

Bruxelas, XXX
[...] (2013) XXX draft

DOCUMENTO DE TRABALHO DOS SERVIÇOS DA COMISSÃO

GUIA PRÁTICO

**QUANTIFICAÇÃO DOS DANOS NAS AÇÕES DE INDEMNIZAÇÃO COM BASE
NAS INFRAÇÕES AOS ARTIGOS 101.º E 102.º DO TRATADO SOBRE O
FUNCIONAMENTO DA UNIÃO EUROPEIA**

que acompanha a

COMUNICAÇÃO DA COMISSÃO

**sobre a quantificação dos danos nas ações de indemnização com base nas infrações aos
artigos 101.º e 102.º do Tratado sobre o funcionamento da União Europeia**

ÍNDICE

Parte 1 — Contexto e abordagem geral da quantificação dos danos nos processos de concorrência.....	8
I. Quadro jurídico.....	8
A. O direito à reparação	8
B. Regras nacionais em matéria de quantificação e objetivo do presente Guia Prático ...	8
II. Abordagem geral em matéria de quantificação dos danos nos processos de concorrência.....	10
III. Estrutura do Guia Prático.....	12
Parte 2 — Métodos e técnicas.....	15
I. Panorâmica geral	15
II. Métodos comparativos.....	16
A. Métodos para determinar um cenário sem infração	17
(1) Comparação no tempo no mesmo mercado	17
(2) Comparação com os dados de outros mercados geográficos	20
(3) Comparação com os dados relativos a outros mercados do produto	21
(4) Combinação das comparações no tempo e entre mercados	22
B. Implementação prática do método: técnicas para estimar o preço ou outra variável económica no cenário sem infração	23
(1) Técnicas simples: dados observados individuais, médias, interpolação e ajustamentos simples.....	23
(2) Análise de regressão.....	25
a. Conceito e objeto da análise de regressão.....	25
b. Exemplos e ilustrações.....	27
c. Requisitos em matéria de aplicação da análise de regressão	30
(3) Escolha das técnicas.....	32
III. Modelos de simulação, análise baseada nos custos e no desempenho financeiro e outros métodos.....	34
A. Modelos de simulação.....	34
B. Método baseado nos custos e no desempenho financeiro.....	37
C. Outros métodos	39

IV.	Escolha dos métodos	40
Parte 3 —	Quantificação dos danos causados por um aumento dos preços	42
I.	Efeitos das infrações conducentes a um aumento dos preços	42
II.	Quantificar o preço adicional.....	44
A.	Quantificação dos preços adicionais causados pelos cartéis.....	44
(1)	Efeitos dos cartéis	44
(2)	Preço adicional inicial pago pelos clientes diretos.....	46
a.	Comparação no tempo.....	47
b.	Outros métodos comparativos.....	49
(3)	Repercussão dos preços adicionais	50
B.	Quantificação dos preços adicionais causados por outros tipos de infrações conducentes a danos sob a forma de custos adicionais	52
III.	Quantificação dos danos causados pelo efeito de volume.....	53
Parte 4 —	Quantificar os efeitos resultantes das práticas de exclusão	55
I.	Efeitos das práticas de exclusão	55
II.	Quantificação dos danos causados aos concorrentes	56
A.	A dimensão temporal das práticas de exclusão.....	56
B.	Abordagem geral para a quantificação dos lucros cessantes	57
C.	Concorrentes existentes.....	58
(1)	Comparação no tempo.....	59
(2)	Outros métodos comparativos.....	62
D.	Bloqueio à entrada de concorrentes	62
E.	Indemnização pelos lucros cessantes futuros	64
III.	Quantificação dos danos para os clientes.....	65
A.	Recuperação das perdas	65
B.	Danos causados aos concorrentes na qualidade de clientes dos autores da infração .	67
	Lista de processos citados	68

DOCUMENTO DE TRABALHO DOS SERVIÇOS DA COMISSÃO

GUIA PRÁTICO

QUANTIFICAÇÃO DOS DANOS NAS AÇÕES DE INDEMNIZAÇÃO COM BASE NAS INFRAÇÕES AOS ARTIGOS 101.º E 102.º DO TRATADO SOBRE O FUNCIONAMENTO DA UNIÃO EUROPEIA

que acompanha a

COMUNICAÇÃO DA COMISSÃO

sobre a quantificação dos danos nas ações de indemnização com base nas infrações aos artigos 101.º e 102.º do Tratado sobre o funcionamento da União Europeia

PANORÂMA DO ÍNDICE

		<i>Ponto</i>
PARTE 1	CONTEXTO E ABORDAGEM GERAL DA QUANTIFICAÇÃO DOS DANOS NOS PROCESSOS DE CONCORRÊNCIA	1-25
I.	QUADRO JURÍDICO	1-10
A.	<i>O direito à reparação</i> O direito à reparação no direito da UE – princípios da efetividade e da equivalência[1].	1-2
B.	<i>Regras nacionais em matéria de quantificação e objetivo do presente Guia Prático</i> Infrações e causalidade [3]; Contexto nacional e da UE relativamente aos pedidos de indemnização [4]; Abordagens pragmáticas na legislação nacional [5]; Finalidade das Orientações [6]; Estatuto legal das Orientações [7-9].	3-10
II.	ABORDAGEM GERAL EM MATÉRIA DE QUANTIFICAÇÃO DOS DANOS NOS PROCESSOS DE CONCORRÊNCIA Definição do termo «indemnização pelos danos sofridos» [11,20]; «Cenário sem infração» [12]; Provas à disposição dos tribunais [14]; Principais etapas na quantificação [13-15]; Incertezas inerentes à quantificação dos danos [16-17].	11-20
III.	ESTRUTURA DO GUIA PRÁTICO	21-25
PARTE 2	MÉTODOS E TÉCNICAS	26-125
I.	PANORÂMICA Panorâmica dos diferentes métodos [27]; Métodos comparativos [27]; Outros métodos [28].	26-31
II.	MÉTODOS COMPARATIVOS Exemplo de uma análise comparativa [32]; Vantagens do método comparativo [37].	32-95
A.	<i>Métodos de estabelecimento de um cenário sem infração</i>	38-58
(1)	Comparação no tempo no mesmo mercado	38-48

	Pontos de referência diferentes para a comparação [39]; Ajustamentos aos dados [40]; Escolha entre várias abordagens [43]; Ponto final da infração [44]; Mercados oligopolistas [45].	
(2)	Comparação com os dados de outros mercados geográficos Similaridades suficientes entre mercados geográficos [50]; Mercados vizinhos [53].	49-53
(3)	Comparação com os dados relativos a outros mercados do produto	54-55
(4)	Combinação das comparações no tempo e entre mercados Método «diferença na diferença» [56]; Vantagens e desvantagens [58].	56-58
B.	Implementação do método na prática: técnicas para estimar o preço ou outra variável económica no cenário sem infração Possibilidade de utilizar dados imediatamente disponíveis [60]; Necessidade de ajustamento (causas alternativas) [61]; Escolha entre abordagens diferentes [62].	59-95
(1)	Técnicas simples: dados observados individuais, médias, interpolação e ajustamentos simples Dados disponíveis [64]; Utilização de médias [66]; Interpolação linear [67]; Identificação dos fatores de diferenciação [68].	63-68
(2)	Análise de regressão	69-90
a.	<i>Conceito e objeto da análise de regressão</i> O que é uma análise de regressão? [69]; Tipos de análise de regressão [71].	69-72
b.	<i>Exemplos e ilustrações</i> As bases de uma análise de regressão [73-76]; Análise de regressão com variáveis múltiplas (análise multivariada) [77]; Abordagem prospetiva [80].	73-80
c.	<i>Requisitos em matéria de aplicação da análise de regressão</i> Observações de dados [81-84]; Tratamento da incerteza (significância estatística) [87-88]; «Análise restrita» [90].	81-90
(3)	Escolha das técnicas Escolha das técnicas de quantificação e considerações de proporcionalidade [92-93].	91-95
III.	MODELOS DE SIMULAÇÃO, ANÁLISE BASEADA NOS CUSTOS E NO DESEMPENHO FINANCEIRO E OUTROS MÉTODOS	96-121
A.	Modelos de simulação Modelos de mercados oligopolistas [98]; Utilização de modelos de simulação [100]; Exemplo [101-105]; Vantagens e desvantagens da abordagem [-].	97-105
B.	Método baseado nos custos e no desempenho financeiro Abordagem de base [107]; Determinação dos custos relevantes [109]; Margem de lucro [111]; Método financeiro [114-118].	106-118
C.	Outros métodos	119-121
IV.	ESCOLHA DOS MÉTODOS	122-125
PARTE 3	QUANTIFICAÇÃO DOS DANOS CAUSADOS POR UM AUMENTO DOS PREÇOS	126-179
I.	EFEITOS DAS INFRAÇÕES CONDUCENTES A UM AUMENTO DOS PREÇOS Clientes diretos e indiretos [126]; Exemplos de infrações [127]; Dois tipos de danos: «preço adicional» e «efeito de volume»/«efeito de quantidade» [128].	126-135
II.	QUANTIFICAR O PREÇO ADICIONAL	136-174

A.	<i>Quantificação dos preços adicionais causados pelos cartéis</i>	137-171
(1)	Efeitos dos cartéis Definição das infrações de cartel [139]; Dados empíricos/estudos económicos sobre os efeitos globais dos cartéis [141-145].	139-145
(2)	Montante do preço adicional pago pelo cliente direto Apresentação de um exemplo prático de dano causado pelos cartéis aos clientes diretos [147].	146-160
a.	<i>Comparação no tempo</i> Aplicação do método de comparação no tempo no exemplo prático [149]; Adequação dos preços após a infração para efeitos de comparação [153].	149-154
b.	<i>Outros métodos comparativos</i> Comparação com preços de outro mercado geográfico [155]; preços de outro mercado de produto [160].	155-160
(3)	Repercussão dos preços adicionais Repercussão e redução das vendas/efeito de volume [162]; «Argumento de defesa» e ações de clientes indiretos contra infratores [164]; Abordagens de fundamentação das alegações de requerentes e requeridos [166]; Características do mercado passíveis de influenciar o grau de repercussão [167].	161-171
B.	<i>Quantificação dos preços adicionais causados por outros tipos de infrações conducentes a danos sob a forma de custos adicionais</i>	172-174
III.	QUANTIFICAÇÃO DOS DANOS CAUSADOS PELO EFEITO DE VOLUME	175-179
PARTE 4	QUANTIFICAR OS EFEITOS RESULTANTES DAS PRÁTICAS DE EXCLUSÃO	180-216
I.	EFEITOS DAS PRÁTICAS DE EXCLUSÃO Exclusão de concorrentes do mercado: evicção do mercado[180]; Efeitos das práticas de exclusão [181-182].	180-183
II.	QUANTIFICAÇÃO DOS DANOS CAUSADOS AOS CONCORRENTES	184-208
A.	<i>A dimensão temporal das práticas de exclusão</i>	185-187
B.	<i>Abordagem geral para a quantificação dos lucros cessantes</i> Criação do cenário contrafactual [188]; Cálculo dos lucros cessantes [189-190]; Possibilidade de instauração de ação apenas para parte dos danos sofridos [191].	188-193
C.	<i>Concorrentes existentes</i>	194-199
(1)	Comparação no tempo Exemplo prático [195-196]; Utilização das quotas de mercado [197].	195-198
(2)	Outros métodos comparativos	199
D.	<i>Bloqueio à entrada de concorrentes</i> Problemas específicos [200]; Exemplo prático [202-204].	200-205
E.	<i>Indemnização pelos lucros cessantes futuros</i>	206-208
III.	QUANTIFICAÇÃO DOS DANOS PARA OS CLIENTES	209-216
A.	<i>Recuperação</i> Exemplo num caso de fixação de preços predatórios [210-212]; Exemplo de empresa	210-214

B.	excluída [213]. <i>Danos causados aos concorrentes na qualidade de clientes dos autores da infração</i>	215-216
-----------	--	----------------

QUADRO DE EXEMPLOS	
<i>O cartel da farinha, [32], [147]</i>	
<i>Recusa de fornecer uma matéria-prima essencial para a produção de solventes comerciais [194], [195], [196], [208]</i>	
<i>O caso do equipamento médico [203], [205]</i>	
<i>O caso do equipamento médico [211], [214]</i>	

Parte 1 — Contexto e abordagem geral da quantificação dos danos nos processos de concorrência

I. QUADRO JURÍDICO

A. O direito à reparação

1. Qualquer pessoa lesada devido a uma infração aos artigos 101.º ou 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) tem o direito de ser indemnizada pelos danos que lhe foram causados. O Tribunal de Justiça da UE estabelece que este direito é garantido pelo Direito primário da UE¹. A reparação consiste em colocar a parte lesada na situação em que se teria encontrado se a infração não tivesse sido cometida. Por conseguinte, a reparação engloba a compensação não só do dano real sofrido (*damnum emergens*), mas também dos lucros cessantes (*lucrum cessans*), bem como o pagamento de juros². Por dano real, 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 infração³.
2. As ações cíveis com vista à reparação de um dano são normalmente dirimidas em tribunais nacionais.⁴ Na medida em que não vigora qualquer regulamentação da UE na matéria, incumbe à ordem jurídica interna de cada Estado-Membro definir as regras pormenorizadas que regem o exercício do direito à indemnização garantido pelo direito da UE. Tais regras não devem, contudo, tornar excessivamente difícil ou praticamente impossível o exercício dos direitos conferidos aos cidadãos pela ordem jurídica da UE (princípio da efetividade) e não devem ser menos favoráveis do que aquelas que regem as ações de indemnização intentadas por infração a direitos análogos conferidos pelo direito nacional (princípio da equivalência)⁵.

¹ Ver Processo C-453/99, *Courage*, Coletânea, 2001, p. I-6297, n.º 26; processos apensos C-295/04 a C-298/04, *Manfredi*, Col. 2006, p. I-6619, n.º 60; Processo C-360/09 *Pfleiderer*, Col. 2011, p. I-5161, n.º 36 e processo C-199/11, *Comunidade Europeia contra Otis NV e outros*, Col. 2012, s/n. Estes processos incidem sobre o artigo 101.º do TFUE (ex-artigo 81.º do Tratado CE), sendo todavia aplicáveis os mesmos princípios no que respeita ao artigo 102.º do TFUE (ex-artigo 82.º do Tratado CE) - Processo C-360/09 *Pfleiderer*, Col. 2011, p. I-5161, n.º 36.

² Processos apensos C-295/04 a C-298/04, *Manfredi*, Col. 2006, p. I-6619, n.º 95.

³ Ver parecer do Advogado-Geral Capotorti no processo 238/78 *Ireks-Arkady GmbH/Conselho e Comissão*, Coletânea 1979, p. 2955, n.º 9.

⁴ A jurisdição internacional do tribunal nacional é frequentemente determinada pelo Regulamento (CE) n.º 44/2001 do Conselho, de 22 de dezembro de 2000 relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial, JO L 12 de 16.1.2001, p. 1. Este regulamento foi recentemente substituído pelo Regulamento (UE) n.º 1215/2012 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, o qual, na sua maioria, entrará em vigor em 10 de janeiro de 2015. A lei substantiva que rege um determinado caso é frequentemente determinada por regulamentos da UE, em particular pelo artigo 6.º do Regulamento (CE) n.º 864/2007 relativo à lei aplicável às obrigações extracontratuais, JO L 199 de 31.7.2007, p. 40. As regras processuais aplicáveis são normalmente as regras em vigor no país do tribunal chamado a pronunciar-se sobre a matéria (*lex fori*). As ações instauradas com vista à reparação de danos também podem ser decididas por meio de tribunais arbitrais e por tribunais de países não pertencentes à UE.

⁵ Processo C-453/99, *Courage*, Col. 2001, p. I-6297, n.º 29; processos apensos C-295/04 a C-298/04, *Manfredi*, Col. 2006, p. I-6619, n.º 62.

B. Regras nacionais em matéria de quantificação e objetivo do presente Guia Prático

3. Numa ação de indemnização por danos incorridos em consequência de uma infração aos artigos 101.º ou 102.º do TFUE, os tribunais nacionais devem determinar se o requerente sofreu um dano devido à infração e, se for esse o caso, o montante a ser concedido ao requerente como compensação pelo dano em causa.⁶ Tal determinação (que consiste em avaliar e provar quantitativamente o dano causado) é muitas vezes uma tarefa difícil.⁷ Normalmente, essa determinação só é necessária quando o tribunal nacional se pronunciou sobre outros requisitos legais implicados numa ação de indemnização, em particular sobre uma infração e o nexo causal entre essa infração e os danos sofridos pelo requerente.⁸
4. O quadro legal em que os tribunais quantificam os danos encontra-se definido na legislação da UE e nas normas nacionais, incluindo:
 - os tipos de danos passíveis de serem indemnizados e as regras gerais em matéria de responsabilidade que regem os referidos pedidos de indemnização;
 - os requisitos em termos de nexo de causalidade ou de proximidade que estabelecem uma ligação entre o ato ilegal e o dano causado. O Tribunal de Justiça clarificou neste contexto que, não existindo regras ao nível da UE nesta matéria, compete à ordem jurídica interna regular as modalidades da aplicação do conceito de «nexo de causalidade», desde que sejam respeitados os princípios da equivalência e da efetividade⁹;
 - o quadro processual em que são decididos os pedidos de indemnização. As regras nacionais preveem geralmente uma repartição do ónus da prova e das responsabilidades entre as partes no que respeita aos elementos de facto a apresentar ao tribunal¹⁰;
 - o tipo de prova adequado, que pode variar consoante as diferentes fases do procedimento, podendo também divergir consoante se trate da responsabilidade pelos danos ou do montante da indemnização;
 - a medida e a forma segundo a qual os tribunais são competentes para quantificar os danos sofridos com base nas melhores estimativas aproximativas ou considerações de equidade; e
 - a admissibilidade e o papel das provas (e, nomeadamente das provas dos peritos) no âmbito de uma ação cível e sua avaliação.

⁶ O presente Guia Prático incide apenas sobre a avaliação dos danos no âmbito dos pedidos de indemnização financeira (monetária). Apesar de o presente documento não abranger especificamente a determinação da compensação a atribuir no âmbito de outro tipo de medidas corretivas ao abrigo do direito civil, pode eventualmente fornecer indicações suscetíveis de serem úteis para efeitos dessa determinação, nomeadamente no que respeita às ações de restituição.

⁷ Ver em maior pormenor os pontos 11 e seguintes na Secção II.

⁸ Ver o art. 16.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003. O presente documento não incide especificamente sobre a questão de saber se uma determinada prática infringe ou não os artigos 101.º ou 102.º do TFUE.

⁹ Ver processos apensos C-295/04 a C-298/04, *Manfredi*, Coletânea 2006, p. I-6619, n.ºs 61, 64; processo C-453/99 *Courage* Coletânea 2001, p. I-6297, n.º 29.

¹⁰ Para um exemplo da repartição desse ónus, ver *Kammergericht Berlin* (Tribunal Regional Superior de Berlim), decisão de 1 de outubro de 2009, processo n.º 2 U 10/03 Kart (*Vitaminpreise*).

5. Os legisladores e tribunais nacionais têm frequentemente adotado, no âmbito do seu quadro jurídico, abordagens pragmáticas para determinar o montante da indemnização a conceder, por exemplo, estabelecendo presunções. É possível inverter o ónus da prova, por exemplo, a partir do momento em que uma parte tiver apresentado um determinado número de factos e de provas. De igual forma, o direito dos Estados-Membros pode prever que os lucros ilegais realizados pelo(s) autor(es) da infração desempenham um papel, direta ou indiretamente, na determinação dos danos causados à parte lesada.¹¹
6. O objetivo do presente Guia Prático consiste em colocar à disposição dos tribunais e das partes nas ações de indemnização as conclusões de ordem económica ou prática, suscetíveis de serem úteis aquando da aplicação das normas e práticas nacionais. Para o efeito, o Guia Prático apresenta uma panorâmica dos danos causados pelas práticas anticoncorrenciais proibidas pelo Tratado, bem como informações sobre os principais métodos e técnicas disponíveis para a quantificação desses danos¹². As orientações poderão ajudar o requerente a apresentar os factos relativos à quantidade de danos e ajudar o requerido a pronunciar-se sobre os factos apresentados pelo requerente. As orientações poderão igualmente ajudar as partes a obter uma resolução consensual dos litígios, dentro ou fora do quadro dos processos judiciais ou dos mecanismos alternativos de resolução de litígios.
7. O presente Guia Prático é meramente informativo, não vincula os tribunais nacionais, nem altera as disposições jurídicas aplicáveis nos Estados-Membros em matéria de ações de indemnização, com base em infrações aos artigos 101.º ou 102.º do TFUE.¹³
8. Em especial, saber quais os métodos e as técnicas descritos no presente Guia Prático suscetíveis de serem considerados adequados num determinado processo dependerá da legislação nacional, aplicada em conformidade com os princípios da efetividade e da equivalência. Entre os elementos a ter em conta neste contexto figurarão provavelmente os seguintes:
- a conformidade de um determinado método ou técnica com as normas requeridas nos termos do direito nacional,
 - a possibilidade de a parte sobre a qual recai o ónus da prova dispor de dados suficientes para aplicar esse método ou técnica e
 - a proporcionalidade dos encargos e dos custos relevantes à luz do montante do pedido de indemnização em causa.

Podem surgir dificuldades excessivas no exercício do direito à indemnização garantida pela legislação da UE e, por conseguinte, preocupações à luz do princípio da efetividade se, por exemplo, os custos forem desproporcionados ou os requisitos

¹¹ Ver ponto 146 na Parte 3.

¹² Na elaboração do presente Guia Prático, a Comissão considerou útil a contribuição fornecida por vários estudos por ela encomendados, bem como os comentários recebidos de peritos externos; ver <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/index.html>.

¹³ Nem afeta os direitos e obrigações dos Estados-Membros e das pessoas singulares e coletivas sob a jurisdição da UE.

excessivos no que respeita ao grau de certeza e à precisão da quantificação dos danos sofridos.¹⁴

9. Nada no presente Guia Prático deve ser entendido como contrário à utilização de abordagens mais pragmáticas ou como conducente ao reforço ou à redução do tipo de prova ou ainda do nível de pormenor dos elementos de facto apresentados pelas partes exigido pelos ordenamentos jurídicos nacionais dos Estados-Membros. Na verdade, pode ser suficiente nalguns casos que as partes facultem dados e elementos de prova sobre o montante da indemnização de teor menos pormenorizado do que os métodos e as técnicas debatidos no presente Guia Prático.
10. É de observar também que as informações de teor económico sobre os danos causados pelas infrações às regras da concorrência e os métodos e as técnicas para quantificar esses danos podem evoluir ao longo do tempo, juntamente com a investigação teórica e empírica e a abordagem adotada pelos tribunais neste domínio. Por conseguinte, o presente documento não deve ser considerado exaustivo.

II. ABORDAGEM GERAL EM MATÉRIA DE QUANTIFICAÇÃO DOS DANOS NOS PROCESSOS DE CONCORRÊNCIA

11. Uma indemnização pelos danos sofridos tem como objetivo colocar a pessoa lesada na situação em que se teria encontrado se a infração aos artigos 101.º ou 102.º do TFUE não tivesse sido cometida: a situação real da pessoa lesada deve ser comparada com a situação em que se teria encontrado na ausência da infração. Esta avaliação é por vezes denominada «análise contrafactual».
12. A questão fulcral em matéria de quantificação dos danos no domínio das práticas concertadas ou abusos de posição dominante consiste, por conseguinte, em determinar o que teria ocorrido na ausência da infração. Uma vez que esta situação hipotética não pode ser observada diretamente, é necessário proceder a uma estimativa para obter um cenário de referência realista com o qual a situação real possa ser comparada. Este cenário de referência é designado «cenário sem infração» ou «cenário contrafactual».
13. Em termos específicos, o ponto de partida para determinar se uma infração prejudicou, de facto, o requerente e, em caso afirmativo, o montante do dano, são as especificidades do caso e as provas apresentadas perante o tribunal (incluindo decisões das autoridades da concorrência). A (alegada) infração em concreto e a forma como pode afetar um mercado em específico devem ser a base de qualquer determinação do montante do dano causado pela infração.
14. Em certos casos, os tribunais nacionais podem usar meios de prova direta relevantes para a quantificação do dano, tais como documentos produzidos por uma empresa infratora relativos a um acordo e um aplicação de aumento de preços ou resultantes de avaliações à sua evolução em termos de posicionamento no mercado. Podem ainda ser usados os depoimentos orais de testemunhas. A disponibilidade de tais provas pode desempenhar um papel importante quando um tribunal decide se e qual dos métodos e técnicas abaixo descritos pode a parte utilizar para proceder em conformidade com as regras nacionais relativas ao ónus da prova.

¹⁴ Ver igualmente os pontos 16 e 17.

15. O tipo de danos invocado pelo requerente para ser indemnizado determinará quais as variáveis económicas (como os preços, os volumes de vendas, os lucros, os custos ou as quotas de mercado) a ter em conta. Por exemplo, num cartel conducente a um aumento dos preços para os seus clientes, deve ser estimado o preço que teria sido imputado na ausência da infração, tendo em vista a criação de um ponto de referência que permita a sua comparação com o preço efetivamente pago por estes clientes. Num caso de abuso de posição dominante, que resulte na evicção dos concorrentes do mercado, os lucros cessantes destes últimos podem ser avaliados, comparando o seu volume de negócios e as suas margens de lucro reais com o volume de negócios e as margens de lucro que teriam provavelmente realizado na ausência da infração.
16. É impossível determinar de forma exata a forma como um mercado teria evoluído na ausência da infração aos artigos 101º ou 102º do TFUE. Os preços, os volumes de vendas e as margens de lucro dependem de uma série de fatores e de interações complexas e, muitas vezes, estratégicas, entre os operadores do mercado que não são fáceis de estimar. Deste modo, a estimativa do cenário hipotético em caso de não infração basear-se-á, em princípio, numa série de pressupostos¹⁵. Na prática, a indisponibilidade de dados ou a impossibilidade de acesso aos mesmos agravará muitas vezes esta limitação intrínseca.
17. Por estas razões, a quantificação dos danos nos processos de concorrência está sujeita, pela sua própria natureza, a limitações significativas quanto ao grau de certeza e de exatidão que será de esperar. Não é possível determinar um montante único e «real» dos danos sofridos, sendo apenas possível chegar às melhores estimativas com base em hipóteses e aproximações¹⁶. As normas jurídicas nacionais aplicáveis e a sua interpretação devem refletir estes limites inerentes à quantificação dos danos nas ações de indemnização por infração aos artigos 101º e 102º do TFUE, em conformidade com o princípio da efetividade consagrado no direito da UE, para que o exercício do direito de indemnização garantido pelo Tratado não se torne praticamente impossível ou excessivamente difícil.
18. O presente Guia Prático delineia uma série de métodos e técnicas que foram desenvolvidos nos domínios económico e jurídico para determinar um cenário de referência adequado e estimar o valor da variável económica pertinente (p.ex. num cartel, o preço provavelmente cobrado pelo produto se a infração não tivesse ocorrido)¹⁷. Os métodos e técnicas em abordagens diferentes e diferem em termos dos postulados subjacentes e ainda a nível da diversidade e do grau de pormenor dos

¹⁵ Os limites e as implicações de qualquer avaliação de uma situação hipotética desse tipo foram reconhecidos pelo Tribunal de Justiça (no contexto da quantificação dos lucros cessantes no âmbito de uma ação de indemnização contra a Comunidade Europeia no setor agrícola): «o lucro cessante não é fruto de um simples cálculo matemático, mas o resultado de uma operação de avaliação e apreciação de dados económicos complexos. O Tribunal de Justiça é, deste modo, chamado a avaliar atividades económicas que possuem, em grande parte, um carácter hipotético. Por conseguinte, à semelhança do juiz nacional, dispõe de uma margem de apreciação importante quer relativamente aos valores e dados estatísticos a considerar, quer, sobretudo, no que respeita à utilização destes para o cálculo e avaliação do prejuízo», ver processos apensos C-104/89 e C-37/90 *Mulder e outros/Conselho e Comissão*, Coletânea 2000, p.I-203, n.º 79.

¹⁶ Para um exemplo da reconstrução de um cenário contrafactual por um tribunal nacional e das questões decorrentes de hipóteses subjacentes, ver por exemplo *Competition Appeal Tribunal* (Tribunal de Recurso da Concorrência), decisão de 28 de março de 2013, processo n.º 1166/5/7/10 (*Albion Water Limited contra Dŵr Cymru Cyfyngedig*).

¹⁷ Ver Parte 2.

dados necessários. Variam igualmente na medida em que controlam outros fatores que não a infração, suscetíveis de terem afetado a situação do requerente. Consequentemente, o grau de dificuldade, o tempo necessário e os custos inerentes à aplicação destes métodos e técnicas podem divergir.

19. Uma vez estimado o valor da variável económica pertinente (como os preços, a margem de lucro ou os volumes das vendas) no cenário hipotético sem infração, impõe-se uma comparação com as circunstâncias reais (por exemplo, o preço realmente pago pela pessoa lesada) para quantificar os danos causados pela infração aos artigos 101.º ou 102.º do TFUE.
20. Também deve ser tida em conta a necessidade de pagamento de juros de mora. A concessão de juros constitui uma componente essencial da indemnização. Como salientado pelo Tribunal de Justiça, a plena reparação dos danos sofridos deve incluir a reparação das consequências desfavoráveis resultantes do lapso de tempo decorrido desde a produção dos danos causados pela infração¹⁸. Estes efeitos consistem numa desvalorização monetária¹⁹ e na oportunidade perdida para a parte lesada de dispor desse capital²⁰. O direito nacional pode ter em conta estes efeitos sob a forma de juros legais ou outros tipos de juros, desde que sejam consentâneos com os princípios supramencionados da efetividade e da equivalência.

III. ESTRUTURA DO GUIA PRÁTICO

21. Qualquer pedido de indemnização baseia-se no argumento de que uma infração aos artigos 101.º ou 102.º do TFUE teve consequências desfavoráveis para a situação do requerente. Em termos gerais, pode ser estabelecida uma distinção entre duas grandes categorias de efeitos danosos de tais infrações:
 - (a) As infrações podem resultar num aumento dos preços pagos pelos clientes das empresas infratoras²¹. Entre as infrações que produzem um efeito deste tipo, encontram-se as práticas de cartel proibidas pelo artigo 101.º do TFUE, tais como a fixação de preços, a repartição dos mercados ou os cartéis que limitam a produção. Também a exploração abusiva na aceção do artigo 102.º do TFUE pode ter o mesmo efeito.

¹⁸ Ver Processo C-271/91, *Marshall*, Coletânea 1993, p. I-4367, n.º 31; processos apensos C-295/04 a C-298/04, *Manfredi*, Coletânea. 2006, p. I-6619, n.º 97; Ver igualmente Comissão Europeia, Livro Branco sobre ações de indemnização por incumprimento das regras comunitárias no domínio antitrust (COM(2008) 165), secção 2.5 e o documento de trabalho da Comissão que o acompanha (SEC(2008) 404), ponto 187.

¹⁹ Ver processo C-308/87 *Grifoni II*, Coletânea 1994, p.I-341, n.º 40 e Parecer do Advogado-Geral Tesouro no processo C-308/87 *Grifoni II*, Coletânea 1994, p.I-341, n.º 25; processos apensos C-104/89 e C-37/90, *Mulder e outros/Conselho e Comissão*, Coletânea 2000, p. I-203, n.º 51. No contexto da perda do poder de compra, ver processos apensos T-17/89, T-21/89 e T-25/89 *Brazzelli Lualdi*, Coletânea 1992, p.II-293, n.º 40.

²⁰ Parecer do Advogado-Geral Saggio nos processos apensos C-104/89 e C-37/90, *Mulder e outros/Conselho e Comissão*, Coletânea 2000, p. I-203, n.º 105.

²¹ Quando a infração afeta a atividade de aquisição dos autores da infração, o efeito correspondente consistirá na diminuição dos preços de compra que estas empresas devem pagar aos seus fornecedores. Ver ponto 117 da Parte 3, Secção 1, para mais pormenores.

O aumento dos preços significa que os clientes que adquirem o produto ou o serviço afetado²² pagam um custo adicional. Além disso, um aumento dos preços pode também conduzir a uma menor procura e implicar lucros cessantes para os clientes que utilizam o produto para as suas próprias atividades comerciais²³.

- (b) As empresas podem igualmente infringir os artigos 101.º e 102.º do TFUE através da adoção de práticas ilegais que excluem os concorrentes do mercado ou reduzem a sua quota de mercado²⁴. Entre os exemplos mais típicos figuram os abusos de posição dominante, consistindo na compressão das margens, em preços predatórios ou em vendas subordinadas ou ainda em determinados acordos de exclusividade verticais entre os fornecedores e os distribuidores que são contrários ao direito da concorrência²⁵. Tais práticas têm um efeito significativo sobre os concorrentes, que sofrem as consequências nefastas daí decorrentes, na medida em que são privados de oportunidades comerciais e de lucros neste mercado. Quando a prática evicção dos concorrentes é coroada de êxito e se regista uma diminuição das pressões concorrenciais num mercado, os clientes também acabarão por ser prejudicados, geralmente sob a forma de um aumento dos preços.
22. As infrações aos artigos 101.º e 102.º do TFUE podem igualmente ter outros efeitos nefastos como, por exemplo, um impacto negativo na qualidade dos produtos e na inovação. O Guia Prático centra-se nas duas categorias principais de danos e nas categorias de partes lesadas descritas no ponto 21²⁶. Os métodos e as técnicas descritos no Guia Prático podem, não obstante, ser igualmente úteis em ações de indemnização relativas a outros tipos de danos e a outras partes lesadas.
23. A Parte 3 do Guia Prático aborda mais especificamente a quantificação do tipo de danos a que se refere a alínea a) do ponto 20. Esta parte inclui uma descrição dos principais efeitos no mercado dos aumentos de preços resultantes de uma infração e ilustra a forma como estes tipos de danos (designadamente os resultantes do pagamento de um valor adicional e os associados a uma redução da procura) podem ser quantificados.
24. A Parte 4 do Guia Prático aborda mais especificamente a quantificação do tipo de danos a que se refere a alínea b) do ponto 20. Esta parte inclui uma descrição dos efeitos possíveis da evicção dos concorrentes do mercado e ilustra, através de exemplos, a forma como estes tipos de danos (designadamente, os lucros cessantes dos concorrentes excluídos e os danos causados aos clientes) podem ser quantificados.

²² Para facilitar a exposição, em seguida será apenas feita referência aos «produtos» afetados por uma infração, que deve ser todavia entendida como abrangendo igualmente os «serviços» afetados.

²³ Ver pontos 111 e seguintes da Parte 3, Secção I, para mais pormenores.

²⁴ Ver processo C-209/10 *Post Danmark*, ainda não relatado, pontos 22, 23 e 24.

²⁵ Acordos verticais são os acordos celebrados entre empresas situadas em diferentes níveis da cadeia de distribuição.

²⁶ O Guia Prático não aborda especificamente a situação de outras pessoas que não as descritas nas alíneas a) e b) do ponto 21, apesar de outras pessoas (como os fornecedores dos autores da infração ou os clientes dos concorrentes cumpridores dos autores da infração) poderem igualmente vir a ser lesadas pelas infrações conducentes a preços excessivos ou à evicção de concorrentes do mercado. Ver também a nota 106.

25. Os principais métodos e técnicas disponíveis para quantificar os danos resultantes de infrações aos artigos 101.º ou 102.º do TFUE são aplicáveis, em geral, a todos os tipos de danos causados por estas infrações. A Parte 2 do Guia Prático apresenta uma perspetiva geral destes métodos e técnicas, fornecendo mais informações sobre os pressupostos básicos em que assentam, para além de explicar a sua aplicação na prática.

Parte 2 — métodos e técnicas

I. PANORÂMICA GERAL

26. É possível recorrer a vários métodos para conceber um cenário sem infração tendo em vista a quantificação dos danos nas ações de indemnização nos processos de concorrência.
27. Os métodos mais frequentemente utilizados pelas partes e pelos tribunais consistem em estimar o que teria ocorrido na ausência da infração, analisando para o efeito os períodos que precederam ou seguiram a infração ou outros mercados não afetados pela infração. Esses métodos comparativos consideram os dados (preços, volumes de venda, margens de lucro ou outras variáveis económicas) observados no período ou nos mercados não afetados como um parâmetro indicativo da situação que teria prevalecido (cenário hipotético) na ausência da infração. A aplicação destes métodos é, por vezes, aperfeiçoada pela utilização de técnicas econométricas, que combinam a teoria económica com os métodos estatísticos ou quantitativos para identificar e medir as relações económicas entre variáveis. Vários métodos comparativos e as técnicas utilizadas para a aplicação destes métodos são em seguida descritos na Secção II (pontos 32 a 95).
28. Outros métodos que não os comparativos são abordados mais à frente na Secção III (pontos 96 a 121). Um destes métodos recorre aos modelos económicos adaptados ao mercado real para simular a situação que teria provavelmente prevalecido na ausência da infração. Estes modelos recorrem à teoria económica para explicar o funcionamento provável de um mercado, à luz das suas características principais (por exemplo, o número de concorrentes, a forma como concorrem entre si, o grau de diferenciação dos produtos e as barreiras à entrada). Entre outros métodos, figura um baseado nos custos, que assenta nos custos de produção do produto em causa, bem como numa margem de lucro «razoável» para estimar o cenário hipotético em caso de não infração ou as abordagens financeiras que têm como ponto de partida o desempenho financeiro do requerente ou do requerido.
29. Cada um destes métodos e técnicas apresenta características específicas, para além de vantagens e desvantagens que lhes são próprias, que as podem tornar mais ou menos adequadas para estimar os danos sofridos num dado conjunto de circunstâncias. Em especial, divergem quanto à medida em que se baseiam em dados correspondentes ao resultado de interações reais no mercado ou em postulados assentes na teoria económica e quanto à forma como neutralizam ou não outros fatores que não a infração, suscetíveis de terem afetado o requerente da indemnização. Além disso, os métodos e as técnicas diferem no que diz respeito à sua simplicidade de utilização e ao tipo e volume de dados que requerem.
30. Muito embora estes métodos visem reconstruir a forma como o mercado em causa teria evoluído na ausência da infração, os elementos de prova mais diretamente acessíveis às partes e ao tribunal (por exemplo, documentos internos das empresas que cometeram a infração relativamente ao aumentos de preços acordados) podem

igualmente fornecer, ao abrigo da regulamentação nacional aplicável, informações úteis para a avaliação do montante da indemnização num dado caso²⁷.

31. Na Secção IV são apresentados alguns pontos de vista sobre a seleção do método, que normalmente dependerá das características específicas desse caso e dos requisitos nos termos da legislação aplicável.

II. MÉTODOS COMPARATIVOS

32. Para entender a forma como os métodos comparativos funcionam na prática, é útil conceber um exemplo (inteiramente fictício) de uma ação de indemnização com base numa infração ao artigo 101.º do TFUE que assume a forma de um cartel hipotético²⁸.

Cartel da farinha

Partamos da hipótese que a autoridade de concorrência nacional verificou que todas as empresas de moagem num determinado Estado-Membro haviam fixado conjuntamente os preços de moagem de cereais e de produção da farinha.

Partamos da hipótese que a autoridade de concorrência nacional verificou que todas as empresas de moagem num determinado Estado-Membro haviam fixado conjuntamente os preços de moagem de cereais e de produção da farinha.

33. A questão fundamental que se coloca quanto à quantificação dos danos no exemplo supramencionado consiste em determinar o preço que a padaria requerente teria pago pela farinha na ausência da infração. Se for utilizado um método comparativo para o efeito, este comparará o preço faturado durante a infração com o preço num cenário sem infração, que é determinado com base nos preços observados

- no mesmo mercado num período anterior e/ou posterior à infração (1); ou
- num mercado geográfico distinto, mas semelhante (2); ou
- num mercado do produto distinto mas semelhante (3).

É também possível combinar uma comparação no tempo com uma comparação entre mercados diferentes em termos geográficos ou de produto (4).

34. No exemplo do cartel de farinha, os métodos aplicados centrar-se-ão nos preços. É todavia igualmente possível recorrer a estes métodos para estimar outras variáveis económicas, como as quotas de mercado, as margens de lucro, a taxa de remuneração do capital, o valor dos ativos ou o nível de custos de uma empresa. A variável

²⁷ Para um exemplo de uma abordagem deste tipo, ver *Oberlandesgericht Karlsruhe* (Tribunal Regional Superior de Karlsruhe), decisão de 11 junho de 2010, processo n.º 6 U 118/05, em que os aumentos de preços especificamente acordados pelos autores da infração, que eram empresas participantes num cartel, foram utilizados para determinar o montante da indemnização, nos termos das normas jurídicas aplicáveis sobre a repartição das responsabilidades em matéria de estabelecimento dos factos («*fact pleading*») e a obtenção de provas «prima facie». Esta parte da decisão foi confirmada por recurso para o *Bundesgerichtshof* (Tribunal Federal de Justiça), decisão de 28 de junho de 2011, processo n.º KZR 75/10.

²⁸ Este exemplo é explicado em maior pormenor no ponto 147.

económica suscetível de ser considerada útil para a quantificação dos danos sofridos dependerá das circunstâncias do caso em apreço.

35. Os dados utilizados nessa comparação entre mercados ou no tempo podem incidir sobre o mercado no seu conjunto (isto é, preço médio da farinha faturado a todas as padarias que operam num mercado geográfico limítrofe) ou apenas sobre determinados operadores no mercado (ou seja, o preço da farinha faturado a certos grupos de clientes como os compradores grossistas que operam num mercado limítrofe).
36. Pode também ser útil, nomeadamente nos casos relacionados com práticas de exclusão, comparar os dados relativos a um único operador no mercado. Uma comparação desse tipo entre empresas individuais, ou seja, entre a parte lesada e uma empresa comparável suficientemente semelhante, pode por exemplo consistir em comparar os lucros realizados por uma empresa que procura entrar num novo mercado em que se defrontou com práticas de exclusão, contrárias às regras de concorrência da UE, e os lucros realizados por um novo operador comparável num mercado geográfico distinto mas semelhante, não afetado por práticas anticoncorrenciais. As Secções A.1 a 4 englobam tanto as comparações baseadas em dados de mercado agregados como em dados agregados coligidos a nível das empresas²⁹.
37. A vantagem de todos os métodos comparativos reside no facto de se basearem em dados reais e observados num mercado idêntico ou semelhante³⁰. Os métodos comparativos assentam no postulado de que o cenário de comparação pode ser considerado representativo da situação que provavelmente prevaleceria em caso de não infração e que a diferença entre os dados observados durante a infração e os dados escolhidos a título comparativo resulta da infração cometida. Os níveis de concorrência e concentração nos mercados, as características de custos e procura e os obstáculos à entrada são alguns dos aspetos mais importantes para a determinação do grau de semelhança entre dois mercados. A questão de saber se o grau de semelhança entre o mercado em que ocorreu a infração e o mercado de comparação ou entre os lapsos de tempo em causa é suficiente para que os resultados de tal comparação sejam utilizados na quantificação dos danos depende dos ordenamentos jurídicos nacionais.³¹ No caso de existirem diferenças significativas entre os períodos ou os mercados relevantes, podem ser utilizadas várias técnicas para ter em conta essas diferenças.³²

²⁹ A comparação com os dados de outra empresa poderia, teoricamente, ser efetuada não apenas no que respeita às empresas que desenvolvem as suas atividades num *outro* mercado geográfico ou mercado do produto, conforme debatido nas Secção 2-4 *infra*, mas também com os dados relativos às empresas que operam no *mesmo* mercado de produto e geográfico que a parte lesada. Na prática, tais comparações intramercado acabam por não assumir um papel importante, eventualmente porque pode ser difícil identificar uma outra empresa suficientemente comparável no mesmo mercado que não tenha sido afetada pela infração. Por conseguinte, as secções subsequentes não debatem em maior pormenor tais comparações no âmbito do mesmo mercado.

³⁰ Este aspeto é sublinhado, por exemplo, pelo *Bundesgerichtshof* (Tribunal Federal de Justiça, Alemanha), decisão de 19 de junho de 2007, processo n.º KRB 12/07 (Cartel do comércio por grosso de papel)

³¹ Para informações mais pormenorizadas, ver ponto 94. Para um exemplo das questões que podem surgir ao analisar a comparabilidade dos dados, ver, por exemplo, a decisão do *Tribunal Administratif de Paris* (Tribunal Administrativo de Paris) de 27 de março de 2009, *SNCF contra Bouygues*.

³² Para informações mais pormenorizadas, ver pontos 59-95 na Secção B.

A. Métodos para determinar um cenário sem infração

(1) Comparação no tempo no mesmo mercado

38. Um método frequentemente utilizado consiste em comparar a situação real durante o período em que a infração produziu efeitos com a situação no mesmo mercado antes de a infração ter produzido efeitos ou após o seu termo³³. Por exemplo, no caso de uma empresa ter abusado da sua posição dominante mediante a evicção de um concorrente do mercado durante 2004 e 2005, o método poderia comparar, entre outros, os lucros realizados pelo concorrente durante o período da infração e os realizados em 2002 e 2003, quando não havia ainda sido cometida qualquer infração³⁴. Outro exemplo consistiria num cartel de fixação de preços (tal como o cartel da farinha acima referido), vigente de 2005 a 2007, em relação ao qual o método compararia o preço pago pelos clientes do cartel durante o período da infração com o preço pago pelos clientes num período após a infração, por exemplo, em 2008 e 2009³⁵.
39. Existem, em princípio, três parâmetros de referência diferentes, que podem ser utilizados para efeitos de uma comparação no tempo³⁶:
- O período *anterior* à infração (comparação «antes e durante» — no exemplo do cartel da farinha: comparação entre os preços pagos pela farinha no mesmo mercado *antes* da infração produzir efeitos e os que registaram uma variação decorrente da infração);
 - O período *posterior* à infração (comparação «durante e após» — no exemplo do cartel da farinha: comparação entre os preços que registaram uma variação decorrente da infração e os pagos no mesmo mercado *após* o termo da infração); e
 - Simultaneamente, um período *anterior* e um período *posterior* à infração (comparação «antes, durante e após»).
40. Uma escolha judiciosa do período de referência e do tipo de dados a utilizar exigirá normalmente um bom conhecimento do setor em causa e tomar como ponto de partida o caso em questão. A escolha será igualmente influenciada pela disponibilidade dos dados e pelos requisitos decorrentes da regulamentação aplicável no que respeita ao tipo de prova e ao ónus da prova.

³³ Ver, por exemplo, *Corte d'Appello di Milano* (Tribunal de Recurso de Milão), decisão de 11 de julho de 2003, (*Bluvacanze*) e *Corte d'Appello di Milano* (Tribunal de Recurso de Milão), decisão de 3 de fevereiro de 2000, processo n.º I, 308 (*Inaz Paghe/Associazione Nazionale Consulenti del Lavoro*) (em ambos os casos, comparação antes, durante e após); *Landgericht Dortmund* (Tribunal Regional de Dortmund), decisão de 1 de abril de 2004, processo n.º 13 O 55/02 Kart (*Vitaminpreise*) (comparação durante e após); *Landesgericht für Zivilrechtssachen Graz* (Tribunal Civil Regional de Graz), decisão de 17 de agosto de 2007, processo n.º 17 R 91/07 p (*Escola de condução*) (em que é aceite uma comparação durante e após).

³⁴ Para exemplos mais pormenorizados da aplicação deste método nos casos de práticas de exclusão, ver Parte 4.

³⁵ Para exemplos mais pormenorizados da aplicação deste método em casos de infrações conducentes a um preço excessivo, ver Parte 3.

³⁶ O método de comparação no tempo é igualmente denominado o «método antes e após» ou o «método-padrão».

41. Uma vantagem de todos os métodos que comparam, no tempo, os dados relativos aos *mesmos* mercados geográfico e do produto reside no facto de as características de mercado, como o grau de concorrência, a estrutura do mercado, os custos e as características da procura poderem ser mais comparáveis do que uma comparação entre diferentes mercados do produto ou geográficos.
42. No entanto, as comparações no tempo podem igualmente fazer transparecer diferenças entre duas séries de dados que não se devem unicamente à infração. Em tais casos, pode ser útil proceder a ajustamentos nos dados observados no período comparativo a fim de ter em conta as diferenças face ao período em que a infração foi cometida³⁷ ou escolher um outro período ou mercado comparativo. Por exemplo, no caso de infrações de longa duração, o pressuposto de que os preços faturados há dez anos se teriam mantido inalterados ao longo do tempo na ausência da infração é provavelmente excessivo, pelo que se poderá optar, por exemplo, por uma comparação *tanto* com o período anterior *como* com o período posterior à infração. No caso das infrações de longa duração, pode ser igualmente útil abordar questões práticas relativas à comparabilidade dos dados que resultem de alterações na forma como os dados foram registados pelas empresas (por exemplo, alterações nas práticas contabilísticas ou no *software* de organização dos dados).
43. No caso de haver dados disponíveis, a escolha entre uma comparação «antes e após», «durante e após» ou «antes, durante e após» pode ser determinada por uma série de fatores. É muito pouco provável a identificação de um período de referência em que as condições de mercado corresponderão exatamente às que teriam prevalecido durante o período da infração na ausência desta última. É apenas possível identificar um período suficientemente semelhante que permitirá reconstruir um cenário sem infração razoável. Os fatores a ter em conta neste contexto poderão incluir a incerteza quanto aos períodos de tempo em que a infração não produziu efetivamente qualquer impacto. Algumas infrações são desencadeadas ou chegam ao seu termo de forma progressiva, perdurando muitas vezes dúvidas quanto ao início de uma infração e, nomeadamente, dos seus efeitos. Na realidade, as decisões das autoridades de concorrência fazem regularmente alusão a elementos de prova que permitem concluir que a infração pode ter sido iniciada antes do período indicado como o período da infração para efeitos da decisão³⁸. A análise econométrica dos dados observados pode ser uma forma de identificar o momento em que uma infração começou ou deixou de produzir efeitos.
44. O termo de uma infração e dos seus efeitos são mais fáceis de determinar do que o respetivo início, mas também neste contexto podem surgir incertezas quanto ao facto de o período imediatamente subsequente ao termo da infração não ser afetado pelo comportamento anticoncorrencial³⁹. Por exemplo, quando se verificam atrasos no restabelecimento das condições de mercado que vigoravam antes da infração, a utilização de dados imediatamente após a infração pode levar a que os efeitos da

³⁷ Em relação a esses ajustamentos e, nomeadamente, à possibilidade de utilizar a análise de regressão, ver pontos 59-95 na Secção B.

³⁸ É possível que uma autoridade de concorrência limite a existência de uma infração a um determinado período, muito embora a infração possa ter tido, na realidade, uma duração mais longa.

³⁹ Ver decisão do *Oberlandesgericht Karlsruhe* (Tribunal Regional Superior de Karlsruhe), de 11 de junho de 2010, no processo n.º 6 U 118/05, que constitui um exemplo em que um tribunal nacional decidiu que os preços faturados ao longo dos cinco meses após o termo da infração continuavam a ser influenciados pelo cartel.

infração sejam subestimados. Pode igualmente suceder que os preços sejam, durante um curto período após o termo de um cartel, particularmente baixos, uma vez que as empresas poderão temporariamente adotar estratégias de preços agressivas até ser alcançado um equilíbrio «normal» do mercado, ou seja, uma situação caracterizada pela ausência de qualquer infração.

45. Mais especificamente, nos mercados oligopolistas, pode surgir um outro problema, a saber, o facto de os participantes num cartel poderem tirar partido das informações adquiridas através da operação do cartel para continuar a coordenarem o seu comportamento após ter sido posto termo a este último, sem infringir o artigo 101.º. Nestas circunstâncias, os preços após a infração são suscetíveis de serem mais elevados do que na ausência da infração, servindo apenas para estimar um limite inferior dos danos sofridos. O período anterior à infração pode constituir um parâmetro de referência mais adequado quando as características fundamentais do mercado se alteraram profundamente no período final da infração devido a fatores exógenos (p.ex. um acentuado aumento dos custos das matérias-primas ou aumento da procura do produto em causa)⁴⁰.
46. Não obstante, mesmo quando subsistem dúvidas quanto ao facto de um dado período ter sido, antes ou após a infração, afetado pela infração, este período pode, em princípio, servir de período de referência para obter uma estimativa segura do limite inferior dos danos sofridos (ou «danos mínimos»)⁴¹.
47. Em determinadas circunstâncias, o cenário sem infração pode ser estimado de forma judiciosa com base em dois períodos de referência (antes e após a infração), utilizando por exemplo uma média destes períodos ou outras técnicas para refletir a tendência da evolução das condições de mercado durante a infração⁴². Os dados anteriores à infração podem igualmente ser utilizados para caracterizar o período de referência até um determinado ponto do período da infração correspondente ao momento em que se verifica uma alteração significativa nas condições do mercado, e os dados posteriores à infração a título de período de referência para o período subsequente.
48. De igual forma, a escolha dos dados pode contribuir para criar uma base suficientemente homogénea para efeitos de comparação: pode haver casos em que os dados agregados, tais como os preços médios praticados no setor (ou por determinados grupos de empresas) são suficientemente representativos⁴³, enquanto noutras situações é preferível utilizar unicamente dados relativos às operações realizadas antes ou após a infração pela empresa lesada ou dados médios referentes a

⁴⁰ Durante o curto período da infração após essa alteração, os dados observados após a infração podem ser um instrumento de comparação mais adequado, dado refletirem melhor as características do mercado após essa alteração. No entanto, se a alteração nas características do mercado for provocada pela infração em si (por exemplo, quando vários concorrentes abandonam o mercado devido a práticas de exclusão), o período após a infração não é evidentemente um período de referência adequado para estimar a situação que teria existido na ausência da infração.

⁴¹ Se, durante o período de infração, houver uma descida dos preços devido a fatores exógenos (por exemplo, uma descida acentuada nos custos dos fatores de produção do autor da infração), pode ser refutada a inferência de uma estimativa de um limite inferior.

⁴² Por exemplo interpolação ou análise de regressão. Em relação a essas diferentes técnicas utilizadas para aplicar os métodos comparativos, ver pontos 59-95 na Secção B.

⁴³ Para mais pormenores sobre a utilização de médias no âmbito dos métodos comparativos, ver ponto 70 da Parte 2, Secção II.

empresas semelhantes. Por exemplo, quando a parte lesada pertence a um grupo específico de operadores no mercado, tais como os clientes grossistas (por oposição aos clientes finais), os preços faturados aos clientes grossistas antes ou após a infração podem constituir um elemento de referência adequado.

(2) Comparação com os dados de outros mercados geográficos

49. Outro método comparativo consiste em examinar os dados observados num mercado geográfico distinto⁴⁴ para estimar um cenário sem infração⁴⁵. Pode tratar-se de dados observados em todo o mercado geográfico utilizado a título de comparação ou de dados observados no que se refere unicamente a certos operadores de mercado. A título ilustrativo, no exemplo do cartel de farinha acima referido no ponto 32, os preços pagos pela padaria durante o período de infração poderiam ser comparados com os preços pagos, em média, por padarias semelhantes, num mercado geográfico diferente não afetado pela infração. O mesmo tipo de comparação pode ser efetuado no que se refere a qualquer outra variável económica, por exemplo, quotas de mercado, margens de lucro, taxa de remuneração do capital, valor dos ativos ou nível de custos de uma empresa. Uma comparação com o desempenho comercial das empresas que desenvolvem atividades noutro mercado geográfico não afetado pela infração⁴⁶ é particularmente pertinente em caso de práticas de exclusão.
50. Quanto mais semelhante for um mercado geográfico (exceto no que se refere aos efeitos da infração) com o mercado afetado pela infração, tanto mais provável que seja adequado a título de mercado de comparação. Isto significa que os produtos comercializados em ambos os mercados geográficos sujeitos a comparação devem ser idênticos ou, pelo menos, suficientemente semelhantes. De igual forma, as características concorrenciais do mercado geográfico utilizado a título de comparação devem ser semelhantes às características do mercado afetado pela

⁴⁴ Em relação aos conceitos de mercado (geográfico e do produto) relevante, ver comunicação da Comissão relativa à definição de mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência, JO C 372 de 9.12.1997, p. 5.

⁴⁵ Tal método é por vezes igualmente denominado «método padrão» (*yardstick method*) ou «transversal» (*cross-sectional method*). Estes termos são também usados para referir o método de comparação que analisa dados observados em mercados de produtos diferentes mas semelhantes. Ver ponto 54 e 55 na Secção 3 abaixo.

Para mais exemplos do uso do método de comparação em diferentes mercados geográficos ver, por exemplo, *Cour d'Appel de Paris* (Tribunal de Recurso de Paris), decisão de 23 de junho de 2003 (*Lescarcelle-De Memoris/OGF*); *Juzgado Mercantil numero 5 de Madrid* (Tribunal Comercial de Madrid), decisão de 11 de novembro de 2005, processo n.º 85/2005 (*Conduit-Europe, S.A./Telefónica de España S.A.*), confirmada pela *Audiencia Provincial de Madrid* (Tribunal de Recurso de Madrid), decisão de 25 de maio de 2006, processo n.º 73/2006; *Bundesgerichtshof* (Tribunal Federal de Justiça, Alemanha), decisão de 19 de junho de 2007, processo n.º KBR 12/07 (*Cartel de comércio grossista de papel*) (no contexto da análise dos lucros ilícitos realizados pelos participantes no cartel para efeitos do cálculo de uma coima).

⁴⁶ A empresa que é objeto de comparação pode, em princípio, ser igualmente uma empresa ativa no mercado em que a infração foi cometida, desde que o seu desempenho não tenha sido influenciado numa medida significativa pela prática de exclusão. Mesmo se esta empresa não tiver sido diretamente afetada pela infração, pode ter sido todavia afetada indiretamente, tendo obtido, por exemplo, as quotas de mercado de um concorrente objeto de evicção. O risco de uma empresa ter sido direta ou indiretamente influenciada pela infração é menor se a comparação for efetuada em relação a uma empresa semelhante que desenvolva atividades noutro mercado geográfico. Entre as características a ter em conta para assegurar que as empresas são suficientemente similares figuram a sua dimensão, a sua estrutura de custos, a sua clientela e as propriedades do produto comercializado.

infração. Pode eventualmente tratar-se de um mercado que não seja plenamente concorrencial.

51. Na prática, o método que consiste em recorrer a mercados geográficos a título de comparação para reconstruir um cenário sem infração é utilizado principalmente quando a infração diz respeito a mercados geográficos que assumem uma dimensão local, regional ou nacional⁴⁷. Quando o mercado afetado pela infração e o mercado geográfico utilizado a título de comparação forem zonas limítrofes, situando-se eventualmente no mesmo país, tanto maiores serão as probabilidades de serem suficientemente semelhantes para o efeito.⁴⁸
52. O mercado de comparação nem sempre precisa de ser suficientemente semelhante em termos globais. A título ilustrativo, quando o preço pago por um grupo de clientes (por exemplo, grossistas) ou os lucros realizados por um concorrente (por exemplo, um novo operador) no mercado objeto de comparação forem utilizados como parâmetro de referência, é importante que a situação no mercado deste grupo de clientes ou empresa concorrente seja suficientemente semelhante à da parte lesada no mercado afetado pela infração.
53. A escolha de um mercado geográfico a título de parâmetro comparativo pode ser igualmente influenciada pelas incertezas que prevalecem quanto ao âmbito geográfico de uma infração. Os mercados geográficos em que tenham ocorrido infrações idênticas ou semelhantes não são, em princípio, as escolhas mais adequadas para efeitos de comparação. De igual forma, os mercados limítrofes em que não tenha ocorrido qualquer infração deste tipo podem, não obstante, ter sido influenciados pelas práticas anticoncorrenciais no mercado em que a infração foi cometida (por exemplo, devido a um aumento de preços no primeiro em reação a um aumento dos preços no segundo e às menores pressões concorrenciais com origem deste último). Uma comparação com tais mercados não revelará a verdadeira dimensão dos danos sofridos mas pode, contudo, constituir uma base útil para estabelecer uma estimativa do limite inferior dos danos resultantes da infração no mercado. Isto significa que uma parte na ação pode, em princípio, optar sem problemas pela comparação com um mercado geográfico que tenha sido influenciado por uma infração idêntica ou semelhante, nomeadamente quando essa influência é suscetível de ter sido bastante limitada.

(3) Comparação com os dados relativos a outros mercados do produto

54. Uma abordagem análoga à comparação entre mercados geográficos distintos consiste em analisar um mercado do produto diferente⁴⁹, com características de mercado semelhantes⁵⁰. Por exemplo, no caso de um comportamento de exclusão que impede parcialmente uma empresa de vender um produto, a margem de lucro obtida por esta

⁴⁷ Pode, no entanto, ser igualmente utilizado quando a dimensão dos mercados relevantes exceder o âmbito nacional, desde que possa ser identificado um mercado suficientemente semelhante para efeitos de comparação.

⁴⁸ Ver, contudo, o ponto 53.

⁴⁹ Em relação aos conceitos de mercado (geográfico e do produto), ver comunicação da Comissão relativa à definição de mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência, JO C 372 de 9.12.1997, p. 5.

⁵⁰ Tal método é por vezes igualmente denominado «método padrão» (*yardstick method*) ou «transversal» (*cross-sectional method*), por se tratar de um método de comparação entre diferentes mercados geográficos).

última no mercado da infração pode ser comparada com a realizada com outro produto comercializado (por esta mesma empresa ou uma semelhante) num mercado do produto distinto, mas semelhante.

55. As observações tecidas no contexto da comparação entre mercados geográficos são, *mutatis mutandis*, igualmente suscetíveis de serem válidas para a escolha de um mercado do produto adequado a título de parâmetro comparativo. Tal prender-se-á muitas vezes com o grau de semelhança entre os dois mercados do produto. Em particular, o produto utilizado enquanto parâmetro comparativo deve ser cuidadosamente escolhido atendendo à natureza dos produtos comparados, à sua forma de comercialização e às características do mercado, por exemplo, em termos do número de concorrentes, a estrutura de custos destes últimos e o poder de compra dos clientes⁵¹. As incertezas quanto ao facto de um mercado do produto, potencial parâmetro de comparação, ter sido afetado pela infração ou por uma infração semelhante aos artigos 101.º ou 102.º do TFUE, podem igualmente desempenhar um papel neste contexto.

(4) Combinação das comparações no tempo e entre mercados

56. Caso se encontrem disponíveis dados suficientes, é possível combinar as comparações no tempo com as comparações entre mercados. Esta abordagem é, por vezes, denominada o «método das duplas diferenças», porque analisa a evolução da variável económica pertinente (por exemplo, o preço da farinha) no mercado afetado pela infração durante um determinado período (diferença no tempo no mercado afetado pela infração), comparando-a com a evolução da mesma variável durante o mesmo período num mercado não afetado pela infração (diferença no tempo no mercado sem infração)⁵². A comparação revela a diferença entre estas duas variáveis diferentes ao longo do tempo, o que fornece uma estimativa da alteração na variável induzida pela infração e exclui os demais fatores que afetaram de forma idêntica tanto o mercado da infração como o mercado utilizado a título comparativo. Este método constitui, por conseguinte, um meio de isolar os efeitos da infração dos outros efeitos que afetam a variável em questão, comum a ambos os mercados.
57. Este método pode ser ilustrado por um exemplo simples derivado do cartel da farinha cartel acima referido: partamos da hipótese de que uma comparação antes, durante e após revela um aumento de 40 EUR por saco de 100 kg de farinha no Estado-Membro em que o cartel operou entre 2005 e 2008. A análise de um mercado geográfico não afetado pela infração ao longo do mesmo período pode demonstrar que o preço do saco de 100 kg de farinha aumentou 10 EUR em consequência de um aumento dos custos da matéria-prima (cereais). Partindo do postulado de que o aumento do custo da matéria-prima também se repercutiu no mercado afetado pela infração, uma comparação das evoluções diferentes dos preços no mercado afetado pela infração e no mercado utilizado como parâmetro comparativo permitirá determinar a diferença de preços imputável ao cartel da farinha. No exemplo em questão, tratar-se-ia de 30 EUR por unidade.

⁵¹ As semelhanças entre os mercados serão provavelmente maiores caso os dois produtos em comparação sejam comercializados no mesmo mercado geográfico. Contudo, podem também existir semelhanças suficientes quando se procede à comparação de produtos idênticos ou semelhantes em mercados geográficos distintos.

⁵² Tal pode ser um mercado geográfico ou do produto utilizado para efeitos de comparação.

58. A grande vantagem do método das «duplas diferenças» reside, por conseguinte, no facto de permitir eliminar as variações não relacionadas com a infração que ocorreram durante o mesmo período que esta última⁵³. Assenta, todavia, em grande medida, no pressuposto de que estas outras alterações afetaram ambos os mercados de forma semelhante⁵⁴. As observações tecidas no que se refere à aplicação dos métodos da comparação no tempo e entre mercados, nomeadamente a necessidade de um grau de semelhança suficiente entre os mercados em questão, são igualmente válidas para o método das duplas diferenças. De um ponto de vista prático, este método requer normalmente uma série de dados relativos a diferentes mercados e períodos de tempo que nem sempre serão fáceis de obter; um menor volume de dados pode ser, todavia, suficiente para proceder a estimativas do limite inferior ou aproximativas⁵⁵.

B. *Implementação do método na prática: técnicas para estimar o preço ou outra variável económica no cenário sem infração*

59. Uma vez escolhido um método comparativo adequado para determinar o cenário sem infração, existem diversas técnicas para aplicá-lo na prática. Estas técnicas diferem essencialmente quanto à medida em que se baseiam em dados individuais ou em médias (por exemplo, preços) e quanto ao grau segundo o qual os dados observados no mercado⁵⁶ ou durante o período de comparação são sujeitos a novos ajustamentos. Em consequência, estas técnicas divergem no que se refere ao volume de dados que requerem para efeitos da sua aplicação.

60. Uma possibilidade na aplicação dos métodos comparativos consiste em utilizar os dados comparativos diretamente tal como são observados e estimar, nesta base, um valor para a variável económica em causa no cenário sem infração (por exemplo, no caso supramencionado, o preço da farinha). Nos casos em que existam vários dados disponíveis (p.ex, o preço da farinha numa série de transações num mercado geográfico comparativo), é possível combiná-los e calcular médias para obter um ou mais valores referentes a um cenário sem infração. Estas médias relativas a cenários sem infração podem ser subsequentemente comparadas com as médias obtidas durante a infração, p.ex, com os preços realmente pagos pela farinha (para informações mais pormenorizadas, ver Secção 1 infra).

61. Nos casos em que certos fatores (como o aumento do preço das matérias-primas) só influenciaram o parâmetro comparativo ou o mercado ou o período afetado pela infração, convém determinar, consoante o tipo de prova necessário e as regras

⁵³ Em relação a uma simples comparação entre dois mercados, o método das duplas diferenças apresenta também a vantagem de eliminar as diferenças constantes que existem entre os mercados (como a diferença causada por baixos custos constantes dos fatores de produção num dos mercados).

⁵⁴ Se, por exemplo, os aumentos de preços não relacionados com a infração forem, durante o período da infração, mais elevados no mercado afetado por esta última do que no mercado de comparação, a aplicação do método das duplas diferenças com base no recurso a médias simples poderia sobrestimar o montante dos danos causados. Uma aplicação econométrica da técnica das duplas diferenças pode contribuir para neutralizar esse tipo de fatores.

⁵⁵ Para um exemplo de um tribunal nacional que estabelece um limite inferior do montante dos danos, ver *Kammergericht Berlin* (Tribunal Regional Superior de Berlim), decisão de 1 de outubro de 2009, processo n.º 2 U 10/03 Kart.

⁵⁶ Tal como referido no ponto 33, os dados utilizados nessas comparações entre mercados ou no tempo podem incidir sobre o mercado no seu conjunto ou unicamente em certos operadores específicos no mercado.

aplicáveis em matéria de causalidade, se é necessário introduzir ajustamentos nos dados observados a fim de excluir tais influências. Pode tratar-se de um simples ajustamentos dos dados sempre que o fator determinante e a dimensão dos seus efeitos puderem ser apurados e tidos em conta com relativa facilidade (ver Secção 1). Podem ser efetuados ajustamentos mais sofisticados nos dados comparativos observados com base em técnicas econométricas, nomeadamente, mediante a utilização da análise de regressão, descrita na Secção 2. O facto de incumbir ao requerido ou ao requerente invocar, fundamentar e demonstrar tais ajustamentos, constitui uma questão do foro do direito aplicável⁵⁷.

62. A escolha entre estas técnicas distintas num dado caso depende das circunstâncias específicas deste último e das normas jurídicas aplicáveis, atendendo às diferentes vantagens e inconvenientes destas técnicas, por exemplo, no que respeita à sua exatidão e precisão, bem como às exigências em matéria de dados que pressupõem (ver Secção 3).

(1) Técnicas simples: dados observados individuais, médias, interpolação e ajustamentos simples

63. Consoante os requisitos ao abrigo do direito nacional aplicável e as circunstâncias do caso em apreço, nomeadamente o grau de semelhança entre o mercado afetado pela infração e o mercado ou o período de comparação, os dados observados podem comparar-se diretamente, ou seja, sem quaisquer ajustamentos, com os dados observados no mercado afetado pela infração⁵⁸.

64. O volume de dados observados para a variável de interesse (por exemplo, no cartel da farinha, o preço da farinha) nos mercados ou nos períodos de comparação pode oscilar, podendo tratar-se de uma única série ou de várias séries de dados (ou seja, o preço observado num reduzido número de transações) ou de um grande número de dados. Nos mercados que funcionam com base em concursos, por exemplo, as adjudicações podem ocorrer muito esporadicamente e, no momento de estimar os danos, pode apenas estar disponível o preço observado por ocasião de um único concurso realizado após a infração. Pode verificar-se uma situação semelhante nos setores em que seja prática corrente a celebração de contratos a longo prazo. Pode justificar-se a utilização de estimativas dos danos com base num conjunto único de dados observados, se estes dados forem suficientemente representativos do período em questão.

65. Sempre que a análise dos mercados ou dos períodos de tempo de comparação conduzir a um maior volume de dados observados, como, por exemplo, os preços pagos pela parte lesada numa série de operações após a infração, ou os preços pagos por vários clientes num outro mercado geográfico, estes dados podem ser utilizados quer individualmente, quer sob a forma de médias⁵⁹.

⁵⁷ Ver, por exemplo, *Kammergericht Berlin* (Tribunal Regional Superior de Berlim), decisão de 1 de outubro de 2009, processo n.º 2 U 10/03 Kart, para um exemplo da repartição das obrigações em matéria de estabelecimento dos factos na quantificação dos danos.

⁵⁸ Por exemplo, uma comparação no tempo poderia basear-se na mera observação dos preços antes e após a infração, ver *Corte Suprema di Cassazione* (Supremo Tribunal de Cassação, Itália), decisão de 2 de fevereiro de 2007, no processo n.º 2305 (*Fondiarria SAI SpA/Nigriello*).

⁵⁹ Para efeitos do presente Guia Prático, o termo «média» deve ser entendido na aceção de média aritmética, ou seja, a média calculada dividindo a soma dos dados observados pelo número de

66. A utilização de diferentes tipos de médias ou outras formas de agregação de dados é possível, desde que a comparação incida sobre dados comparáveis. Por exemplo, quando um grossista solicita uma indemnização pelos danos sofridos por ter adquirido um produto em Janeiro, Maio, Julho e Outubro de 2009 aos participantes num cartel de fixação dos preços e quando o método escolhido for a comparação com outro mercado geográfico, os preços mensais médios pagos nesse mercado pelo *mesmo tipo de clientes* (grossista) nos *mesmos meses* podem constituir um parâmetro de referência adequado (ou seja, a comparação dos dados de Janeiro com dados de Janeiro, dos dados de Maio com dados de Maio, e assim por diante). A comparação dos dados relativos aos mesmos meses terá em conta, por exemplo, as variações sazonais ao longo de um ano, tornando assim a comparação mais fiável. Porém, se os preços variarem pouco de mês para mês, o preço médio observado no mercado de comparação para o ano de 2009 no seu conjunto pode ser considerado um indicador adequado. Pode também suceder que as únicas informações disponíveis sejam os dados anuais ou outros valores médios agregados (por exemplo, os dados relativos ao setor no seu conjunto). Os quadros normativos dos Estados-Membros podem, de uma maneira geral, autorizar as partes a basear-se em médias, facultando simultaneamente ao requerido a oportunidade de demonstrar a existência de diferenças significativas e podem exigir a utilização de dados mais desagregados, sempre que disponíveis.
67. Outra técnica simples para calcular um valor comparativo a partir de uma série de dados observados consiste na interpolação linear. Quando uma comparação no tempo resultou numa série de preços para os períodos anteriores e posteriores à infração, o preço «sem infração» ou «contrafactual» durante o período da infração pode ser estimado através da demarcação entre o preço anterior à infração e o preço após a infração, conforme indicado na ilustração apresentada seguidamente. A partir desta demarcação, pode ser calculado um valor comparativo para cada momento relevante do período da infração. Comparativamente ao cálculo de um único valor médio para os preços praticados durante todo o período da infração, a interpolação permite, em certa medida, ter em conta as tendências na evolução dos preços ao longo do tempo que não resultem da infração. A extração de dados comparativos da reta resultante de interpolação resultará, por conseguinte, em dados mais precisos do que a utilização de um valor médio para todo o período, por exemplo, nos casos em que seja solicitada uma indemnização por danos que resultaram de transações (ou outros eventos) que ocorreram apenas no início ou no final do período da infração⁶⁰. A ilustração subsequente apresenta um exemplo simples da interpolação linear (a reta a tracejado indica o preço contrafactual interpolado, a outra linha os preços efetivamente observados):

observações. Pode haver, contudo, situações em que será mais adequado utilizar outras estatísticas descritivas (ou seja, a mediana ou a moda). Por exemplo, num mercado com 25 empresas, se vinte e uma faturarem um preço de 50 EUR e quatro 75 EUR, o preço modal de 50 EUR (ou seja, o preço mais observado na amostra) pode ser mais representativo do preço de mercado do que o preço médio de 54 EUR (neste exemplo, o preço modal é equivalente ao preço mediano, que corresponde ao preço imputado pela empresa, que ocupa a posição central na distribuição dos preços).

⁶⁰ A interpolação também apresenta vantagens face à utilização de médias quando o número de operações (ou outros eventos) estiver distribuído de forma desigual ao longo do período da infração.



A extrapolação linear funciona em moldes semelhantes à interpolação, salvo que a linha de demarcação continua apenas com base em dados anteriores ou posteriores à infração⁶¹.

68. Podem verificar-se situações em que é bastante fácil identificar um fator de diferenciação entre um mercado (ou período) afetado pela infração e um mercado (ou período) de comparação, introduzindo assim os ajustamentos correspondentes no valor dos dados comparativos observados. Por exemplo, certos efeitos sazonais que se verificam num mercado ou decorrentes de alterações nos preços (das matérias-primas) ou nas taxas de câmbio podem apresentar uma configuração e uma dimensão suscetíveis de serem, nalguns casos, facilmente identificados a partir dos registos comerciais internos de uma parte ou a partir de outras fontes, tais como as declarações de peritos. Nesses casos, por exemplo, a demarcação obtida por uma simples interpolação linear deve ser ajustada a fim de refletir essas tendências⁶².

(2) Análise de regressão

a. Conceito e objeto da análise de regressão

69. A análise de regressão constitui uma técnica estatística que ajuda a examinar as relações entre as variáveis económicas e estabelecer em que medida uma determinada variável de interesse⁶³ (por exemplo, no cartel da farinha, o preço da farinha⁶⁴) é influenciada pela infração e por outras variáveis que não sejam afetadas

⁶¹ A extrapolação constitui, assim, o prolongamento de uma tendência existente numa série cronológica, antes ou após a infração. Por exemplo, se no período de três anos que precede um cartel, os preços se cifraram em 12, 13,20 e 14,52 EUR, respetivamente (refletindo um aumento de 10% por ano), uma técnica simples consistiria em estimar o nível dos preços durante o período de duração do cartel (dois anos) em 15,97 e 17,57 EUR, respetivamente. Uma estimativa mais precisa da tendência subjacente poderia ser obtida mediante o recurso a uma análise de regressão.

⁶² Este ajustamento pode, se os dados disponíveis o permitirem, ser efetuado de uma forma mais sofisticada, recorrendo à análise de regressão, conforme explicado na secção seguinte.

⁶³ Igualmente denominada «variável explicada» ou «variável dependente».

⁶⁴ Entre outras variáveis possíveis em relação às quais a análise de regressão poderá ser aplicada figuram, por exemplo, os volumes de vendas, as quotas de mercado ou as margens de lucro (por exemplo, no caso de um concorrente objeto de evicção que apresenta um pedido de indemnização por lucros cessantes devido a uma redução do seu volume das vendas ou uma diminuição das suas margens), ou

pela infração⁶⁵ (por exemplo, preços das matérias-primas, variações na procura dos clientes, características do produto, grau de concentração do mercado)⁶⁶. Por conseguinte, a análise de regressão permite avaliar se, e em que medida, outros fatores observáveis que não a infração contribuíram para a diferença entre o valor da variável de interesse observado no mercado afetado pela infração durante o período em que esta foi cometida e o valor observado num mercado comparativo ou durante um período de comparação. A análise de regressão constitui, portanto, uma forma de ter em conta outros elementos que explicam a diferença entre as séries de dados comparados. Todos os métodos comparativos são, em princípio, suscetíveis de serem aplicados por intermédio da análise de regressão, na condição de estarem disponíveis dados suficientes para o efeito⁶⁷.

70. Numa análise de regressão, um determinado número de dados observados no que respeita à variável de interesse e as eventuais variáveis explicativas são analisados com base em métodos estatísticos. A relação estabelecida entre estas variáveis é normalmente descrita sob a forma de uma equação (denominada «equação de regressão» ou «modelo de regressão»). Esta equação permite estimar os efeitos das variáveis explicativas da variável de interesse, isolando-os dos efeitos da infração. A análise de regressão estima o grau de correlação existente entre as variáveis pertinentes⁶⁸, podendo indicar nalguns casos uma influência causal de uma variável face a outra.⁶⁹
71. Há duas abordagens principais para proceder a uma análise de regressão no âmbito de uma estimativa dos danos, consoante forem utilizados unicamente dados dos períodos (mercados) não afetados pela infração para estabelecer a equação de regressão ou se, para além destes dados, forem também utilizados dados relativos ao período (mercado) afetado pela infração. Se forem apenas utilizados dados relativos aos períodos não afetados pela infração para estimar a regressão, a equação de regressão será utilizada para «prever» o efeito da variável de interesse durante o período da infração com base na evolução registada fora deste período («abordagem prospetiva»)⁷⁰. Quando, além disso, forem igualmente utilizados dados relativos ao período (mercado) afetado pela infração para estimar a regressão, o efeito da infração

ainda os custos de produção (que podem igualmente ser pertinentes no contexto de uma estimativa dos lucros cessantes).

⁶⁵ Igualmente denominadas «variáveis explicativas(s)» ou «variável(eis) independente(s)».

⁶⁶ Outros fatores que influenciam a variável pertinente podem incluir, por exemplo, a dimensão dos clientes e o volume das encomendas, a tecnologia de produção utilizada, a dimensão e a estrutura de custos das empresas que propõem o produto ou as despesas de publicidade.

⁶⁷ Um número suficiente de dados observados é, todavia, necessário para a aplicação judiciosa dos métodos estatísticos. Esses dados observados podem ser obtidos (para as comparações no tempo) a partir de séries cronológicas de dados observados ou (para a comparação num momento específico) a partir de uma série de mercados de comparação ou de um leque de empresas ou de uma gama de operações ou ainda graças a uma combinação de ambos (dados observados ao longo do tempo numa série de mercados, empresas ou operações).

⁶⁸ Na análise de regressão multivariada (ver informações mais pormenorizadas infra), a correspondência estabelecida é uma correlação condicional, ou seja, uma relação em que o efeito de outras variáveis é neutralizado.

⁶⁹ Desde que tal esteja em conformidade com um quadro económico coerente e com outros documentos de prova qualitativa e quantitativa.

⁷⁰ Esta «abordagem prospetiva» é, por vezes, igualmente denominada «método residual», sendo ilustrada no gráfico constante do ponto 79.

será tido em conta na equação de regressão através de uma variável indicativa distinta (denominada «variável muda»)⁷¹.

72. A questão de saber se é mais adequado aplicar a abordagem prospetiva ou a da variável muda dependerá das circunstâncias do caso. Em especial, muito embora o método prospetivo apresente a vantagem de permitir a escolha de um modelo de regressão baseado unicamente nos dados observados durante o período não afetado pela infração (não sendo assim influenciado pelos efeitos da infração), a utilização de dados relativos a ambos os períodos/mercados é suscetível de permitir uma estimativa mais precisa e exata dos parâmetros de interesse, nomeadamente se os dados disponíveis para o período ou o mercado não afetado pela infração forem limitados ou não permitirem captar plenamente a dinâmica do setor em questão. Na prática, é possível muitas vezes combinar ambos os métodos, por exemplo, escolhendo o modelo com base no período anterior à infração e estimando uma regressão da variável muda mediante a utilização de dados relativos a ambos os períodos (e que permite incluir, se for caso disso, a variação registada a nível dos efeitos das outras variáveis explicativas nos períodos afetados ou não pela infração).

b. Exemplos e ilustrações

73. É possível descrever as etapas fundamentais da análise de regressão através de um exemplo simples que, para efeitos ilustrativos, apenas incide numa única variável explicativa potencial. Pressupondo que, no exemplo supracitado do cartel da farinha, os preços pagos pelas padarias durante o período do cartel às empresas de moagem são comparados com os faturados por estas últimas às padarias no período antes da infração e que esta comparação revela um aumento de preços de 20% durante o período da infração. Pressupondo ainda que existem indicações de que este aumento não se deve exclusivamente ao cartel, uma vez que se verificou igualmente um aumento significativo do custo de uma importante matéria-prima (por exemplo, cereais) durante o período da infração. Por conseguinte, não é claro em que medida o aumento do preço da farinha resulta da infração e em que medida decorre do aumento dos custos da matéria-prima (subida dos preços de cereais).
74. Uma opção possível para superar esta dificuldade consistiria em utilizar os dados relativos a um outro período ou mercado em que prevalecessem custos dos fatores de produção (preço dos cereais) mais similares e sem infração, mas pode haver situações em que tal não é possível⁷². A análise de regressão permite ter em conta a variação dos custos dos fatores de produção, demonstrando a relação estatística existente entre os custos dos fatores de produção e o preço da farinha. Para o efeito, pode examinar-se uma série de dados observados relativamente aos custos dos fatores de produção (preços de cereais) e aos preços da farinha durante o período não afetado pela infração⁷³. A aplicação de técnicas estatísticas a estes dados observados permite determinar a forma como os preços de cereais influenciaram o preço da farinha durante um período não afetado pela infração. Será em seguida possível

⁷¹ Essa «variável muda» avalia se a variável pertinente registou uma trajetória ascendente na variável de interesse durante o período da infração.

⁷² Por exemplo, porque não se encontram disponíveis dados fiáveis de outros períodos (ou mercados) ou porque nesses outros períodos (ou mercados) as características do mercado divergiam significativamente.

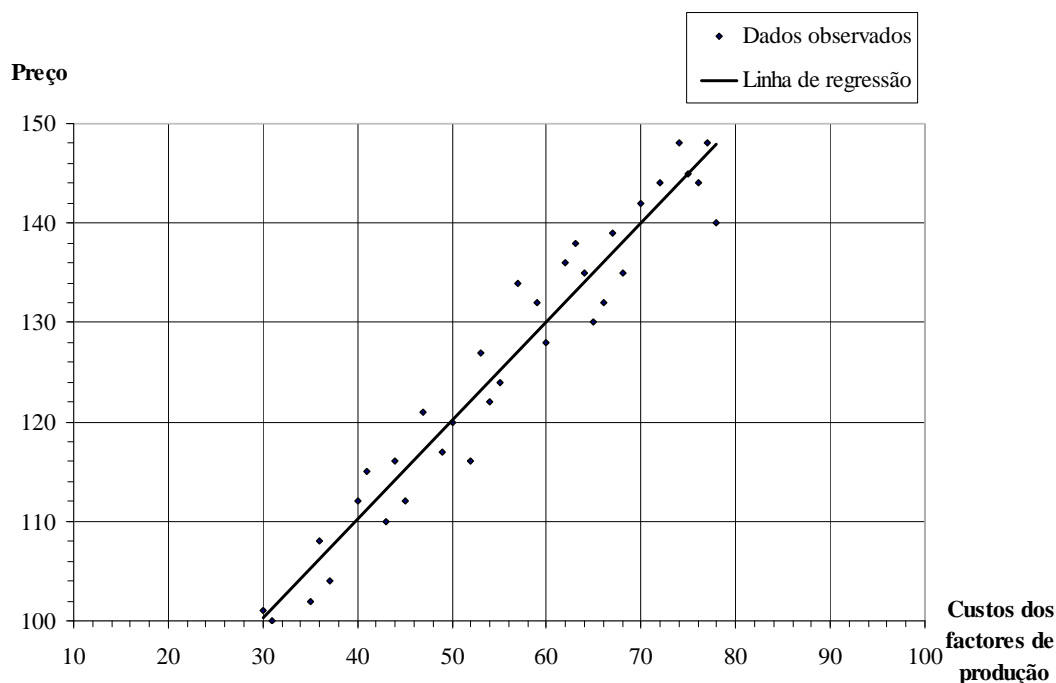
⁷³ Quanto à possibilidade de considerar igualmente ou não os dados do período (mercado) da infração, ver ponto 82.

deduzir uma relação estatística entre o preço da farinha e o preço dos cereais com base neste período. Se essa relação extrapolada for aplicada aos preços da farinha durante o período da infração, é possível eliminar a proporção do aumento dos preços da farinha que não é imputável à infração, mas à variação nos custos de produção. Isto permite «prever» os preços da farinha na ausência do custo adicional resultante do cartel, mas incluindo o aumento dos preços decorrente dos custos de produção mais elevados.

75. O gráfico mais à frente apresenta uma ilustração simples da forma de deduzir essa relação estatística. O gráfico apresenta vários dados observados em matéria de custos dos fatores de produção (preços de cereais) e os preços correspondentes da farinha no mesmo momento ao longo do período não afetado pela infração. Por exemplo, num momento específico em que o preço de cereais era de 60, o preço da farinha era de 128. É possível estabelecer as coordenadas da reta que se adequa da melhor forma a todos os dados observados no intuito de representar a relação estatística (correlação) entre o preço dos cereais e o preço da farinha. Essa relação é expressa no gráfico sob a forma de uma reta e pode igualmente ser expressa sob a forma de uma equação⁷⁴, conforme sucede normalmente. O declive desta reta revela que o aumento do preço da farinha está associado a um determinado aumento do preço dos cereais. No exemplo apresentado no gráfico, a relação identificada indica, por exemplo, que um aumento no preço de cereais de 50 para 60 induz um aumento do preço da farinha de 120 para 130. Uma vez que um aumento dos custos dos fatores de produção (cereais) de 10 EUR se encontra associado a um aumento do preço da farinha de 10 EUR, a relação estatística demonstra portanto que um aumento destes custos é repercutido na íntegra.

⁷⁴

Estimar uma regressão dos preços (enquanto variável explicativa) em relação aos custos de produção (enquanto variável explicativa) fornece as coordenadas desta linha. Neste exemplo, a técnica dos mínimos quadrados ordinários (MQO) é utilizada para calcular as coordenadas de uma linha reta que está localizada a uma distância mínima («quadrados mínimos») do conjunto de dados constantes do gráfico. Trata-se de um método estatístico comum para estimar os parâmetros de um modelo de regressão linear.



76. Apurar a forma como os custos dos fatores de produção (preços dos cereais) influenciaram os preços da farinha fora do período da infração permite estimar («prever») em que medida estes custos mais elevados (preços dos cereais) observados durante o período da infração influenciaram os preços da farinha. Excluir estes efeitos da comparação dos preços permite que o preço adicional resultante da infração seja estimado numa base mais fiável do que sem a análise de regressão. No exemplo supramencionado, se o preço da farinha no período da infração tivesse sido de 140 em vez de 120 durante o período não afetado pela infração, mas os custos dos fatores de produção (preços dos cereais) tivessem aumentado de 50 para 60, o preço provável da farinha na ausência do cartel não seria de 120, mas de 130.
77. Apesar de o exemplo até aqui descrito só se prender com a influência de uma *única* outra variável (o preço dos cereais enquanto elemento dos custos de produção) sobre a variável pertinente (preço da farinha), uma análise de regressão no domínio da concorrência deve normalmente ter em conta *vários* outros fatores que influenciam esta última (análise de regressão *múltipla*⁷⁵). Nestas condições, há que obter dados que reflitam todas as variáveis adicionais relevantes e, a partir destes dados, terá de ser deduzida uma equação de regressão que reflita a sua relação com a variável de interesse. A título ilustrativo, no exemplo acima referido do cartel da farinha, pode acontecer que, durante o período da infração, as empresas de moagem não só tiveram de pagar preços mais elevados pelos cereais, mas foram também sujeitas a um aumento dos custos da energia e da mão-de-obra, tendo também introduzido tecnologias mais eficientes em matéria de moagem e de acondicionamento, fatores esses que podem ter tido um impacto no preço da farinha vendido às padarias por essas empresas durante o período de vigência do cartel. Para identificar as tendências estatísticas subjacentes à forma como estes fatores influenciaram o preço da farinha,

⁷⁵

Igualmente denominada «análise de regressão multivariada», em contraposição a uma análise de regressão de uma «única variável» («univariada»), tal como utilizada no exemplo supracitado.

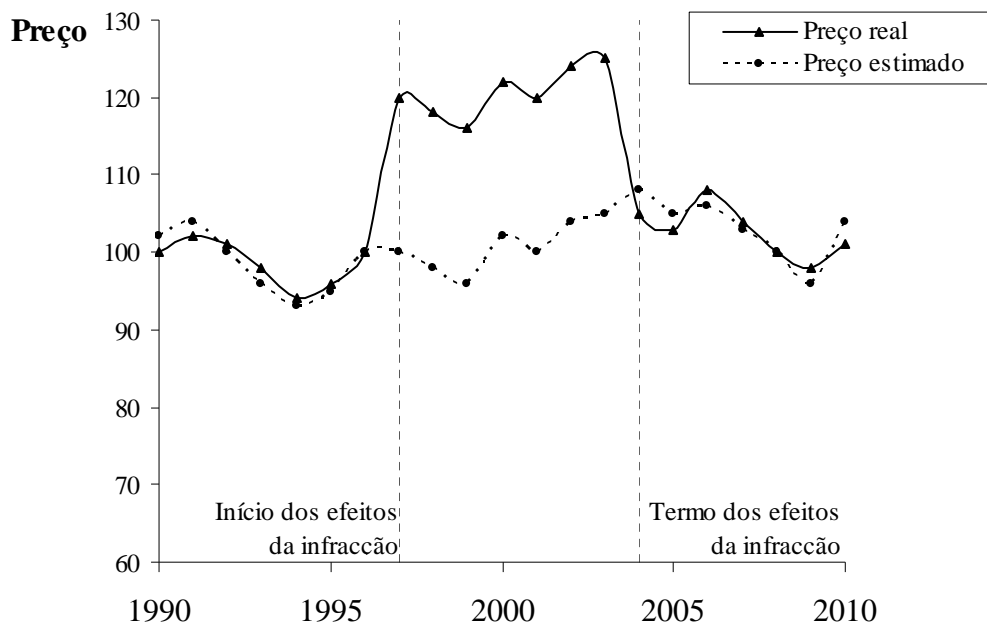
há que analisar as séries de dados observados em relação a cada uma dessas variáveis.

78. Aquando da realização de uma análise de regressão, é importante ter em conta todas as variáveis que sejam relevantes num caso específico. Suponhamos que o requerido ou o requerente utilizam, numa comparação entre os preços imputados por uma fábrica de moagem antes e durante a infração, uma análise de regressão múltipla para eliminar a eventual influência no preço da farinha dos fatores acima mencionados (ou seja, os preços dos cereais, os custos de energia e da mão-de-obra e a tecnologia de moagem e acondicionamento). Contudo, na ocorrência de uma variação significativa da procura durante o cartel (p.ex. maior procura de farinha pelas padarias devido a uma maior procura de pão e de produtos de confeitaria pelos clientes finais) e se a influência de tal facto não for tida em conta na equação de regressão, a estimativa do efeito da infração é suscetível de ser enviesada, não obstante a análise de regressão abrangente, salvo no que se refere a este aspeto⁷⁶. Compete às legislações nacionais determinar, em conformidade com o princípio da efetividade, a parte sobre a qual recai o ónus da prova e do estabelecimento dos factos, tais como a alteração supramencionada na procura ou o caráter exaustivo das variáveis tidas em conta numa análise de regressão.
79. Deste modo, a base para cada exercício de quantificação dos danos através de uma análise de regressão é a relação estatística entre a variável de interesse (por exemplo, preço) e a(s) variável(eis) explicativa(s) correspondente(s) expressa(s) numa equação de regressão. Quando se recorre à abordagem prospetiva⁷⁷, a primeira etapa consiste na estimativa de uma equação de regressão, com base nos dados relativos ao período não afetados pela infração. Numa segunda etapa, recorrendo a esta equação de regressão e aos valores observados dessas variáveis relevantes durante o período da infração, pode ser em seguida estimado o preço que as partes lesadas teriam provavelmente pago na ausência da infração. Numa terceira etapa, a diferença entre este último e o preço efetivamente pago pelas pessoas lesadas fornece uma estimativa do custo adicional resultante da infração. O gráfico seguinte ilustra a segunda e a terceira etapas. Quando é utilizada a abordagem da variável muda, a análise de regressão combina as três etapas acima descritas⁷⁸.

⁷⁶ É, todavia, importante não só incluir todos os elementos pertinentes no modelo de regressão, como também excluir variáveis que aparentem ser claramente irrelevantes (com base no conhecimento do setor). Na verdade, a estimativa dos danos poderá ser erradamente diminuída (inclusivamente para zero) caso sejam incluídas variáveis irrelevantes por forma a explicar a variação de preço no modelo.

⁷⁷ A abordagem alternativa consiste na abordagem da variável muda, ver ponto 67. Ao invés da abordagem prospetiva, esta estima o efeito da infração numa única etapa, realizando uma análise de regressão que utiliza dados relativos tanto ao período da infração, como ao período não afetado pela infração. No caso do exemplo anterior, esta abordagem estimaria os efeitos do cartel como consistindo na majoração dos preços que se regista durante o seu período de vigência (ou seja, o coeficiente da variável muda na equação de regressão) e que não é justificada pela evolução das outras variáveis explicativas, como os custos das matérias-primas.

⁷⁸ Neste caso, a equação de regressão é calculada utilizando os dados relativos tanto ao período da infração como ao período não afetado pela infração e indica diretamente em que medida a variável de interesse se alterou durante o período da infração, após a tomada em consideração dos efeitos das outras variáveis explicativas.



80. A análise de regressão acima ilustrada no gráfico baseia-se na abordagem prospetiva, em que é realizada uma regressão com base nos dados observados antes e após a infração para estabelecer numa equação a relação estatística existente entre o preço e outras variáveis explicativas relevantes (custos dos fatores de produção e outros fatores relevantes). Recorrendo a esta equação e aos valores observados das variáveis explicativas relevantes, pode ser calculada uma estimativa do preço que teria provavelmente prevalecido na ausência da infração (linha a tracejado). A linha contínua corresponde ao preço efetivamente observado. A diferença entre a linha contínua e a tracejada durante o período da infração corresponde ao custo adicional estimado. A linha tracejada fora do período da infração é igualmente calculada a partir da equação de regressão e pode servir, mediante a comparação com os preços efetivamente observados na ausência da infração (linha contínua), para avaliar a capacidade de previsão do modelo de regressão.

c. Requisitos em matéria de aplicação da análise de regressão

81. A realização de uma análise de regressão exige o conhecimento de diversas técnicas estatísticas para medir a relação entre as variáveis, determinar uma equação de regressão adequada e calcular a precisão dos parâmetros desta equação. Além disso, é necessário dispor, em primeiro lugar, de um bom conhecimento do setor em causa, para formular as hipóteses corretas tendo em vista o cálculo da equação de regressão e escolher de forma judiciosa os fatores suscetíveis de terem influenciado significativamente a variável de interesse (e que devem assim ser incluídos na análise). O conhecimento do setor é ainda necessário para efetuar escolhas fundamentadas quanto às técnicas estatísticas a utilizar numa dada situação, por exemplo, a fim de ter em conta as observações pouco habituais ou outras características específicas das séries de dados. Em especial, quando as variáveis explicativas foram afetadas, elas próprias, pela infração, podem obter-se resultados pouco fiáveis se este aspeto não for tido em conta, por exemplo, mediante a

aplicação de técnicas estatísticas específicas⁷⁹ ou o recurso a dados observados fora do período ou do mercado afetado pela infração⁸⁰.

82. Sem um número suficiente de dados observados, a análise estatística não pode identificar as relações entre as variáveis económicas. A identificação do efeito das variáveis explicativas na variável de interesse exige, por conseguinte, a existência de um leque suficiente de dados observados no que diz respeito a todas as variáveis tomadas em consideração. Deste modo, a análise de regressão requer normalmente um conjunto alargado de dados. No entanto, as técnicas estatísticas podem contribuir para colmatar algumas lacunas em termos de dados ou corrigir distorções na sua interpretação⁸¹ e pode haver situações em que mesmo a análise de um número mais reduzido de dados observados será profícua.
83. Os dados observados podem, em princípio, ser coligidos a diferentes níveis de agregação. Por exemplo, em caso de análise da relação entre o preço e o custo dos fatores de produção, podem ser examinadas as séries de dados relativamente aos preços faturados em operações específicas, os preços médios anuais do setor ou, entre estes dois extremos, os dados mensais a nível das empresas paralelamente às séries de dados relativos aos custos dos fatores de produção unitários ou aos custos médios do setor, respetivamente. A utilização de dados desagregados permite analisar um maior número de dados observados e obter portanto estimativas mais precisas. Quando esses dados desagregados não estiverem disponíveis ou não forem acessíveis à parte que efetua a análise de regressão, a análise dos dados agregados pode produzir, não obstante, resultados válidos, sobretudo se os dados agregados denotem uma frequência elevada.
84. A existência de um leque suficiente de dados observados e o nível de agregação de dados são exemplos da importância da fiabilidade e relevância dos dados para a análise económica. Contudo, a maioria dos conjuntos de dados está incompleta e nem todos os factos relevantes podem ser observados ou medidos com elevada precisão. Convém, portanto, reconhecer explicitamente essas imperfeições. A existência de lacunas ao nível dos dados não deve constituir um impedimento para a realização de uma análise económica bem ponderada, mas as conclusões a retirar devem ser analisadas com precaução.⁸²
85. Quando utilizada de forma adequada e desde que se baseie num número suficiente de dados observados, a análise de regressão pode permitir uma melhoria significativa da estimativa dos danos através dos métodos comparativos. É de salientar, contudo, que mesmo as mais sofisticadas equações de regressão se baseiam num conjunto de pressupostos e (tal como qualquer técnica destinada a prever uma situação hipotética) apenas poderão fornecer estimativas. Considera-se boa prática ter em conta os

⁷⁹ Por exemplo, o uso de variáveis instrumentais, uma técnica econométrica que pode ser aplicada para corrigir estas distorções.

⁸⁰ Utilizando nomeadamente a abordagem prospetiva acima descrita, em que o valor das variáveis explicativas introduzidas no modelo para prever a situação contrafactual é corrigido para eliminar o efeito da infração sobre essas variáveis.

⁸¹ Por exemplo, quando uma amostra de dados observados não é totalmente representativa.

⁸² Para mais informações sobre a importância da fiabilidade e relevância dos dados, consultar o documento da DG COMP intitulado «Boas práticas na apresentação de evidência económica e de recolha de dados nos processos relativos à aplicação dos artigos 101.º e 102.º do TFUE e nos processos de concentração», disponível no sítio http://ec.europa.eu/competition/consultations/2010_best_practices/best_practice_submissions.pdf.

pressupostos subjacentes à equação de regressão, porque alguns deles podem ser mais adequados do que outros numa dada situação e podem conduzir a resultados significativamente diferentes.

86. Uma forma de lidar com a incerteza das estimativas consiste em indicar os resultados sem ser como estimativa pontual («o preço no cenário não afetado pela infração é 10 euros»), mas num intervalo («o preço no cenário não afetado pela infração situa-se entre 9 euros e 11 euros»). O conceito de «intervalo de confiança» (que é o padrão utilizado nas estatísticas) é usado para descrever a probabilidade de o valor real residir num determinado intervalo. Em termos económicos, convencionou-se que 95 % de probabilidades de um intervalo específico conter, de facto, o valor real, é considerado como um elevado grau de fiabilidade.
87. Outra forma similar de lidar com a incerteza das estimativas consiste em utilizar a noção de «significância estatística», que é uma forma padronizada de testar se os resultados obtidos com a análise de regressão se devem a uma coincidência ou se refletem, de facto, uma correlação genuína. Para tal, testa-se uma determinada hipótese: no domínio das ações de indemnização, tal hipótese poderá, por exemplo, consistir em perceber se a infração em cartel teve realmente repercussões ou não nos preços. A hipótese de tal infração não ter produzido efeitos (resultando no facto de os preços não afetados pela infração serem iguais aos preços em cenário de infração) é denominada «hipótese nula». A análise de regressão é então usada para testar esta hipótese nula. Considera-se que o resultado de uma análise de regressão é estatisticamente significativo se for possível rejeitar a hipótese nula, uma vez que é muito improvável que os resultados observados se devam a uma coincidência. Por convenção no setor económico, considera-se que, quando existem 95 % de probabilidades de a hipótese nula ser rejeitada, os resultados são «estatisticamente significativos».
88. Tal como descrito acima, o setor económico convencionou que os conceitos de «intervalo de confiança» e «significado estatístico» devem usar um limiar de 95 % de probabilidades. Importa referir que tal constitui apenas uma convenção e que limiares mais ou menos rigorosos (por exemplo, 99 % ou 90 % de probabilidades) podem de igual forma fornecer informações úteis. Tal deve-se ao facto de a significância estatística ser determinada, em parte, pelo número de observações no conjunto de dados: se os restantes fatores permanecerem inalterados, a significância estatística aumenta de acordo com o aumento da dimensão da amostra. Convém indicar o limiar de probabilidade escolhido. Numa ação de indemnização, cabe então ao tribunal, nos termos das leis vigentes, determinar o valor probatório de tais análises de regressão e as consequências processuais (em especial no que se refere ao estabelecimento dos factos e ao ónus da prova) que tais análises podem implicar.
89. No âmbito de um processo judicial, a realização ou não de uma análise de regressão, bem como a parte que a efetuará e o momento do procedimento em que tal será feito dependerá nomeadamente da existência ou da acessibilidade dos dados e das regras ao abrigo do direito aplicável no que diz respeito ao estabelecimento dos factos, à divulgação dos elementos de prova, ao tipo de prova e à repartição do ónus da prova entre o requerente e o requerido.
90. As diferentes formas de análise de regressão supramencionadas (pontos 71 e seguintes) são, por vezes, designadas abordagens «restritas», uma vez que estimam

diretamente os parâmetros de uma equação que são, por seu turno, derivados de outras relações económicas (por exemplo, a interação entre a oferta e a procura), sem que se proceda a uma modelização expressa. Alternativamente, podem ser concebidos modelos econométricos para estimar estas relações económicas subjacentes. Apesar de esses modelos econométricos, geralmente denominados «estruturais», se basearem muitas vezes em hipóteses particularmente fortes, permitem compreender de forma mais aprofundada o mercado em causa e constituem parte integrante dos exercícios de simulação destinados a estimar os danos (como explicado em maior pormenor na Secção III.A).

(3) Escolha das técnicas

91. As Secções 1 e 2 descrevem diferentes técnicas através das quais se pode proceder à aplicação dos métodos comparativos na prática. Num caso específico, a escolha da técnica irá geralmente depender de uma série de aspetos, nomeadamente os requisitos legais e as circunstâncias factuais do caso. Na prática, as considerações quanto ao tipo de prova e ao ónus da prova são suscetíveis de serem muito pertinentes.
92. As técnicas econométricas podem incrementar o grau de precisão de uma estimativa de danos, podendo assim contribuir para assegurar um tipo de prova mais exigente, caso necessário, ao abrigo das regras aplicáveis. A necessidade de efetuar uma análise de regressão (eventualmente para complementar outros meios de prova disponíveis) a fim de satisfazer esse requisito e a parte sobre a qual recai o ónus da prova neste contexto são questões que relevam do direito aplicável, incluindo o princípio da efetividade consagrado no Direito da UE. Importa ter em conta que uma análise econométrica exige normalmente um volume significativo de dados observados, que nem sempre estarão disponíveis. Além disso, pode igualmente suceder que, numa determinada situação do ponto de vista processual, o tipo de prova exigido não requer que a parte sobre a qual recai o ónus da prova exceda as técnicas mencionadas na Secção 1. Tal pode ser devido ao facto de o ordenamento jurídico nacional em questão considerar os mercados ou os períodos comparados suficientemente similares e a estimativa dos danos resultantes desta simples comparação como suficientemente exata à luz dos factos a demonstrar pela parte em causa numa determinada situação processual. Pode igualmente suceder que o sistema judicial, atendendo à estimativa de danos apresentada por um requerente e aos dados aos quais este pode aceder em condições razoáveis, inverta o ónus da prova, transferindo-o do requerente para o requerido. Nesse caso, o requerido pode ponderar a possibilidade de realizar uma análise de regressão para refutar o pedido do requerente.
93. Os aspetos ligados à proporcionalidade podem igualmente desempenhar um papel importante, dado que a recolha de dados e a sua análise econométrica podem implicar custos significativos (incluindo os incorridos por terceiros) suscetíveis de serem desproporcionados ou mesmo excessivos face ao montante do pedido de indemnização em causa. Tais aspetos podem ser igualmente pertinentes à luz do princípio da efetividade⁸³.

⁸³

Ver ponto 2 na Parte 1, Secção 1.

94. Os tribunais na UE têm procedido sobretudo a aplicações pouco complexas dos métodos comparativos sem análises de regressão, muitas vezes com base em médias⁸⁴. Têm igualmente aceitado simples ajustamentos ao valor dos dados observados nos casos em que era fácil identificar um fator de diferenciação entre um mercado (ou período) afetado pela infração e um mercado (ou período) de comparação. Até à data, é limitada a experiência existente com a análise econométrica no âmbito das ações de indemnização por infração às regras da concorrência intentadas perante os tribunais da UE⁸⁵, apesar de essas técnicas poderem constituir, conforme acima descrito, um instrumento valioso para quantificar os danos sofridos por infrações aos artigos 101.º ou 102.º do TFUE.
95. Os tribunais na UE também aplicam por vezes um «coeficiente de redução por razões de segurança», ou seja, deduzem dos dados observados um montante suficiente, em conformidade com o direito aplicável, para tomar em consideração as incertezas inerentes a uma estimativa dos danos⁸⁶. A análise de regressão pode ser igualmente utilizada para ter em conta outros fatores explicativos eventuais e para obter uma estimativa do limite inferior dos danos sofridos⁸⁷.

III. MODELOS DE SIMULAÇÃO, ANÁLISE BASEADA NOS CUSTOS E NO DESEMPENHO FINANCEIRO E OUTROS MÉTODOS

96. Paralelamente aos métodos comparativos, existem outros métodos para estabelecer uma estimativa de um cenário hipotético sem infração. Estes incluem, nomeadamente, a simulação dos resultados de mercado com base em modelos económicos (A) e o método para estimar o cenário provável sem infração com base nos custos de produção acrescidos de uma margem de lucro razoável (B).

A. Modelos de simulação

97. Os métodos de simulação baseiam-se em modelos económicos de funcionamento do mercado. Os estudos económicos sobre a forma como os mercados operam e as empresas concorrem entre si demonstraram que os mercados com determinadas características são suscetíveis de permitir a previsão dos resultados que advirão da interação no mercado, ou seja, dos níveis prováveis de preços, de produção ou ainda das margens de lucro. O ramo de economia denominado organização industrial desenvolveu modelos de concorrência para diversos tipos de mercados que podem simular esses resultados. Estes modelos abrangem desde as situações de monopólio até à concorrência perfeita, no outro extremo do espetro.

⁸⁴ A utilização de médias foi aceite, por exemplo, no *Landgericht Dortmund* (Tribunal Regional de Dortmund), decisão de 1 de abril de 2004, processo n.º 13 O 55/02 Kart (*Vitaminpreise*); WuW/DE-R 1352.

⁸⁵ Para um exemplo recente dos lucros cessantes num caso de exclusão, ver *Juzgado mercantil numero 2 de Barcelona* (Tribunal Comercial de Barcelona), decisão de 20 de janeiro de 2011, processo n.º 45/2010 (Céntrica Energía S.L.U. /Endesa Distribució Eléctrica S.A.).

⁸⁶ Por exemplo, para excluir os efeitos de outros fatores eventuais na variável de interesse. Ver, por exemplo, *Kammergericht Berlin* (Tribunal Regional Superior de Berlim), decision of 1 October 2009, case No 2 U 10/03 Kart.; *Oberlandesgericht Karlsruhe* (Tribunal Regional Superior de Karlsruhe) of 11 June 2010 in case No 6 U 118/05.

⁸⁷ Com efeito, para além de fornecer estimativas de danos que já eliminam a influência de outros fatores, a análise de regressão avalia igualmente a precisão destas estimativas (sob a forma de *erros-padrão*), a partir das quais podem ser obtidas estimativas dos limites inferiores (e superiores) dos danos.

98. Os modelos intermédios destinados a refletir o comportamento em mercados oligopolistas são, em especial, os concebidos inicialmente no século XIX pelos economistas Augustin Cournot e Joseph Bertrand. O modelo de concorrência oligopolista de Bertrand descreve um mercado com um número relativamente pequeno de empresas (e elevadas barreiras à entrada) que concorrem entre si em termos de preços, e não em termos de volumes de produção. As empresas fixam os seus preços em simultâneo, à luz dos preços que entendem que os seus concorrentes irão também fixar. Neste modelo, os preços aumentam com o grau de diferenciação dos produtos. O modelo de concorrência oligopolista de Cournot descreve um mercado com um número relativamente pequeno de empresas (e elevadas barreiras à entrada) que concorrem entre si em termos do seu volume de produção. Antes de decidirem os preços, estabelecem a sua quantidade (ou capacidade) em simultâneo, em função do volume que entendem que as outras empresas irão produzir. Existem inúmeras extensões e variações dos modelos Cournot e Bertrand. Estas incluem, nomeadamente, modelos dinâmicos de oligopólio com base na teoria dos jogos⁸⁸, que têm em conta a interação reiterada entre as empresas no mercado⁸⁹.
99. Os preços são suscetíveis de serem mais elevados (e os volumes das vendas mais reduzidos) numa situação de monopólio e é provável que os preços sejam mais baixos (e o volume de vendas mais elevado) numa situação de concorrência perfeita. Os oligopólios de Bertrand em mercados de bens diferenciados⁹⁰ e os oligopólios de Cournot resultarão normalmente em preços e volumes situados entre estes dois extremos de concorrência perfeita e de monopólio; o resultado exato dependerá, *inter alia*, do número de empresas no mercado e das barreiras à entrada, do grau de diferenciação entre as empresas e os seus produtos e outras características do mercado em causa, como as características da procura (nomeadamente o grau de sensibilidade dos clientes a alterações nos preços), bem como as capacidades e as estruturas de custos dos produtores.
100. Com base nessas conclusões teóricas que associam os resultados no mercado, por exemplo, em termos de preços, a um determinado conjunto de características deste mercado, os modelos de simulação podem servir para estimar os preços (ou outras variáveis) que teriam provavelmente prevalecido no mercado se não tivesse sido cometida uma infração aos artigos 101.º ou 102.º do TFUE. O modelo de simulação deve ser concebido de molde a reproduzir a) os fatores que mais influenciam a oferta (nomeadamente, a forma como as empresas concorrem entre si («interações concorrenciais»)⁹¹ e a estrutura de custos das empresas) e b) a procura (em especial,

⁸⁸ A teoria dos jogos estuda o comportamento das pessoas e das empresas em situações estratégicas, em que devem ponderar como os outros reagirão à sua própria ação.

⁸⁹ Ter em conta a interação reiterada entre as empresas no mercado pode ser útil para explicar, por exemplo, a existência de um comportamento coordenado entre as empresas ou a entrada no mercado de um novo concorrente.

⁹⁰ Num mercado de bens homogéneos, sem restrições de capacidade, a concorrência a nível dos preços prevista pelo modelo Bertrand conduzirá, em contrapartida, a resultados extremamente concorrenciais. Por bens homogéneos, deve entender-se bens pouco diferenciados em termos de qualidade ou características.

⁹¹ Pela expressão «interações concorrenciais», deve entender-se a forma de concorrência entre as empresas, por exemplo (embora não exclusivamente), a concorrência segundo o modelo Bertrand ou Cournot, ou o modo como as empresas se absterem de concorrer entre si (em caso de práticas de colusão contrárias às regras da concorrência). Os mercados em que a formação dos preços ocorre com base em leilões ou outros processos de licitação também podem prestar-se à modelização, uma vez que a interação entre os concorrentes segue, muitas vezes, regras fixas (os preços ou os volumes de produção

a medida segundo a qual os clientes reagem a alterações dos preços). Tais fatores devem ser expressos sob a forma de um conjunto de equações em que caberá incluir uma série de parâmetros. Estes valores podem ser conhecidos, estimados econometricamente ou pressupostos, por forma a que os resultados do modelo sejam equiparáveis aos valores de algumas variáveis observadas. Aquando da utilização de modelos de simulação para reconstruir um cenário sem infração, a estrutura de mercado relevante e outras características do mercado devem ser as que teriam existido na ausência da infração, as quais podem corresponder à estrutura e outras características do mercado registadas no cenário da infração, devendo todavia igualmente divergir em certo grau⁹².

101. Um exemplo pode servir para ilustrar a utilização dos modelos de simulação com vista a estimar os danos. No caso de um cartel num mercado do produto diferenciado (por exemplo, produtos de confeitaria à base de chocolate), os preços não afetados pela infração podem ser estimados do seguinte modo, utilizando dados do período sem infração. Em primeiro lugar, convém estimar a forma como a procura de cada produto de chocolate varia em função do respetivo preço (elasticidade própria procura/preço) e do preço de produtos concorrentes (elasticidade cruzada procura/preço)⁹³. Em segundo lugar, deve ser determinado o modelo que melhor reflete a interação concorrencial entre as empresas no período sem infração (por exemplo, a concorrência segundo o modelo Bertrand no exemplo do fabrico de chocolate). Nesta base, é possível calcular os preços que maximizam os lucros das empresas em função de uma série de parâmetros em matéria de custos (por exemplo, os custos marginais) e procura (por exemplo, o nível da procura).⁹⁴ O valor de alguns destes parâmetros pode então ser adequado a fim de refletir as condições relevantes durante o período de infração (por exemplo, pressupondo um aumento de 10 % das sementes de cacau). Com toda esta informação expressa em equações, pode então ser elaborada (partindo do princípio que as empresas procuram maximizar os seus lucros) uma estimativa dos preços que tais empresas terão praticado durante o período de infração. Subsequentemente, o preço adicional resultante do cartel pode ser determinado através do cálculo da diferença entre os preços observados e os preços simulados não afetados pela infração.
102. Este exemplo é particularmente exigente em termos de volumes de dados e pressupostos necessários. Podem ser previstos modelos de simulação mais simples para a estimativa dos danos, mas estes dependem em maior grau ainda de

suscetíveis de resultar de um leilão ou de outro processo de licitação não afetado pela infração podem, designadamente, ser estimados através de modelos de oligopólio que integram a teoria dos jogos para simular o comportamento que será provavelmente adotado pelos concorrentes num cenário contrafactual).

⁹² Uma vez que a infração pode ter conduzido a uma alteração na estrutura do mercado ou impedido a ocorrência de alterações no mercado que se teriam verificado na ausência desta infração (por exemplo, saída de um concorrente ineficiente do mercado), as características (hipotéticas) do mercado no cenário contrafactual não são forçosamente idênticas às que teriam sido observadas no cenário da infração. Além disso, as quotas de mercado observadas durante uma infração podem divergir significativamente das que se teriam registado na ausência da infração, uma vez que os membros de um cartel podem repartir mercados entre si.

⁹³ Do ponto de vista técnico, tal implicaria estimar um sistema de procura, o que constitui um exemplo da análise econométrica estrutural referida no ponto 90.

⁹⁴ O valor destes parâmetros (por exemplo, o valor dos custos marginais usados no cálculo) no período contrafactual pode ser determinado de forma a que os preços e volumes coincidam com os dados observados.

pressupostos cruciais de difícil verificação. Por exemplo, os danos na sequência de um cartel podem ser calculados mediante a comparação entre os preços de monopólio (destinado a refletir os preços durante o cartel) e os preços previstos no âmbito de um modelo Cournot (destinado a refletir os preços no cenário sem infração), recorrendo para o efeito a dados como as quotas de mercado, os custos, os preços e a elasticidade dos preços no mercado. No entanto, este método depende de forma crucial das interações concorrenciais presumidas nos cenários com e sem infração e acarreta o risco de estes postulados não refletirem de forma suficientemente aproximada o modo de funcionamento do cartel durante o período da infração e a concorrência existente no mercado na ausência da infração.

103. Os modelos de simulação podem ser utilizados para estimar os resultados do mercado não só nos processos relativos a cartéis (ou em qualquer outro tipo de infração que resulte num aumento dos preços), mas também em caso de práticas de exclusão. Por exemplo, pode ser utilizado um modelo de oligopólio para simular o volume das vendas e a quota de mercado que um concorrente excluído teria alcançado se a infração não tivesse sido cometida.
104. Cada modelo de simulação dos resultados no mercado corresponde a uma aproximação da realidade e baseia-se em pressupostos teóricos e, por vezes, também factuais no que respeita às características do mercado e ao comportamento provável dos produtores e dos clientes. Apesar de os modelos se basearem, em virtude da sua natureza intrínseca, numa simplificação da realidade, até os modelos mais simples podem, nalguns casos, fornecer indicações úteis sobre os danos prováveis. Por conseguinte, salientar que um modelo assenta em pressupostos aparentemente simplistas não deve ser suficiente para refutá-lo; ao invés, deve ser considerado o modo como alguns dos pressupostos de simplificação são suscetíveis de afetar os seus resultados. A conceção de um modelo exaustivo, que reproduza um leque de características específicas do mercado em causa, se puder ser calculado e avaliado de forma adequada, pode aumentar a probabilidade de o resultado da simulação constituir uma estimativa razoável do cenário hipotético sem infração. Todavia, mesmo os modelos mais exaustivos continuam a ser tributários, em grande medida, do facto de se basearem em postulados corretos, nomeadamente, no que se refere a aspetos fulcrais como a forma de concorrência provável e a procura dos clientes no cenário sem infração. Além disso, o desenvolvimento de modelos de simulação complexos pode ser tecnicamente difícil e exigir volumes de dados significativos a que a parte em causa nem sempre terá acesso, que esta não tem possibilidades de estimar com fiabilidade suficiente.
105. Não obstante, tanto os modelos de simulação simples como os modelos mais complexos podem fornecer indicações úteis para estimar os prováveis resultados de mercado na ausência de uma infração aos artigos 101.º ou 102.º do TFUE. A questão de saber se, e em que tipo de situação processual, os sistemas jurídicos considerarão útil o recurso a uma simulação económica e os seus resultados suficientemente fiáveis, dependerá das circunstâncias específicas do caso em questão e dos requisitos ao abrigo das normas jurídicas aplicáveis.

B. Método baseado nos custos e no desempenho financeiro

106. Outros métodos baseados nos custos⁹⁵ ou no desempenho financeiro das empresas do requerente ou do requerido (método financeiro) fornecem outra abordagem para estimar os preços prováveis na ausência da infração.
107. O método baseado nos custos consiste em avaliar os custos de produção por unidade e acrescentar uma margem de lucro que teria sido «razoável» no cenário sem infração. A estimativa daí resultante do preço por unidade em caso de não infração pode ser comparada com o preço por unidade efetivamente cobrado pelo(s) autor(es) da infração a fim de obter uma estimativa do preço adicional.⁹⁶
108. Para a aplicação do método baseado nos custos, podem ser adequados diferentes tipos de custos de produção, consoante as características do setor em questão. É essencial, contudo, assegurar que o tratamento dos custos e das margens seja coerente. Por exemplo, se este exercício se basear nos custos variáveis (ou seja, os custos que variam com o nível de produção), é necessário acrescentar uma margem bruta (isto é, a margem obtida uma vez deduzidos os custos variáveis) para o cálculo do preço. É igualmente de referir que os custos relevantes para determinar os preços podem incluir não só os custos do autor da infração, mas também os custos de um dos seus concorrentes (por exemplo, se o preço de mercado for determinado pelo produtor menos eficiente).
109. O primeiro procedimento do método baseado nos custos consiste em determinar os custos de produção por unidade. Os custos unitários podem ser estimados dividindo os custos de produção efetivos incorridos pelo(s) autor(es) da infração no que respeita às atividades económicas pertinentes pelo número total de produtos fabricados. Esta abordagem pode ser bastante linear quando as empresas ou os seus departamentos comerciais produzirem apenas um único produto principal. Tais empresas ou departamentos comerciais publicam, por vezes, os seus dados fundamentais em matéria de custos ou incluem esta informação nas suas contas auditadas apresentadas aos registos públicos. Noutras situações, o acesso aos dados e à repartição dos custos do produto afetado pela infração é mais difícil. Quando existirem dados contabilísticos, podem ser todavia necessários ajustamentos, uma vez que o conceito de custos no domínio da contabilidade pode divergir do conceito de custos em termos económicos.
110. Pode suceder que os custos de produção observados durante o período da infração não são representativos dos custos de produção que se teriam provavelmente registado na ausência da infração. Tal pode ser devido sobretudo a duas razões: em

⁹⁵ Este método é igualmente denominado «método do custo adicional» ou «método ascendente de determinação dos custos (*bottom-up*)». É mencionado a título de abordagem supletiva nos casos em que não se revelam adequados métodos comparativos pelo *Bundesgerichtshof* (Tribunal Federal de Justiça, Alemanha), decisão de 19 de junho de 2007, processo n.º KBR 12/07 (cartel de comércio por grosso de papel).

⁹⁶ Regra geral, recorre-se ao método baseado nos custos para quantificar o preço adicional. Este método ou alguns dos seus elementos podem, contudo, ser igualmente utilizados para quantificar outros tipos de danos, como os lucros cessantes dos concorrentes excluídos. Por exemplo, o *Oberlandesgericht Düsseldorf* (Tribunal Regional Superior de Dusseldórfia), decisão de 16 de abril de 2008, processo n.º VI-2, U (kart) 8/06, 2 U 8/06 (*Stadtwerke Düsseldorf*), estimou os lucros cessantes de um concorrente excluído, tomando em consideração os custos do concorrente e a provável margem de lucro expressa sob a forma de percentagem destes custos.

primeiro lugar, em caso de infrações ao artigo 101.º, as empresas que, em consequência do seu comportamento de colusão, não estão sujeitas às pressões concorrenciais que teriam sido exercidas no cenário sem infração, podem operar de forma menos eficiente, incorrendo assim em custos de produção mais elevados. Em segundo lugar, os autores da infração podem restringir a produção, pelo que podem renunciar, durante o período da infração, a economias de escala conducentes a uma diminuição dos custos de produção. Sempre que existirem indicações de fenómenos deste tipo, pode ser útil introduzir ajustamentos nos dados observados em matéria de custos do(s) autor(es) da infração. Se estes ajustamentos não forem efetuados, os custos observados podem ainda contribuir, ao abrigo do método baseado nos custos, para uma estimativa do limite inferior do eventual preço adicional cobrado.

111. Na segunda etapa do método baseado nos custos, é necessário estimar uma margem de lucro «razoável» e acrescentá-la aos custos unitários de produção. Existem várias abordagens para calcular uma margem de lucro «razoável» que se baseiam quer numa comparação no tempo ou entre mercados, quer em modelos económicos, partilhando assim certos aspetos comuns com os métodos descritos nas Secções precedentes. Por exemplo, uma estimativa da margem de lucro que poderia ser razoavelmente prevista num cenário sem infração pode ser depreendida das margens de lucro obtidas por empresas semelhantes num mercado geográfico comparável não afetado pela infração ou em mercados do produto comparáveis⁹⁷. De igual forma, a estimativa pode basear-se nas margens de lucro da empresa que comete a infração (ou uma empresa semelhante) durante os períodos antes e após a infração. Ambos os métodos comparativos assentam no pressuposto de que o período, o mercado ou a empresa de referência são suficientemente semelhantes⁹⁸, nomeadamente no que respeita às características do mercado que são pertinentes para efeitos das margens de lucro, como o grau de concorrência no mercado⁹⁹, a estrutura de custos dos produtores (incluindo os custos de inovação), bem como a utilização da capacidade e os condicionalismos em matéria de capacidade. Estes pressupostos nem sempre são fáceis de verificar, dado que a fixação dos preços e das margens de uma empresa é suscetível de ser determinada por um grande número de fatores e decisões estratégicas.
112. Outra abordagem para estimar uma margem de lucro «razoável» consiste em examinar a natureza da concorrência e as características do mercado na ausência da infração e calcular uma margem de lucro provável a partir da informação fornecida pelos modelos de organização industrial¹⁰⁰. Por exemplo, na ausência da infração, os preços podem tender a convergir com os custos devido à homogeneidade relativa dos

⁹⁷ *Bundesgerichtshof* (Tribunal Federal de Justiça, Alemanha), decisão de 19 de junho de 2007, processo nº KBR, 12/07 (cartel do comércio por grosso de cartel), que faz alusão às margens de lucro realizadas em «setores comparáveis».

⁹⁸ No que respeita aos aspetos relativos a um grau de semelhança suficiente, ver pontos 38-58 na Parte 2, Secção II.

⁹⁹ Por exemplo, se a concorrência era suficientemente forte para fazer descer os preços, fazendo-os convergir com os custos marginais (como presumido no modelo da concorrência perfeita) ou se as margens de lucro, devido a uma estrutura oligopolista, teriam sido mais elevadas, mesmo na ausência da infração.

¹⁰⁰ Ver igualmente pontos 97 e seguintes na Parte 2, Secção III.

bens e dos excessos de capacidade no mercado; nestes casos, a margem de lucro provável dos produtores será relativamente baixa.¹⁰¹

113. Resulta do que precede que tanto a estimativa dos custos prováveis num cenário sem infração como a estimativa de uma margem de lucro «razoável» podem, na prática, exigir a tomada em consideração de uma série de questões complexas. Além disso, o método baseado nos custos pressupõe o acesso a dados que podem ser da propriedade da outra parte ou de terceiros. Não obstante, consoante as circunstâncias do caso específico e os requisitos ao abrigo das normas jurídicas aplicáveis, este método pode ser uma fonte de informação útil para fundamentar uma avaliação dos danos sofridos em consequência de uma infração às regras da concorrência.
114. Os métodos baseados na análise financeira tomam como ponto de partida o desempenho financeiro da empresa do requerente ou do requerido para determinar se, de facto, o requerente foi prejudicado e quantificar o montante do dano causado.
115. Se a ação de indemnização tiver sido instaurada por uma empresa, tendo a mesma sofrido danos decorrentes da infração, os mesmos poderão ser determinados através de uma análise à situação financeira dessa empresa (e, em particular, à sua rentabilidade). Este método pode revelar-se especialmente útil nos casos em que existe uma alegação de lucros cessantes, por exemplo no caso de expulsão ilícita de um concorrente do mercado.
116. Com base neste pressuposto, os métodos normalmente utilizados para avaliar a rentabilidade de uma empresa (tais como, por exemplo, o método do «valor atual líquido», que calcula o valor atual de futuros fluxos de caixa de uma empresa) podem ser utilizados para ajudar a quantificar os danos sofridos. Da mesma forma, os métodos de avaliação de negócios, nos quais se incluem os métodos contabilísticos, podem proporcionar algumas perspetivas relevantes.
117. para todos esses métodos deve ser determinado o respectivo cenário contrafactual : após avaliação da rentabilidade real da empresa do requerente, a mesma deve ser reavaliada através da simulação de um cenário não afetado pela infração. Este cenário contrafactual pode ser simulado através da utilização de dados de rentabilidade de um mercado de comparação - esta abordagem é semelhante aos métodos comparativos referidos supra¹⁰². Por exemplo, a rentabilidade do requerente antes da e após a infração pode ser usada para criar um cenário sem infração. Este cenário pode igualmente ser criado a partir de um método alternativo. Uma das alternativas consiste em usar o custo do capital como referência: esta medida descreve a margem de lucro mínima necessária num determinado setor para atrair capital e, como tal, pode ser adequada para presumir que a empresa em questão teria, pelo menos, obtido esse lucro mínimo no cenário sem infração.
118. Uma das vantagens dos métodos financeiros reside no facto de, em certos casos, devido às exigências em matéria de contabilidade, a informação necessária para os

¹⁰¹ O custo de capital (ou seja, o custo pelo qual uma empresa pode obter capital no mercado) é, por vezes, considerado indicativo de uma margem de lucro «razoável» em tais casos. No entanto, as margens de lucro na ausência de uma infração podem diferir significativamente do custo de capital, por exemplo, na ausência de uma concorrência perfeita ou perante a existência de vantagens em termos de custos que sejam específicas a certas empresas, ou ainda em caso de choques a nível da procura e da oferta.

¹⁰² Para mais informações, ver o ponto 32 e seguintes.

aplicar poder estar na posse das empresas ou até encontrar-se publicada, como acontece com as empresas cotadas em bolsa.

C. *Outros métodos*

119. Os métodos descritos no presente Guia Prático são os que beneficiaram de maior atenção até à data no domínio da prática forense e do ponto de vista académico. Tal não deve, contudo, ser entendido como uma lista exaustiva, uma vez que, em primeiro lugar, os métodos descritos podem continuar a evoluir ou outros podem ser desenvolvidos na prática.
120. Em segundo lugar, alguns métodos *não* debatidos no presente Guia Prático podem revelar-se úteis, sobretudo para estabelecer uma estimativa do limite superior ou inferior¹⁰³ ou uma estimativa aproximada¹⁰⁴ dos danos sofridos. Quando os ordenamentos jurídicos preveem nomeadamente a possibilidade de uma estimativa aproximada, os tribunais nacionais têm optado por técnicas pragmáticas em detrimento da implementação sofisticada dos métodos descritos nas Secções A e B supra para uma determinação do montante das indemnizações a ser concedido às partes lesadas. Por exemplo, nos casos em que um novo operador tenha sido impedido de entrar no mercado, em infração aos artigos 101.º ou 102.º do TFUE, foram, por vezes, utilizados os planos de atividade¹⁰⁵ a título de fonte de informação sobre os eventuais lucros de uma atividade, embora adaptados nalgumas instâncias em função das circunstâncias do mercado ou recorrendo aos dados de uma empresa ou mercado de comparação.
121. Incumbe aos tribunais nacionais verificar se um método pode ser aceite, ao abrigo das regras aplicáveis, para a quantificação dos danos num determinado caso, na condição de serem respeitados os princípios da efetividade e da equivalência consignados no direito da UE.

IV. **ESCOLHA DOS MÉTODOS**

122. Cada um dos métodos descritos nas Secções II e III pode, em princípio, fornecer informações úteis no que se refere a todas as infrações aos artigos 101.º ou 102.º do TFUE e aos diferentes tipos de danos que tendem a resultar dessas infrações. Em especial, permitem estimar não só o montante do preço adicional ilegal num cartel de fixação de preços, como também, por exemplo, o volume das vendas perdidas ou os lucros cessantes de uma empresa lesada por um abuso de posição dominante e que resulte num comportamento de exclusão por parte desta.
123. Importa sublinhar que é apenas possível estimar, e não avaliar com rigor e precisão, as condições que prevaleceriam provavelmente num hipotético cenário sem infração.

¹⁰³ Por exemplo, pode obter-se uma estimativa do limite superior através de uma análise das perdas críticas. Esta técnica avalia, em relação a um aumento de preço, as perdas em termos de quantidade que inviabilizariam a rentabilidade desse aumento de preços.

¹⁰⁴ Por exemplo, os lucros contrafactuais podem ser identificados, *prima facie*, tomando como parâmetro de referência o custo do capital, com base no pressuposto de que, na ausência da infração, a empresa teria obtido em lucro equivalente ao custo do capital, que representa a rentabilidade mínima exigida pelos financiadores de uma empresa. Em relação às limitações desta abordagem, ver nota 104.

¹⁰⁵ Ver, por exemplo, Højesteret (Supremo Tribunal da Dinamarca), acórdão de 20 de abril de 2005, processo UFR 2005.217h (*GT Linien A/S/Danske Statsbaner ORL e Scandlines A/S*).

Não existe um método único que seria, em todos os casos, mais adequado do que os outros. Cada um dos métodos acima descritos apresenta características, vantagens e inconvenientes específicos, que podem torná-lo mais ou menos adequado para estimar os danos sofridos num dado conjunto de circunstâncias. Em especial, os métodos diferem quanto ao seu grau de facilidade de utilização, à medida segundo a qual se baseiam em dados que resultam de interações concretas no mercado ou em postulados da teoria económica, bem como à medida em que têm em conta outros fatores que não a infração, suscetíveis de ter afetado a situação de ambas as partes.

124. Tendo em conta as circunstâncias específicas de cada caso, a abordagem adequada para a quantificação dos danos deve ser determinada ao abrigo da legislação aplicável. Aspetos relevantes podem incluir, para além do tipo de prova e do ónus da prova previstos ao abrigo das normas jurídicas aplicáveis, a disponibilidade dos dados, os custos e o tempo necessário, bem como a sua proporcionalidade à luz do montante do pedido de indemnização em causa. Os custos a ter em conta neste contexto podem não incluir apenas aqueles incorridos para a aplicação do método pela parte sobre a qual recai o ónus da prova, mas também os custos incorridos pela outra parte para refutar as suas alegações, bem como os custos para o sistema judiciário decorrentes da apreciação pelo tribunal dos resultados obtidos com este método, eventualmente com a assistência de um perito designado pelo tribunal. Os custos e a carga para a parte lesada e a sua proporcionalidade podem ser particularmente pertinentes à luz do princípio da efetividade¹⁰⁶. Além disso, a decisão ao abrigo do direito aplicável de saber se e, em caso afirmativo, qual o método e as técnicas descritos no presente Guia Prático que devem ser utilizados é suscetível de depender igualmente da disponibilidade de outros elementos de prova, por exemplo, das provas documentais apresentadas pelas empresas sobre o exercício das atividades que demonstrem que um aumento de preços ilegalmente acordado foi efetivamente aplicado e qual o respetivo montante.
125. É possível que, num dado caso, esteja prevista a aplicação de *vários métodos* (por exemplo, comparações no tempo e entre mercados geográficos), quer de forma alternativa, quer cumulativamente. Quando dois métodos diferentes se traduzem em resultados análogos, estas conclusões podem levar um sistema jurídico a atribuir um maior valor probatório à estimativa dos danos, eventualmente um limite inferior, com base nesses métodos. Quando, todavia, a aplicação de dois métodos se traduz em resultados aparentemente contraditórios (nomeadamente quando as duas partes opostas se baseiam individualmente num método distinto), não é normalmente adequado proceder ao cálculo da média dos dois resultados obtidos, nem considerar que tais resultados contraditórios se neutralizam, até ao ponto de ambos os métodos serem ignorados. Num cenário desse tipo, pode justificar-se uma análise das razões que explicam os resultados divergentes e um exame atento dos pontos fortes e fracos de cada método, bem como da sua aplicação no caso em apreço.

¹⁰⁶

Ver ponto 2 na Parte 1, Secção 1.

Parte 3 — quantificação dos danos causados por um aumento dos preços

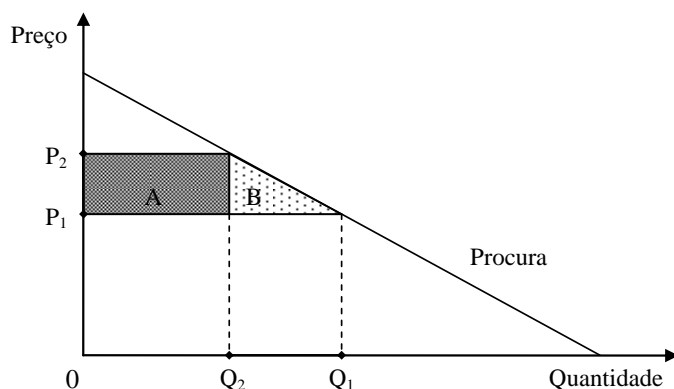
I. EFEITOS DAS INFRAÇÕES CONDUCENTES A UM AUMENTO DOS PREÇOS

126. As práticas anticoncorrenciais podem ter o efeito de aumentar os preços pagos pelos clientes diretos e, muitas vezes igualmente pelos clientes indiretos¹⁰⁷ dos autores da infração para o produto em causa. Os clientes diretos das empresas infratoras são aqueles que adquirem diretamente um produto de uma das empresas infratoras; os clientes indiretos são aqueles que adquirem o produto afetado pela infração a partir dos referidos clientes diretos ou de outros clientes indiretos.
127. Entre os exemplos típicos de infrações conducentes a esses aumentos, figuram os cartéis de preços ou a fixação de preços excessivos por uma empresa em posição dominante. Os clientes podem ser igualmente afetados por práticas que limitam a produção ou repartem a clientela ou os mercados, ou seja, por distorções da concorrência que, por seu turno, conduzem normalmente a um aumento dos preços. Um outro tipo de danos pode resultar das infrações que afetam adversamente a posição dos concorrentes no mercado; a quantificação desses danos e as suas consequências para os clientes são analisadas na Parte 4.
128. Na medida em que as infrações conduzem a um aumento dos preços dos produtos em causa, pode ser estabelecida uma distinção entre os dois tipos principais¹⁰⁸ de danos causados por essas infrações:
- (a) a) os prejuízos resultantes do facto de os clientes diretos e indiretos dos autores da infração terem de pagar mais caro cada produto por eles adquirido do que aconteceria na ausência da infração (o «preço adicional»). Este tipo de danos é tratado em maior pormenor na Secção II; e
 - (b) b) os danos resultantes do denominado «efeito de volume», provocado pela aquisição de um menor número dos produtos em causa devido ao aumento dos preços. Este tipo de danos é tratado em maior pormenor na Secção III.

O gráfico seguinte esquematiza estes dois efeitos principais:

¹⁰⁷ Nalguns casos, as empresas que não infringem elas próprias as regras da concorrência podem igualmente aumentar os seus preços para acompanhar o aumento dos preços no mercado induzido pela infração. Os clientes que adquirem a estas empresas são, por vezes, designados *umbrella customers*. A admissibilidade dos pedidos de indemnização apresentados por essas empresas depende das normas jurídicas aplicáveis.

¹⁰⁸ Em relação a outros tipos de danos, ver ponto 22 na Parte 1, Secção III.



129. P_1 é o preço cobrado na ausência de qualquer infração aos artigos 101.º ou 102.º do TFUE que afete o mercado. Num mercado perfeitamente concorrencial, este preço corresponderá ao custo de produzir mais uma unidade («custo marginal»). Na realidade, muitos mercados não são perfeitamente concorrenciais e os preços faturados em caso de não infração serão superiores aos custos marginais. Para um preço P_1 , Q_1 representa a quantidade do produto adquirido pelos clientes.
130. P_2 é o preço superior resultante de uma infração com incidência nos preços. Tal conduz, por seu turno, a uma procura mais reduzida (Q_2), dado que alguns clientes considerarão que este preço mais elevado a pagar excede o valor de dispor do produto ou de beneficiar do serviço prestado. Este efeito é denominado «efeito de volume» ou o «efeito de quantidade». A medida segundo a qual um aumento dos preços afeta a procura depende da elasticidade da procura desta última. A elasticidade da procura mede a variação da percentagem relativa à quantidade vendida de um produto num determinado mercado em resposta a uma alteração de preço de um por cento num determinado nível de procura, e fornece indicações úteis sobre a magnitude do efeito de volume das pequenas alterações de preço.
131. O retângulo A representa o valor transferido dos clientes para os autores da infração em consequência desta última: os clientes que compram ao preço superior P_2 devem transferir mais fundos para o(s) autor(es) da infração a fim de obter o produto. Podem exigir uma indemnização por terem tido de pagar um preço superior e a Secção II explica a forma de quantificar estes danos.
132. O triângulo B representa o efeito de volume e, deste modo, o valor perdido para aqueles que teriam adquirido o produto ao preço P_1 , mas que não o fazem quando o preço aumenta para o nível P_2 ¹⁰⁹.
133. Alguns clientes utilizam o produto em causa para as suas próprias atividades comerciais, por exemplo, para a sua venda posterior ou para fabricar outros produtos. Quando não compram ao preço P_2 (ou adquirem uma menor quantidade), devem renunciar aos lucros que teriam realizado se tivessem conseguido comprar ao preço P_1 . Podem solicitar uma indemnização por esses lucros cessantes e a Secção III

¹⁰⁹

Para a economia no seu conjunto, este triângulo representa, portanto, a perda de valor para os clientes associada a uma redução da produção: enquanto o preço adicional tem um impacto a nível da afetação dos ativos no âmbito da economia, o triângulo B simboliza o bem-estar não criado devido à infração. Este aspeto é designado em economia por «perda líquida de bem-estar».

ilustrará a forma de quantificar estes danos. Outros clientes são consumidores finais. Se não comprem ao preço P_2 , tal significa que se privam de beneficiar destes produtos ou serviços, pelos quais estariam dispostos a pagar o preço P_1 ¹¹⁰. As normas jurídicas aplicáveis podem prever a reparação parcial ou total desses danos, atendendo à impossibilidade de beneficiar do produto em causa. No mínimo, os consumidores finais que tiveram de suportar custos mais elevados (por exemplo, para a compra de um outro bem em substituição do produto em causa), tendo assim sofrido prejuízos reais¹¹¹, devem poder obter uma reparação.

134. O que precede resume os principais efeitos no mercado das infrações conducentes a um preço de venda *mais elevado*. As infrações aos artigos 101.º ou 102.º do TFUE podem igualmente afetar a procura e permitir aos infratores comprar a preços mais reduzidos os produtos de que necessitam, por exemplo, no caso de um cartel de adquirentes ou em caso de abuso do poder de mercado por um comprador em posição dominante relativamente aos seus fornecedores. Nesses casos, os efeitos a nível dos preços consistirão num «minoração do preço» para o fornecedor do autor da infração, muitas vezes igualmente associada a um preço adicional nos mercados a jusante, isto é, para os clientes diretos e indiretos do autor da infração¹¹². Para quantificar esta «minoração dos preços» (ou seja, o pagamento de produtos a um preço mais reduzido pelos membros de um cartel de adquirentes em relação aos seus fornecedores), é possível aplicar em princípio os mesmos métodos que para a quantificação do preço adicional.
135. Em princípio, podem ser usados os mesmos métodos¹¹³ nos casos em que não é visível a aplicação de preços adicionais, uma vez que a infração serviu para estabilizar artificialmente os preços ao longo de um determinado período de tempo em que, em circunstâncias normais de mercado (sem infração), os preços teriam diminuído. Nos pontos seguintes, o conceito de «preço adicional» designará também estas situações.

II. QUANTIFICAR O PREÇO ADICIONAL

136. Diferentes tipos de infrações conduzem, direta ou indiretamente, a preços adicionais. As ações de indemnização no domínio *antitrust* prendem-se, muitas vezes, com os preços adicionais provocados pelos cartéis, que serão examinados na Secção A. A quantificação dos preços adicionais causados por outros tipos de infrações será abordada na Secção B.

¹¹⁰ É igualmente possível que os clientes estariam dispostos a pagar um preço superior a P_1 , mas inferior a P_2 .

¹¹¹ Relativamente a este termo legal, ver os processos apensos C-295/04 a C-298/04, *Manfredi*, Coletânea. 2006, p. I-6619, n.º 95.

¹¹² No intuito de assegurar uma descida dos preços dos fatores de produção, os membros do cartel/compradores dominantes com poder no mercado a jusante são suscetíveis de restringir as suas aquisições de matérias-primas, reduzindo assim deste modo as vendas da sua produção e aumentando os preços a jusante.

¹¹³ Apenas o método comparativo entre os períodos temporais na variante «antes e durante» a comparação (ou seja, a comparação dos preços afetados pela infração com os preços antes da infração) é obviamente inadequado, a não ser que seja efetuada uma análise de regressão ou ajustes simples para ter em conta os fatores conducentes a uma redução dos preços em circunstâncias normais de mercado (por exemplo, redução dos custos com as matérias-primas).

A. Quantificação dos preços adicionais causados pelos cartéis

137. No quadro de uma ação de indemnização, será necessário quantificar o preço adicional pago pelo(s) requerente(s), nos termos das normas jurídicas aplicáveis. Os estudos económicos e jurídicos analisaram os efeitos dos cartéis, sendo algumas das suas conclusões apresentadas na Secção I.
138. Nas ações de indemnização, é útil estabelecer uma distinção entre o preço adicional inicial pago pelo cliente direto da empresa que cometeu a infração (ver Secção 2) e os danos eventuais que esse preço adicional causou aos clientes indiretos a diferentes níveis da cadeia de abastecimento (ver Secção 3).

(1) Efeitos dos cartéis

139. Os cartéis constituem acordos e práticas concertadas em que participam duas ou mais empresas e que visam influenciar os parâmetros da concorrência através de práticas como a fixação dos preços de compra ou de venda, ou outras condições comerciais, a atribuição de quotas de produção ou de venda ou a repartição dos mercados (incluindo a manipulação fraudulenta dos concursos). Para determinar se essas práticas infringem o artigo 101.º do TFUE, não é necessário quantificar os seus efeitos concretos, dado que o objetivo prosseguido por um acordo de cartel é a prevenção, a restrição ou a distorção da concorrência¹¹⁴.
140. Uma infração às regras da concorrência expõe os membros do cartel ao risco de deteção e, deste modo, à pronúncia de uma decisão de infração e à imposição de coimas. O simples facto de as empresas adotarem, não obstante, essas práticas ilegais indica que esperam retirar benefícios substanciais do seu comportamento, isto é, preveem que o cartel produzirá efeitos no mercado e, conseqüentemente, nos seus clientes¹¹⁵.
141. Um estudo encomendado pela Comissão examinou os dados empíricos no que respeita à existência de efeitos em matéria de preços adicionais e a sua importância¹¹⁶. Este estudo baseia-se numa série de estudos empíricos existentes sobre os efeitos dos cartéis. Em especial, examina de forma mais aprofundada a amostra de cartéis analisada no estudo mais completo realizado até à data, tomando unicamente em consideração os cartéis a) com início após 1960 (ou seja, os mais recentes), b) em relação aos quais estava disponível uma estimativa do custo adicional médio (em detrimento de uma estimativa do preço adicional máximo ou mínimo), c) em relação aos quais o estudo de base havia expressamente explicado o método de cálculo da estimativa do preço adicional médio e d) que haviam sido debatidos em artigos académicos ou em capítulos de livros validados por peritos¹¹⁷.

¹¹⁴ Acórdão do Tribunal Geral nos processos apensos T-25/95 etc. *Cimenteries CBR SA/Comissão* Coletânea 2000, p. II-491, n.ºs 837, 1531, 2589; processo T-202/98, *Tate & Lyle/Comissão*, Coletânea 2001, p. II-2035, n.ºs 72-74. Comunicação da Comissão intitulada «Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado», JO C 101 de 27.4.2004, p. 97, pontos 20-23.

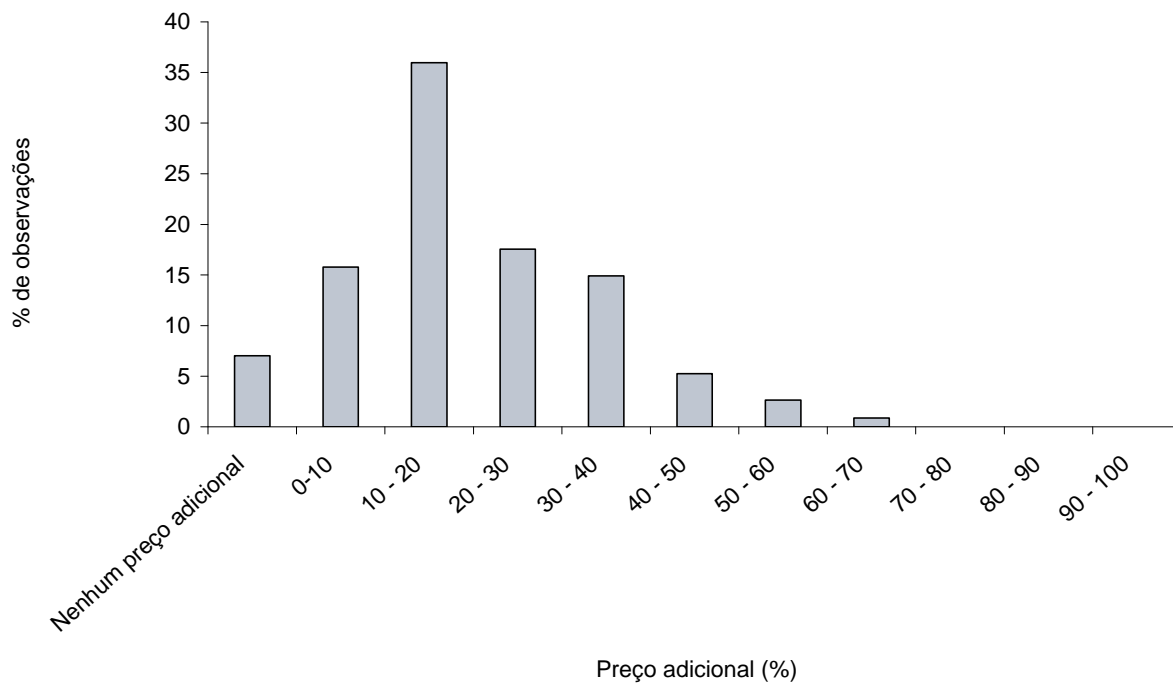
¹¹⁵ Ver igualmente a decisão do *Kammergericht Berlin* (Tribunal Regional Superior de Berlim), de 1 de outubro de 2009, no processo n.º 2 U 10/03, em que o Tribunal fez alusão a um argumento semelhante.

¹¹⁶ Estudo externo elaborado para a Comissão intitulado «Quantificar os danos no domínio *antitrust*» (*Quantifying antitrust damages*) (2009), páginas 88 e seguintes, disponível em <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/index.html>.

¹¹⁷ No total, o estudo examina 114 cartéis, baseados em diferentes práticas de colusão, incluindo a manipulação fraudulenta dos concursos. A amostra inclui cartéis internacionais e nacionais que

Apesar de os resultados deste exercício deverem ser objeto de uma interpretação cuidadosa¹¹⁸, o estudo realizado por conta da Comissão contém algumas informações úteis sobre os efeitos dos cartéis.

142. Com base nos dados observados, este estudo concluiu que, em 93% dos cartéis examinados, estes haviam resultado num preço adicional. Quanto à dimensão deste preço adicional, o estudo retirou as seguintes conclusões¹¹⁹:



143. De acordo com o referido estudo, verifica-se portanto um diferencial significativo a nível dos preços adicionais registados (mais de 50% no caso de alguns cartéis). Cerca de 70% dos cartéis examinados neste estudo resultaram num preço adicional compreendido entre 10% e 40%, situando-se a média em torno dos 20%.
144. As conclusões deste estudo são consentâneas com as de outros estudos empíricos disponíveis, a saber, que a) a grande maioria dos cartéis conduz efetivamente a um preço adicional, e b) verificam-se grandes oscilações nos preços adicionais observados. De igual forma, todos os demais estudos empíricos pautam-se, de modo

afetaram um vasto leque de setores diferentes. A dimensão geográfica da amostra engloba os EUA e o Canadá, bem como a Europa e outras regiões.

¹¹⁸ Em especial, afigura-se possível que os cartéis com efeito no mercado beneficiaram de uma maior atenção nos estudos empíricos do que aqueles que não produziram qualquer efeito, o que pode distorcer de certo modo as conclusões extraídas; ver o estudo intitulado «Quantificar os danos no domínio *antitrust*», página 89 (ref. nota), para informações mais pormenorizadas sobre a interpretação dos dados utilizados no estudo.

¹¹⁹ Estudo «Quantificar os danos no domínio *antitrust*», página 91 (ref. na nota 115). Esta dimensão é expressa em percentagem do preço real, o que significa que, se este último (ou seja, o preço pago na sequência da infração) for de 100 EUR e o preço adicional for estimado em 10%, estima-se que o preço sem a infração teria sido de 90 EUR

geral, por uma estimativa análoga da dimensão dos preços adicionais médios, conforme acima descrito¹²⁰.

145. Estas conclusões sobre os efeitos dos cartéis não substituem a necessidade de quantificar o dano específico causado aos requerentes num determinado caso. No entanto, os tribunais nacionais, com base nesses conhecimentos empíricos, têm sustentado que os cartéis conduzem normalmente a um preço adicional e que, quanto maior tiver sido a duração e a sustentabilidade de um cartel, tanto mais difícil será para um requerido argumentar a ausência de qualquer incidência negativa nos preços num caso específico¹²¹. Tais ilações são, todavia, uma questão da competência das legislações aplicáveis.

(2) Preço adicional inicial pago pelos clientes diretos

146. Todos os métodos e técnicas acima descritos na Parte 2 podem, em princípio, ser utilizados para quantificar o preço adicional inicial pago pelos clientes diretos das empresas que cometeram a infração. Outros tipos de prova (como, por exemplo, um acordo específico sobre um aumento dos preços revelado por documentos internos) podem igualmente fornecer indicações úteis sobre a dimensão do custo adicional. Uma vez que o custo adicional inicial constitui uma transferência de fundos do cliente direto para a(s) empresa(s) que cometeu(ram) a infração, qualquer informação eventualmente existente sobre os lucros ilícitos por eles realizados pode igualmente servir para quantificá-lo, apesar de tal poder vir a resultar numa subavaliação do montante de custos adicionais pagos¹²².
147. A fim de ilustrar a forma como os métodos e as técnicas podem ser utilizados para estimar os preços num cenário sem infração, e, com base nessa estimativa, determinar o preço adicional pago pelos clientes dos autores da infração, é útil retomar o exemplo de um cartel de farinha já mencionado na Parte 2¹²³.

Cartel de farinha

Neste exemplo, quatro empresas de moagem asseguram a produção de toda a farinha num determinado Estado-Membro (A, B, C e D). Estas empresas adquirem cereais junto de vários agricultores, procedem à sua moagem e aplicam os tratamentos adequados, antes de embalar e vender a farinha às padarias. Estas últimas utilizam a farinha para o fabrico de pão que vendem em seguida aos consumidores, bem como aos supermercados.

A autoridade de concorrência nacional realiza uma investigação do mercado devido a suspeitas quanto à fixação de preços e, em Janeiro de 2008, realiza inspeções sem aviso prévio nas instalações das empresas de moagem. Em Julho de 2010, a autoridade de concorrência adota uma decisão onde estabelece que as quatro empresas de moagem

¹²⁰ Para informações mais pormenorizada e outras referências, ver o estudo «Quantificar os danos no domínio *antitrust*», pp. 89 e seguintes (ref. na nota 115).

¹²¹ Ver, por exemplo, o *Bundesgerichtshof* (Tribunal Federal de Justiça, Alemanha), decisão de 28 de junho de 2005, processo n.º KRB 2/05 (Betão transportável) (no contexto da avaliação dos lucros ilícitos obtidos pelos participantes em cartéis para efeitos do cálculo de uma coima).

¹²² Ver igualmente o artigo 33.º, n.º 3, ponto 3, da lei alemã relativa às restrições à concorrência (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*), que estabelece que a proporção dos lucros realizados pelo autor da infração na sequência da mesma pode ser tida em conta no cálculo dos danos.

¹²³ Qualquer semelhança deste exemplo fictício com eventos reais é pura coincidência, não se devendo considerar que o exemplo reflete a posição da Comissão sobre uma determinada empresa ou setor específico, nem sobre a definição do mercado num dado setor.

infringiram o artigo 101.º do TFUE por terem participado, durante o período de 1 de janeiro de 2005 a 31 de dezembro de 2007, numa infração única e contínua relativamente à produção de farinha, em todo o território do Estado-Membro, e que consistia na fixação dos preços.

Uma padaria que adquiriu a farinha a uma destas empresas de moagem (empresa A) intenta uma ação contra esta empresa para a reparação do dano que sofreu em virtude da infração ao artigo 101.º do TFUE¹²⁴. A padaria alega que a infração conduziu a um aumento dos preços da farinha e solicita uma indemnização pelo pagamento deste preço adicional em relação a todas as aquisições efetuadas em 2005, 2006 e 2007.

148. A padaria é um cliente direto de um dos autores da infração. Se a infração provocou um aumento dos preços, a padaria pagou um preço adicional por cada unidade de farinha adquirida durante o período em que o preço foi afetado. A aplicação dos métodos e das técnicas descritos permitirá obter uma estimativa do preço que a padaria teria pago pela farinha na ausência da infração. O preço adicional resultante do cartel por unidade adquirida pode ser determinado subtraindo ao preço efetivamente pago pela padaria o preço não afetado pela infração. Esse valor deve ser multiplicado pelo número de unidades adquiridas pela padaria, a fim de determinar as perdas diretas reais associadas ao preço adicional (pressupondo a inexistência de quaisquer alterações significativas neste último ao longo do período da infração). O presente exemplo servirá para ilustrar a utilização dos métodos comparativos para estimar o custo adicional pago pela padaria, dado que estes são os mais utilizados na prática, sendo muitas vezes úteis para quantificar o preço adicional inicial.

a. Comparação no tempo

149. No presente exemplo, a padaria requerente comprou farinha à empresa A antes, durante e após o período da infração identificada pela autoridade de concorrência nacional. Como supramencionado, recorrer aos preços efetivamente pagos antes ou após a infração para calcular os preços que teriam prevalecido na ausência da infração impõe, em primeiro lugar, estabelecer quais os preços que foram afetados pela infração e os que não o foram, o que implica determinar o momento a infração a partir do qual o cartel começou a ter incidência no mercado da farinha e o momento em que esse efeito findou.

150. No caso em apreço, a autoridade de concorrência nacional determinou a duração da infração. Com efeito, a decisão enumera os elementos de prova de que a autoridade dispõe, que indicam que as empresas de moagem se reuniram em Janeiro de 2005 para discutir os preços tendo, em seguida, continuado a reunir-se mensalmente para ajustarem os seus acordos em matéria de preços. A última reunião teve lugar em Dezembro de 2007. A autoridade não encontrou provas de as reuniões terem prosseguido após a sua inspeção realizada em Janeiro de 2008. Numa primeira etapa, por conseguinte, os preços cobrados antes de Janeiro de 2005 e após Dezembro de 2007 afiguram-se ser dados adequados para uma comparação no tempo. No entanto, tal como descrito na Parte 2, é necessário examinar de forma mais aprofundada até que ponto estes dados são úteis a título comparativo.

¹²⁴ O direito nacional pode prever que todos os membros de um cartel são solidariamente responsáveis pela totalidade dos danos causados pelo cartel. O presente exemplo não tem quaisquer implicações para estas regras.

151. Como supramencionado, a decisão de uma autoridade de concorrência pode limitar a constatação de uma infração a um determinado período em relação ao qual dispõe de sólidos elementos de prova, muito embora possa indicar que a infração durou mais tempo¹²⁵. Nesse caso, pode justificar-se a não utilização dos dados relevantes em matéria de preços durante o período suscetível de ter sido afetado pela infração (que podem portanto incluir um preço adicional), mas tais dados podem, não obstante, ser utilizados para estimar o limite inferior dos danos, ou seja, para fornecer uma estimativa sólida do dano mínimo sofrido.
152. De igual forma, a duração da infração que tenha consistido num cartel pode ser distinta do período durante o qual os efeitos da infração se fizeram sentir: as empresas de moagem infringiram o artigo 101.º do TFUE por terem concluído um acordo anticoncorrencial. Para determinar quais os preços observados que podem ser considerados como não afetados pela infração, é necessário tomar em consideração o período durante o qual o referido acordo produziu efeitos, e não o seu termo. Se for possível demonstrar que as empresas se reuniram pela primeira vez em Janeiro de 2005, mas que o seu acordo só foi aplicado a partir de Março de 2005, os preços anteriores a Março de 2005 não serão afetados pela infração.
153. No que respeita à adequação ou não de recorrer aos preços observados após o termo da infração, é possível que o cartel tenha produzido efeitos no mercado mesmo após os participantes no cartel terem cessado o tipo de cooperação proibida pelo artigo 101.º do TFUE¹²⁶. Trata-se nomeadamente do caso nos mercados oligopolistas, em que as informações recolhidas no âmbito do cartel podem permitir aos seus participantes adotar, numa base sustentável (após o termo da infração) um comportamento destinado a vender os seus produtos a um preço superior ao preço provável na ausência de um cartel, sem recorrer ao tipo de práticas proibidas pelo artigo 101.º do TFUE¹²⁷. É igualmente possível que, após o termo do cartel, as empresas nele participantes recorram a outro tipo de infração às regras da concorrência, de que resulte um aumento dos preços para os seus clientes. Nestes casos, qualquer comparação no tempo baseada nos preços observados após o termo da infração pode levar a que o preço adicional pago pelos clientes dos autores da infração seja subestimado, uma vez que os preços após o termo da infração podem continuar ainda a ser por ela afetados. Apesar de no presente exemplo, a padaria requerente ter razões para crer que tal poderá ter sucedido no que se refere aos preços pagos em 2008 e nos anos seguintes, no seu pedido apresentado ao tribunal apenas pôde utilizar estes preços para estimar o limite inferior dos danos causados em termos de custo adicional.
154. No presente exemplo, a padaria requerente considera que os preços pagos antes da infração são adequados para estimar o preço hipotético provável. Se a padaria comparar os preços que vigoraram durante a infração e antes dela, conforme observados, pressupõe implicitamente que a diferença global entre os preços pagos no período de não infração, ou seja, em 2003 e 2004, e os preços pagos durante o período da infração, ou seja, em 2005, 2006 e 2007, é imputável à infração. É, todavia, possível que outras causas que não a infração tenham tido uma incidência

¹²⁵ Ver ponto 43 na Parte 2, Secção II.

¹²⁶ Ver ponto 44 na Parte 2, Secção II.

¹²⁷ Para informações mais circunstanciadas sobre o funcionamento desses «efeitos coordenados», ver as Orientações da Comissão para 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, p. 5, ponto 39.

significativa na evolução dos preços durante o período da infração. As oscilações nos preços dos cereais, por exemplo, podem ser uma outra causa que explica a evolução dos preços e podem ser tidas em conta mediante a utilização das técnicas delineadas na Parte 2, Secção II B. Na medida em que possam ser identificadas outras influências significativas e os dados relativos aos preços sejam ajustados por forma a ter em conta a sua incidência, é reforçada a alegação de que a diferença que subsiste entre os preços cobrados durante os períodos de não infração e da infração é imputável a esta última¹²⁸. As circunstâncias em que esses ajustamentos serão exigidos aos requerentes ou aos requeridos dependerão das normas de direito aplicáveis.

b. Outros métodos comparativos

155. Para além das comparações no tempo, outros métodos comparativos, conforme acima descritos na Parte 2, podem igualmente ser úteis para quantificar o montante do preço adicional pago pelo cliente direto. No exemplo do cartel da farinha, a padaria requerente pode recorrer alternativamente a uma comparação com os preços aplicados noutro mercado geográfico ou num outro mercado do produto, a fim de demonstrar qual o nível provável de preços que prevaleceria no seu próprio mercado na ausência da infração.
156. Uma possibilidade seria a comparação com os preços observados num mercado geográfico de farinha distinto. Partindo da premissa de que o cartel da farinha, acima descrito, abrangia um mercado nacional, os dados relativos aos preços faturados noutro Estado-Membro podem ser utilizados para calcular o preço não afetado pela infração. No caso de mercados cujo âmbito geográfico seja inferior ao nacional, pautando-se por uma dimensão regional, os preços de venda da farinha num mercado regional diferente podem constituir um parâmetro de referência adequado.
157. Para constituir um indicador fiável dos preços que teriam vigorado na ausência da infração, os preços comparativos não devem ter sido, eles próprios, influenciados por uma infração idêntica ou semelhante às regras da concorrência. Se, no exemplo do cartel da farinha, forem utilizados os dados em matéria de preços provenientes de um mercado geográfico limítrofe e se houver provas de que o acordo anticoncorrencial também abrangeu esse mercado, a comparação conduzirá a uma estimativa por baixo do preço adicional. Além disso, no caso de mercados limítrofes, uma infração cometida num dado mercado pode ter tido uma certa incidência nesse mercado limítrofe (por exemplo, desencadeando um aumento da procura) o que pode, portanto, igualmente contribuir para que esse mercado não reflita os preços não afetados pela infração.
158. Quando o mercado utilizado enquanto parâmetro comparativo apresentar características de mercado diferentes, os dados relativos aos preços nesse mercado podem também não ser suficientemente representativos dos preços que teriam

¹²⁸

Tal não tem incidência na aplicação das regras nacionais que permitem ao requerente utilizar as comparações básicas, sem ajustamentos, entre os preços faturados no período da infração e fora deste para apresentar um pedido ao tribunal ou para cumprir as obrigações que lhe incumbem ao abrigo da legislação nacional no que se refere ao estabelecimento dos factos (nomeadamente, quando a legislação nacional permite ao tribunal determinar a indemnização a conceder através de uma estimativa aproximada ou a sua determinação numa base *ex-aequo-et-bono*). De igual forma, também não são afetadas as regras relativas ao tipo de prova e ao ónus da prova.

vigorado na ausência da infração. No presente exemplo, o mercado afetado pela infração é abastecido por quatro empresas de moagem. A título ilustrativo, se puder ser demonstrado que, antes da adoção das práticas ilegais, prevalecia uma importante concorrência, os dados relativos aos preços num mercado limítrofe caracterizado pela existência de uma empresa de moagem em posição dominante podem não refletir adequadamente os preços na ausência do cartel, podendo apenas servir de base para uma estimativa do limite inferior dos danos.

159. Se a padaria requerente utilizar os dados relativos aos preços de um outro mercado geográfico, tal como observados, parte do pressuposto implícito de que as diferenças que subsistem entre os preços efetivamente pagos aos autores da infração, por um lado, e os preços que prevalecem no mercado comparativo, por outro, se devem à infração. Consoante as circunstâncias do caso em apreço e os requisitos ao abrigo da legislação aplicável, as técnicas descritas na Parte 2, Secção II B podem ser utilizados para identificar e ter em conta outras influências eventuais nos preços.
160. Uma outra possibilidade para calcular o preço não afetado pela infração consiste em comparar os dados relativos aos preços observados noutros mercados do produto. No caso da farinha, contudo, pode ser difícil encontrar um mercado do produto suficientemente semelhante que não tenha sido afetado por uma infração idêntica ou análoga.

(3) Repercussão dos preços adicionais

161. Os clientes diretos dos autores da infração que pagam um preço adicional provocado pelo cartel podem, eles próprios, proceder à venda dos produtos afetados (ou utilizá-los para produzir outros bens ou serviços). No exemplo do cartel da farinha acima debatido, os clientes diretos dos autores da infração são as padarias que utilizam a farinha adquirida para fabricar pão que, por seu turno, vendem quer diretamente aos clientes finais, quer aos supermercados. Estes clientes diretos (padarias), em reação ao aumento de preços com que se confrontam, podem aumentar os preços dos seus próprios bens ou serviços (o pão por eles vendido), repercutindo assim no todo ou em parte o preço adicional inicial sobre os seus próprios clientes (consumidores ou supermercados). Verifica-se o mesmo efeito quando são os clientes *indiretos* (os supermercados no nosso exemplo) que aumentam os seus próprios preços de venda face aos seus clientes, repercutindo assim o preço adicional que os seus fornecedores haviam anteriormente repercutido neles próprios.
162. Essa repercussão dos preços adicionais pressupõe normalmente um efeito de volume: tal como acima descrito nos pontos 128 e seguintes, um aumento dos preços conduz normalmente a uma redução da procura. No exemplo do cartel da farinha, na medida em que as padarias repercutem o preço adicional através de um aumento dos preços do pão vendido aos supermercados e aos clientes finais, podem atenuar o impacto financeiro negativo deste custo adicional, mas sentir-se-á uma diminuição da procura¹²⁹. Esta menor procura implica, para as padarias, um menor volume de

¹²⁹ Este vínculo entre a repercussão de um custo adicional por uma empresa e o seu volume de vendas, foi igualmente realçado num contexto diferente, pelo Tribunal de Justiça no processo C-147/01 *Weber's Wine World*, Coletânea 2003, p. I-11365, n.ºs 98-99: «mesmo quando se prove que o imposto (...) foi repercutido, no todo ou em parte, em terceiros, (...) o sujeito passivo pode sofrer prejuízos associados à diminuição do volume das suas vendas».

vendas e lucros cessantes; trata-se de danos que resultam igualmente da infração e que devem ser compensados (ver Secção III).

163. O aumento dos preços devido à necessidade de repercutir o custo adicional e a diminuição do volume das vendas estão, deste modo, intrinsecamente ligados. Na realidade, o efeito de repercussão e os efeitos de volume são determinados pelos mesmos fatores, em especial a elasticidade da procura dos consumidores a jusante. Tal deve-se ao facto de as condições do mercado relativas à procura a jusante afetarem tanto o preço de venda como os respetivos volumes de vendas, com base nos quais a padaria procurará maximizar os seus lucros.
164. No contexto de um pedido de indemnização pelos preços adicionais numa ação no domínio *antitrust*, a sua repercussão pode ser pertinente em dois tipos de situações diferentes:
- (a) Numa ação intentada por um cliente direto para exigir uma indemnização pelo preço adicional inicial pago (no presente exemplo, a ação intentada pela padaria contra a empresa de moagem A), o requerido, participante no cartel, pode sustentar que o cliente direto não deve ser, na realidade, indemnizado pelo dano causado pelo preço adicional na medida em que aumentou os seus próprios preços, tendo assim repercutido o custo adicional em terceiros. Tal é frequentemente denominado o argumento de defesa relacionado com a «repercussão dos custos». Esta repercussão dos custos pelo comprador pode, tal como acima referido, resultar numa redução das vendas e, deste modo, em lucros cessantes.
 - (b) Uma ação intentada por um cliente indireto contra o autor da infração (por exemplo, um supermercado ou um cliente que adquiriu pão à padaria e que intenta uma ação contra as empresas de moagem) também dependerá deste argumento associado à repercussão dos custos. Com efeito, o comprador indireto só pode exigir uma indemnização por um preço adicional se o preço adicional inicial pago pelo cliente direto tiver sido nele repercutido, no todo ou em parte. Este facto pode assumir importância para os requerentes que se situam a diferentes níveis da cadeia de abastecimento, incluindo os clientes finais.
165. Vigoram normas jurídicas distintas quanto à aceitabilidade do argumento de defesa relacionado com a repercussão dos custos adicionais e ao tipo de prova neste contexto¹³⁰. Todavia, as conclusões económicas sobre a quantificação da repercussão dos preços adicionais apresentadas nos pontos 168 e seguintes podem ser úteis independentemente destas normas.
166. Em ambas as situações acima analisadas, os requerentes e os requeridos podem basear-se em duas abordagens diferentes para fundamentar a sua alegação de que o preço adicional foi repercutido nos clientes indiretos, podendo:

¹³⁰ Ver Livro Branco da Comissão sobre ações de indemnização por incumprimento das regras comunitárias no domínio *antitrust* [COM (2008) 165 final de 2.4.2008] que apresenta propostas de ação sobre o tratamento da repercussão dos custos adicionais nas ações de indemnização no domínio *antitrust*.

- (a) quantificar o preço adicional inicial e determinar a taxa de repercussão nos clientes indiretos, eventualmente a diversos níveis da cadeia de abastecimento e recorrer às técnicas econométricas acima delineadas, ou
 - (b) utilizar os métodos e as técnicas acima descritos para determinar se o cliente indireto em causa pagou um preço adicional. Esta segunda abordagem é geralmente mais fácil de implementar.
167. Por exemplo, quando um cliente indireto intenta uma ação de indemnização devido a um preço adicional causado por um cartel, esse cliente pode demonstrar a existência de um preço adicional inicial que foi nele repercutido¹³¹, ou quantificar o preço adicional repercutido ao seu nível da mesma forma que um cliente direto quantificaria o preço adicional inicial, designadamente, mediante a comparação do preço efetivamente pago com o preço provável num cenário de não infração: os métodos comparativos podem fornecer indicações úteis sobre o montante do preço adicional pago pelos clientes indiretos, sem ser necessário identificar o nível de repercussão. Recorrendo a uma comparação no tempo, por exemplo, entre os preços pagos pelo cliente indireto antes e após a infração, pode ser possível apurar até que ponto esses preços aumentaram em consequência do cartel, sem ter de chegar a uma conclusão sobre a taxa de repercussão.
168. Não é possível estabelecer uma taxa de repercussão normal que seria aplicável na maioria dos casos. Ao invés, será necessária uma análise cuidadosa de todas as características do mercado em causa, a fim de avaliar as taxas de repercussão. Num caso concreto, a existência e a taxa de repercussão é determinada por uma série de critérios distintos, pelo que apenas podem ser avaliadas à luz das condições do mercado em causa.
169. Quando o cliente direto dos autores da infração utiliza os bens comercializados pelo cartel para concorrer num mercado a jusante, é provável que não possa normalmente repercutir esse aumento dos custos (ou somente o possa fazer de forma muito limitada) se os seus próprios concorrentes nesse mercado a jusante não estiverem sujeitos a um preço adicional idêntico ou semelhante (por exemplo, porque se abastecem num mercado que não é afetado pelo cartel). No exemplo do cartel da farinha, a padaria requerente concorre com outras padarias na produção e na distribuição de pão. Na medida em que estas outras padarias se abasteçam em farinha junto de outros fornecedores que não os membros do cartel a um preço inferior, a padaria que é cliente do cartel sofre de uma desvantagem concorrencial face aos seus concorrentes, impedindo-a assim de repercutir o preço adicional.
170. Se todas as empresas nesse mercado a jusante forem afetados pelo cartel, estando assim igualmente sujeitas ao pagamento do preço adicional direto, é provável que o cliente direto possa repercutir pelo menos uma parte desse preço adicional. O grau dessa repercussão é influenciado pela intensidade da concorrência no mercado a jusante: se este último for perfeitamente concorrencial, a taxa será nesse caso praticamente igual a 100%. Tal reflete o facto de, nos mercados caracterizados por uma concorrência perfeita, o preço corresponder aos custos marginais, pelo que um

¹³¹ Quando o cliente indireto fundamenta a sua alegação, fazendo referência a uma taxa de repercussão e a infração incidir num fator de custo pouco significativo em relação ao custo global do produto, as taxas de repercussão de outros fatores de custo mais importantes, suscetíveis de serem mais facilmente calculadas, podem constituir um indicador útil.

aumento dos preços dos fatores de produção conduzirá assim diretamente a um aumento idêntico dos custos/preço da produção. No que se refere aos mercados menos concorrenciais, é provável que as empresas afetadas repercutam pelo menos uma parte do custo adicional, embora não forçosamente na íntegra. Por exemplo, se o cliente direto estiver em situação de monopólio no mercado a jusante, optará por uma taxa de repercussão que refletirá, para ele, um preço suscetível de maximizar o lucro, atendendo à diminuição da procura que resultará provavelmente desta repercussão do custo adicional¹³².

171. As outras características suscetíveis de influenciar o grau de repercussão do custo adicional nessas situações (mantendo-se os demais fatores constantes) incluem:

- A elasticidade da procura-preço e a questão de saber se os clientes se tornam mais ou menos sensíveis aos preços à medida que estes aumentam. Em especial, uma repercussão do preço adicional é geralmente mais provável se os clientes não mudarem facilmente para outros produtos na sequência de um aumento dos preços (inelasticidade da procura) e se a sensibilidade dos clientes face aos preços se tornar menos acentuada à medida que os preços sobem.
- A variação do custo marginal em função de alterações na produção. Por exemplo, esta repercussão substancial é menos provável se o custo marginal diminuir significativamente na sequência de uma redução na produção, uma vez que uma menor produção se tornaria mais onerosa (p.ex. na presença de restrições em matéria de capacidade). Em contrapartida, uma repercussão substancial do preço adicional é mais provável se o custo marginal não diminuir significativamente na sequência de uma redução na produção (p.ex. devido à ausência de restrições em matéria de capacidade).
- O impacto da infração nos diferentes tipos de custos. Quando a infração afeta os custos variáveis, tal torna a repercussão do preço adicional mais provável do que se esta afetar os custos fixos.
- A duração da infração e a frequência das transações. Quando as infrações são de longa duração, é mais provável que o preço adicional seja repercutido; o mesmo se aplica nos setores em que as transações e os ajustamentos de preços são frequentes.

B. *Quantificação dos preços adicionais causados por outros tipos de infrações conducentes a danos sob a forma de custos adicionais*

172. Os cartéis constituem apenas uma das várias infrações conducentes a um aumento dos preços para os clientes dos autores da infração e, portanto, a danos sob a forma de custos adicionais (ou, no caso de infrações relacionadas com o abastecimento aos autores da infração, a uma «minoração dos custos»). Outros exemplos de um comportamento suscetível de causar danos sob a forma de preços adicionais incluem as infrações ao artigo 101.º do TFUE, a saber, determinadas empresas comuns anti-

¹³²

O grau exato desta repercussão do custo adicional dependerá da procura com que os clientes diretos se confrontam, bem como da sua estrutura de custos. Por exemplo, no simples caso de uma empresa em situação de monopólio que enfrenta uma procura linear (significando que a relação entre a quantidade e o preço pode ser representada por uma linha reta) e custos marginais constantes, a repercussão atingirá 50% do custo adicional.

concorrenciais, e práticas abusivas quanto à faturação de preços excessivos por uma empresa em posição dominante na aceção do artigo 102.º do TFUE.

173. Um elemento comum a estas infrações reside no facto de poderem, direta ou indiretamente, permitir aos autores da infração aumentar os preços faturados aos seus clientes¹³³. O pagamento deste preço adicional conduz, por seu turno, a uma menor procura e, deste modo, ao efeito de volume acima descrito.
174. Os métodos e as técnicas cuja aplicação no caso de um custo adicional decorrente de um cartel foi acima descrita¹³⁴ podem, em princípio, ser utilizados para quantificar os danos sob a forma de custos adicionais causados por outras infrações. O ponto de partida consiste em saber em que situação se encontraria o requerente se a infração em causa não tivesse acontecido.

III. QUANTIFICAÇÃO DOS DANOS CAUSADOS PELO EFEITO DE VOLUME

175. Um aumento dos preços de um dado produto resulta numa descida da procura. A medida segundo a qual os preços aumentam e se assiste a uma diminuição concomitante das quantidades, na sequência de uma infração, dependem de parâmetros idênticos em matéria de custos e procura, sendo determinados de forma conjunta. Por conseguinte, o preço adicional e os efeitos de volume encontram-se intrinsecamente ligados.
176. Em relação a um preço adicional cobrado a um cliente intermédio (como referido supra nos pontos 143 e seguintes), o efeito de volume também está estreitamente associado à repercussão do preço adicional ao longo da cadeia de abastecimento até ao consumidor final: se um cliente dos autores da infração não repercutir o preço adicional, suportando-o assim na íntegra, as suas vendas não diminuirão na sequência da infração, uma vez que os seus clientes não sofrerão um aumento dos preços devido à infração. No entanto, se este preço adicional for repercutido no todo ou em parte no consumidor final, este último estará sujeito ao aumento de preços descrito no ponto 111 e reduzirá a sua procura. Tal reduzirá, por seu turno, a procura a montante na cadeia de abastecimento.
177. Tal como explicado supra, em relação aos clientes diretos ou indiretos dos autores da infração que utilizam o produto em causa para as suas próprias atividades comerciais, esta descida da procura («efeito de volume») significa que venderão menos devido à infração, pelo que se confrontam com lucros cessantes em relação às unidades que não conseguiram vender devido a este efeito. Estes lucros cessantes constituem um dano passível de reparação¹³⁵ e, em princípio, os métodos e as técnicas acima descritos na Parte 2 podem ser utilizados para quantificar o seu montante¹³⁶.
178. Em particular, os métodos e as técnicas comparativos, cuja aplicação para efeitos da quantificação do preço adicional inicial pago pelo cliente direto é acima debatida, podem fornecer ao requerente indicações úteis para determinar a redução do seu

¹³³ Ou, se a infração se prender com o abastecimento aos autores da infração, minorar o preço que estes fornecedores obtêm dos seus clientes.

¹³⁴ Ver pontos 149 e seguintes, e ponto 155 e seguintes.

¹³⁵ Processos apensos C-295/04 a C-298/04, *Manfredi*, Coletânea 2006, p. I-6619, n.º 95.

¹³⁶ Salvo o método baseado nos custos.

volume de negócios e dos seus lucros. Por exemplo, pode ser utilizada uma comparação no tempo ou entre os mercados para reconstituir o volume de vendas no cenário sem infração, ou seja, o número de unidades que o requerente teria podido vender na ausência da infração. Do mesmo modo, a aplicação destes métodos e técnicas pode ser empregue para calcular as margens de lucro hipotéticas num cenário sem infração. Nalguns casos, um tribunal pode igualmente aceitar que esses métodos sejam utilizados de forma simplificada, por exemplo, para determinar uma margem de lucro média por transação, sendo esta seguidamente multiplicada pelo número de unidades que não foram vendidas devido à infração¹³⁷.

179. Os lucros cessantes constituem uma forma de danos frequentemente associada às infrações que têm por efeito de excluir os concorrentes do mercado. A Parte 4 do presente Guia Prático debate a quantificação desses danos em maior pormenor. As conclusões expostas nessa parte podem ser igualmente pertinentes aquando da quantificação dos lucros cessantes na sequência de um aumento dos preços.

¹³⁷

Ver também ponto 191.

Parte 4 — quantificar os efeitos resultantes das práticas de exclusão

I. EFEITOS DAS PRÁTICAS DE EXCLUSÃO

180. As infrações aos artigos 101.º ou 102.º do TFUE podem ter o efeito de excluir totalmente os concorrentes de um mercado ou de reduzir a sua quota de mercado. Estes efeitos a nível dos concorrentes são geralmente designados por «evicção do mercado». Exemplos de tais práticas são os abusos de posição dominante proibidos pelo artigo 102.º do TFUE e que consistem, por exemplo, em práticas predatórias, acordos exclusivos, recusa de abastecimento, vendas subordinadas, vendas agrupadas ou compressão das margens¹³⁸. Tais abusos são designados «abusos de exclusão». A evicção de um concorrente pode ser igualmente o objeto ou o efeito de uma prática proibida pelo artigo 101.º do TFUE. Sendo assim, as «práticas de exclusão» podem abranger, quer as infrações ao artigo 101.º, quer as infrações ao artigo 102.º do TFUE.
181. Através das práticas de exclusão proibidas pelas regras de concorrência consignadas no Tratado, os autores das infrações distorcem a concorrência para melhorar a sua posição no mercado ou para mantê-la artificialmente, o que tem repercussões imediatas nos seus concorrentes, uma vez que conduz à deterioração da sua posição no mercado, resultando na sua evicção do mercado ou impedindo a sua entrada. As práticas de exclusão podem afetar os custos suportados por um concorrente, o preço que pode cobrar pelos seus produtos ou as quantidades que pode produzir e vender, resultando normalmente em lucros cessantes para os concorrentes em causa.
182. Além disso, ao afetarem ilegalmente a posição no mercado dos concorrentes e, deste modo, o grau de concorrência, tais práticas lesam os consumidores, traduzindo-se em preços mais elevados, num menor leque de escolha ou na redução da qualidade e da inovação. No entanto, os efeitos nocivos das práticas de exclusão sobre os clientes nem sempre se manifestam de imediato, uma vez que estas práticas visam, em primeiro lugar, os concorrentes, reduzindo assim as pressões concorrenciais por eles exercidas sobre os autores da infração. Enquanto as infrações do tipo descrito na Parte 3 resultam normalmente em lucros ilegais imediatos para os autores da infração e em danos imediatos para os seus clientes, as práticas de exclusão podem traduzir-se numa desvantagem inicial para os autores da infração e em preços mais vantajosos para os clientes a breve prazo, conforme sucede normalmente com a fixação de preços predatórios. As secções subsequentes abordarão separadamente a quantificação dos danos sofridos pelos concorrentes (Secção II) e dos danos sofridos pelos clientes (Secção III).
183. O Tratado garante um direito de indemnização aos consumidores e às empresas que sofreram danos causados por práticas de exclusão, independentemente de se tratar de clientes ou concorrentes dos autores da infração. Como acima indicado, o Tribunal de Justiça especificou que essa reparação engloba não só os danos reais (*damnum emergens*), mas também os lucros cessantes (*lucrum cessans*) e o pagamento de

¹³⁸ Para uma descrição destas práticas, ver igualmente a Comunicação da Comissão — Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82.º do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante, JO C 45 de 24.2.2009, p. 7.

juros¹³⁹. Para efeitos da quantificação dos danos resultantes das práticas de exclusão, as secções seguintes remetem sobretudo para o conceito de «lucros cessantes», em conformidade com a jurisprudência do Tribunal de Justiça. Este conceito será utilizado na aceção mais lata do termo, devendo por ele entender-se a diferença entre os lucros efetivamente realizados por uma empresa e os lucros que teriam sido realizados na ausência da infração. As abordagens utilizadas para quantificar esses lucros cessantes descritas em seguida são aplicáveis sem prejuízo da possibilidade de as partes lesadas poderem solicitar uma indemnização ao abrigo de outras causas dos danos nos termos do direito nacional. Com efeito, alguns elementos dos lucros cessantes na aceção mais lata do termo podem ser abrangidos por diferentes conceitos jurídicos ao abrigo do direito dos Estados-Membros (como o conceito de perda de oportunidade¹⁴⁰ ou perda da reputação) e pode igualmente haver tipos de danos provocados por um comportamento de exclusão que transcendem a noção de lucros cessantes.

II. QUANTIFICAÇÃO DOS DANOS CAUSADOS AOS CONCORRENTES

184. Para os concorrentes, os lucros cessantes podem ser causados por uma descida das receitas (por exemplo, através da redução da quantidade que esses concorrentes podem vender) ou por um aumento dos custos (por exemplo, quando a infração afeta o preço de um fator de produção). De modo geral, a situação traduz-se num decréscimo da quota de mercado do concorrente. Nas Secções seguintes, após uma breve descrição da forma como as práticas de exclusão afetam os concorrentes ao longo do tempo (A) e uma exposição geral sobre a quantificação dos lucros cessantes (B), serão examinadas algumas situações que se colocam normalmente no âmbito da quantificação dos danos resultantes das práticas de exclusão, nomeadamente os casos em que estas práticas afetam os concorrentes existentes (C) e os novos operadores (D), e quando os danos causados produzem efeitos a longo prazo (E).

A. *A dimensão temporal das práticas de exclusão*

185. Consoante o período examinado, as práticas de exclusão podem afetar os concorrentes de diferentes formas. No início, os concorrentes confrontam-se normalmente com dificuldades para vender os seus produtos ou (nos casos em que as práticas afetam o mercado a montante) em abastecer-se. Tal traduz-se numa deterioração dos seus lucros devido a um aumento dos custos ou a uma redução das receitas. Os concorrentes constatarem geralmente uma diminuição das suas quotas de mercado ou dispõem de uma quota de mercado inferior ao que seria de esperar na ausência da infração (por exemplo, quando a sua expansão é impedida). Esta fase pode coincidir com um aumento dos lucros dos autores da infração, embora nem sempre tal aconteça, visto que podem ter de suportar os custos associados à aplicação da prática de exclusão (por exemplo, redução do preço, recusa de abastecimento a um concorrente e consequente redução das suas próprias vendas, concessão de descontos ou outras vantagens aos clientes, resultando numa diminuição dos lucros a curto prazo). Pode inclusivamente acabar por se assistir à evicção dos concorrentes do mercado.

¹³⁹ Processos apensos C-295/04 a C-298/04, *Manfredi*, Coletânea. 2006, p. I-6619, n.º 95.

¹⁴⁰ Por perda de oportunidade, devem entender-se as oportunidades comerciais de que uma empresa foi privada devido à prática de exclusão ilegal.

186. Uma vez impedida a entrada de concorrentes num mercado ou assegurada a redução ou a supressão da sua presença no mercado, assiste-se geralmente a uma recuperação da situação dos autores das infrações, que passam a beneficiar de maiores lucros em detrimento dos clientes e dos concorrentes objeto de evicção. Nesta fase (que pode ocorrer muito rapidamente após o início da infração ou decorrido um certo período de tempo), os clientes poderão ter de pagar um preço mais elevado e deparar-se com uma perda de qualidade ou de escolha. A plena exclusão de um concorrente de um mercado não é uma condição *sine qua non* para a repercussão destes efeitos nos clientes. Tais efeitos podem igualmente fazer-se sentir desde o momento em que a prática de exclusão é desencadeada, mesmo se os concorrentes continuarem no mercado, na condição de serem atenuadas as pressões concorrenciais por eles exercidas.
187. Quando a prática de exclusão é detetada pelas instâncias públicas ou o seu termo for assegurado por ações privadas, as condições de concorrência poderão ser progressivamente restabelecidas. É importante salientar que o restabelecimento das condições de mercado, tal como se a infração não tivesse ocorrido, é praticamente impossível em muitos casos. Tal depende essencialmente dos efeitos estruturais da infração, uma vez que estes podem ser difíceis e morosos de corrigir (devido às obrigações contratuais existentes, aos efeitos de rede ou a outros obstáculos à reentrada no mercado de um concorrente objeto de evicção). Por conseguinte, nalguns casos, não é possível assegurar a plena convergência entre o cenário sem infração e a evolução do mercado na prática.

B. Abordagem geral para a quantificação dos lucros cessantes

188. A fim de determinar se, e até que ponto, os concorrentes se confrontaram com lucros cessantes, é necessário comparar os lucros realizados pelos concorrentes durante a infração no mercado afetado pela mesma com os lucros que teriam realizado em relação a esses produtos num cenário sem infração (ou seja, o cenário contrafactual).¹⁴¹ Sempre que for possível demonstrar que os concorrentes objeto de evicção teriam auferido lucros mais elevados num cenário sem infração, e que essa diferença é provocada pela infração, o concorrente sofre danos, mesmo se a sua quota de mercado se mantiver inalterada ou se os lucros aumentarem devido a outros fatores¹⁴².
189. Os lucros efetivamente realizados pela empresa em causa são normalmente determinados deduzindo os custos efetivamente suportados das receitas obtidas na prática. De igual forma, podem determinar-se os lucros que teriam sido realizados num cenário sem infração (lucros contrafactuais), deduzindo-se os custos estimados num cenário sem infração (custos contrafactuais)¹⁴³ das receitas previstas na ausência

¹⁴¹ Esta situação não se aplica às ações intentadas para recuperação parcial de uma perda como, por exemplo, os custos adicionais incorridos. Tais ações têm surgido também devido a uma maior disponibilidade de métodos mais orientados para a quantificação dos danos sofridos. Ver ponto 192.

¹⁴² Por exemplo, um novo operador no mercado com um elevado potencial de crescimento pode manter os seus níveis de lucro, mas estes teriam aumentado na ausência da infração.

¹⁴³ Aquando da estimativa dos lucros cessantes da empresa em causa, é necessário tomar em consideração os custos adicionais que esta teria normalmente suportado para aumentar a produção. A este respeito, o custo por unidade suportado pela empresa não corresponde necessariamente ao custo por unidade num cenário contrafactual. Por exemplo, no caso de um aumento dos rendimentos de escala, o custo por unidade no cenário contrafactual seria inferior ao custo observado, uma vez que a produção da empresa seria superior no cenário contrafactual (ou seja, se não tivesse sido afetado pela infração).

da infração (receitas contrafactuais)¹⁴⁴. O montante dos lucros cessantes é a diferença entre os lucros contrafactuais e os lucros reais. No caso de ser impedida a entrada no mercado, os lucros efetivos são normalmente nulos ou mesmo negativos se o concorrente excluído do mercado tiver suportado custos (investimento para se lançar no mercado) que não deram origem a qualquer receita.

190. Esta abordagem de base para calcular os lucros cessantes pode ser aplicada de diversas formas. Por exemplo, é possível comparar as receitas do concorrente objeto de evicção no cenário sem infração com as receitas reais obtidas no mercado afetado pela infração. Uma vez determinado o montante das receitas perdidas, é possível deduzir os custos não incorridos pela empresa devido à descida do volume de produção, para obter o montante dos lucros cessantes. Esta abordagem de avaliação dos lucros cessantes não torna necessário quantificar a totalidade dos custos que teriam sido suportados pela empresa, bastando estimar os custos que não foram suportados devido à infração.
191. Há também outras abordagens pragmáticas para avaliar os lucros cessantes que podem ser adequadas em determinados casos específicos. Por exemplo, pode estimar-se uma margem de lucro média, por unidade de produto comercializado num cenário sem infração, multiplicando-a subsequentemente pelo número de unidades que não foram vendidas devido à infração¹⁴⁵. Essa estimativa pode basear-se numa ou mais transações suscetíveis de serem consideradas suficientemente representativas das atividades do requerente no que respeita ao produto em causa. É de observar que, neste cálculo, seriam implicitamente incluídos os custos evitados¹⁴⁶.
192. A prática no domínio das ações de indemnização no domínio *antitrust* revela que os concorrentes objeto de evicção optam, por vezes, por solicitar uma indemnização apenas em relação a uma parte dos danos, por exemplo, os custos suportados para reagir a uma prática de exclusão¹⁴⁷, os custos irrecuperáveis relacionados com a sua entrada num mercado de que foram excluídos¹⁴⁸ ou o montante considerado excessivo em caso de compressão das margens ou de uma prática discriminatória em matéria de preços¹⁴⁹ que infringe o direito da concorrência da UE. Esta escolha é, por vezes, motivada pelo facto de a quantificação destas causas do dano ser mais fácil e

¹⁴⁴ Ver *Stockholms tingsrätt* (Tribunal Distrital de Estocolmo), sentença de 20 de novembro de 2008, processos apensos T 32799-05 e T 34227-05 (*Europe Investor Direct AB e outros/ VPC Aktiebolag*), recurso pendente.

¹⁴⁵ Para um exemplo de uma abordagem pragmática baseada em dados reais de custos e receitas implementada através de técnicas de regressão, ver *Juzgado mercantil numero 2 de Barcelona* (Tribunal Comercial de Barcelona), decisão de 20 de janeiro de 2011, processo n.º 45/2010 (Céntrica Energía S.L.U. v Endesa Distribucion Electrica./Endesa Distribución Eléctrica S.A.).

¹⁴⁶ Para estimar a margem de lucro média, pode também ser adequado examinar a forma como os custos e as receitas no cenário contrafactual teriam evoluído na ausência da infração. Por exemplo, as margens de lucro observadas num período anterior à infração podem ter diminuído durante o período de infração por razões não relacionadas com a mesma, devido a uma redução da procura ou a um aumento dos custos das matérias-primas provocado por outros fatores. Além disso, a redução da produção do concorrente objeto de evicção pode afetar o seu custo unitário, afetando assim a margem sobre as unidades que continua a vender.

¹⁴⁷ Por exemplo, os custos adicionais necessários em matéria de *marketing* para manter a sua posição no mercado.

¹⁴⁸ Por exemplo, os custos de construção de novas instalações de produção nesse mercado.

¹⁴⁹ Ver, por exemplo, *Lietuvos apeliacinis teismas* (Tribunal de Recurso na Lituânia), decisão de 26 de maio de 2006, processo n.º 2A-41/2006 (*Stumbras*); *Højesteret* (Supremo Tribunal, Dinamarca), decisão de 20 de abril de 2005, processo n.º 387/2002 (*GT Linien A/S/DSB*).

exigir menos dados, para além de os elementos de prova serem mais fáceis de obter. De igual forma, quando os requerentes solicitam uma indemnização por lucros cessantes, a quantificação dos danos com base nos custos adicionais incorridos (custos irrecuperáveis e recuperáveis) constituirá geralmente uma estimativa do limite inferior do montante total dos lucros cessantes.

193. Independentemente do método ou da técnica escolhida, quantificar os lucros cessantes pode implicar a avaliação de dados complexos referentes a uma hipotética situação de não infração com a qual a atual posição do concorrente excluído deve ser comparada, muitas vezes com vista a prever desenvolvimentos futuros. A avaliação dos resultados obtidos por uma empresa, incluindo lucros futuros, pode implicar uma quantidade tal de fatores que pode ser mais adequado prever requisitos menos rigorosos no que respeita à quantificação dos danos. Por conseguinte, os ordenamentos jurídicos podem conferir aos tribunais alguns poderes discricionários quanto à escolha dos dados e do método estatístico, bem como à forma como são utilizados para avaliar os danos¹⁵⁰.

C. Concorrentes existentes

194. Para quantificar os danos que sofreram devido a uma prática de exclusão, os concorrentes podem optar por basear-se nos métodos ou técnicas descritos na Parte 2. O cenário sem infração pode ser reconstruído pela comparação com os resultados da mesma empresa num período não afetado pela infração, os resultados de uma empresa semelhante no mesmo mercado, com os lucros setoriais agregados¹⁵¹ ou os resultados de uma empresa idêntica ou semelhante num mercado que não aquele em que se verificou a prática de exclusão. Em alternativa, os métodos baseados na simulação podem fornecer uma estimativa do cenário sem infração, ou seja, simulando com base numa série de premissas (relativas, por exemplo, ao tipo de interações concorrenciais entre as empresas) a situação que teria provavelmente existido se o concorrente excluído tivesse continuado a desenvolver atividades no mercado, sem ser afetado pela prática de exclusão. É também possível o recurso a outros métodos, por exemplo, os dados financeiros das empresas em causa podem fornecer informações úteis sobre a rentabilidade provável das empresas caso não tivessem sido afetados por uma infração.

Recusa de fornecer uma matéria-prima essencial para a produção de solventes comerciais

A Worldco é um dos principais produtores internacionais de matérias-primas que são essenciais para a produção de solventes comerciais. A Eusolv é uma empresa que opera no mercado de solventes comerciais desde 1995, realizando a maior parte do seu volume de negócios graças às vendas de Betanol. Para produzir Betanol, a Eusolv adquire Rawbeta à Worldco. Esta última detém uma posição dominante no que se refere à produção de Rawbeta, a única matéria-prima adequada para produzir Betanol à escala industrial e a preços que permitem comercializar o produto. A Worldco também fornece Rawbeta à sua filial Subco, que tem vindo a produzir Betanol e a concorrer com a Eusolv desde 2004.

¹⁵⁰ Ver, por exemplo, processos apensos C-104/89 e C-37/90, *Mulder e outros/Conselho e Comissão*, Coletânea 2000, p. I-203, n.º 79.

¹⁵¹ Ver acima nos pontos , e .

Em 2006, a Worldco decide deixar de fornecer Rawbeta às empresas que vendem Betanol na União Europeia, à exceção da sua filial Subco. A Eusolv tenta inicialmente adquirir uma quantidade suficiente de Rawbeta junto de outros fornecedores ou substituir este produto por outras matérias-primas produzidas graças a processos experimentais, que são significativamente mais onerosos e que resultam num acentuado aumento do preço de venda de Betanol, numa descida da sua qualidade e da sua adequação para fins comerciais. Em consequência, a Eusolv regista um declínio progressivo das suas vendas, tendo finalmente posto termo à produção de Betanol em 2010. Nesse mesmo ano, a Eusolv intenta uma ação de indemnização contra a Worldco e a sua filial Subco, tendo em vista recuperar os lucros cessantes em virtude da recusa de abastecimento. O tribunal sustenta que a prática da Worldco constituiu um abuso de posição dominante proibido pelo artigo 102.º do TFUE.

(1) Comparação no tempo

195. Quando uma prática de exclusão afeta os concorrentes existentes, é provável que estejam disponíveis dados relativos a estas empresas num período não afetado por esta prática. Nesse caso, os lucros cessantes dos concorrentes lesados podem ser estimados com base numa comparação no tempo. A título ilustrativo, o cenário sem infração pode ser reconstruído com base nos dados relativos às receitas e aos custos da empresa lesada antes da prática de exclusão ter produzido efeitos¹⁵². Em muitos casos de práticas deste tipo, os dados relativos ao período após a infração podem não estar disponíveis ou não ser adequados, nomeadamente se a infração teve efeitos que podem ter alterado a estrutura de um mercado ou se forem pouco suscetíveis de desaparecer a curto prazo, por exemplo, aquando da evicção de um concorrente do mercado e em caso de barreiras à entrada no mercado a curto prazo, ou em caso de perda de quotas de mercado pelo concorrente que serão difíceis de recuperar devido aos efeitos de rede¹⁵³.

No exemplo do Betanol, não se encontram disponíveis quaisquer dados fiáveis relativos ao período após a infração, uma vez que a Eusolv, a empresa lesada, deixou de operar no mercado e a sua reentrada efetiva no mercado pode não ocorrer imediatamente após o termo da infração. A Eusolv decidiu assim reconstruir um cenário sem infração, recorrendo a dados anteriores a 2006, data em que foi adotada a prática de exclusão.

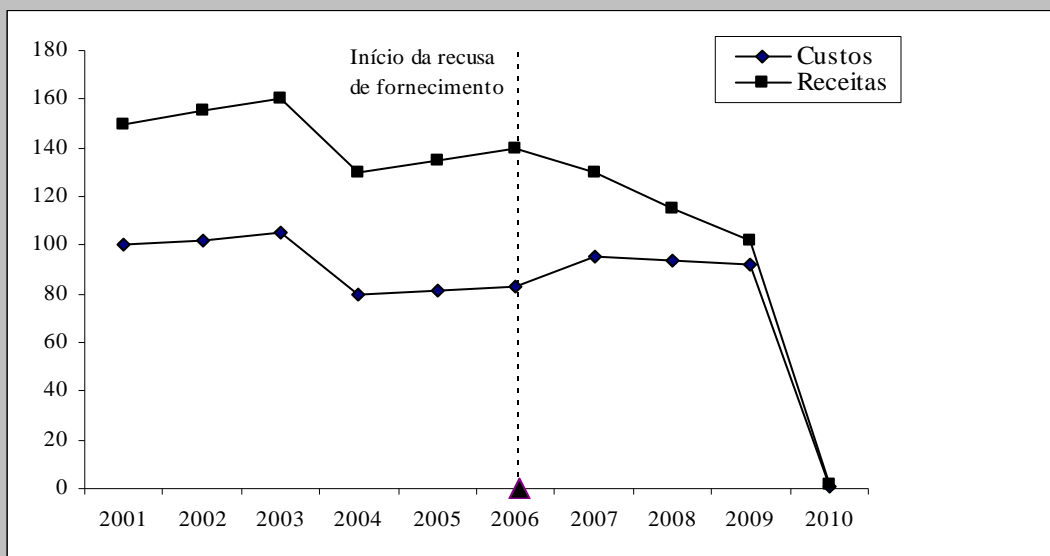
196. Nalgumas circunstâncias, é possível tornar mais precisos os dados relativos às receitas e aos custos anteriores à infração, utilizados para efeitos de uma comparação. Por exemplo, e consoante as regras nacionais aplicáveis em matéria de elementos de prova e ónus da prova, um requerido pode contestar o montante estimado pelo requerente, indicando outros elementos suscetíveis de terem influenciado negativamente os resultados de uma empresa e não relacionados com a infração, desde uma redução dos investimentos consagrados à comercialização ou a perda de competitividade do produto, até um aumento dos custos dos fatores de produção que é específico ao concorrente que solicita uma indemnização. Em contrapartida, pode ser demonstrado que, pelo facto de apresentar potencial de crescimento, a situação do

¹⁵² Para um exemplo da aplicação de uma comparação, antes e após, destinada a estimar os danos causados por uma prática de exclusão proibida pelo artigo 101.º do TFUE, ver *Corte d'Appello di Milano* (Tribunal de Recurso, Milão), decisão de 3 de fevereiro de 2000, processo n.º I, 308 (*Inaz Paghe/Associazione Nazionale Consulenti del Lavoro*).

¹⁵³ Um produto está sujeito aos efeitos de rede quando o seu valor para um utilizador aumenta com o número de utilizadores.

concorrente lesado no cenário sem infração teria sido melhor do que a existente antes de ter sido afetada pela infração. Regra geral, a referência a um período anterior, não afetado pela infração, no mesmo mercado será tanto mais fiável quanto maior tiver sido o período de implantação do concorrente nesse mercado e quanto maior tiver sido a estabilidade da sua posição no mesmo. Por outras palavras, a referência a um cenário anterior à infração pode exigir maiores ajustamentos¹⁵⁴, se o concorrente lesado for um novo operador no mercado, uma vez que a sua quota de mercado é suscetível de ter registado maiores oscilações.

No exemplo, a Eusolv fornece dados sobre a totalidade das suas receitas e custos efetivos relacionados com a produção e a venda de Betanol, como indicado no gráfico seguinte:



Para estabelecer um cenário sem infração fiável, não são tidos em conta os dados anteriores a 2004 porque a Subco, o mais importante concorrente da Eusolv, não desenvolvia ainda atividades no mercado, enquanto após 2004 e até 2006, a Eusolv tinha uma quota de mercado estável.

A Eusolv, em conformidade com as regras nacionais relativas ao ónus da prova e ao tipo de prova, apresenta dados sobre as quantidades, as receitas e os custos «contrafactuais» que se teriam verificado na ausência da infração.

Em virtude das crescentes aplicações industriais de Betanol, observa-se um crescimento contínuo da procura global desse produto (e, consequentemente, da dimensão do mercado). A Eusolv baseia-se na estabilidade da sua quota de mercado após a entrada da Subco no mercado de Betanol para pressupor que, na ausência de uma infração, teria mantido uma quota de mercado semelhante. Partindo deste postulado, a Eusolv fornece dados sobre as suas receitas «contrafactuais» para o período de 2006 a 2010, calculadas com base no valor global do mercado e da sua quota de mercado. Com base na sua contabilidade interna, a Eusolv fornece dados sobre os seus custos unitários entre 2004 e 2006¹⁵⁵. Verifica-se que os custos acompanharam de perto os preços das matérias-primas para a produção de Betanol, ou seja, que um aumento dos preços das matérias-primas conduz diretamente a um aumento correspondente dos custos. Recorrendo aos dados disponíveis no setor relativamente aos preços dos fatores de produção, os peritos da Eusolv estimam os custos unitários

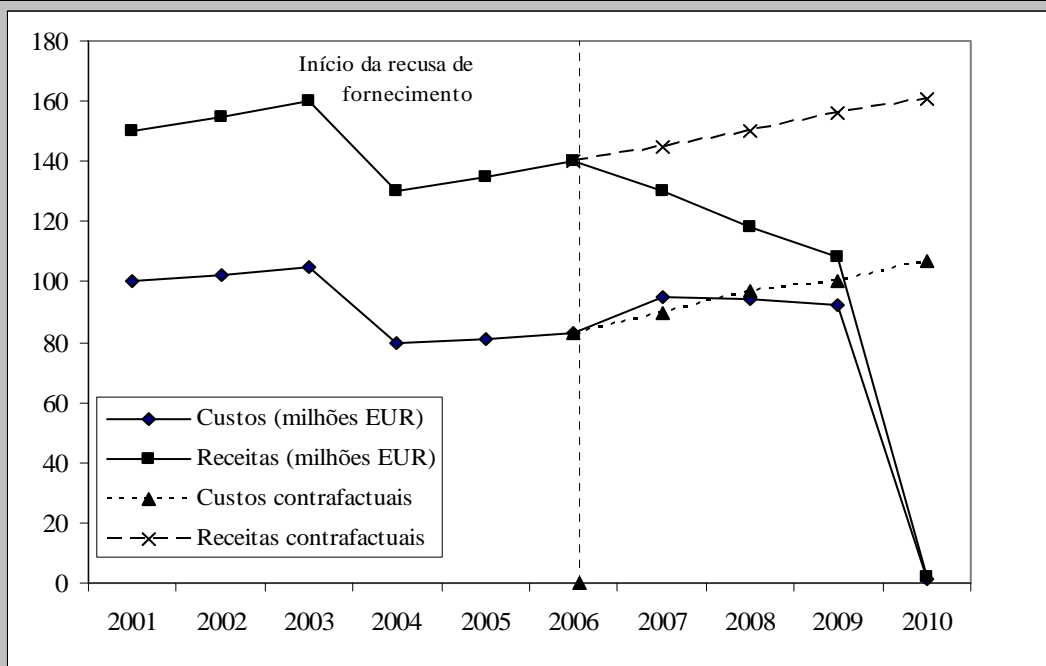
¹⁵⁴

Estes ajustamentos podem ser assegurados através das técnicas descritas nos pontos 55 e seguintes.

¹⁵⁵

Incluindo os custos irrecuperáveis, distribuídos no tempo.

«contrafactuais» e, por exemplo, através da análise de regressão, têm em conta a evolução dos preços dos fatores de produção e os ganhos de eficiência decorrentes dos volumes de produção superiores. O montante dos custos globais «contrafactuais» no período 2006-2010 é em seguida obtido, multiplicando o custo unitário «contrafactual» estimado pelo número de unidades que teriam sido vendidas na ausência da infração.



Os valores obtidos são comparados com as receitas e os custos reais da Eursolv da seguinte forma: os lucros reais (receitas reais deduzidas dos custos reais) são deduzidos dos lucros contrafactuais (receitas contrafactuais deduzidas dos custos contrafactuais). Tal constitui a estimativa final da indemnização solicitada pela Eursolv.

No entanto, a Worldco e a Subco argumentam que, para poder fornecer o crescente número de unidades previsto no período 2006-2010, a Eursolv teria tido de expandir a sua capacidade de produção, o que acarretaria novos custos irrecuperáveis que não foram incluídos no cálculo. Este argumento de defesa foi aceite pelo tribunal, tendo a indemnização pelos lucros cessantes sido reduzida em conformidade (deduzindo os custos irrecuperáveis previstos para os anos em causa, numa base proporcional).

197. Nos casos de práticas de exclusão, as quotas de mercado podem desempenhar um papel importante enquanto indicador para efeitos do cálculo dos lucros cessantes através de métodos comparativos como as comparações no tempo. Por exemplo, pode ser utilizado um método comparativo para determinar a quota de mercado provável do concorrente objeto de evicção, na ausência da infração. Os lucros cessantes poderiam assim ser quantificados, multiplicando os dados observados em matéria de receitas e custos unitários reais (ou a margem de lucro média real) pelas quantidades suplementares correspondentes à quota de mercado «contrafactual» mais elevada prevista na ausência da infração. Tal baseia-se na premissa de que os custos e as receitas por unidade não teriam registado alterações significativas no cenário sem infração e poderiam ser aceites por um ordenamento jurídico como uma estimativa dos danos sofridos, eventualmente como elemento de prova *prima facie*

ou considerados suficientes para inverter o ónus da prova¹⁵⁶. Uma estimativa mais precisa avaliaria a evolução dos custos e das receitas no cenário sem infração, na condição de haver dados suficientes.

198. Quando a quota de mercado é utilizada como um indicador na estimativa dos lucros cessantes, é preciso ter em conta o facto de esta poder ter oscilado devido a outros fatores que não a infração; por exemplo, a descida da quota de mercado da Eurosolv em 2004 devido à entrada da Subco como concorrente no mercado de Betanol.¹⁵⁷ Pode igualmente suceder que, caso a infração tenha resultado numa compressão da dimensão total do mercado, as receitas do concorrente objeto de evicção que tenham sido calculadas com base nas quotas de mercado reais sejam subestimadas.

(2) Outros métodos comparativos

199. Podem ser igualmente utilizados outros mercados geográficos ou do produto enquanto parâmetro comparativo para reconstruir o cenário sem infração¹⁵⁸. Deste modo, os custos e as receitas de uma empresa idêntica ou semelhante num mercado diferente podem ser tomados como dados de referência para estimar os custos e as receitas que teriam sido realizados pelo concorrente lesado, na ausência da infração. Estes métodos podem também ser utilizados como meio de avaliar a fiabilidade de uma estimativa efetuada através de uma comparação no tempo ou de outros métodos. Por exemplo, se os resultados, antes da infração, do único concorrente de uma empresa que tinha historicamente uma posição de monopólio no mercado indicarem que, na ausência da infração, o primeiro disporia de uma determinada quota de mercado, esta estimativa pode ser confirmada pela conclusão de que uma empresa idêntica ou semelhante que concorre com esse antigo operador histórico num mercado geográfico comparável dispõe efetivamente de uma quota de mercado semelhante, tendo em conta as eventuais diferenças entre as empresas ou os mercados em causa.

D. Bloqueio à entrada de concorrentes

200. As práticas de exclusão podem não só conduzir a uma deterioração da situação de um concorrente existente no mercado, mas igualmente impedir a entrada de um novo concorrente potencial. O encerramento do mercado aos novos operadores pode lesá-los de forma muito significativa, podendo assim solicitar uma indemnização por esse facto. Os ordenamentos jurídicos devem tomar em consideração as dificuldades inerentes à quantificação desses danos e devem velar por que as ações de indemnização intentadas pelos operadores aos quais o acesso ao mercado tenha sido vedado não sejam tornadas praticamente impossíveis ou excessivamente difíceis¹⁵⁹.

¹⁵⁶ Para um exemplo de uma estimativa de um tribunal baseada na multiplicação do número total dos contratos celebrados pelo autor da infração pela quota de mercado detida pelos requerentes antes do início da prática de exclusão, ver *Corte d'Appello di Roma* (Tribunal de Recurso, Roma), decisão de 20 de janeiro de 2003, processo n.º I, 2474 (*Albacom S.p.A./ Telecom Italia S.p.A.*).

¹⁵⁷ Por este motivo, no exemplo, a quota de mercado considerada para a quantificação é a quota de mercado estável detida pela Eurosolv após 2004.

¹⁵⁸ *Juzgado Mercantil numero 5 de Madrid* (Tribunal Comercial de Madrid), decisão de 11 de novembro de 2005, processo n.º 85/2005 (*Conduit-Europe, S.A./Telefónica de España S.A.*), confirmada pela *Audiencia Provincial de Madrid* (Tribunal de Recurso de Madrid), decisão de 25 de maio de 2006, processo n.º 73/2006.

¹⁵⁹ Nalguns casos, é possível quantificar, ao abrigo da legislação aplicável, estes danos com base em abordagens pragmáticas, tais como o cálculo do valor total do mercado perdido em termos de lucros

201. Esta situação de bloquear o acesso ao mercado apresenta algumas circunstâncias específicas que devem ser tidas em conta na quantificação dos danos. Em particular, poderá existir uma falta intrínseca de dados observáveis sobre os resultados de uma empresa lesada no mercado específico em que pretendia entrar se a mesma nunca tiver tido qualquer atividade no mesmo.
202. A abordagem geral para quantificar os lucros cessantes dos concorrentes nessas situações não diverge fundamentalmente da aplicada aquando da evicção dos concorrentes, que assistem à deterioração da sua posição existente no mercado, uma vez que também exige uma avaliação dos lucros que teriam sido realizados pelo concorrente excluído na ausência da infração. Estes podem ser em seguida comparados com os efetivamente realizados. Nos casos em que o acesso é bloqueado, é provável que o concorrente excluído não tenha realizado quaisquer lucros ou tenha até incorrido em prejuízos (por exemplo, se o concorrente tiver suportado custos que não recuperou por não ter conseguido entrar no mercado).
203. Como supramencionado, os concorrentes excluídos podem optar por solicitar uma indemnização apenas no que respeita aos custos incorridos para entrar no mercado, em vez de o fazerem relativamente a todos os lucros de que foram privados. Esta abordagem pode ser mais fácil do que exigir uma indemnização pelos lucros cessantes, uma vez que implica apenas a quantificação dos custos irrecuperáveis incorridos pelo requerente.

Caso do equipamento médico

A NewCo é uma empresa que decidiu implantar-se no mercado de um tipo específico de dispositivo médico num Estado-Membro em que a Medco detém uma posição dominante. A fim de ser rentável, a Newco devia obter uma quota mínima do mercado para tirar partido das economias de escala.

Perante o receio de perder vendas substanciais a favor da NewCo, a Medco celebrou acordos de compra exclusiva com uma série de clientes, no intuito de impedir que a NewCo atingisse o nível mínimo de atividade. Consequentemente, a Newco não pôde concorrer com a Medco no que se refere a estes clientes e viu-se impossibilitada de se implantar de forma rentável no mercado, o que se traduziu em preços médios mais elevados para os consumidores, o que não teria ocorrido se a Newco tivesse entrado no mercado. Uma vez que o comportamento da Medco foi considerado contrário ao artigo 102.º do TFUE, a Newco tinha o direito de solicitar uma indemnização pelos lucros cessantes resultantes da infração. No entanto, para evitar ter de proceder a uma análise completa dos lucros cessantes, a Newco solicitou apenas uma indemnização pelos custos irrecuperáveis em que havia incorrido para criar uma nova unidade de produção e se implantar no mercado (incluindo, por exemplo, os custos financeiros e as perdas irrecuperáveis relacionadas com as matérias-primas adquiridas).

204. Nos casos em que é bloqueada a entrada aos concorrentes, não há dados em matéria de receitas e de custos no mercado em causa relativamente ao período anterior à infração, enquanto os dados após a infração podem também não ser suscetíveis de

cessantes, multiplicado por uma percentagem indicativa da quota de mercado que a empresa teria provavelmente adquirido no mercado cujo acesso lhe foi vedado. Por exemplo, caso o total do lucro gerado por uma empresa ativa no mercado relevante após a infração seja de 200 milhões de euros, e caso seja estimado que, na ausência da infração, o concorrente excluído do mercado teria tido uma cota de mercado de 30 %, o lucro perdido poderia ser estimado, segundo esta abordagem, em 60 milhões de euros.

servir de referência para uma comparação no tempo devido aos efeitos da infração. Nestes casos, a referência a um mercado geográfico ou do produto comparável em que uma empresa idêntica ou comparável desenvolve atividades pode ser mais adequada para construir um cenário sem infração. Os mercados geográficos ou do produto em questão devem apresentar um grau de analogia suficiente, muito embora possam ser efetuados ajustamentos para ter em conta algumas diferenças entre os mercados¹⁶⁰.

205. Nalguns casos, a avaliação do desempenho financeiro do concorrente pode ser suficiente para apurar dados destinados a estimar os lucros no cenário sem infração.¹⁶¹

Na situação referida no exemplo anterior, presumamos que a Newco pretende fornecer os três maiores centros de saúde privados num Estado-Membro com um tipo inovador de películas para aparelhos de raios X. Presumamos que o mercado deste tipo de equipamentos médicos destinados a centros de saúde privados funciona normalmente com base em concursos. Em virtude dos progressos tecnológicos, a Newco pode propor os seus produtos a um preço inferior ao da Medco. Contudo, a Medco, com uma posição dominante no mercado de aparelhos de raios X, subordina a venda dos seus produtos, mediante a aplicação de um preço mais elevado aos aparelhos de raios X comprados pelos centros que não lhe adquirem películas. Em consequência, a Newco não obteve qualquer contrato. Em tais circunstâncias, a Newco demonstrou que estava efetivamente em condições de fornecer as quantidades solicitadas pelos centros ao preço proposto, tendo fornecido dados pormenorizados sobre os seus próprios custos. Com base nestes dados e na premissa de que a Newco teria sido selecionada como contratante quando propunha o preço mais baixo, é possível estimar as margens de lucro esperadas sem recorrer a uma comparação no tempo ou com outros mercados geográficos ou do produto.

E. Indemnização pelos lucros cessantes futuros

206. Quando os concorrentes excluídos solicitam uma indemnização, podem pretender obter uma indemnização não só pelos lucros cessantes durante o período de infração, mas também pelos lucros de que foram privados após o seu termo¹⁶². Este facto é particularmente relevante nos casos em que não possam voltar a entrar no mercado ou recuperar plenamente a quota de mercado devido aos efeitos duradouros da infração que cessou. A indemnização englobaria, neste caso, os lucros cessantes

¹⁶⁰ Tal pode ser assegurado, por exemplo, através da análise de regressão, desde que existam dados suficientes. Ver pontos 65 e seguintes. Para um exemplo de uma prática de exclusão em que o recurso a um outro mercado geográfico foi, em princípio, aceite enquanto parâmetro comparativo, ver Juzgado Mercantil número 5 de Madrid (Tribunal Comercial de Madrid), decisão de 11 de novembro de 2005, processo n.º 85/2005 (*Conduit-Europe, S.A./Telefónica de España S.A.*), confirmada pela Audiencia Provincial de Madrid (Tribunal de Recurso, Madrid), decisão de 25 de maio de 2006, processo n.º 73/2006.

¹⁶¹ Para uma ilustração da quantificação dos danos causados a um novo participante excluído de um mercado que funciona com base em concursos ver *Oberlandesgericht Düsseldorf* (Higher Regional Court, Düsseldorf), decisão de 16 de abril de 2008, processo n.º VI-2 U (kart) 8/06, 2 U 8/06 (*Stadtwerke Düsseldorf*).

¹⁶² Para um exemplo de um processo em que um tribunal concedeu uma indemnização igualmente para o período subsequente ao termo da infração, ver *Østre landsrets* (Tribunal Superior Regional, Dinamarca); decisão de 20 de maio de 2009, processo n.º B-3355-06 (*Forbruger-Kontakt a-s/Post Danmark A/S*).

futuros, ou seja, os lucros provavelmente perdidos após a instauração da ação de indemnização e respetiva decisão.

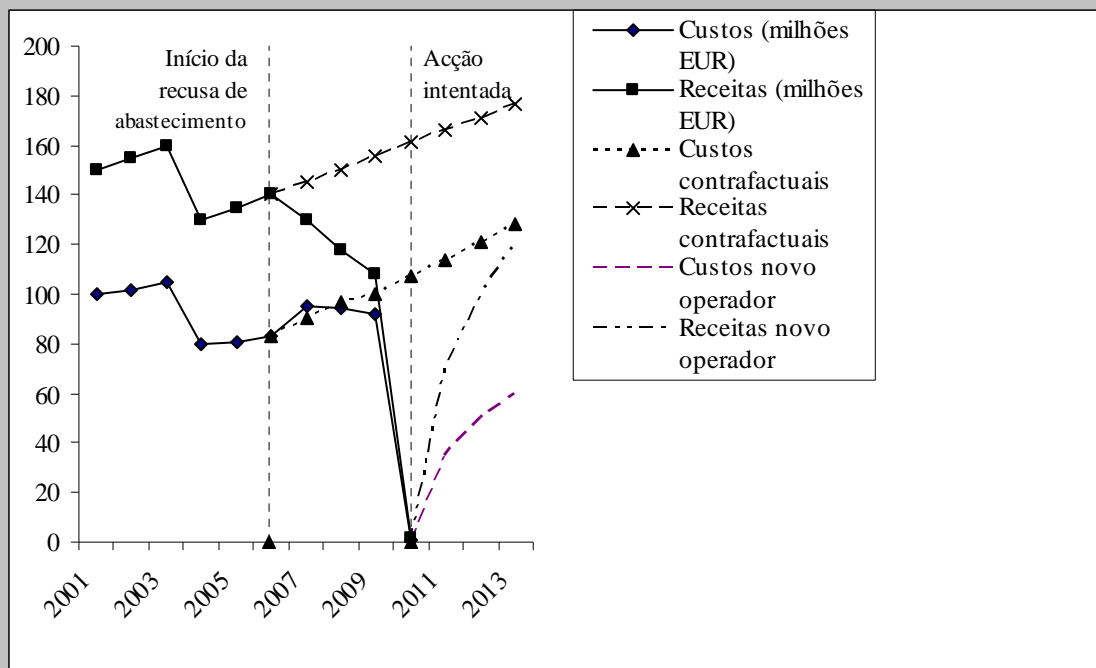
207. Os desafios associados à quantificação desses danos não se prendem apenas com as técnicas a utilizar, mas igualmente com o período de tempo durante o qual os lucros cessantes podem ainda ser identificados e compensados. O direito nacional desempenha um papel importante neste contexto, determinando por exemplo as circunstâncias em que os futuros lucros cessantes podem ser recuperados ou estabelecendo regras pragmáticas destinadas a abordar esta questão numa base casuística¹⁶³.
208. Os fatores suscetíveis de influenciar a escolha do lapso de tempo pertinente para solicitar uma indemnização pelos lucros cessantes futuros podem incluir, por exemplo, o tempo provavelmente necessário para voltar a entrar no mercado em causa. Noutras instâncias, esta avaliação poderá ser mais fácil devido às circunstâncias do caso. A título ilustrativo, no exemplo supramencionado dos aparelhos de raios X, a vigência dos contratos visados pelas propostas apresentadas pela Newco em concursos pode constituir um prazo razoável para a reparação dos lucros cessantes futuros ao abrigo da regulamentação nacional aplicável. Noutros casos, pode ser tido em conta o período de tempo durante o qual a empresa podia razoavelmente continuar a produzir bens ou a prestar serviços na ausência de novos investimentos.

No exemplo Betanol, a Eusolv pode igualmente solicitar uma indemnização pelos lucros que poderia ter realizado após 2010, quando foi eliminada desse mercado e intentou uma ação de indemnização. Neste caso, seria possível utilizar as mesmas técnicas empregues para reconstituir o cenário sem infração no período de 2006 a 2010 e efetuar projeções a longo prazo dos resultados obtidos. Evidentemente, não é possível solicitar uma indemnização pelos lucros cessantes futuros por um período indeterminado. A Eusolv decidiu tomar como parâmetro de referência o período de tempo que seria provavelmente necessário para entrar novamente no mercado, após o termo da

¹⁶³

Quando os lucros futuros são estimados, é normalmente adequado determinar o seu valor actualizado líquido, mediante a aplicação de uma taxa de desconto, a fim de reflectir a perda de poder de compra da moeda ao longo do tempo.

infração.



III. QUANTIFICAÇÃO DOS DANOS PARA OS CLIENTES

209. As empresas que adotam práticas concertadas ou abusam da sua posição dominante no intuito de procederem à evicção de um concorrente podem ter de defrontar custos ou uma diminuição temporária dos seus lucros, para aplicarem a prática associada à infração. Tal é a contrapartida necessária para assegurar uma distorção do processo da concorrência que colocará eventualmente os autores da infração em condições de realizar lucros mais elevados graças à distorção induzida nas condições de mercado e que lhes permitirá recuperar, em detrimento dos seus clientes, os lucros cessantes temporários ou compensar a redução temporária dos lucros que tiveram de suportar para alcançarem essa situação. As secções seguintes abordarão dois tipos de situações correntes em termos dos danos causados aos clientes pelas práticas de exclusão. Para efeitos de quantificação, os danos causados aos clientes pelas práticas de exclusão podem ser análogos aos causados por infrações conducentes a um aumento dos preços e que são debatidos em maior pormenor na Parte 3 do Guia Prático.

A. Recuperação das perdas

210. O exemplo mais simples dos danos causados aos clientes na fase de recuperação das perdas induzidas pelas práticas de exclusão consiste na fixação de preços predatórios, em que uma empresa abusa da sua posição dominante estabelecendo preços a um nível artificialmente baixo que não pode ser acompanhado pelos seus concorrentes, que acabarão assim por abandonar o mercado ou suportar uma redução da sua quota de mercado. Uma vez excluídos os concorrentes do mercado ou alcançada uma quota de mercado mais elevada, os autores da infração podem passar a realizar maiores lucros devido às pressões concorrenciais mais ténues.

211. A recuperação das perdas pode ser entendida como uma fase complementar da infração, suscetível de se pautar por efeitos que se traduzirão num preço adicional

para os clientes dos autores da infração. Estes efeitos constituem os danos causados pela prática de exclusão e os clientes podem solicitar uma indemnização pelos mesmos.

Recuperação das perdas no caso da fixação de preços predatórios

Consideremos, por exemplo, o mercado dos voos numa determinada rota entre duas cidades. A Titan Airlines dispõe de uma posição dominante neste mercado, assegurando voos de elevada qualidade por uma tarifa normal de 1 000 EUR. Outro operador neste mercado específico é a Bluesky Airlines, de menor dimensão, que começou recentemente a explorar a mesma rota a uma tarifa de 800 EUR.

A Titan Airlines adota uma política de fixação de preços predatórios, reduzindo estrategicamente as suas tarifas para um preço normal de 500 euros. A Bluesky Airlines confronta-se com dificuldades para acompanhar estas tarifas predatórias, pelo que compromete a sua rentabilidade e acaba por ser eliminada desse mercado. A Titan Airlines, em posição dominante, tirará partido de uma menor concorrência e realizará maiores lucros, aumentando as tarifas para um nível superior às tarifas antes das práticas predatórias, ou seja, ultrapassará o seu preço normal inicial de 1 000 EUR. Se a Titan Airlines, até à nova entrada no mercado de um concorrente, facturar um preço de 1 100 EUR, os seus clientes pagarão um custo adicional de 100 euros devido à infração.

212. Aquando da quantificação dos preços adicionais resultantes da recuperação das perdas, o quadro conceptual aplicável não difere, em princípio, do analisado na Parte 3, designadamente no que respeita às infrações que conduzem mais diretamente a um aumento dos preços. Uma vez que os danos causados por uma prática de exclusão não se circunscrevem apenas aos concorrentes do autor da infração, mas englobam todos os clientes num mercado específico, as questões debatidas no contexto dos danos relacionados com o custo adicional são assim igualmente pertinentes neste contexto.
213. A posição alcançada por uma empresa no mercado devido a práticas de exclusão nem sempre resulta num aumento dos preços para os clientes da empresa que comete a infração. No entanto, mesmo nesses casos, os clientes poderão continuar a ser lesados pela infração, por exemplo, caso se esta vier a traduzir-se numa menor qualidade. No exemplo, pode suceder que a empresa em posição dominante, a Titan Airlines restabelece o preço normal de 1 000 EUR, não excedendo as tarifas por ela aplicadas antes da evicção da Bluesky Airlines. Os passageiros que utilizam esta rota, são, todavia, afetados adversamente, por exemplo, se a Titan Airlines tirar partido desta situação de menor pressão concorrencial para reduzir o nível dos serviços prestados durante o voo.
214. Os clientes do concorrente excluído podem encontrar-se numa situação diferente da dos clientes dos autores da infração, dado que podem ter de passar a utilizar os produtos vendidos pela empresa que comete a infração, uma vez eliminado esse concorrente do mercado. Para além da possibilidade de uma menor qualidade, poderão igualmente ter de pagar à empresa infratora preços superiores aos pagos pelos produtos da empresa excluída. Em função das normas jurídicas aplicáveis, podem ser autorizados a demonstrar que, na ausência da infração, teriam adquirido tais produtos junto do concorrente excluído a um preço inferior. Nesse caso, o efeito a ter em conta assemelha-se, em princípio, a um preço adicional. O preço adicional

pode ser calculado comparando o preço do produto vendido pelo autor da infração no cenário real com o cobrado pela empresa excluída no cenário sem infração.

Por exemplo, os passageiros que viajavam com a Bluesky Airlines antes de esta ser excluída do mercado podem defrontar-se com um preço adicional quando, na sequência da evicção, passam a ter de pagar tarifas mais caras pelos voos com a Titan Airlines. A estimativa do preço adicional corresponde à diferença entre o preço efetivo de 1 000 EUR pago à Titan Airlines e o de 800 euros que a Bluesky Airlines teria cobrado, se tivesse permanecido no mercado. Nesse caso, o preço adicional suportado pelos passageiros que foram obrigados a mudar da Bluesky Airlines para a Titan Airlines pode ser estimado em 200 EUR.

B. Danos causados aos concorrentes na qualidade de clientes dos autores da infração

215. Quando um concorrente é igualmente um cliente do autor da infração, a prática de exclusão pode lesá-lo na medida em que efetua aquisições junto deste último. Nestas situações, o concorrente excluído pode não só solicitar uma indemnização pelo aumento dos custos resultante da infração, mas igualmente exigir uma indemnização pelos lucros cessantes na sequência dos menores volumes produzidos ou vendidos face ao que teria ocorrido na ausência da infração¹⁶⁴.
216. É de observar que, para efeitos de quantificação, os concorrentes que suportam um preço adicional encontram-se numa situação análoga à dos clientes dos participantes num cartel ou noutra infração conducente a um preço adicional. Para ilustrar este fenómeno, é possível recorrer ao exemplo da Betanol e presumir que, em vez de recusar fornecer Rawbeta à Eusolv, a empresa em posição dominante, ou seja, a Worldco, decide aumentar o preço da Rawbeta faturado à Eusolv, tendo em vista a compressão das suas margens de lucro. Nestas condições, podem ser formuladas observações semelhantes às tecidas no caso de um aumento dos preços resultante de outros tipos de infrações. No exemplo, a Eusolv pode solicitar uma indemnização pelo preço adicional correspondente à diferença entre o preço pago em consequência da prática de exclusão e o que teria pago na ausência da infração. Se o preço adicional for repercutido, os clientes da Eusolv podem igualmente solicitar uma indemnização e a Eusolv também pode solicitar uma indemnização pelos menores volumes vendidos devido ao aumento dos preços.

¹⁶⁴

Para um exemplo de uma estimativa dos danos causados por uma política de preços discriminatórios face a um concorrente na qualidade de cliente do autor da infração, ver *Højesteret* (Supremo Tribunal da Dinamarca), decisão de 20 de abril de 2005, processo n.º 387/2002 (*GT Linien a/s/DSB*).

Lista de processos citados

Tribunal de Justiça da UE

Processo 238/78 Ireks-Arkady GmbH/Conselho e Comissão, Coletânea 1979, p. 2955
Processo 238/78 Ireks-Arkady GmbH/Conselho e Comissão, Coletânea 1979, p. 2955
Processo C-308/87 Grifoni II, Coletânea 1994, p. I-341
Processos apensos C-104/89 e C-37/90, Mulder e outros/Conselho e Comissão, Coletânea 2000, p. I-203
Processo C-453/99, Courage, Coletânea. 2001, p. I-6297
Processo C-147/01 Weber's Wine World, Coletânea 2003, p. I-11365
Processos apensos C-295/04 a C-298/04, Manfredi, Coletânea 2006, p. I-6619
Processo C-360/09 Pfeleiderer, Coletânea 2011, p. I-5161
Processo C-199/11, *Comunidade Europeia contra Otis NV e outros*, 2012, ainda não relatado.

Tribunal Geral

Processo T-202/98, Tate & Lyle/Comissão, Coletânea 2001, p. II-2035
Processos apensos T-25/95 etc. Cimenteries CBR SA/Comissão Coletânea 2000, p. II-491

Tribunais dos Estados-Membros

Corte d'Appello di Milano (Tribunal de Recurso, Milão), decisão de 3 de fevereiro de 2000, processo n.º I, 308 (Inaz Paghe/Associazione Nazionale Consulenti del Lavoro)
Corte d'Appello di Roma (Tribunal de Recurso, Roma), decisão de 20 de janeiro de 2003, processo n.º I, 2474 (Albacom S.p.A./ Telecom Italia S.p.A.)
Corte d'Appello di Milano (Tribunal de Recurso de Milão), decisão de 11 de julho de 2003, (Bluvacanze)
Cour d'Appel de Paris (Tribunal de Recurso de Paris), decisão de 23 de junho de 2003 (Lescarcelle-De Memoris/OGF)
Landgericht Dortmund (Tribunal Regional de Dortmund), decisão de 1 de abril de 2004, processo n.º 13 O 55/02 Kart (Vitaminpreise)
Højesteret (Supremo Tribunal, Dinamarca), decisão de 20 de abril de 2005, processo n.º 387/2002 (GT Linien A/S/DSB)
Bundesgerichtshof (Tribunal Federal de Justiça, Alemanha), decisão de 28 de junho de 2005, processo n.º KRB 2/05 (Betão transportável)
Juzgado Mercantil numero 5 de Madrid (Tribunal Comercial de Madrid), decisão de 11 de novembro de 2005, processo n.º 85/2005 (Conduit-Europe, S.A./Telefónica de España S.A.)
Audiencia Provincial de Madrid (Tribunal de Recurso de Madrid), decisão de 25 de maio de 2006, processo n.º 73/2006
Lietuvos apeliacinis teismas (Tribunal de Recurso na Lituânia), decisão de 26 de maio de 2006, processo n.º 2A-41/2006 (Stumbras)
Corte Suprema di Cassazione (Supremo Tribunal de Cassação, Itália), decisão de 2 de fevereiro de 2007, no processo n.º 2305 (Fondiarria SAI SpA/Nigriello)
Bundesgerichtshof (Tribunal Federal de Justiça, Alemanha), decisão de 19 de junho de 2007, processo n.º KBR 12/07 (cartel de comércio por grosso de papel)
Landesgericht für Zivilrechtssachen Graz (Tribunal Civil Regional de Graz), decisão de 17 de agosto de 2007, processo n.º 17 R 91/07 p (Escola de condução)
Oberlandesgericht Düsseldorf (Tribunal Regional Superior de Dusseldórfia), decisão de 16 de abril de 2008, processo n.º VI-2, U (kart) 8/06, 2 U 8/06 (Stadtwerke Düsseldorf)
Stockholms tingsrätt (Tribunal Distrital de Estocolmo), sentença de 20 de novembro de 2008, processos apensos T 32799-05 e T 34227-05 (Europe Investor Direct AB e outros/ VPC Aktiebolag), recurso pendente
Tribunal Administratif de Paris (Tribunal Adminsitrativo de Paris), decisão de 27 de março de 2009, (*SNCF contra Bouygues*)

Østre landsrets (Tribunal Superior Regional, Dinamarca); decisão de 20 de maio de 2009, processo n.º B-3355-06 (Forbruger-Kontakt a-s/Post Danmark A/S)

Kammergericht Berlin (Tribunal Regional Superior de Berlim), decisão de 1 de outubro de 2009, processo n.º 2 U 10/03 Kart

Oberlandesgericht Karlsruhe (Tribunal Regional Superior de Karlsruhe), de 11 de junho de 2010, no processo n.º 6 U 118/05; com recurso para o Tribunal Federal de Justiça (ver abaixo).

Juzgado mercantil numero 2 de Barcelona (Tribunal Comercial de Barcelona), decisão de 20 de janeiro de 2011, processo n.º 45/2010 (Céntrica Energía S.L.U./Endesa Distribución Eléctrica S.A.).

Bundesgerichtshof (Tribunal Federal de Justiça), decisão de 28 de junho de 2011, processo KZR 75/10.

Competition Appeal Tribunal (Tribunal de Recurso da Concorrência), decisão de 28 de março de 2013, processo n.º 1166/5/7/10 (*Albion Water Limited contra Dŵr Cymru Cyfyngedig*).