, «o momento em que [os documentos cuja divulgação se solicita] foram elaborados». Este considerando contém várias referências que, se for caso disso, podem revelar-se úteis para identificar uma categoria relevante de elementos de prova, sem, todavia, ser exaustivo. Além disso, refere-se igualmente ao objeto ou ao conteúdo dos elementos constitutivos de uma categoria relevante de elementos de prova. Para dar cumprimento a uma ordem relativa a uma categoria de elementos de prova assim identificada, a pessoa visada nessa decisão deve, em princípio, proceder a uma pesquisa específica sobre a informação solicitada.

83. Nesta lógica, segundo o artigo 5.º, n.º 3, alínea b), da Diretiva 2014/104, ao apreciar a proporcionalidade dos pedidos de divulgação dos elementos de prova, os tribunais nacionais devem ter em consideração, nomeadamente, «o âmbito e os custos da divulgação, em especial para os terceiros interessados, inclusive para evitar pesquisas não específicas de informação de relevância improvável para as partes no processo». Daí resulta que o legislador da União teve em conta o facto de, para poder dar cumprimento a uma ordem de divulgação de informações, podem, por vezes, ser necessários procedimentos que ultrapassam a simples comunicação dos objetos que contêm informações.

84. Suscita-se assim a questão de saber se esses procedimentos podem consistir em agregar ou classificar informação, conhecimento ou dados. Atendendo ao facto de a interpretação textual da Diretiva 2014/104, nomeadamente pelas diferenças existentes entre as suas versões linguísticas [30], não permitir dar uma resposta a esta questão, e ao facto de a interpretação sistemática não fornecer mais do que um indício a favor de uma resposta afirmativa a essa questão, há que analisar agora a interpretação teleológica dessa diretiva.

4. Quanto à interpretação teleológica

85. Como alegam as demandadas no processo principal, a interpretação teleológica da Diretiva 2014/104, que atende à finalidade da mesma, deve levar à conclusão de que é necessário aplicar eficazmente as regras da concorrência e, para esse efeito, fornecer aos lesados instrumentos

[28] Nos termos do artigo 6.º, n.º 4, alínea b), da Diretiva 2014/104, «[a]o avaliar, de acordo com o artigo 5.º, n.º 3, a proporcionalidade *de uma decisão de divulgação de informações*, os tribunais nacionais ponderam também […] [s]e a parte que requer a divulgação o faz no âmbito de uma ação de indemnização perante um tribunal nacional». [o sublinhado é meu]. Além disso, o artigo 5.º, n.º 7, da Diretiva 2014/104 precisa, pelo menos na versão em língua francesa, que os «Estados-Membros asseguram que as pessoas de quem se requer a divulgação tenham oportunidade de ser ouvidas antes de o tribunal nacional *ordenar a divulgação* nos termos [do presente artigo]» (o sublinhado é meu). A referida disposição confirma, assim, que os conceitos de «elementos de prova» e de «informações» são utilizados indistintamente no âmbito da Diretiva 2014/104. Mais importante ainda, a mesma confirma igualmente que os tribunais nacionais ao decidir dos pedidos de divulgação de elementos de prova ordenam a divulgação de informações.

[29] V. n.º 61 das presentes conclusões.

[30] V. nota 28 das presentes conclusões.

eficazes para equilibrar a assimetria da informação. Com efeito, esta diretiva faz referência, reiteradamente, a esses dois objetivos: a efetividade da aplicação privada dessas regras [31] e a correção dessa assimetria [32].

86. Ao pronunciarem-se a favor da abordagem preconizada pelas demandantes no processo principal, o Governo espanhol e a Comissão referem que o acesso às informações úteis e autênticas vai no sentido da necessidade de garantir o efeito prático dos artigos 101.º e 102.º TFUE e do direito à reparação integral, reafirmado no artigo 3.º da Diretiva 2014/104.

87. Por outro lado, essas partes alegam que, como refere o considerando 4 da Diretiva 2014/104, a necessidade de dispor de mecanismos de impugnação judicial efetivos decorre igualmente do direito a uma proteção judicial efetiva estabelecido no artigo 19.º, n.º 1, segundo parágrafo, TFUE e no artigo 47.º, primeiro parágrafo, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

88. Em contrapartida, o Governo neerlandês alega que o facto de obrigar uma parte no processo ou terceiros, com base no artigo 5.º, n.º 1, da Diretiva 2014/104, à divulgação dos elementos de prova *ex novo* perturbaria o equilíbrio entre o interesse do demandante em obter as informações relevantes e o interesse de quem divulga as informações.

89. Contudo, na medida em que diz respeito à divulgação de elementos de prova, a Diretiva 2014/104 contém um mecanismo de equilíbrio dos interesses em jogo, sob o controlo rigoroso dos tribunais nacionais, em especial no que respeita à relevância dos elementos de prova pedidos [33] e à necessidade e à proporcionalidade das medidas relativas à sua divulgação [34]. Para esse efeito, o artigo 5.º desta diretiva estabelece critérios relativos ao exercício desse controlo. Ao fazê-lo, os tribunais nacionais são igualmente obrigados a ter em consideração os interesses legítimos [35] e os direitos fundamentais das partes e de terceiros [36].

90. Mais importante ainda do ponto de vista da interpretação teleológica: excluir à partida a faculdade de pedir a divulgação de documentos que a parte a quem o pedido de informações é dirigido deve criar *ex novo* conduziria, em determinados casos, à criação de obstáculos intransponíveis à aplicação privada das regras da concorrência da União. Por conseguinte, é mais conforme ao espírito do objetivo da Diretiva 2014/104, que procura corrigir a assimetria da informação, reconhecer essa faculdade e limitar a sua aplicação na prática mediante a apreciação de pedidos de divulgação de elementos de prova, conferindo o papel fulcral aos tribunais nacionais.

31 V., antes de mais, o artigo 1.º, n.º 1, da Diretiva 2014/104, segundo o qual essa diretiva estabelece certas regras necessárias para assegurar que quem sofra danos causados por uma infração ao direito da concorrência possa exercer efetivamente o direito a pedir a reparação integral desses danos.

32 V. considerandos 15, 46 e 47 da Diretiva 2014/104.

33 V. n.º 76 das presentes conclusões.

34 V. considerando 16 da Diretiva 2014/104.

35 Segundo o artigo 5.º, n.º 3, segundo período, da Diretiva 2014/104, 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.

36 V., neste sentido, artigo 5.º, n.º 7, da Diretiva 2014/104, segundo o qual os Estados-Membros asseguram que as pessoas de quem se requer a divulgação tenham oportunidade de ser ouvidas antes de o tribunal nacional ordenar a divulgação nos termos do presente artigo. V., também, o considerando 53 da mesma diretiva.

91. Além disso, no presente caso, as próprias demandadas no processo principal aceitam que lhes possa ser pedido que forneçam dados suficientemente precisos disponíveis nos seus sistemas, respeitando os princípios da necessidade e da proporcionalidade e com uma proteção adequada da confidencialidade das informações. Divulgadas essas informações, as demandantes no processo principal poderiam tratá-las da forma que considerem adequada para fundamentar o seu pedido.

92. Contudo, é possível que a comunicação de inúmeros documentos, contrária às exigências de relevância, de proporcionalidade e de necessidade, conduza a uma obstrução processual e, na realidade, não corrija a assimetria de informação que caracteriza a aplicação privada das regras da concorrência. Como alegam as demandantes no processo principal, obter documentos não tratados, eventualmente em grande número, com uma correspondência insuficiente com o pedido e agregados segundo critérios que apenas o respetivo autor conhece, poderia privar de facto o artigo 5.º, n.º 1, da Diretiva 2014/104 do seu efeito prático. Nessa situação, pode ser necessário designar um perito para efetuar o trabalho que o próprio autor dos documentos poderia ter feito com menos esforço e menor custo.

93. Por conseguinte, a interpretação teleológica da Diretiva 2014/104 propugna a favor de uma resposta afirmativa à presente questão prejudicial.

5. Conclusão intercalar

94. À luz do que precede, no que se refere aos resultados insatisfatórios da interpretação literal e tomando em conta as conclusões das interpretações sistemática e teleológica, o artigo 5.º, n.º 1, da Diretiva 2014/104 deve ser interpretado no sentido de que a divulgação de «elementos de prova relevantes», na aceção do primeiro período desta disposição, visa igualmente os documentos que a parte a quem o pedido de informações é dirigido pode ser levada a criar *ex novo*, agregando ou classificando informação, conhecimento ou dados que estejam na sua posse. Os tribunais nacionais devem, de qualquer modo, limitar a divulgação de elementos de prova ao que é relevante, proporcionado e necessário, atendendo aos interesses legítimos e aos direitos fundamentais dessa parte.

95. Neste âmbito [37], os tribunais nacionais podem ter em consideração, a título de exemplo, o período em relação ao qual a divulgação de elementos de prova é pedida [38] e a existência de alternativas que consistem numa agregação ou classificação das informações fornecidas pela parte visada pela ordem de divulgação de informações a efetuar por um perito ou pela parte que requereu a sua divulgação [39].

96. Esta interpretação não é posta em causa pelos argumentos residuais apresentados pelas demandadas no processo principal e pelo Governo neerlandês.

[37] A este respeito, sem formular uma questão sobre a apreciação da proporcionalidade, o órgão jurisdicional de reenvio refere que, na hipótese de o Tribunal de Justiça se pronunciar a favor de uma interpretação lata do artigo 5.º da Diretiva 2014/104, a resposta a dar à sua questão prejudicial será igualmente relevante no que diz respeito a essa apreciação, uma vez que será suscetível de dar uma indicação quanto ao âmbito da proporcionalidade. Por conseguinte, limito-me a dar exemplos que, atendendo às circunstâncias do processo principal, podem revelar-se úteis ao órgão jurisdicional de reenvio.

[38] No presente caso, o acordo que constitui o facto gerador do dano alegado foi fixado pela Comissão com uma duração de 14 anos no que respeita às demandadas no processo principal (de 17 de janeiro de 1997 a 18 de janeiro de 2011), ao passo que as demandantes no mesmo processo pedem uma lista de preços relativa a um período de 28 anos (de 1 de janeiro de 1990 a 30 de junho de 2018).

[39] V. n.º 92 das presentes conclusões.

6. Quanto ao argumento relativo aos poderes da Comissão

97. As demandadas no processo principal constatam que, no âmbito da aplicação pública do direito da concorrência, a Comissão apenas pode pedir às entidades objeto de inquérito que forneçam os documentos correlativos que estejam na sua posse [40]. Referem-se, a este respeito, à jurisprudência do Tribunal de Justiça e às Conclusões no processo HeidelbergCement/Comissão, nas quais o advogado-geral N. Wahl considerou que o conceito de «informação» não pode ser alargado de modo a permitir que seja exigida às empresas a realização de tarefas respeitantes à fase de investigação e instrução do processo [41].

98. Sou sensível ao argumento, pelo qual as demandadas no processo principal parecem afirmar que, no que respeita à divulgação de elementos de prova, os direitos de quem sofreu um dano causado por uma infração ao direito da concorrência não podem, em princípio, ser mais extensos do que os poderes de que dispõe a Comissão na aplicação que faz do direito da concorrência.

99. Contudo, em primeiro lugar, há que salientar que esses poderes da Comissão incluem amplos poderes de inquérito [42] e que as empresas objeto de um inquérito têm uma obrigação de cooperação ativa com esta instituição.

100. Em segundo lugar, a jurisprudência a que se referem as demandadas no processo principal diz respeito a um problema jurídico diferente do suscitado pelo presente reenvio prejudicial. Com efeito, diz respeito à questão de saber se a Comissão pode pedir a divulgação de documentos que se encontrem na posse de uma empresa objeto de um inquérito mesmo que estes sejam suscetíveis de ser usados para demonstrar, contra essa empresa, a existência de um comportamento anticoncorrencial. O Tribunal de Justiça deu uma resposta afirmativa a esta questão. É certo que essa resposta está sujeita à condição de a Comissão não poder exigir respostas que levem uma empresa a admitir a existência da infração. Contudo, não se pode inferir que, pelo contrário, em caso algum é possível pedir a divulgação de documentos agregando ou classificando informação, conhecimento ou dados que estejam na sua posse.

101. Em terceiro lugar, no que respeita às conclusões do advogado-geral N. Wahl às quais as demandadas no processo principal fazem referência, delas também não resulta que a Comissão não possa, em caso algum, pedir a divulgação desses documentos. Com efeito, o problema jurídico analisado pelo advogado-geral dizia respeito à questão de saber se a Comissão tem direito de exigir das empresas a apresentação de informações em conformidade com instruções específicas e rigorosas. No processo em que essas conclusões foram apresentadas, tratava-se de um contexto específico que, para o advogado-geral, se traduzia em que a própria empresa objeto do inquérito tinha sido «subcontratada» para conduzir a fase de investigação e instrução do processo instaurado contra si [43]. Ora, mesmo neste contexto, o advogado-geral não excluiu que a Comissão possa exigir informações que a empresa tinha de organizar [44].

[40] Acórdão de 29 de junho de 2006, Comissão/SGL Carbon (C-301/04 P, EU:C:2006:432, n.º 41). V., também, Acórdão de 7 de janeiro de 2004, Aalborg Portland e o./Comissão (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P e C-219/00 P, EU:C:2004:6, n.º 61).

[41] Conclusões do advogado-geral N. Wahl no processo HeidelbergCement/Comissão (C-247/14 P, EU:C:2015:694, n.º 106).

[42] V. artigos 17.º a 21.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho, de 16 de dezembro de 2002, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos [101.º e 102.º TFUE] (JO 2003, L 1, p. 1).

[43] V. Conclusões do advogado-geral N. Wahl no processo HeidelbergCement/Comissão (C-247/14 P, EU:C:2015:694, n.º 122).

[44] V. Conclusões do advogado-geral N. Wahl no processo HeidelbergCement/Comissão (C-247/14 P, EU:C:2015:694, n.º 117).

102. Consequentemente, a interpretação do artigo 5.º, n.º 1, da Diretiva 2014/104 no sentido de que esta disposição visa igualmente os elementos de prova criados *ex novo* não pode ser caracterizada por uma argumentação baseada na tese de que os poderes da Comissão são mais restritos.

7. Quanto ao argumento relativo ao regime de sanções

103. O Governo neerlandês infere do facto de o artigo 8.º, n.º 1, alínea b), da Diretiva 2014/104 prever uma sanção para a destruição de elementos de prova que só os elementos de prova preexistentes podem constituir elementos de prova relevantes, na aceção do artigo 5.º, n.º 1, dessa diretiva.

104. Este argumento não convence. Com efeito, embora não seja possível destruir um elemento de prova que não existe, é, todavia, possível recusar a divulgação desse elemento de prova e, se for caso disso, não cumprir uma ordem de divulgação de elementos de prova de um tribunal nacional, situação prevista no artigo 8.º, n.º 1, alínea a), da Diretiva 2014/104. Não se pode, assim, argumentar que esta diretiva não prevê sanções relativas aos elementos de prova que devem ser criados *ex novo* e daí inferir que estes elementos de prova não estão abrangidos pelo artigo 5.º, n.º 1, da mesma.

105. Sem prejuízo das observações adicionais anteriores relativas aos argumentos desenvolvidos pelas demandadas no processo principal e pelo Governo neerlandês, mantenho a posição que apresentei no n.º 94 das presentes conclusões.

VI. Conclusão

106. Atendendo às considerações anteriores, proponho que o Tribunal de Justiça responda à questão prejudicial única submetida pelo Juzgado de lo Mercantil n.º 7 de Barcelona (Tribunal de Comércio n.º 7 de Barcelona, Espanha), da seguinte forma:

O artigo 5.º, n.º 1, da 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, deve ser interpretado no sentido de que a divulgação de «elementos de prova relevantes», na aceção do primeiro período desta disposição, visa igualmente os documentos que a parte a quem o pedido de informações é dirigido pode ser levada a criar *ex novo*, agregando ou classificando informação, conhecimento ou dados que estejam na sua posse.

Os tribunais nacionais devem, de qualquer modo, limitar a divulgação de elementos de prova ao que é relevante, proporcionado e necessário, atendendo aos interesses legítimos e aos direitos fundamentais dessa parte.