



Universidade do Minho
Escola de Direito

**A REFORMA DO DIREITO COMUNITÁRIO
DA CONCORRÊNCIA: O SENTIDO
DESCENTRALIZADOR E/OU RE-CENTRALIZADOR
DO REGULAMENTO (CE) Nº 1/2003.**

Serafim Pedro Madeira Froufe

Serafim Pedro Madeira Froufe

**A REFORMA DO DIREITO COMUNITÁRIO
DA CONCORRÊNCIA: O SENTIDO
DESCENTRALIZADOR E/OU RE-CENTRALIZADOR
DO REGULAMENTO (CE) Nº 1/2003.**



Universidade do Minho
Escola de Direito

Serafim Pedro Madeira Froufe

**A REFORMA DO DIREITO COMUNITÁRIO
DA CONCORRÊNCIA: O SENTIDO
DESCENTRALIZADOR E/OU RE-CENTRALIZADOR
DO REGULAMENTO (CE) Nº 1/2003.**

Tese De Doutoramento
Área: Ciências Jurídicas
Ramo: Ciências Jurídicas – Públicas

Trabalho efectuado sob a orientação do
Professor Doutor Manuel Lopes Porto
e do
Professor Doutor Luis Couto Gonçalves

Setembro de 2009

É AUTORIZADA A REPRODUÇÃO INTEGRAL DESTA TESE/TRABALHO APENAS PARA EFEITOS DE INVESTIGAÇÃO MEDIANTE DECLARAÇÃO ESCRITA DO INTERESSADO QUE A TAL SE COMPROMETE.

Universidade do Minho, ___ / ___ / _____

Assinatura:

Ao meu Pai e às minhas Filhas.

Partiu e chegaram com esta Tese.

À *Escola de Direito* da Universidade do Minho,
Obrigado!.

A Reforma do Direito Comunitário da Concorrência: o sentido *descentralizador* e/ou *re-centralizador* do Regulamento CE nº 1/2003.

(Resumo)

A tese que agora se apresenta teve como objectivo percorrer os aspectos mais característicos e marcantes da reforma ou modernização do Direito da concorrência comunitário, empreendida pelo Regulamento (CE) nº 1/2003 do Conselho.

Este acto, com efeito, veio introduzir um novo regime de aplicação dos artigos 81º e 82º do Tratado CE, substituindo o regime anteriormente vigente que, desde 1962, vigorava e marcava a fisionomia da *defesa da concorrência* ou *antitrust* na Europa comunitária.

Considerando uma divisão, sob o ponto de vista material, do Direito de *defesa da concorrência* comunitário, passando por três grandes sectores – a saber, as regras e princípios que controlam a actividade das empresas, susceptíveis de por em risco a estrutura concorrencial do mercado Comum, as regras em matéria de controlo das operações de concentração entre empresas e, finalmente, as normas e princípios respeitantes aos auxílios de Estado – importa centrar o campo da pesquisa desenvolvida: apenas o domínio dos normativos que tutelam os comportamentos das empresas, a saber, aqueles que controlam as práticas de colusão ou de entente e os denominados “abusos de posição dominante”.

Cingimos, portanto, o trabalho que agora se apresenta, sob o ponto de vista de “referências normativas – alvo”, à matéria dos artigos 81º e 82º do Tratado CE e à modernização da sua aplicação, empreendida pelo Regulamento nº 1/2003, já mencionado.

Seguimos uma via de análise que, intencionalmente, não se subordina à clássica dicotomia entre vertente processual e substantiva da referida reforma. Naturalmente, apesar de o novo regime instituído pelo atrás mencionado Regulamento aparentar, numa primeira observação, promover sobretudo uma mudança processual, o facto é que as implicações substantivas, em termos de *re-definição* dos próprios objectivos e funções atribuídas à aplicação daqueles normativos comunitários, não permitem ter uma visão global e simultaneamente rigorosa, da reforma e do

significado do novo regime do Regulamento, sem que se considerem (de um modo integrado) as duas vertentes.

Na nossa perspectiva, as linhas principais caracterizadoras da reforma em curso e parcialmente, agora, objecto de estudo, são a descentralização, para o nível nacional, da aplicação daquelas regras, deixando a Comissão de deter o respectivo monopólio (de aplicação) e, por via de tal descentralização, o alargamento da base de entidades/instituições com competência para empreender tal aplicação – ou seja, a generalização da aplicação dos artigos 81º e 82º do Tratado CE. Nessa linha, surge, também, um rearranjo da estrutura institucional da defesa da concorrência, assente, agora, no triângulo “Comissão – «rede europeia da concorrência» - Tribunais comunitários”. De resto, a própria “rede europeia da concorrência”, especialmente, a sua institucionalização normativa, são um produto da reforma promovida pelo Regulamento nº 1/2003.

Ora, tal rearranjo da estrutura institucional da *defesa da concorrência* comunitária esconde, no fundo e na perspectiva agora defendida, um processo de *re-concentração* ou de *re-centralização* da Política da concorrência comunitária, na própria Comissão Europeia. Ou seja, se, por um lado, esta Instituição promove, no que respeita à aplicação das regras mencionadas do Tratado CE, uma descentralização, por outro lado, cria condições (posiciona-se) para num outro plano – essencialmente político, actuando como *polycymaking* – reforçar a sua influência. Anuncia, no fundo, um reposicionar da Comissão como principal entidade (também) política da definição do *antitrust* na União Europeia, caracterizando-se (e sustentando esse seu reforçado poder a esse nível) como uma material (que não formal) entidade supranacional reguladora, com uma legitimidade técnica especializada e politicamente independente (dos Estados-membros).

Na análise conducente ao resultado atrás enunciado, foi-nos particularmente útil a utilização dos teoremas e da perspectiva geral de análise fornecida pela denominada “teoria da agência” (“principals-agent theory”).

**The Reform of the European Union Law of Competition: the
decentralizing and/or re-centralizing meaning of Regulation (EC)
1/2003.**

(Summary)

The thesis that is now presented had as an objective to present the most characteristic and marked aspects of the reform or modernization of the European Union Law of Competition, as laid down by the Regulation (EC) n° 1/2003 of the Council.

This act, in fact, introduced a new way of dealing with articles 81 and 82 of the EC Treaty, substituting the previous norm which, since 1962, was instated and had a strong mark on the defense of competition or *antitrust* policy in the European Community.

The thesis starts by considering a material division of the European Union Law of competition in three major sectors: the rules and principles that govern the activity of companies, in such a way as not to jeopardize the structure of competition in the European Common Market; the rules that concern the control over the concentration of companies; the norms and principles which deal with the support by member states of companies. The present research deals mainly with norms that deal with the behaviour of companies, including the so-called "entente" as well as the "abuse of dominant position".

The present work only deals with articles 81 and 82 of the EC Treaty, and with the respective use with the new background provided by Regulation (EC) 1/2003.

We followed a reasoning that did not conform with the classical division into a process component and a substantive component, both of the rule in question. Naturally, although the new regime appears, at first sight, to promote a change in the process, the fact is that the substantive implications, in terms of a *re-definition* of objectives and functions given to the application of the European norm, do not allow one to hold a global vision, and at the same time a rigorous one, of the reform and of the meaning of the new regulation, unless both standpoints are used in an integrated way.

In our perspective, the main lines of the reform now under analysis are decentralization, into a national level, of the practical application of the said rules, in such a way that the Commission no longer holds a monopoly, leading to a situation in which an enlarged number of entities are able to apply the new rule, with a generalization of the application of articles 81 and 82 of the EC Treaty. In this respect, a new triangle arises: Commission/ European competition network/ European Courts. The European competition network is in itself a creation of Regulation (EC) 1/2003.

Such a new arrangement of the institutional structure of the defense of competition holds a process of re-concentration or re-centralization of the European competition policy, in the European Commission itself. If, on the one hand, the new rule promotes a decentralization in the application of the rules of the EC Treaty, on the other hand, on a political level, acting as policymaking, the Commission strengthens its own influence.

The Commission now therefore stands as the main entity to define the antitrust policies of the European Union, acting materially (if not formally) as a regulatory entity at a supranational level, with a technical and politically independent (from member states) standing.

In the analysis leading to the result mentioned above, a main role was played by the theorems and the general analytical perspective of the principals-agent theory.

Índice:

INTRODUÇÃO

Sobrevoando a reforma do Direito da *defesa da concorrência* da União Europeia. Roteiro de leitura. *Página 1*

Iª PARTE.

O Regulamento (CE) nº 1/2003 do Conselho e a reforma do Direito da concorrência comunitário: uma primeira abordagem.

Enquadramento geral.

Reforma processual ou substantiva? O problema da separação de águas do mesmo rio. *Página 33*

- Os Regulamentos nº 17/1962 e 1/2003. (33)
- O “Pacote Modernização”. (35)
- O Regulamento (CE) nº 139/2004. (38)
- A aplicação impositiva de carácter privado das regras de concorrência (“private enforcement”). (39)
- O carácter processual ou substantiva da reforma: a separação de *águas do mesmo rio*. (41)
- A influência do Direito e da Política *antitrust* norte-americanas. (44)

CAPÍTULO 1º - A *ecologia*, o sentido e os objectivos da reforma ou *modernização* do Direito da concorrência comunitário. *Página 49*

- 1.1 – A *ecologia* da reforma. (49)
- 1.2 – Os objectivos da reforma e a integração europeia. (51)
- 1.3 – “Uma abordagem económica” e o “bem – estar dos consumidores”; “compromissos” e “transacções de carácter processual” – Manifestações de influência do *antitrust* norte-americano? (52)
- 1.4 – Os riscos de uma convergência (unilateral) se sistemas. (66)
- 1.5 – O sentido da reforma sob o ponto de vista institucional. Da *centralização* (do Regulamento nº 17 de 1962), à *descentralização* promovida pelo Regulamento nº 1/2003. (72)

CAPÍTULO 2º - A protecção dos *segredos de negócio*, os compromissos e as transacções de carácter processual. *Página 83*

Subcapítulo I

A protecção dos *segredos de negócio*. *Página 83*

Subcapítulo II

“Compromissos” e “Transacções de carácter processual” *Página 87*

2.1 – Caracterização e delimitação dos institutos. (87)

2.2 – O carácter excepcional dos “compromissos”. (98)

CAPÍTULO 3º - As coimas e demais sanções pecuniárias. O regime da dispensa ou atenuação especial. *Página 109*

3.1 – As “transacções de carácter processual” e a dispensa ou atenuação de coimas. (109)

3.2 – Os efeitos da política de dispensa ou atenuação especial de coimas, no contexto da reforma. (113)

3.3 – O sistema norte-americano (116)

3.4. – A questão normativa-axiológica subjacente à dispensa e à atenuação especial de coimas. (123)

3.5 – A convergência em matéria de coimas e demais sanções pecuniárias (nota). (127)

3.6 – A jurisprudência comunitária: manifestações de transformação do “soft-law” em “hard-law”. (130)

CAPÍTULO 4º - “Amicus Curiae”. As relações entre a Comissão e os órgãos jurisdicionais dos Estados-membros. *Página 143*

4.1 – “Amicus Curiae” - Significado e funções. Um instrumento de efectividade do Direito da concorrência comunitário. (143)

4.2 – Os requisitos de aplicação do nº 3, do artigo 15º do Regulamento nº 1/2003. O Acórdão do Tribunal de Justiça de 11 de Junho de 2009 (Caso *X BV*). (151)

4.3 As relações entre a Comissão e os órgãos jurisdicionais dos Estados-membros. Um caso paradigmático: a jurisprudência britânica *Inntrepreneur contra Creham*, de 2006. (157)

4.4 – As relações entre a Comissão e os órgãos jurisdicionais dos Estados-membros: os limites do princípio da lealdade comunitária. (168)

IIª PARTE

A aplicação impositiva de carácter público dos artigos 81º e 82º do Tratado CE e a posição das empresas.

Enquadramento Geral

Página 189

- Os actos (Decisões) da Comissão. (189)
- O recurso de anulação (artigo 230º do Tratado CE). (190)

CAPÍTULO 1º - Actos da Comissão que antecedem a reforma.

Página 201

- 1.1-Tipos de decisões da Comissão pré-existentes ao Regulamento nº 1/2003. (201)
- 1.2- Susceptibilidade de impugnação judicial. (207)

CAPÍTULO 2º - Os novos actos de privação e de *reatribuição* das competências descentralizadas.

Página 211

Subcapítulo I

Decisões de "privação de competência" das autoridades nacionais (nº 6, do artigo 11º do Regulamento nº 1/2003).

Página 211

- 2.1-Noção funcional. A susceptibilidade de impugnação judicial. (211)
- 2.2- A susceptibilidade de impugnação judicial (cont.): O argumento do artigo 9º do Regulamento (CE) nº 139/2004, relativo ao controlo das concentrações. (220)

Subcapítulo II

A *reatribuição* de competências nos termos do artigo 13º do Regulamento nº 1/2003.

Página 233

- 2.3 - Noção (descritiva) funcional. (233)
- 2.4- As condições de aplicação do artigo 13º do Regulamento nº 1/2003. (235)
- 2.5 - O artigo 13º e a aplicação dos artigos 81º e 82º do Tratado CE pela Autoridade da Concorrência portuguesa (o *interface* entre a Lei nº 18/2003 e o Regulamento nº 1/2003, a partir do seu artigo 13º). (238)

2.6 - Princípio do contraditório e Audiência dos Interessados, no contexto da interpretação dos artigos 19º e 22º da Lei nº 18/2003. (241)

2.7 - A aplicação do *Regime Geral das Contra-Ordenações* nos processos sancionatórios desencadeados pela Autoridade da Concorrência. (246)

2.8 - A aplicação do artigo 13º do Regulamento nº 1/2003 e a “rede europeia da concorrência”. (252)

CAPÍTULO 3º - Os novos actos/instrumentos de orientação e de garantia da aplicação dos artigos 81º e 82º do Tratado CE. *Página 257*

Subcapítulo I

As “Cartas de Orientação” *Página 257*

3.1 – A aplicação *ex-lege* dos artigos 81º e 82º do Tratado CE (257)

3.2 – A existência de questões novas e relevantes (requisito fundamental de emissão das “Cartas de Orientação”). (262)

Subcapítulo II

As “Declarações de não aplicabilidade” *Página 267*

3.3 – As “Declarações de não aplicabilidade” e as (extintas) decisões de “isenção individual” (267)

3.4 – O “interesse público comunitário” (270)

3.5 – Susceptibilidade de impugnação judicial (274)

Subcapítulo III

As Medidas Cautelares *Página 277*

3.6 – As alterações introduzidas pelo Regulamento nº 1/2003. Breve comparação com o regime da Lei nº 18/2003. (277)

3.7 – A iniciativa dos particulares. (283)

CAPÍTULO 4º - As Denúncias. *Página 287*

4.1 – O objecto da denúncia. (289)

4.2 – O regime do Regulamento (CE) nº 773/2004 da Comissão e a Comunicação relativa ao tratamento de denúncias pela Comissão: a denúncia como instrumento de efectividade dos artigos 81º e 82º do Tratado CE. (291)

4.3 – A admissibilidade das denúncias. (296)

- 4.4 – A admissibilidade das denúncias (cont.). A posição das associações (de empresas e de consumidores) e dos consumidores. As denúncias *pro bono* público. (298)
- 4.5 – O procedimento (tratamento das denúncias pela Comissão). (304)
- 4.6 – Efeitos da decisão de rejeição de uma denúncia. A susceptibilidade de impugnação judicial. (321)
- 4.7 – Os direitos dos denunciantes. (323)
- 4.8 – As denúncias à luz da Lei nº 18/2003: as linhas gerais do respectivo regime (na perspectiva da articulação entre o regime comunitário e o regime português). (328)

IIIª PARTE

O Enquadramento Institucional numa perspectiva crítica. O triângulo *Comissão - "Rede europeia da concorrência" - Tribunal.*

Enquadramento Geral

Página 361

- Os riscos de uma ineficaz e ineficiente aplicação da Política da concorrência.
- A necessidade de uma reforma do funcionamento da Comissão. (361)
- O movimento de centralização – *descentralização/re-centralização* da Política da concorrência comunitária. (363)
- Ponto de Ordem. (366)

CAPÍTULO 1º - O Sistema Institucional da União Europeia. *Página 369*

- 1.1– Abordagem geral. Um sistema *quadripartido*, sob o ponto de vista orgânico. (369)
- 1.2– A tríplice legitimidade do poder exercido pelas Instituições. (375)
- 1.3– A Comissão no centro da reforma (sob o ponto de vista Institucional). (378)

CAPÍTULO 2º - A "teoria da agência".

(Contributo para a análise dos efeitos institucionais da reforma promovida no Direito da concorrência comunitário, pelo Regulamento nº 1/2003).

Página 383

Sub - Parte III

A

CAPÍTULO 3º - A Comissão Europeia.

Página 393

- 3.1 – Autoridade técnica supranacional e (politicamente) independente vs. Entidade supranacional de natureza e composição heterogéneas (“multi-constituency organisation”). (393)
- 3.2 – A génese da opção institucional comunitária, num contexto de ausência de tradição jusconcorrencial (europeia): Alta Autoridade CECA / Comissão Europeia. (407)
- 3.3 – O caso francês: o Tratado de Comércio Franco-Britânico de 1860 (uma primeira experiência de *integração económica/união aduaneira*). (408)
- 3.4 – O caso alemão. A importância do carvão do Ruhr e o *Verbundwirtschaft* (415)
- 3.5 – O “pós - IIª Grande Guerra” e as relações no eixo “franco-alemão”. A Autoridade Internacional do Ruhr. (419)
- 3.6 – O Tratado de Paris (CECA) e o impulso criador da Política da concorrência comunitária. (425)
- 3.7. A opção pelo modelo actual (Alta Autoridade CECA / Comissão Europeia), em detrimento da alternativa “Regulador técnico supranacional”. (433)
- 3.8 – Conclusões intercalares: da génese da Política da concorrência comunitária, à emergência da Comissão como principal decisor político (“policymaking”). (438)

CAPÍTULO 4º - A importância do recurso à “quase-legislação” (de volta à consideração do “Soft-Law”, na perspectiva da “teoria da agência”)

Página 445

- 4.1 – O recurso ao “soft – law” por parte da Comissão e a posição do Tribunal de Justiça: *a auto-limitação dos poderes de plena jurisdição*. (445)
- 4.2 – Classificação e funções dos actos de “soft-law”. (453)
- 4.3 – O “soft-law” e a *re-centralização* de certos poderes da Comissão. (456)

CAPÍTULO 5º - Os Regulamentos de “isenção por categoria de acordos” e o princípio da autonomia processual, no quadro da aplicação descentralizada dos artigos 81º e 82º do Tratado CE

Página 461

- 5.1 – Ponto de ordem. (461)

5.2 – Os Regulamentos de “isenção por categoria de acordos”. O artigo 29º do Regulamento nº 1/2003 e o controlo judicial de mera legalidade das decisões de “retirada do benefício da isenção por categoria”, adoptadas pelas Autoridades nacionais. (462)

5.3 – O princípio da autonomia processual, reconhecido às Autoridades e Tribunais dos Estados-membros. (467)

Sub - Parte III

B

CAPÍTULO 6º - A “rede europeia da concorrência”

Página 475

6.1 – Os riscos de uma aplicação não – uniforme e de uma *nacionalização* dos artigos 81º e 82º do Tratado CE. (475)

6.2 – A “aplicação paralela” das ordens jurídicas (nacionais e comunitária). (482)

6.3 – A “regra de convergência” do artigo 3º, nº2, do Regulamento nº 1/2003. (486)

6.4 – Actos *unilaterais* e Actos *não – unilaterais* (ainda no âmbito do artigo 3º, nº 2, do Regulamento nº 1/2003). (487)

6.5 A “dupla barreira” ou a “aplicação cumulativa com equivalência de resultado” (Artigo 3º, números 1 e 2, do Regulamento nº 1/2003). (491)

6.6 – A verificação da afectação do comércio entre os Estados-membros e a “equivalência de resultado” a favor da ordem jurídica comunitária. (499)

6.7 A “afectação do comércio entre os Estados-membros (cont.)”. As presunções (negativas e positiva) de afectação (regra de NAAT – “not appreciably affecting trade”). (501)

6.8- Conclusões intercalares. (505)

CAPÍTULO 7º - A “rede europeia da concorrência” (cont.): cooperação com vista à repartição de competências.

Página 509

7.1 – Tutela da concorrência: “interesse geral” (“rede europeia da concorrência”) e “interesse particular” (Tribunais dos Estados-membros). (509)

7.2 – A institucionalização normativa da “rede”. (510)

7.3 – A ausência de um efectivo quadro europeu comum (jurídico-institucional) de *defesa da concorrência*. (511)

7.4 – Objectivos funcionais da “rede”: a cooperação e a troca de informações entre as autoridades da concorrência. (514)

- 7.5 – Modelos de organização das autoridades da concorrência (critério funcional): modelo unitário, dualista e o modelo “irlandês”. (515)
- 7.6 – Controle judicial das decisões das autoridades da concorrência: jurisdição comum ou jurisdição especializada? O princípio da “autonomia institucional” dos Estados-membros. (517)
- 7.7 – Ponto de ordem (521)
- 7.8 – “Rede europeia da concorrência” e o Comité Consultivo. (523)
- 7.9 – Os objectivos funcionais da actuação da “rede”: uma repartição de competências entre autoridades, através de um sistema de troca de informações e de assistência mútua. (525)
- 7.10 – A troca de informações. (526)
- 7.11 – A assistência mútua. (530)

Sub - Parte III

C

CAPÍTULO 8º - O Tribunal de Justiça e o Tribunal de Primeira Instância. (Remissão para antecedentes CAPÍTULOS 2º e 4º) *Página 533*

- 8.1 – Enquadramento Geral: os órgãos jurisdicionais da *defesa da concorrência* comunitária (533)
- 8.2 – A aplicação impositiva de carácter privado e a tradição europeia de aplicação impositiva de carácter público, das regras dos artigos 81º e 82º do Tratado CE. (538)
- 8.3 – Os objectivos / funções da aplicação impositiva das regras de *defesa da concorrência*. (544)
- 8.4 – A aplicação impositiva de carácter privado, dos artigos 81º e 82º do Tratado CE. Especificidades europeias e o sistema *antitrust* norte-americano. (553)
- 8.5 – A aplicação impositiva de carácter privado, dos artigos 81º e 82º do Tratado CE. (cont.). As “follow-on” actions vs. as “stand – alone actions”. (556)
- 8.6 – A aplicação impositiva de carácter privado, dos artigos 81º e 82º do Tratado CE. (cont.). A “passing – on defence”. (563)
- 8.7 – A aplicação impositiva de carácter privado, dos artigos 81º e 82º do Tratado CE. (cont.). A posição dos adquirentes indirectos. (568)
- 8.8 – Notas conclusivas sobre a aplicação impositiva de carácter privado dos artigos 81º e 82º do Tratado CE. (572)

IVª PARTE

A Reforma da Aplicação do artigo 82º do Tratado CE

Enquadramento Geral

Página 581

- A consagração normativa do princípio da proibição dos abusos de posição dominante. (581)
- Artigo 82º do Tratado CE: “O último comboio a vapor na era da «alta velocidade»”? (589)
- As possíveis incongruências entre o nº 3, do artigo 81º e o artigo 82º, ambos do Tratado CE. A necessidade de uma abordagem “mais económica”. (593)
- Ponto de ordem. (598)

Sub - Parte IV

A

(A Interpretação e a aplicação do artigo 82º do Tratado CE.)

CAPÍTULO 1º - A existência de uma *posição dominante*.

Página 601

- 1.1 - Enquadramento sistemático. (601)
- 1.2 - A existência de uma posição dominante (i). O que é uma posição dominante? O paradigma “Estrutura – Comportamento – Resultado”. (602)
- 1.3 - A existência de uma posição dominante (ii). Como se verifica, em concreto, a existência de uma posição dominante? A prova da posição dominante. (604)
- 1.4 - A existência de uma posição dominante (iii). Os titulares da posição dominante. Quem detém uma posição dominante num determinado mercado relevante? (611)
- 1.5 Formas de Organização do mercado. Tipologia. (612)

CAPÍTULO 2º - O *Abuso* de uma posição dominante.

Página 637

- 2.1 – Considerações prévias. (637)
- 2.2 -Abuso de comportamento vs. Abuso de estrutura. (639)
- 2.3 – A influência *ordoliberal*. (641)
- 2.4 – A influência *do antitrust* norte-americano. (646)
- 2.5 – A aplicação conjunta dos artigos 81º e 82º. (648)
- 2.6 – Crítica à visão estruturalista. (649)
- 2.7 – Síntese conclusiva intercalar: o entendimento tradicional/estrutural de abuso. (652)

- 2.8 – A jurisprudência comunitária e a posição da Comissão (nota). (654)
- 2.9 – A (doutrina da) “responsabilidade especial” das empresas em posição dominante. (657)
- 2.10 – Abusos de exclusão vs. Abusos de exploração. A preocupação prioritária com os Abusos de Exclusão. (667)

CAPÍTULO 3º - O *Abuso* de uma posição dominante (cont.): a relevância dos “efeitos da conduta” e o “bem – estar dos consumidores”. *Página 677*

- 3.1 – A consideração dos efeitos das condutas: efeitos abusivos relativamente a quê/a quem? (677)
- 3.2 – O “bem – estar dos consumidores” (noção operativa). (677)
- 3.3 – Os consumidores. (684)

CAPÍTULO 4º - As prioridades da Comissão “na aplicação do artigo 82º do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante” (A Comunicação de 3 de Dezembro de 2008). *Página 693*

- 4.1 – Enquadramento geral. Delimitação do objecto (prioritário) da Comunicação. (693)
- 4.2 – Linhas de orientação, sob o ponto de vista (essencialmente) processual. (702)
- 4.3 – O “concorrente tão ou mais eficiente” e a “relação entre preços e custos”. (707)
- 4.4 – O dano sofrido pelo consumidor. (718)
- 4.5 – O “teste do sacrificio”. (720)
- 4.6 – O “teste da falta de sentido económico” (721)
- 4.7 – O critério ou “teste das escolhas dos consumidores” (Averitt e Lande). Uma alternativa ao paradigma do preço e da eficiência. (722)
- 4.8 – O critério ou “teste das escolhas dos consumidores” (cont.). O caso *Microsoft*. (724)
- 4.9 – O critério ou “teste das escolhas dos consumidores” (cont.). Crítica. (728)

CAPÍTULO 5º - As prioridades da Comissão (cont.): Os meios de defesa das empresas. *Página 735*

- 5.1 – A mera susceptibilidade de ocorrência de um dano à concorrência. (735)

5.2 – A perspectiva da Comissão. A recusa de uma abordagem formal e a “protecção do bem – estar dos consumidores”. (739)

CAPÍTULO 6º - O que é um abuso? Linhas de orientação. *Página 743*

Sub - Parte IV

B

A reforma da aplicação do artigo 82º do Tratado CE.

CAPÍTULO 7º - O artigo 82º do Tratado CE: balanço conclusivo e crítica, à luz da reforma. *Página 757*

7.1 - “Effects-based approach”. (758)

7.2 – “Effects-based approach” (reclamada) ou “mantra formalista” seguido pela Comissão? (765)

7.3 – Contributos para um balanço conclusivo.

O “paradoxo dos abusos de exploração” e os riscos de perda de eficácia da aplicação impositiva do artigo 82º do Tratado CE (e, de um modo geral, das regras de *defesa da concorrência*). (788)

CONCLUSÕES

- Da *descentralização* à *re-centralização* das competências de aplicação da Comissão. O reforço da posição política da Comissão.

- A “more economic approach” e os riscos de *desjuridicização* do Direito de *defesa da concorrência* da União Europeia *Página 813*

Bibliografia *Página 829*

***Que rio é este
Pelo qual flui o Ganges....?***

Heráclito, Elogio da sombra,
JORGE LUIS BORGES

INTRODUÇÃO

Sobrevoando a reforma do Direito da defesa da concorrência da União Europeia.

Ponto de partida e Roteiro de leitura.

I

O dia 1 de Maio de 2004 marca o início de vigência de um novo regime de aplicação das *regras estruturantes* do Direito de *defesa da concorrência* Europeu. Referimo-nos, com efeito, àqueles normativos que se dirigem à *tutela dos comportamentos das empresas nos mercados respectivos*, bem assim como ao controlo das operações de concentração entre empresas.

Ora, considerando o universo normativo da *defesa da concorrência* comunitária, poderemos, na realidade, distinguir três tipos de normas que prosseguem essa protecção da concorrência no Mercado Comum.

Assim, um primeiro tipo de normas visa proteger a estrutura concorrencial dos mercados de comportamentos praticados pelas empresas. Estas regras, têm em vista, portanto, a actuação das empresas nos respectivos mercados relevantes e englobam quer o artigo 81º do Tratado CE (princípio da proibição das ententes que, afectando o comércio entre os Estados-membros, distorcem a concorrência), quer o artigo 82º (princípio da proibição dos abusos de posição dominante).

Um segundo tipo de regras pretende controlar a própria estrutura interna das empresas, a respectiva dimensão crítica em termos de riscos para o funcionamento dos mercados em concorrência. Estarão em causa as regras que visam o controlo das operações de concentração entre empresas; no caso comunitário, essas regras existem, apenas, no plano do direito derivado e correspondem, em termos substantivos, principalmente ao Regulamento CE nº 139/2004 do Conselho, de 20 de Janeiro de 2004¹.

Finalmente, em terceiro lugar, encontramos as regras que visam proteger a estrutura concorrencial dos mercados da actuação dos respectivos Estados-membros, das suas práticas intervencionistas na economia e nos mercados, que sejam restritivas ou aniquiladoras da concorrência. Consubstancia-se, este terceiro tipo, nas regras que consagram o princípio da proibição das "ajudas de Estado" (ou "auxílios públicos"), ou seja, no quadro do Tratado CE, os seus artigos 87º a 89º.

Ora, no presente trabalho concentramo-nos unicamente nas regras do primeiro tipo, ou seja, naquelas que têm sob mira os comportamentos das empresas (artigos 81º e 82º do Tratado CE).

A data atrás mencionada (1 de Maio de 2004), ficará, de resto, impressivamente marcada na história da integração não só pela entrada em vigência do mencionado novo regime introduzido pelo Regulamento (CE) nº 1/2003 do Conselho e relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81º e 82º do Tratado CE (doravante, Regulamento nº 1/2003)², mas também porque representa, formalmente, o início de uma nova era na vida da União Europeia.

Em 1 de Maio de 2004, com efeito, concretizou-se a adesão de dez novos Estados-membros³, estendendo-se o âmbito geográfico da integração comunitária ao Leste europeu.

¹ Jornal Oficial nº L 24 de 29.01.2004, p. 1.

² Jornal Oficial nº L 1 de 4/01/2003, p. 1.

³ A República Checa, Chipre, Eslováquia, Eslovénia, Estónia, Hungria, Letónia, Lituânia, Malta e Polónia. Em 1 de Janeiro de 2007, concretizou-se a adesão da Bulgária e da Roménia.

A “velha” Europa dos seis, dos dez, dos doze e, desde 1995, dos quinze Estados-membros, a Europa (basicamente) central/ocidental, desfrutando de um desenvolvimento solidificado e que tinha proporcionado, no “pós – IIª Guerra Mundial”, a gestação do projecto europeu comunitário (no fundo, a Europa ainda centrada no “clube dos seis⁴”), assumia, pela primeira vez na sua História, uma dimensão (quase) continental.

Num certo sentido (*político-simbólico*), o desmoronamento do “Muro de Berlim” só terminou, definitivamente, em 1 de Maio de 2004, com o “grande alargamento” da União⁵.

Ora, o novo contexto político e geográfico da Europa comunitária implica, inevitavelmente, uma *onda de mudanças*, uma vez que essa nova realidade da União é, já de si, o reflexo de um tempo que, para muitos, é também de emergência de novos paradigmas⁶.

Observando, com efeito, algumas tendências que, sobretudo a nível internacional e/ou (em rigor) *transnacional*, se detectam, actualmente, no domínio do *político* e do *jurídico*, poderemos notar que, numa determinada

⁴ Os seis Estados-membros originários, a saber, a França e a Alemanha (o “eixo franco – alemão”), a Itália e os três Estados-membros do Benelux. Claro está que, em rigor, a esfera de influência do dito “clube” e, sobretudo, do “eixo-franco-germânico” tinha em conta – por vezes, condicionava-se – à presença e ao peso incontornáveis da Grã-Bretanha e, a partir de 1 de Janeiro de 1986 (início da “Europa dos doze”), também à influência crescente da presença da Espanha.

⁵ É de notar que para muitos Autores e comentadores, a própria modernização do Direito de *defesa da concorrência* da União, começou a dar os primeiros passos (a ser congeminação), a partir do desmoronamento da ex - União Soviética e da “queda do Muro de Berlim”. Assim, por exemplo, GERBER, escreve o seguinte: “The seeds of modernization were sown in the 1990s by the fall of the Soviet Union. With that event, perceptive officials in the European Commission realized that the new independence of eastern European states was likely to lead major changes in the process of European Integration. It became clear that many of these States were likely to become members of the European Union” DAVID J. GERBER, *Two Forms of Modernization in European Competition Law*, in *Fordham International Law Journal*, Vol. 31, nº 5, May 2008, p. 1237. Retomaremos esta nota, designadamente, *infra*, nas Conclusões do presente trabalho.

⁶ A nova Europa alargada, *quase-continental*, é, de facto, simultaneamente um reflexo e uma resposta, às condições dos tempos que correm.

perspectiva, sobressai “uma cada vez mais nítida contraposição entre, por um lado, a ordem tradicional, assente numa concepção clássica de soberania (de cooperação entre Soberanias) e (...) de cunho marcadamente *Westephaliano* e, por outro lado, uma emergente ordem pós-nacional, globalizada e globalizante⁷”.

Sem desenvolvermos aqui, no presente trabalho, as relações entre aquilo que poderíamos designar por movimento de globalização (que, notoriamente, vai marcando este início de século) e o processo de integração europeu comunitário, não poderemos, no entanto, deixar de suscitar a questão (no mínimo, enquanto tópico de análise) das relações (de *causa-efeito?* / de inter-influência dialéctica? entre manifestações paralelas de uma *onda global de mudanças*) entre tal integração e aquele movimento.

Assim, desde logo, podemos notar que, sob o prisma jurídico, o Direito da Integração (o Direito comunitário) e a própria integração europeia reflectem e sintetizam nas suas soluções uma espécie de *dupla tendência* que a globalização actual gera: por um lado, uma *desjuridicização* nacional, “uma desresponsabilização das unidades nacionais (dos Estados-membros) pela produção normativa que incide sobre aspectos relevantes da organização sócio-económica, deslocando-se a sua sede para o nível supra-estadual⁸” e, por outro lado, simultaneamente, o reforço da intervenção nacional (regional e local) na aplicação concreta, na execução dessas mesmas soluções (nomeadamente, em virtude da proclamação do princípio da subsidiariedade).

Importa, nesta linha, salientar que, em grande medida, a reforma ou *modernização* do Direito da concorrência comunitário traduz, precisamente, esta dupla tendência. Concluiremos – sobretudo *infra*, na III^a Parte deste trabalho – que um movimento no sentido da descentralização, em favor do

⁷ PEDRO MADEIRA FROUFE, *Globalização e Integração. Doze Pistas de Reflexão*, in ALESSANDRA SILVEIRA (coordenação), *50 Anos do Tratado de Roma, Quid Juris*, Lisboa, 2007, p. 214.

⁸ A expressão é de PAULO VILA MAIOR – *A Integração Europeia e a Evolução do Direito: A Caminho da Desjuridificação Nacional e da Juridificação Transnacional*, Working Paper nº 4, 2000, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa (referenciado, na *Internet*, em: <http://www.fd.uc.pt/Biblioteca/aquisicoes/monografias/cjpoliticas.pdf> - Setembro de 2009).

nível nacional, na aplicação dos normativos de *defesa da concorrência* (em especial, dos artigos 81º e 82º do Tratado CE), tem na sua base (mediata) um reforço dos poderes e da influência da Comissão Europeia (nível *supra* estadual) no âmbito da própria Política da concorrência comunitária.

II

A reforma ou *modernização* do Direito da concorrência comunitário insere-se (sendo um elemento importante) nessas mudanças vividas na União (agora, com uma dimensão e com um grau de heterogeneidade jurídica, cultural e económica nunca anteriormente vivenciados), nessa complexa rede de alterações, nomeadamente, em termos de definição de políticas comuns e no que respeita ao próprio funcionamento e reorganização da estrutura institucional (comunitária). De resto, como assinalaremos na IIIª Parte deste trabalho, desde a origem das Comunidades – ou seja, desde as negociações conducentes ao Tratado de Paris de 1951 (Tratado CECA) e, portanto, no próprio *impulso genético* do processo de integração - a Política da concorrência esteve sempre presente, com um protagonismo, por vezes inigualável (por exemplo, na perspectiva dos interesses políticos franceses e dos receios alemães), comparativamente com outras políticas ou interesses envolvidos e consagrados nos Tratados institutivos.

Os interesses de uma França especialmente fragilizada⁹, principalmente aqueles que se traduziam na vontade de controlo da política industrial alemã, o

⁹ E já em declínio antes da IIª - *Grande Guerra*. Escreve JEAN MONNET, nas suas *Memórias*, a propósito do seu regresso a Paris, em fins de Setembro de 1945: "O empobrecimento e o desencorajamento da população, uma vez passada a euforia da libertação, tocaram-me muito. A caminho de Cognac (...) tive oportunidade de avaliar os desgastes e as destruições do património francês, cuja insuficiência já me saltava aos olhos antes da guerra" – JEAN MONNET, *Memórias, A autobiografia de um dos pais fundadores da União Europeia*, (Edição traduzida em língua portuguesa), Ulisseia, Lisboa, 2004, p. 227. De resto, nas mesmas *Memórias* e a pgs. 237 e 238, MONNET retoma o problema do declínio da França, começando por notar o seguinte: " O facto de a França ter saído gravemente enfraquecida da guerra era evidente para todos. O que, no entanto, se sabia menos bem, ou se dissimulava, era o estado

problema (que também poderá ser observado conjugadamente com o tópico de tais interesses gauleses) da indústria germânica do carvão e do aço do Ruhr, fortemente cartelizada, as históricas desconfianças e receios alemães em relação à França e vice-versa, a pressão/influência norte-americana para a concepção e a institucionalização, na Europa, de um plano político de paz que integrasse a então República Federal Alemã (“normalizando-a” enquanto Estado soberano e plenamente participante no *concerto* europeu), o fracasso da Autoridade Internacional do Ruhr, foram factores que, no período conturbado do “pós-1945” na Europa em reconstrução, contribuíram para que, circunstancialmente, a Política da concorrência acabasse por se revelar, numa certa perspectiva, como sendo a “chave” do arranque do processo de integração.

Foi, em grande medida, a Política da concorrência e a tradição organizativa, tendencialmente concentrada, da indústria alemã, designadamente, da indústria do aço e do carvão da região do Ruhr¹⁰, que estiveram na origem do Tratado de Paris – sendo que aquela Política foi um *instrumento* de resolução do problema sentido pelos Aliados e, especialmente, pela França, em relação à reorganização da indústria teutónica.

III

Ora, uma análise da reforma ou movimento de *modernização* do Direito e da Política da concorrência da União, implica, desde logo, contextualizar tal reforma no âmbito das mudanças assinaladas relativamente à União Europeia. Sob o ponto de vista comunitário e europeu, a mencionada reforma do sistema de *defesa da concorrência* acompanha, também, a busca de um sentido para o futuro da integração europeia (o debate sobre o futuro da União, lançado a partir do Tratado de Nice) e acaba por relacionar-se, directamente, com o próprio alargamento da União Europeia que, como salientamos, teve, também, em 1 de Maio de 2004, a sua concretização formal.

de fraqueza em que a França já se encontrava antes da guerra e que, tanto quanto as causas morais e a falta de preparação militar, explicava o brusco desmoronamento do país”.

¹⁰ Integradas num sistema de produção auto-suficiente, o *Verbundwirtschaft*.

O (grande) alargamento foi, com efeito, um dos *factores determinantes* e uma das *causas imediatas* invocadas pela Comissão, para avançar com a mudança do regime de aplicação dos artigos 81º e 82º do TCE (introduzida, como referimos, pelo Regulamento nº 1/2003).

O regime antecedente de aplicação das regras dos artigos 81º e 82º do TCE (ex-artigos 85º e 86º), introduzido pelo Regulamento do Conselho nº 17 de 1962, surgiu, com efeito, tendo como pano de fundo uma Comunidade de seis Estados-membros e destinava-se a um Mercado Comum ainda incipiente e com uma fraca cultura de concorrência. A própria integração comunitária europeia dava os seus primeiros e inseguros passos, pelo que não seria prioritário, então e nesse contexto, o próprio debate sobre os objectivos e funções específicos do Direito da concorrência.

Quer dizer, o desenho e a implementação de uma política da concorrência, em termos comunitários, prosseguia os objectivos políticos gerais da integração (ainda incipiente) que, na década de 1960, se vivia.

A prioridade era a construção do Mercado Comum, a efectivação das instituições jurídicas de integração económica que serviriam de instrumento para se alcançarem os objectivos políticos, gerais e mediatos, da construção europeia.

O Direito e a Política da concorrência comunitários eram entendidos, em primeiro lugar, como *instrumentos* da integração, como ferramentas de construção do Mercado Comum, sendo certo, também, que tal primeiro regime de aplicação daquelas regras do Tratado (introduzido pelo Regulamento nº 17 de 1962), surgiu numa época de crescimento e de desafios económicos bem menos rápidos e inovadores do que os actuais.

Naturalmente, naquele contexto e com aquelas prioridades¹¹, não é de estranhar que a preocupação dominante da Comissão Europeia fosse a criação e a institucionalização de um regime de aplicação das regras comunitárias *antitrust* que contribuísse para a construção de um efectivo Mercado Comum, subordinando, através dessa aplicação, as regras em causa (designadamente)

¹¹ A efectivação da integração, ainda e sobretudo, da *integração económica*.

dos artigos 81º e 82º TCE (então, artigos 85º e 86º do Tratado de Roma CEE), aos objectivos políticos gerais do Tratado.

Consequentemente, impunha-se a construção de um regime de aplicação das normas em causa que tivesse como traço dominante uma *centralização na e a partir* da Comissão Europeia. Só assim é que, de uma forma minimamente segura e eficaz, seria possível garantir, no espaço do Mercado Comum, uma prática jurídica *uniforme*.

Refere, a este propósito, WILS, que o carácter revolucionário (em 1957) do artigo 85º do Tratado de Roma CEE (actual artigo 81º TCE) impunha um sistema de aplicação baseado numa notificação e autorização centralizadas:

“Indeed, *given the radical novelty of the rule*, companies and their legal advisors could not be relied upon to assess themselves the compatibility of their agreements with the provisions of Article 81 EC. Similarly, leaving the application of Article 81 (3) EC to the courts and authorities of the members states, steeped in European tradition favorable to cartel agreements, would have entailed a major risk of the prohibition laid down in Article 81 not being applied in practice, or at least not in a sufficiently uniform manner. The centralized notification and authorization system guaranteed that the new provision would be interpreted and applied by the Commission, which was specifically dedicated to the *new religion*”¹²

A uniformidade da interpretação e da aplicação do Direito da concorrência comunitário – como, de resto, de todo o Direito comunitário - era um princípio necessariamente reforçado, que não poderia ser beliscado.

Esse sentido *centralizador* da aplicação do Direito da concorrência permitiria também, mais facilmente, difundir e solidificar um sistema jurídico

¹² WOUTER P J WILS, *Principles of European Antitrust Enforcement*, Hart, Oxford, Portland, 2005, p. 6. Os sublinhados (nomeadamente, *new religion*) são da nossa responsabilidade. De resto, sobretudo na literatura norte-americana, deparamos, por vezes, com autores representativos de certas escolas de pensamento crítico relativamente à necessidade da existência e da prática de um Direito *antitrust*, que utilizam a expressão *religion* para caracterizar a (por eles apelidada) *antitrust culture*, imposta e praticada por uma espécie de *antitrust community*. Por todos, neste sentido, EDWIN S. ROCKEFELLER, *The Antitrust Religion*, Cato Institute, Washington, 2007.

ainda recente e sem tradição no espaço europeu, contribuindo para a criação e desenvolvimento de uma *cultura jurídica europeia/comunitária* da concorrência.

A *pedagogia* que a introdução no espaço europeu de uma política e de um sistema jurídico novo impunham, poderia ser mais segura e facilmente desenvolvida com um sistema (e uma política) centralizada na Comissão Europeia.

Assim, *uniformidade* de aplicação e, sobretudo, a *centralização*, eram características compreensíveis dos primeiros passos do Direito da concorrência comunitário, no contexto de uma Comunidade ainda pequena e pouco integrada.

IV

A tendência para uma aplicação centralizada na Comissão Europeia do sistema comunitário de *defesa da concorrência*, por outro lado ainda, resultava, igualmente, do facto de *múltiplos objectivos instrumentais* (que não apenas a eficiência no funcionamento dos mercados), serem atribuídos às regras do Tratado que compunham esse sistema. Objectivos vários e circunstanciais decorrentes da própria política económica seguida pelas Instituições e cuja composição, em cada caso, requeria, portanto, uma presença regular e determinante da Comissão Europeia, na aplicação de tal sistema.

Como nota LANDOLT, no seu estado inicial, o Tratado CEE não continha nenhuma referência expressa à “economia de mercado” como sendo o modelo económico seguido pela Comunidade¹³.

¹³ PHILLIP LANDOLT, *Modernised EC Competition Law in International Arbitration*, The Hague, 2006, p. 26. Esta observação merece, com efeito, uma comparação com o (actual) projecto de Tratado Reformador – o Tratado de Lisboa. Este, desde logo, no Tratado da União Europeia, refere, no seu artigo 2º, nº 3, a “economia social de mercado”, integrando o rol de objectivos imediatos, através de cuja concretização a União alcançará a “a paz, os seus valores (artigo 1º- A deste projecto de Tratado da União) e o bem – estar dos seus povos”. Refere aquele nº 3, do mencionado artigo 2º do Tratado da União que esta “ (...) empenha-se no desenvolvimento sustentável da Europa, assente num crescimento económico equilibrado e na estabilidade dos preços, numa *economia social de mercado* altamente competitiva que tenha como meta o pleno

Na verdade, tal era subentendido, decorrendo, de certo modo, do próprio Tratado no seu conjunto.

Nas décadas de 1950 e de 1960, porém, existiu a preocupação permanente, designadamente por parte das Instituições comunitárias, de que tal ordenação económica da Comunidade e do próprio Mercado Comum (economia de mercado) pudesse conciliar-se, também e se necessário, com prerrogativas de *dirigismo* e de *intervencionismo* económico, por parte dos Estados-membros.

A política da concorrência era, então, perspectivada como uma parte importante da construção da política industrial comunitária, tida como pivô indispensável do desenvolvimento e da criação de condições de competitividade da economia europeia.

Assim sendo, o sistema comunitário de *defesa da concorrência* foi encarado frequentemente, sobretudo, como uma espécie de *subsistema político* e não tanto jurídico, prosseguindo objectivos imediatos, por vezes contraditórios entre si, como, por exemplo e por um lado, o incentivo às pequenas e médias empresas europeias para que estas ganhassem rapidamente mais dimensão e se desenvolvessem nos domínios da pesquisa e da inovação técnica e, por outro, a criação e preservação de uma estrutura concorrencial efectiva no funcionamento dos mercados – que, pelo menos, em tese geral, consideraria como gerador de riscos para a concorrência qualquer

emprego e o progresso social, e num elevado nível de protecção e de melhoramento da qualidade do ambiente (...)."

Não discutiremos, agora e neste contexto, o que deva entender-se por *economia social de mercado*, nem tão pouco a viabilidade e/ou a compatibilidade operativa dos objectivos que, no caso concreto, lhe são assinalados, a saber, a *competitividade* (não se referindo, contudo, quais os critérios da respectiva aferição), o *pleno emprego* e a *qualidade do ambiente*. Referiremos apenas o facto de, tradicionalmente, este ser um dos conceitos apontados à perspectiva ordoliberal que, segundo parte significativa da doutrina, tem influenciado a interpretação e a aplicação das regras de *defesa da concorrência* (nomeadamente, dos artigos 81º e 82º do Tratado CE). Ver, a propósito da economia social de mercado e das suas atinencias com o modelo de estado social europeu, CHRISTIAN JOERGES / FLORIAN RODL- "*Social Market Economy*" as *Europe's Social Model?*, European University Institute – *Working Paper Law* nº 2004/08, Florence, 2004, também disponível na *Internet* em: www.iue.it

processo de concentração ou de reforço intensivo e estrutural da dimensão das empresas.

Observando e assentando nesse carácter (também) significativamente instrumental do Direito de *defesa da concorrência* comunitário, podemos, compreender as dificuldades que sempre se colocaram à definição do programa teleológico deste Direito, sobretudo, quando comparado tal programa com o programa do Direito *antitrust* norte-americano que se aproxima, tendencialmente, de um programa (teleológico) *monista* (de modelo monista). Seguindo parcialmente e de um modo adaptado à questão do carácter instrumental da *defesa da concorrência comunitária* (e, portanto, da própria Política da concorrência comunitária), a exposição de LUIS MORAIS, poderemos afirmar que, tradicionalmente, o próprio programa teleológico do Direito da concorrência comunitário é complexo, não linear, englobando uma “pluralidade de objectivos”, sendo que “têm prevalecido nas análises do ordenamento comunitário da concorrência (...) as visões *pluralistas*, caracterizadas, no mínimo, pela coexistência de objectivos de integração económica – que representam um elemento de especificidade desse ordenamento – e de objectivos de promoção da concorrência, relacionados com noções de eficiência económica e com outras considerações estritamente económicas”, subordinadas aos interesses da integração¹⁴.

¹⁴ LUIS DOMINGOS SILVA MORAIS, *Empresas Comuns – Joint Ventures no Direito Comunitário da Concorrência*, Almedina, Coimbra, 2006, p. 1549 e s., a propósito da questão da “Renovação de Fundamentos Normativos e de Processos Metodológicos do Ordenamento Comunitário da Concorrência” e, em particular, dos “ (...) Três Vértices Fundamentais da Transição para um Novo Estádio da Consolidação do Ordenamento Comunitário da Concorrência” – *ob. cit.*, em particular, p. 1552 e s., LUIS MORAIS sintetiza tal transição, iniciada na década transacta – ou, numa outra perspectiva, a reforma ou *modernização* em curso no Direito da concorrência comunitário – indicando os denominados “vértices primaciais” dessa transição. Estes, na síntese enunciativa de LUIS MORAIS, correspondem “à alteração das prioridades teleológicas do ordenamento comunitário da concorrência, à renovação da compreensão dogmática das categorias jurídicas de cooperação empresarial e da própria metodologia jurídica de análise, em geral, deste ordenamento e à transformação do modelo institucional de organização do sistema comunitário de concorrência, num sentido de descentralização que reforça a intervenção das

V

É, no entanto, claro que estas características e esta perspectiva do Direito da concorrência comunitário, só puderam justificar o desenvolvimento de uma lógica de centralização na sua aplicação, porque, apesar de tudo, a Comunidade era ainda pequena, integrando, além de um reduzido número de Estados-membros (de resto, muito homogêneos nos seus estádios de desenvolvimento económico), Estados sem tradição jurídica no domínio da concorrência, como destacamos na IIIª Parte - em particular no seu Capítulo 3º, respeitante à Comissão e à escolha, para a *defesa da concorrência* europeia-comunitária, do modelo institucional concreto que foi seguido, desde logo, no Tratado de Paris de 1951 (CECA).

Uma lógica de centralização também consagrada, portanto, no primeiro Regulamento de aplicação das regras dos (então) artigos 85º e 86º do Tratado CEE (ou seja, Regulamento nº 17 de 1962) e reforçada – com o assentimento da jurisprudência do Tribunal de Justiça – pela prática da Comissão Europeia.

Na realidade, o regime de aplicação dos artigos 81º e 82º do TCE, centralizado na Comissão, acabou por revelar-se, nos últimos anos, inoperativo (de acordo com a posição da própria Comissão, expressa quer no Livro Branco de 1999, quer na proposta apresentada ao Conselho, do Regulamento nº 1/2003).

Um dos traços característicos daquele primeiro regime de aplicação das referidas regras *antitrust* comunitárias era a denominada *notificação prévia* das ententes projectadas pelas empresas¹⁵ e cuja obrigatoriedade (ou ónus, em rigor) recaía sobre estas.

Consagrou-se, portanto, em 1962, um sistema de notificação *prévia* e (dita) *obrigatória* à Comissão, dos comportamentos de colusão ou coligação comercial projectados – e isto, independentemente da outorga de competências

autoridades nacionais de concorrência, bem como dos tribunais nos vários Estados Membros”- *idem*, p. 1553.

¹⁵ Tal notificação prévia encontrava-se prevista no nº 1, do artigo 4º do Regulamento nº 17 de 1962.

àquela Instituição, para conhecer oficiosamente tais comportamentos e analisá-los à luz daquela regra relativa às ententes entre empresas.

Só a Comissão é que detinha, nos termos do Regulamento nº 17 de 1962, a *competência exclusiva* para aplicar a *norma chave* de todo o sistema, no que respeita ao princípio da proibição das ententes lesivas da concorrência no Mercado Comum: o nº 3, do artigo 81º do Tratado CE, que consagrava (e consagra) a possibilidade casuística de se “isentar” um determinado comportamento julgado, *a priori* e em abstracto, anti-concorrencial (subsumível, portanto, ao nº 1 e à cominação do nº 2, ambos do artigo 81º do Tratado CE), uma vez verificadas as condições estabelecidas naquele nº 3, dessa mesma regra.

Importa referir, no entanto e em rigor, que tal notificação prévia constituía não propriamente uma obrigação, mas sim um *ónus jurídico* para as empresas, na medida em que a sua não efectivação teria como *consequência processual* a impossibilidade de a Comissão, ulteriormente e vindo, porventura, a tomar conhecimento de tal comportamento não notificado, poder isentá-lo individualmente - e isto, ainda que concluísse pela verificação, no caso concreto, de todas as condições estabelecidas no nº 3, do artigo 81º, do Tratado CE.

Por outro lado ainda, no quadro da construção sistemática da norma do artigo 81º do TCE (ex-artigo 85º) e atendendo, também, ao desenho do regime de aplicação instituído pelo Regulamento nº 17 de 1962, o facto é que a correntemente denominada “isenção” (decisão de *isenção individual*, emitida pela Comissão), motivada pela aplicação, aos casos concretos, da norma do nº 3, do artigo 81º do TCE, também merece alguns reparos terminológicos. A este respeito, importa recordar o comentário de ANDRÉ DECOCQ, pronunciando-se sobre o método de aplicação do artigo 81º do TCE (ex- artigo 85º), ainda durante a vigência do Regulamento de 1962:

“Les mots «peuvent être déclarés inapplicables» montrent que l’exemption, *comme il est convenu de le dire*, n’est pas accordée de plein droit à certaines ententes et qu’elle doit, au contraire, faire l’objet d’une décision¹⁶.”

Ora, a interpretação daquela regra do Tratado (artigo 81º) determina, com efeito, *a não aplicação* da consequência (ou cominação) legal prevista no nº 2 (a nulidade do comportamento), caso, porventura:

- o comportamento em equação for subsumível à categoria de uma entente entre empresas, susceptível de afectar o comércio entre os Estados-membros, distorcendo a estrutura concorrencial do respectivo mercado relevante comunitário;

- mas, ainda assim, por aplicação dos critérios/condições consagrados no nº 3, for possível concluir-se que esse comportamento acaba também por, em concreto, produzir efeitos económicos benéficos que contrabalançam e compensam os efeitos negativos sobre a concorrência.

Assim, uma entente susceptível de subsunção ao nº 1, do artigo 81º do TCE e que, simultaneamente, mereça também um “juízo de balanço económico” favorável, tal como preconizado no nº 3, do artigo 81º do TCE, *não* será uma entente ilícita e *não* desencadeará, por conseguinte, a aplicação do nº 2, daquela norma do Tratado (nulidade do comportamento).

Assim, para que se invoque a nulidade com que o nº 2, do artigo 81º do Tratado CE sanciona as ententes que afectam o comércio entre os Estados-membros, será necessário que tal comportamento, simultaneamente, seja subsumível ao nº 1, do artigo 81º e não se enquadre no nº 3 (não se verifiquem, em concreto, as condições previstas no nº 3, dessa norma do Tratado – ou seja, não possa ser justificado, tal comportamento concreto, por um “balanço económico” favorável).

Nestes termos, portanto, a hipótese legal do artigo 81º do Tratado CE (ex-artigo 85º), integra quer o nº 1, quer o nº 3 da respectiva norma, pelo que a mencionada (e terminologicamente divulgada) “isenção” da sanção prevista

¹⁶ ANDRÉ DECOCQ, *Droit Communautaire de la Concurrence, Les Cours de Droit*, Paris, 1989-1990, p. 100 a 116.

no nº 2, desse artigo 81º, em rigor não o era (não era uma “isenção”; não consistia num facto autónomo impeditivo dos efeitos jurídicos previstos e desencadeados pelo nº 1, do artigo 81º do Tratado CE).

VI

Mas, voltando ao sistema da notificação prévia instituído pelo Regulamento nº 17 de 1962, os acordos, decisões ou práticas concertadas entre empresas, relativamente aos quais os interessados (estas empresas) pretendessem beneficiar da referida “isenção” de aplicação dos números 1 e 2, do artigo 81º do TCE, deveriam, então e como referimos, ser *notificados* (previamente à respectiva implementação) à Comissão.

Ora, tal notificação originaria, para efeitos de aplicação do artigo 81º do Tratado CE, a emissão, por parte dos serviços da Comissão, respectiva e alternativamente, de:

- uma decisão de *isenção individual*, na sequência da aplicação, ao caso notificado, do nº 3, do artigo 81º do Tratado CE e desde que em resultado de tal aplicação, a Comissão concluísse que o comportamento em apreciação suscitava um juízo de balanço económico positivo (ou seja, todas as condições previstas no referido nº 3, encontravam-se reunidas);

- a uma decisão de *não oposição* (*não aplicação* do respectivo artigo 81º);

- ou ainda, a uma decisão de *proibição* do comportamento projectado e notificado.

Era, também, possível (e frequente) a emissão, pela Comissão, de uma *declaração provisória* que atestasse a não oposição a tal comportamento: *atestado ou certificado negativo*, sem possuir o carácter formal de uma decisão e sem vincular definitivamente a Comissão, no que dissesse respeito a uma ulterior apreciação e decisão – decisão esta, mais fundamentada ou, porventura, instruída com novos elementos de informação e de prova. Este *certificado negativo* funcionava como uma espécie de atestado *relativo e*

provisório sobre a validade do comportamento em causa, assemelhando-se, portanto, a uma declaração que titulava uma *não decisão* (não legitimando, conseqüentemente, a invocação ulterior de eventuais direitos, ou mesmo expectativas, adquiridos).

Na realidade, a centralização do regime de aplicação destas regras *antitrust* (em particular, do artigo 81º do TCE), resultava, em termos imediatos, deste mecanismo da notificação prévia que garantia a presença e a intervenção necessária da Comissão.

VII

Note-se que a opção pelo regime centralizador do Regulamento nº 17/1962 não foi isenta de dúvidas e de discussão. Em certa medida, tal regime de aplicação acaba por ser atípico, conciliando, à medida daquilo que eram as necessidades projectadas de uniformidade na aplicação de um novo Direito no espaço europeu comunitário e de construção do Mercado Comum, traços de diferentes *modelos* de sistemas de *defesa da concorrência*.

É habitual, a este respeito, considerarem-se dois grandes modelos-tipo de sistemas normativos de *defesa da concorrência*: por um lado, o modelo tradicional norte-americano, decorrente do *Sherman Act* de 1890¹⁷ e, por outro, o modelo adoptado a partir do Tratado CE, na União Europeia que, no fundo, corresponderá a um *modelo europeu* (ou, pelo menos, a um modelo comum às legislações nacionais dos Estados-membros).

O primeiro modelo (o norte-americano) apresenta alguns traços característicos, decorrentes dos próprios fundamentos e motivações originárias subjacentes ao aparecimento de um sistema de regras *antitrust* nos Estados-Unidos da América, ainda no século XIX.

¹⁷ As bases do direito *antitrust* norte-americano estão contidas, nos seus aspectos principais (e estruturantes), quer no *Sherman Act* de 1890, quer ainda no *Clayton Act* de 1914. Este conjunto normativo é, por vezes, designado, na literatura norte-americana, como sendo o *antitrust statute*. Ver, por exemplo, EDWIN S. ROCKEFELLER, *ob. cit.*, p. 3

Na verdade, em linhas gerais (assumindo o facto de tal perspectiva geral ser passível de nos fornecer um quadro relativamente simplificado e redutor dos circunstancialismos que marcaram a evolução histórica do Direito *antitrust* norte-americano), trata-se de um modelo que encara o funcionamento concorrencial dos mercados como sendo algo de estruturante e imprescindível para a própria economia. Consequentemente, esse modelo elege a concorrência (a sua manutenção e o seu incremento), como sendo um valor e um princípio de acção absolutos, como, no fundo, uma finalidade inultrapassável do próprio Direito *antitrust*.

O modelo norte-americano, fundado a partir da aplicação do *Sherman Act*, assume a concorrência como uma condição (teoria da *concorrência-condição*), ao invés do que sucede no modelo comunitário europeu, em que a concorrência é entendida como um instrumento, a par de outros, de prossecução de objectivos amplos da própria política económica¹⁸.

¹⁸ No entanto, como nota LUIS MORAIS, "(...) no quadro do ordenamento norte-americano posterior ao desenvolvimento das críticas da escola de Chicago, o especial peso atribuído à salvaguarda da eficiência económica – nos vários sentidos em que esta pode ser entendida em sede de teoria económica e que se repercutem na definição dos juízos normativos sobre a mesma – não invalidou a manutenção de outros escopos, sustentados por alguns sectores da doutrina, e que não deixam de merecer, a espaços, algum acolhimento na aplicação das normas de concorrência". Ainda segundo este autor, tais diversos escopos que também se repercutem na aplicação das normas de concorrência nos Estados-Unidos e no âmbito da ordenação do *Sherman Act*, passam pela lealdade e a preservação das condições de exercício da liberdade empresarial, bem assim como outros "escopos de carácter não estritamente económico de tipo redistributivo, ou dirigidos à criação ou manutenção de um contexto sócio-económico de igualdade de oportunidades para a generalidade dos agentes empresariais. Ilustrativas deste último tipo de finalidades sócio-económicas (entendidas em sentido lato) são algumas concepções da denominada *doutrina dos activos ou infra-estruturas essenciais*, bem como determinadas aplicações – já posteriores à influência das concepções da escola de Chicago – do «Robinson-Patman Act», sobretudo em relação a hipotéticas práticas de *preços discriminatórios em detrimento das posições das empresas de menor dimensão*. (...) Outras manifestações de escopos de tipo redistributivo, ou dirigidos à salvaguarda – num sentido lato – de condições de equidade no relacionamento entre agentes económicos são, com toda a probabilidade, os critérios de aplicação de proibições *per se* em relação a práticas de *preços mínimos e máximos de revenda*, que, em última análise, tutelam primordialmente a posição e os

A concorrência que se pretende defender e implementar não deixa de ter, portanto e no modelo-tipo adoptado pela União Europeia, um carácter instrumental (teoria da *concorrência-meio*), não tendo sido encarada, até agora, como um fim em si mesmo.

Por outro lado ainda, certos actos legislativos norte-americanos criminalizaram alguns comportamentos qualificados como anti-concorrenciais. Tal foi o caso, por exemplo, do *Robinson-Patman Act* de 1936¹⁹ que, na sua *Section 3*, veio criminalizar o comportamento de “venda a preços (anticoncorrenciais) desrazoavelmente baixos, com o intuito de distorcer ou de eliminar a concorrência” (*unreasonably low prices for the purpose of destroying competition or eliminating a competitor*). Tal não sucede, naturalmente, no âmbito do Tratado CE, nem tão pouco, *por via de regra*²⁰, nos sistemas europeus.

Assim, um sistema como o comunitário - que entende a concorrência como um *meio* e não como um fim em si mesmo a ser prosseguido de forma absoluta e que não utiliza a técnica das proibições (de certos comportamentos) de *per se*, na medida em que tais comportamentos só poderão qualificar-se definitivamente como sendo anti-concorrenciais após a consideração do seu impacto concreto no mercado (implicando, portanto, um juízo *à posteriori*, uma consideração dos *efeitos*, actuais ou potenciais, que tal comportamento terá no mercado) – não justificaria, em princípio, um controle preventivo dos comportamentos que se pretendem evitar.

interesses de pequenos distribuidores que pretendam explorar certos nichos de mercado sem aceitarem um maior grau de exigência na prestação de certos serviços complementares da distribuição comercial aos consumidores finais de bens ou serviços” – LUIS DOMINGOS SILVA MORAIS, *ob. cit.*, (*Empresas Comuns...*) p. 1566 e 1567. Os sublinhados são da nossa responsabilidade.

¹⁹ *Robinson-Patman Act* que veio alterar, em parte, o *Clayton Act*, nomeadamente, a sua *Section 2* que proíbe a prática de preços discriminatórios.

²⁰ Note-se, contudo, que no âmbito dos ordenamentos dos Estados-membros, o Reino Unido avançou, desde 2007, com a criminalização de certas práticas anticoncorrenciais, através do seu *Industrial Act*.

Tal controle preventivo que se materializou, no âmbito de vigência do regime instituído pelo Regulamento nº 17 de 1962, na referida notificação prévia, poderia, em princípio, justificar-se melhor ou, pelo menos, compreender-se em si mesmo, no âmbito de um sistema como o norte-americano (se bem que, tradicionalmente, este sistema sempre tenha seguido, essencialmente, a via judicial de controlo dos comportamentos anti-concorrenciais). Por isso, no âmbito comunitário, a opção pela intervenção preventiva e necessária da Comissão, relativamente à aplicação do actual artigo 81º do Tratado CE, só se compreendeu por razões que se prendiam com as preocupações inerentes à implementação de uma nova prática jurídica e à construção do Mercado Comum (o *imperativo* da integração).

VIII

A centralização, com epicentro na Comissão Europeia, caracterizava, portanto, a aplicação das regras *antitrust* comunitárias, durante a vigência do primeiro Regulamento de aplicação dos artigos 81º e 82º do TCE.

A necessidade de uniformidade na interpretação e na aplicação das novas regras do Tratado CEE - de resto, regras não só inovadoras, mas também regras que contrariavam uma certa tradição favorável aos comportamentos de concertação/concentração, no espaço europeu²¹ - justificava tal centralização.

Além disso, a opção do Regulamento nº 17 de 1962 por um sistema de aplicação das regras *antitrust* comunitárias, centralizado na Comissão, através, desde logo, da já referida notificação prévia, pode também ser compreendida à luz de uma certa discussão e confusão sobre a natureza do nº 3, do artigo 81º do Tratado CE. Essa é, pelo menos, uma das explicações avançadas por autores como WILS²².

²¹ WOUTER P J WILS, *ob. cit. (Principles ...)*, ainda p. 6.

²² WOUTER P J WILS, *Principles ..., ob. cit., p. 6 e 7*. Este autor, a este propósito, retira, contudo, outra conclusão sobre a natureza do nº 3, do artigo 81º TCE, por comparação com o sistema norte-americano, que, contudo, nos parece não ser totalmente procedente: "(...) Article 81º (3) is nothing but a codified form of the American rule of reason. Indeed, Article 81 EC is

Quando o Regulamento nº 17 de 1962 foi adoptado, com efeito, vigorava, também, um certo entendimento sobre tal nº 3, do artigo 81º Tratado CE (então, artigo 85º), considerando a aplicação desta *norma chave*, dependente de circunstanciais decisões de carácter político.

Este nº 3, do artigo 81º e o “juízo de balanço económico” por ele consagrado não constituiriam, nesta perspectiva, uma verdadeira *rule of law*, mas sim um instrumento de *intervenção/conformação* política, ao serviço das autoridades competentes em matéria da concorrência - justificando-se, assim e em consequência, a escolha por um sistema de aplicação de base administrativa, assente na referida notificação e autorização prévias *à e pela* Comissão.

Ora, este entendimento acabou por não vingar.

A jurisprudência do Tribunal de Justiça e do Tribunal de Primeira Instância, bem assim como a própria prática administrativa da Comissão, ao longo dos últimos quarenta anos, tem demonstrado que tal “juízo de balanço económico”, longe de se mostrar como uma porta de entrada para a conformação discricionária, segundo interesses políticos, das situações e dos comportamentos susceptíveis de afectarem a concorrência, tem sido assumido e aplicado como um verdadeiro critério normativo.

Na realidade, durante a vigência do Regulamento de 1962, a Comissão nunca recusou a emissão de uma decisão de “isenção individual” relativamente a um comportamento que reunisse todas as condições previstas no nº 3, do artigo 81º do Tratado CE, nem concedeu uma “isenção” fundamentada por razões diversas daquelas que estão previstas nessa norma do Tratado.

Se, na realidade, o nº 3, do artigo 81º TCE assumiu-se, através da respectiva aplicação por parte quer da Comissão, quer do Tribunal de Justiça e do Tribunal de Primeira Instância, como uma verdadeira *rule of law*, infirmo, assim, aquele eventual entendimento originário sobre a natureza

the European equivalent of the Section 1 of the Sherman Act. Whereas the latter reads as a single rule prohibiting all agreements is restraint of trade (similar to Article 81 (1) EC), it has been interpreted by the courts as condemning only unreasonable restraints. Article 81 (3) simply codifies this case law”.

desta norma que teria também, até certo ponto, levado à opção de fundo (sistema centralizado, assente numa notificação e autorização prévias dos comportamentos de entente) do Regulamento nº 17/1962, o facto é que as próprias regras comunitárias *antitrust* já não têm, hoje, no espaço europeu, o carácter inovador e mesmo “revolucionário” que tinham na década de 1950. Depois de mais de quarenta anos de aplicação, os agentes económicos europeus, os decisores políticos, os advogados e os economistas já assimilaram uma certa *cultura jurídica europeia/comunitária* da concorrência; os artigos 81º e 82º do Tratado CE já se instituíram e integram, corrente e naturalmente, os processos de decisão económicos, empresariais e jurídicos e, até certo ponto, existe já, também no espaço europeu, uma “antitrust community” constituída por consultores, advogados, economistas, funcionários e colaboradores das várias autoridades da concorrência, das entidades reguladoras, académicos e intelectuais. Provavelmente, não tanto como a “antitrust community” norte-americana, descrita e criticada (sendo uma espécie de *corporation* fechada, com códigos próprios) por EDWIN S. ROCKEFELLER²³, mas, sem dúvida, uma comunidade de agentes decisores e intelectuais que assimilou as regras de *defesa da concorrência* comunitárias e nacionais e difunde e pratica tal *cultura da concorrência*.

Ora, em parte, essa espécie de “antitrust community” foi também responsável pela pressão exercida sobre a Comissão para que a reforma actual tivesse avançado trilhando certos caminhos que correspondem a uma visão (de influência norte-americana) consonante com os interesses dos agentes e técnicos que integram tal suposta “corporação” ou comunidade *antitrust*.

A implementação (tida como sendo um dos objectivos da reforma e uma linha de modernização do Direito da concorrência comunitário) de uma metodologia de interpretação dos artigos 81º e 82º do Tratado CE (principalmente, deste último), seguindo uma perspectiva *mais económica* (“a more effects-based approach”) e casuística²⁴, recusando, radicalmente,

²³ EDWIN S. ROCKEFELLER, *ob. cit.* (*The Antitrust ...*).

²⁴ No fundo, o que realmente está em causa com a reclamação da “more economic approach” é a implementação de um *novo método de aplicação* das normas em causa, nomeadamente, do

qualquer aproximação a uma lógica de utilização de regras de *per se*, o deslocar o objectivo e a função da aplicação do artigo 82º do Tratado CE da *defesa da concorrência* propriamente dita, para a protecção do “bem-estar dos consumidores”, entendendo-se este último numa perspectiva linearmente neo-clássica, os debates (que têm muito de ideológico) em torno da melhor abordagem requerida pelo sistema de *defesa da concorrência* comunitário em relação ao “poder de mercado” (a propósito, sobretudo, da aplicação do artigo 82º do Tratado CE), tudo isso, como explica DAVID J. GERBER, terá resultado, também, das pressões dessa “antitrust community” europeia e da necessidade e/ou conveniência, por ela sentida, de promover uma convergência entre as soluções do Direito comunitário de *defesa da concorrência* e as soluções que resultavam, para os mesmos casos ou para casos análogos, da aplicação do *Sherman Act*²⁵/²⁶.

artigo 82º do Tratado CE. Isso é notório e assumido expressamente (ao indicar-se, mesmo, uma nova metodologia de interpretação do artigo 82º que desvaloriza a fase prévia da determinação da existência de “posição dominante”), por exemplo, no Relatório de Julho de 2005, encomendado pela Comissão ao *EAGCP* (“Economic Advisory Group for Competition Policy”) e intitulado “An Economic Approach to Article 82” e disponível, entre outros, na Internet, em:

http://ec.europa.eu/competition/publications/studies/eagcp_july_21_05.pdf (Agosto 2009).

Com efeito, na perspectiva do referido Relatório e como já notamos, a questão do “poder de mercado” e da existencia de “posição dominante” como critério de determinação do âmbito de aplicação do artigo 82º do Tratado CE (esta norma só é invocada quando exista uma “posição dominante”), diluí-se na questão dos efeitos anti-concorrenciais imputados (ou não) à prática em avaliação, presumindo-se que, caso tais efeitos anti-concorrenciais se verifiquem (sendo estes determinados na perspectiva do dano aos interesses e ao “bem-estar do consumidor”), então, existirá tal “posição dominante” (por decorrência da verificação de tais efeitos que seriam impossíveis de concretizar – na óptica defendida no Relatório – se a empresa em causa não detivesse tal “poder de mercado” significativo e suficientemente apto a produzir tais efeitos indesejáveis).

²⁵ DAVID J. GERBER, *ob. cit.* (*Two Forms of Modernization...*), p. 1235, em particular, p. 1250, onde se pode ler a seguinte nota: “Finally, there were private interests at play. For economists, management consultancy firms and big-firm lawyers from the United States there were significant incentives to favor the increased centrality of economics. It promised both groups opportunities to “sell” their skills and knowledge to a vast market”.

IX

Voltando ao regime vigente ao abrigo do Regulamento nº 17 de 1962, importa recordar que, apesar de tudo (ou seja, apesar do carácter centralizador, existente na aplicação desse regime), na realidade, os Tribunais e as autoridades nacionais poderiam aplicar não só o número 1, do artigo 81º, como também o artigo 82º, ambos do TCE. Com efeito, de uma forma expressa, desde 1973 e a partir do Acórdão *Brasserie de Haecht II*²⁷, a jurisprudência do Tribunal de Justiça considerava *directa e imediatamente aplicáveis* as regras do nº 1, do artigo 81º (ex-artigo 85º) e do artigo 82º (ex-artigo 86º, consagrando o princípio da proibição dos *abusos de posição dominante*), ambos do Tratado CE – podendo, portanto, tais regras, ser aplicadas quer pela Comissão, quer pelas autoridades e Tribunais nacionais, ao contrário do que então sucedia com o nº 3, daquele artigo 81º (no fundo, como já referimos, a *norma chave* de todo o sistema) - cuja aplicação dependia, exclusivamente, daquela Instituição comunitária.

Esta possibilidade de aplicação ao nível nacional daqueles dispositivos era, porém, pouco exequível, tendo acabado por não se desenvolver e institucionalizar.

Independentemente do carácter, de certo modo, “conspiratório”, sugerido por GERBER, o facto é que todo um conjunto de agentes e de *policymakers* acabou por apontar – mesmo, por vezes, de forma aparentemente pouco consistente – um caminho para a reforma do sistema comunitário que, muitas vezes (em especial, no que diz respeito à aplicação do artigo 82º do Tratado CE) passava pela “transplantação” (mesmo sem adaptação ao respectivo contexto – como assinalaremos, *infra*, nomeadamente, na Iª Parte) de soluções do sistema *antitrust* norte-americano. Retomaremos esta nota, também, na Conclusão do presente trabalho.

²⁶ No entanto, ver, ainda, antecedente nota 15: apesar de tudo, a divergência entre os programas teleológicos do sistema *antitrust* norte-americano e do Direito da concorrência comunitário, não impede a existência têm alguns pontos comuns, de “pontes” ou da prossecução parcial de escopos idênticos ou equivalentes.

²⁷ Acórdão do Tribunal de Justiça *Brasserie de Haecht II*, de 6.02.1973, Processo 48/72, Rec. p. 77. Ver, também, no mesmo sentido, os Acórdãos *históricos* do Tribunal de Justiça *BRT/SABAM*, de 30.01.1974, Processo 127/73, *Recueil* p. 51 e *Ahmed Saed*, de 11.05.1989, Proc. 66/86, Rec. p. 803.

Desde logo, no que respeita ao artigo 81º do Tratado CE (ex-artigo 85º), importa salientar o facto de as autoridades e os tribunais nacionais estarem limitados, na aplicação desse normativo, apenas a parte dele, a saber, apenas ao nº 1 (e, por decorrência, à respectiva cominação da nulidade, prevista do seu nº 2), não podendo - em virtude do sistema de aplicação centralizado na Comissão, então vigente - avaliar os factos, os comportamentos em apreciação, à luz do "juízo de balanço económico" estabelecido no nº 3, do artigo 81º do Tratado CE. Em termos efectivos, isso significava esvaziar grande parte do interesse (eventual) da aplicação do artigo 81º noutra instância que não fosse a própria Comissão.

Por outro lado, no que respeitava ao artigo 82º do Tratado CE (ex-artigo 86º), nunca se instituiu, de um modo generalizado e habitual, no âmbito das ordens jurídicas nacionais (pelo menos, da União com 15 Estados membros, ou seja, da União *pré-1 de Maio de 2004*) uma tradição e uma prática correntes, relativamente à sua aplicação.

Importa salientar, a este respeito (a aplicação do artigo 82º do Tratado CE) que, desde sempre, o nível de aplicação impositiva desta norma, revelou-se menos intenso do que o do artigo 81º do mesmo Tratado.

O entendimento (relativamente) instrumental da Política da concorrência comunitária no contexto da integração europeia - recorde-se, a visão de que a aplicação de tal Política integrava-se, em termos finais, no esforço de construção do Mercado Interno (o grande e prioritário objectivo das Instituições, pelo menos, até ao Tratado de Maastricht) - acabou por secundarizar, no contexto da *defesa da concorrência* comunitária, a tutela dos abusos de posição dominante.

Por um lado, a Política industrial preconizada pelas Instituições entendia que o desenvolvimento e a competitividade económica europeia dependeriam, no "pós - IIª Guerra mundial" e ainda na fase final da reconstrução (década de 1960), de um generalizado ganho de dimensão das unidades produtivas. Tinha-se por necessário favorecer as condições para o desenvolvimento de "economias de escala" nos processos produtivos, considerando-se que, dessa forma, a competitividade da indústria europeia poderia (nomeadamente) vir a

equiparar-se e a ombrear com a norte-americana. Por outro lado, desde sempre, a tradição concorrencial europeia – se é que, porventura, alguma vez, precedendo o processo de integração, tal tradição chegou efectivamente a existir na História económica dos Estados-membros – nunca encarou o “poder de mercado” e os monopólios com a mesma preocupação (nomeadamente, política) que estes mereceram nos Estados- Unidos. De resto, é interessante notar que na Europa o desenvolvimento de empresas monopolistas esteve sempre associado, em grande medida, a intervenções do Estado nos mercados, à própria lógica e desenvolvimento da oferta dos denominados bens públicos e semi-públicos – ao invés do que foi sucedendo nos Estados- Unidos.

Além disso, existia (e existe), também, uma menor “escala” de dimensão dos mercados europeus – o que desfavorece, em termos comparativos, o aparecimento de monopólios. Os mercados europeus (*pré-Mercado Comum*), de resto, sempre se fragmentaram, tradicionalmente, de acordo com as fronteiras territoriais dos Estados-membros, diminuindo-lhes, tal fragmentação, comparativamente com o exemplo americano, a respectiva dimensão. Por conseguinte, no contexto europeu e até há alguns anos atrás, os monopólios e os eventuais processos monopolistas enquanto eventuais fenómenos de perigosidade económica, concorrencial e política, não eram tão intensamente valorados como nos Estados- Unidos (até mesmo em consequência da menor frequência de tais fenómenos, no espaço europeu), justificando-se, assim e também desta forma, a menor incidência da actuação da Comissão sobre os comportamentos eventualmente subsumíveis à proibição estabelecida no artigo 82º do Tratado CE.

X

Assim, no que diz respeito à reforma da aplicação do artigo 82º do Tratado CE, a Comissão publicou, em Dezembro de 2008, uma Comunicação, contendo as suas orientações relativamente à aplicação do artigo 82º do TCE a comportamentos (unilaterais) de exclusão²⁸.

²⁸ Comunicação da Comissão de 3 de Dezembro de 2008 – COM(2008), publicada, originalmente, em língua inglesa com o respectivo título de *Guidance on the Commission's*

Como veremos, quer no ENQUADRAMENTO GERAL relativo à Iª Parte, quer, ainda e sobretudo, na IVª Parte do presente trabalho, aquele documento da Comissão – até agora, o único acto oficial (pese embora o seu carácter formalmente não vinculativo, a sua consideração como *soft - law*) que expressa a tentativa de reformar a aplicação do artigo 82º do Tratado CE – acabou por não seguir integralmente as conclusões e as sugestões saídas do Relatório de Julho de 2005, intitulado, precisamente, “An Economic Approach to Article 82” e elaborado pelo EAGCP (“Economic Advisory Group for Competition Policy”)²⁹.

Essa posição de não afirmação categórica de denominada “abordagem económica”, mantendo algumas soluções e instituições normativas basilares do anterior regime e da tradicional cosmovisão que, nesta matéria, foi sendo expressa pela jurisprudência comunitária e pela prática decisória da Comissão, como referiremos na IVª Parte, suscitou a crítica de alguns sectores da doutrina que, de um modo aberto, propugnavam por uma plena adopção de uma (correntemente denominada) “effects-based approach”.

No entanto, a posição da Comissão, publicitada naquelas orientações de Dezembro de 2008, não mereceu, igualmente, muito entusiasmo, por parte dos comentadores que observavam com mais reticências o rumo que se anunciava para tal reforma.

De facto, reclamar-se uma “abordagem mais económica” pode significar *muito* ou *muito pouco*, em termos operativos. O seu significado – o significado de tal expressão *não-técnica*, ampla, indicando, em rigor, não propriamente um método concreto, mas sim uma *sensibilidade* no modo de aplicação das normas da concorrência - dependendará dos próprios pressupostos político-ideológicos adoptados e que informam a aplicação (e, mesmo, a visão ou *cosmovisão concorrencial*) do Direito de *defesa da concorrência*.

Sem dúvida que a perspectiva do “Economic Advisory Group for Competition Policy” segue uma cosmovisão muito enfeudada na denominada

Enforcement Priorities in Applying Article 82 EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings. Disponível, na *Internet*, no sítio da Comissão: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/index.html>

²⁹ Ver, *supra*, nota nº 24, e em texto, VIII.

“Escola de Chicago” e apresenta-se com uma sensibilidade quase exclusivamente direccionada para a *eficiencia* da actividade económica (eficiencia produtiva)³⁰, medida, sobretudo, pelo prisma da “economia do bem-estar”, pelo critério do “bem-estar do consumidor”. De resto, esse “bem – estar do consumidor” é, normalmente, entendido de acordo com os quadros clássicos, pelos comentadores que reclamam abertamente a adopção de tal “effects-based approach”.

“Bem-estar dos consumidores” que serve, por um lado e naquela perspectiva relacionada ou reflectora da “Escola de Chicago”, de critério de aferição da eficiencia económica produtiva e, por outro lado, pretende impor-se, ainda e de acordo com a mesma perspectiva, como o objectivo último da aplicação do artigo 82º do Tratado CE.

O sentido inicialmente indicado pelo movimento de reforma da aplicação do artigo 82º do Tratado CE (desde logo, no já mencionado Relatório de Julho de 2005 que deu origem, subsequentemente, a um documento submetido a discussão pública, em Dezembro desse mesmo ano) tem polarizado, em si, um intenso debate, na medida em que, de certo modo, tal sentido representava (e propugnava) um corte radical com a tradição jurisprudencial e com a *praxis* da Comissão, em matéria de tutela dos abusos de posição dominante. Note-se que essa *praxis* da Comissão e tradição jurisprudencial têm sido particularmente

³⁰ Sem pretendermos, no âmbito do presente estudo, desenvolver uma reflexão sobre o tipo de interações que, actualmente, se vão estabelecendo entre o domínio do *económico* e do *jurídico*, a propósito da ordenação concreta de muitos sectores da vida social (nomeadamente, do funcionamento dos mercados), notamos, contudo, o facto de que um exacerbamento dos objectivos da eficiência (das políticas) e da eficácia (das medidas que concretizam as várias políticas) poderá, muitas vezes, provocar uma espécie de perda de sentido do que seja a especificidade do jurídico e a consequente desvalorização da sua importância e necessidade. Como refere ERIC WEIL, “(...) todas as comunidades que põem a eficácia acima de tudo e consideram a liberdade como um brinquedo acabam por ficar submetidas a um mestre”...ou seja, muito previsivelmente, sem liberdade e, consequentemente, a prazo, incapazes, também, de alcançar a tão endeusada eficácia. ERIC WEIL, *A Educação enquanto Problema do Nosso Tempo*, in OLGA POMBO, *Quatro Textos Excêntricos*, Relógio D’Água, Lisboa, 2000, p. 55.

conservadoras e acusadas de excessivamente formalistas e desajustadas das necessidades de desenvolvimento da economia e dos mercados da União.

Atendendo à Comunicação da Comissão de Dezembro de 2008, com efeito, tal corte radical não foi, até agora, efectuado; a reforma, no que diz respeito à aplicação do artigo 82º a certos comportamentos de exclusão praticados por empresas em posição dominante e atendendo a tal Comunicação, não seguiu integralmente o sentido proposto pelo Relatório de 2005 do "Economic Advisory Group for Competition Policy", reformando - mais do que "revolucionando" - o quadro de aplicação daquela norma do Tratado.

No entanto, prestamos uma atenção particular quer ao estado da aplicação daquela norma do Tratado, quer às propostas de reforma e respectiva crítica (*infra*, IVª Parte do presente trabalho), na medida em que não só o domínio da tutela dos abusos de posição dominante tem sido um dos sectores do Direito *antitrust* comunitário que mais resistência vem oferecendo à mudança (no caso, à mudança da metodologia de aplicação do artigo 82º do Tratado CE, em consonância com uma eventual e discutida alteração dos objectivos e critérios referenciais dessa mesma aplicação) e, simultaneamente, um dos palcos onde mais intensamente se desenrola o debate sobre a mudança do Direito da concorrência comunitário e respectiva Política (mudança de objectivos, de função e de método de interpelação/aplicação da referida norma do Tratado CE; mudança, mesmo, de perspectiva ideológica sobre o próprio Direito de *defesa da concorrência*).

A IVª Parte deste trabalho incide, portanto, sobre esse sector particularmente discutido da reforma ou *modernização* do Direito da concorrência comunitário: a aplicação do artigo 82º do Tratado CE.

XI

O objecto do trabalho que agora se expõe, incidindo sobre a reforma ou *modernização* do Direito da concorrência comunitário que, desde a década de 1990, se prepara e desenvolve, pretende apreender as principais linhas de manifestação de tal reforma; *os vários rios* (ribeiras e cursos de água, maiores

ou menores) *por onde flui a reforma do Direito de defesa da concorrência da União.*

O caminho que percorremos, mais do que revelar ou problematizar algum aspecto técnico em particular, busca apreender, sobretudo, a *dinâmica* da reforma ou *modernização* em curso, os seus roteiros e motivações.

No entanto, a avaliação de algumas soluções técnico-normativas e de alguns institutos paradigmáticos, agora introduzidos (com a reforma) no ordenamento comunitário, é, também e inevitavelmente, empreendida.

Na realidade, a compreensão das linhas motivacionais e da dinâmica introduzida pela reforma no Direito da concorrência comunitário não prescinde da problematização de alguns institutos e actos que, pelo seu carácter inovador e/ou pelas suas implicações sistémicas na aplicação daqueles normativos comunitários, requerem uma atenção especial – por exemplo, o caso do novo estatuto de “amicus curiae” de que, doravante, poderá dispor a Comissão (Capítulo 4º, da Iª Parte) ou os actos de “privação” e de “reatribuição de competências”, entre as entidades integrantes da “rede europeia da concorrência” (Capítulo 2º, da IIª parte), assim como o regime (novo, em termos de institucionalização normativa) de tratamento das denúncias (Capítulo 4º, ainda da IIª Parte do presente trabalho).

O objectivo da pesquisa realizada e da exposição que se seguirá foi, sobretudo, o de *contextualizar criticamente as linhas da reforma*, em particular, aquelas que se desenvolvem a partir da institucionalização do novo regime de aplicação dos artigos 81º e 82º do Tratado CE, consagrado pelo Regulamento nº 1/2003.

Essa contextualização e, conseqüentemente, esse sobrevoo sobre a *modernização* da aplicação dos artigos 81º e 82º do Tratado CE, ao mesmo tempo que pretende apreender os seus pontos marcantes, tenta fornecer *pistas* para a questão formulada, entre outros, por CARLTON, relativamente ao sistema *antitrust* norte-americano - se bem que transpondo-a para o plano da

reforma em curso no Direito da concorrência comunitário: é necessário reformar este Direito? E porquê?³¹

Uma das manifestações mais imediatas do movimento reformador em curso e, em especial, do regime introduzido pelo Regulamento nº 1/2003, reside, efectivamente, no *rearranjo* da estrutura institucional comunitária de *defesa da concorrência*. Com efeito, aparentemente e numa primeira observação, esta reforma caracteriza-se por um inédito movimento de devolução de atribuições e de competências (de aplicação dos artigos 81º e 82º do Tratado CE) por parte da Instituição (a Comissão Europeia) que, até Maio de 2004 e durante mais de cinquenta anos, solidificou o seu papel de principal responsável pela condução da Política da concorrência comunitária e pela sua aplicação – impondo, quase em exclusivo, no domínio europeu comunitário, o paradigma de aplicação de carácter público e institucional das regras em causa (ou seja, a tradição de “public enforcement” das regras de *defesa da concorrência*). O sistema europeu comunitário, de facto e ao invés do sistema norte-americano, dependia (e ainda depende) no que respeita à sua efectividade, da denominada aplicação impositiva de carácter público das suas regras. Um “public enforcement” que se difunde a partir da Comissão Europeia e, no plano nacional, passa pelas respectivas autoridades da concorrência (entidades públicas administrativas independentes).

Ora, essa aparente devolução voluntária de poder, da Comissão a favor dos Estados-membros, através da (denominada) *descentralização* na aplicação dos artigos 81º e 82º do Tratado CE, promovida pelo Regulamento nº 1/2003, terá tanto de inédito, como de incompreensível, numa primeira observação e no contexto da actual fase de aprofundamento da integração europeia.

É certo que o princípio da subsidiariedade, até certo ponto, poderá constituir-se como uma linha explicativa do movimento aparentemente seguido, no sentido do “topo (supranacional) para a base (nacional)” que é promovido, sob o prisma institucional referido, pelo Regulamento nº 1/2003.

³¹ DENNIS W. CARLTON, *Does Antitrust Need to be Modernized?*, Economic Analysis Group – Discussion Paper, Social Science Research Network, January 2007, disponível, na *Internet*, em www.ssrn.com (Junho de 2009).

As razões *operativas*, de racionalidade no funcionamento da Comissão, bem assim como as decorrentes da (natural) impossibilidade de ser gerido, eficaz e eficientemente, a partir da Comissão, um sistema que se estende, agora, a vinte e sete Estados-membros, sendo explicações válidas (e invocadas pela própria Comissão) para tal movimento descentralizador, parecem, contudo, insuficientes para uma mudança de sentido (e, sobretudo, para uma inversão da lógica supranacional de actuação da Comissão) tão acentuada. E isto, sobretudo, porque a resposta a tais dificuldades poderia passar pela equação de modelos alternativos que poderíamos apelidar – utilizando os quadros do Direito público interno – de *desconcentração* dos serviços da Comissão, mais do que de descentralização, para a esfera de actuação de entidades nacionais (ou seja, para os Estados-membros), de competências e atribuições daquela Instituição.

Assim, na IIIª Parte do trabalho, focamos, em especial, o impacto que a reforma em curso teve sobre a estrutura institucional da concorrência comunitária, tentando perspectivar, com a ajuda metodológica da “teoria da agência” (“principals-agent theory”), o que poderá justificar tal descentralização. Em grande medida, a “chave” para a compreensão da dinâmica da reforma ou *modernização* do sistema de *defesa da concorrência* comunitário, empreendida pelo Regulamento nº 1/2003, reside nesta reforma institucional.

Concluiremos que, mais do que um sentido descentralizador imprimido à reforma, o Regulamento criou as condições para uma *re-centralização* do sistema europeu de *defesa da concorrência* na Comissão. A reforma e o Regulamento nº 1/2003, em particular, apontam, no fundo e afinal, para um reforço, de facto, dos poderes da Comissão em matéria de concorrência (nomeadamente, no que diz respeito à respectiva Política) - se bem que num plano diferente daquele que anteriormente era, por excelência, aquele que a Comissão dominava praticamente de forma exclusiva (como referimos): o plano da aplicação das regras de *defesa da concorrência* comunitárias.

Com efeito, o novo regime introduzido pelo Regulamento nº 1/2003, bem assim como o papel de referência que os denominados actos de *soft-law*

vão assumindo (com o contributo da própria jurisprudência do Tribunal comunitário), abrem o caminho à possibilidade de a Comissão vir a assumir-se e a ser identificada, em definitivo, como uma espécie de efectiva *autoridade reguladora técnica supranacional*, politicamente independente dos Estados-membros e concentrando a sua legitimidade de intervenção (directora) no sistema, sobretudo, na sua competência e vocação técnicas especializadas.

Na perspectiva que seguimos no que tange à análise do “novo” enquadramento institucional da Política da concorrência comunitária, assente na actuação dinâmica do triângulo “Comissão – «rede europeia da concorrência» - Tribunal de Justiça (e Tribunal de Primeira Instância)”, será justificável a introdução de mecanismos de “privação e de reatribuição das competências” das autoridades nacionais, a favor da Comissão. Tais mecanismos, tendo também sido consagrados no Regulamento nº 1/2003, *travam* aparentemente o sentido descentralizador invocado pela reforma ou modernização da aplicação das regras dos artigos 81º e 82º do Tratado CE. Abordamos esses mecanismos agora referidos na IIª Parte, *infra* (em particular, no respectivo Capítulo 2º - “Os novos actos de privação e de *reatribuição* das competências descentralizadas”).

Igualmente, na perspectiva da *re-centralização* da Política da concorrência comunitária em torno da Comissão (como sua principal “policymaking”), tornam-se mais claras a utilidade e a pertinência da introdução, efectuada pelo Regulamento nº 1/2003, de um novo estatuto processual, facultado à Comissão: o estatuto de “amicus curiae”, no contexto da cooperação entre a Comissão e os Tribunais dos Estados-membros (Iª Parte, respectivo Capítulo 4º, como já registamos, *supra*).

Iª PARTE.

O Regulamento (CE) nº 1/2003 do Conselho e a reforma do Direito da concorrência comunitário: uma primeira abordagem.

Enquadramento geral.

Reforma processual ou substantiva? O problema da separação de águas do mesmo rio.

Os Regulamentos nº 17/1962 e 1/2003.

1. Em 2004, com a entrada em vigência do Regulamento do Conselho nº 1/2003³², iniciou-se de um modo visível e, sobretudo, sob o ponto de vista normativo, o denominado processo de *modernização* do Direito comunitário *antitrust*.

Ora, importa, desde já, precisar que utilizamos a expressão *antitrust* com o sentido que tradicionalmente lhe é atribuído pela própria Comissão Europeia. A *DG Comp* (ex-Direcção Geral da Concorrência) reparte a sua intervenção em *quatro domínios*, sendo um deles, precisamente, o *antitrust* (para além do controle das operações de concentração, da fiscalização dos auxílios públicos e da denominada "liberalização"). Com efeito, na actuação da Comissão, a expressão *antitrust* é usualmente adoptada com o intuito de se nominar, especificamente, o domínio das ententes lesivas da concorrência (artigo 81º do TCE) e o dos abusos de posições dominantes (artigo 82º TCE). Por outro lado, no âmbito do Direito norte-americano, a expressão *antitrust* engloba não só as colusões ou ententes anti-concorrenciais e os abusos de posições de domínio

³² Regulamento (CE) do Conselho de 16 de Dezembro de 2002, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81º e 82º do Tratado CE. Jornal Oficial nº L 1 de 4/01/2003, p. 1. (doravante, Regulamento nº1/2003).

(Secções 1 e 2 do *Sherman Act norte-americano*), mas também o controlo das operações de concentração entre empresas.

Regressando ao mencionado processo de *modernização*, a adopção e entrada em vigência do Regulamento nº 1/2003 - que surgiu na sequência das ideias anteriormente manifestadas pela Comissão, desde logo, no *Livro Branco* publicado em 1999³³ - corresponde, portanto, a uma primeira e estruturante etapa, sob o ponto de vista normativo, de tal processo.

O referido Regulamento veio substituir o primeiro acto comunitário relativo à execução dos artigos 81º e 82º do TCE (ex-artigos 85º e 86º, respectivamente), a saber, o Regulamento nº 17 de 1962³⁴ que se manteve em aplicação durante mais de quarenta anos.

Na realidade, a arquitectura geral da aplicação daqueles normativos *antitrust* do TCE, assim como a institucionalização de uma certa prática tradicional quer da Comissão, quer das Autoridades dos Estados-membros, em matéria de *defesa da concorrência*, resultaram das soluções e dos pressupostos políticos subjacentes a este primeiro Regulamento de 1962.

Os quadros de referência tradicionais do direito *antitrust* comunitário são-nos, em grande medida, fornecidos por aquele Regulamento nº 17 de 1962 e o ponto de comparação para avaliarmos a necessidade (ou desnecessidade) de reformar este importante sector do Direito Comunitário é aquele que resulta de uma certa *cultura jurídica europeia/comunitária* da concorrência - cultura essa que foi sendo forjada e solidificada a partir das soluções (processuais, de aplicação das regras dos artigos 81º e 82º do TCE) consagradas no Regulamento de 1962.

Tal cultura concorrencial (europeia/comunitária), construída e solidificada pela acção do Direito (e, em especial, da jurisprudência do Tribunal de Justiça e do Tribunal de Primeira Instância), não poderá, contudo, compreender-se sem perspectivarmos a evolução e as vicissitudes da própria integração. Se atentarmos no impulso originário do processo de integração – considerando, tal

33 *Livro Branco* sobre a modernização das regras de aplicação dos artigos 81º e 82º do Tratado CE. Jornal Oficial nº C 132, de 12.5.1999, p. 1

34 Jornal Oficial nº 13, de 21.2.1962, p. 204.

impulso, o Tratado de Paris de 1952 e a institucionalização da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (a CECA) – facilmente poderemos concluir pela inexistência de tal cultura e tradição concorrencial nos seis Estados-membros iniciais e, em especial, na França e na Alemanha. Poderemos, também e concomitantemente, concluir que a introdução e o desenvolvimento de uma Política e de um Direito da concorrência (de *defesa da concorrência*) na Europa comunitária, deveu-se ao processo de integração, tendo, de resto, sido a “chave” inicial para o desbloquear das desconfianças (políticas) recíprocas existentes no eixo franco-germânico – desconfianças essas que chegaram a obstaculizar quase irremediavelmente e a fazer cair num impasse, o próprio processo negocial conducente à institucionalização da referida CECA (abordaremos este tópico, *infra*, na IIIª Parte - especialmente no respectivo Capítulo 3º, relativo à Comissão Europeia). De resto, além do tópico histórico agora mencionado, é comumente sublinhado o papel instrumental – em função dos objectivos da construção de um Mercado Comum - de muitas das soluções que marcaram (e marcam ainda) quer a configuração, quer a aplicação do Direito *antitrust* ou de *defesa da concorrência* comunitário. Tradicionalmente (pelo menos, até há pouco mais de uma década) o Direito da concorrência comunitário era entendido, no plano doutrinal e da respectiva aplicação, como tendo, apesar de tudo, um carácter (em grande medida) instrumental e subordinado, relativamente ao grande objectivo da construção/conclusão do Mercado Interno.

O “Pacote Modernização”.

2. Além do Regulamento nº 1/2003, a Comissão publicou ainda no decurso de 2004, o denominado “Pacote Modernização”, ou seja, um conjunto de actos integrando dois outros Regulamentos e ainda seis Comunicações que, complementarmente ao Regulamento nº 1/2003, explicitam as linhas concretas de orientação daquele processo dito de modernização do direito *antitrust* comunitário.

O referido "pacote" integra, assim, o Regulamento (CE) nº 772/2004 de 27.04.2004³⁵, relativo à aplicação do n.º 3, do artigo 81.º do Tratado a certas categorias de "acordos de transferência de tecnologia" e o Regulamento (CE) nº 773/2004, igualmente de 27.04.2004³⁶, relativo à instrução de processos pela Comissão para efeitos dos artigos 81º e 82º do TCE.

O mencionado "pacote" compunha-se, ainda, primeiramente, das seguintes Comunicações:

- Comunicação da Comissão sobre a cooperação no âmbito da rede de autoridades de concorrência³⁷;

- Comunicação da Comissão sobre a cooperação entre a Comissão e os Tribunais dos Estados-membros da EU na aplicação dos artigos 81º e 82º do Tratado CE³⁸;

- Comunicação da Comissão relativa ao tratamento das denúncias efectuadas a esta Instituição, nos termos dos artigos 81º e 82º do Tratado CE³⁹;

- Comunicação da Comissão sobre a orientação informal relacionada com questões novas relativas aos artigos 81º e 82º do Tratado CE que surjam em casos individuais ("Cartas de Orientação")⁴⁰;

- Comunicação da Comissão "Orientações sobre o conceito de afectação do comércio entre Estados-membros previsto nos artigos 81º e 82º do Tratado CE"⁴¹;

- Comunicação da Comissão "Orientações relativas à aplicação do nº 3, do artigo 81º do Tratado CE"⁴².

35 Jornal Oficial nº L 123, de 27.04.2004, p. 11.

36 Jornal Oficial nº L 123, de 27.04.2004, p. 18.

37 Jornal Oficial nº C 101, de 27.04.2004, p.43

38 Jornal Oficial nº C 101, de 27.04.2004, p. 54

39 Jornal Oficial nº C 101, de 27.04.2004, p. 65.

40 Jornal Oficial nº C 101, de 27.04.2004, p. 78.

41 Jornal Oficial nº C 101, de 27.04.2004, p. 81.

42 Jornal Oficial nº C 101, de 27.04.2004, p. 97.

Ulteriormente, em Dezembro de 2008, a Comissão publicou uma outra Comunicação relativa às linhas de orientação que entendeu adoptar no que respeita à aplicação do artigo 82º do TCE a comportamentos (unilaterais) de exclusão⁴³. Abordaremos, *infra*, na IVª Parte, com mais pormenor esta orientação (contida na mencionada Comunicação) que surge na sequência de um documento sujeito à discussão pública, em Dezembro de 2005, intitulado "Discussion Paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses" (e que, por seu turno, segue e sintetiza algumas das conclusões do estudo publicado, também pela Comissão, em Julho desse mesmo ano, denominado "An Economic Approach to Article 82")⁴⁴.

Este "Pacote Modernização" que acompanhou o Regulamento nº 1/2003 integra, como notamos, essencialmente Comunicações da Comissão, ou seja, é composto, sobretudo, por actos formalmente não vinculativos (seguindo a tipologia de actos de Direito comunitário, consagrada no artigo 249º do Tratado CE). É uma manifestação da importância que o denominado "soft-law" (ou "quase – legislação") tem vindo progressivamente a ter na conformação e na própria aplicação da Política da concorrência comunitária. Este aspecto (o recurso ao "soft-law") revelar-se-á decisivo para a compreensão e antevisão dos efeitos da reforma ou modernização em curso do Direito e da Política da concorrência comunitários e abordá-lo-emos ao longo deste trabalho, sobretudo, na IIIª Parte.

⁴³ Comunicação da Comissão de 3 de Dezembro de 2008 – COM(2008), publicada, originalmente, em língua inglesa com o respectivo título de *Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82 EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings*. A versão em língua portuguesa foi ulteriormente publicada em 09.02.2009 - C(2009) 864 final. Disponível na *Internet*, no sítio oficial da Comissão, em: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/index.html>

⁴⁴ Ambos os documentos referidos – o estudo e o "Discussion Paper", respectivamente de Julho e de Dezembro de 2005 – estão disponíveis na *Internet*, no sítio oficial da Comissão, em particular: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/index.html>

O Regulamento (CE) nº 139/2004.

3. Para além dos actos referidos, foi ainda durante o ano de 2004 (também a 1 de Maio) que entrou em vigência o Regulamento (CE) nº 139/2004 do Conselho, de 20.01.2004, respeitante ao controle das concentrações entre empresas (novo “Regulamento CE sobre as concentrações”)⁴⁵.

Sem nos determos, agora, neste novo regime comunitário das concentrações entre empresas⁴⁶, complementado, também, por um outro Regulamento de execução⁴⁷, importa, contudo, notar que este ano de 2004 ficou marcado não apenas pelo início de vigência de actos que, normativamente, pretendem modernizar o Direito comunitário *antitrust*, mas também por outros actos que alargam o âmbito dessa modernização a outros domínios do Direito comunitário da concorrência, como é o caso dos dois Regulamentos mencionados, em matéria de operações de concentração entre empresas.

Podemos, assim, dizer que o ano de 2004 é aquele que assinala o início de aplicação do novo *edifício* normativo do Direito comunitário da concorrência, no sentido da sua anunciada modernização, sendo que esta modernização resulta da própria evolução (ou redefinição) da política tradicionalmente seguida pelas Instituições comunitárias, em matéria de concorrência.

45 Jornal Oficial nº L 24, de 29.1.2004, p.1.

46 JOHANNE PEYRE e IGOR SIMIC, *Contrôle des Concentrations. Les Modifications et Innovations du Paquet Réforme de la Commission (Merger Control. Overview of the Commission « Reform Package »)*, in *RDAI - Revue des Affaires Internationales*, nº 4, 2004, p. 519; CAROLINA CUNHA, *Controlo das Concentrações de Empresas. Direito Comunitário e Direito Português*, 2005. Ver, ainda, PEDRO MADEIRA FROUFE, *O novo Regulamento das concentrações comunitárias: notas sobre o reforço do princípio do balcão único e os comportamentos de «gun – jumping»*, in *SCIENTIA IVRIDICA*, TOMO LIII, 2004, Nº 298, p. 244.

47 Regulamento (CE) nº 802/2004 da Comissão, de 7.04.2004, relativo à de execução do Regulamento (CE) nº 139/2004 do Conselho relativo ao controlo das concentrações de empresas. Jornal Oficial nº L 133, de 30.04.2004, p.1.

A aplicação impositiva de carácter privado das regras de concorrência (“private enforcement”)

4. Perspectivando, assim, tal movimento de modernização, para além dos actos comunitários mencionados relativos quer à *aplicação* das regras *antitrust* (o referido Regulamento nº 1/2003 e o denominado “Pacote modernização”, assim como – se bem que sem carácter normativo – a Comunicação de Dezembro de 2008, relativa à aplicação do artigo 82º do TCE a comportamentos de exclusão) quer à renovação do regime das concentrações e respectiva aplicação (Regulamento nº 139/2004 do Conselho e Regulamento nº 802/2004 da Comissão), importa referir que, presentemente, assiste-se (pelo menos, visualiza-se em curso de concepção) a reforma (global) de todos os domínios do Direito e da Política da concorrência, na União Europeia. Assim sendo, neste contexto, refira-se, também, a reforma da política e das regras relativas ao controle dos “auxílios concedidos pelos Estados” (artigos 87º e 88º do TCE).

Por outro lado, há ainda certos domínios (questões de actualidade) que se problematizam com uma cada vez maior acuidade e que acabam por estar envolvidos, de um modo geral e transversal, neste movimento que se pretende de modernização do direito comunitário de *defesa da concorrência*.

Referimo-nos, sobretudo, à questão que poderemos apelidar de *aplicação impositiva de carácter privado*, das regras de defesa da concorrência (em especial, das regras *antitrust*) e que se vulgarizou, de acordo com a terminologia anglo-saxónica, como *private enforcement*.

Como veremos, a descentralização pretendida com o regime introduzido pelo Regulamento nº 1/2003, implica também, em larga medida, uma *judicialização* ao nível estadual, interno, da aplicação das regras dos artigos 81º e 82º do TCE – sendo que, naturalmente, tal judicialização pressupõe um incremento da litigância privada.

Esta litigância privada, promovida pelos (e entre os) agentes económicos, é previsivelmente desenvolvida não só como “medida defensiva”, como um “escudo” contra possíveis acções de responsabilidade contratual, por

violação de certos contratos, mas também como meio de obtenção de indemnizações por danos resultantes de condutas anti-concorrenciais.

Além disso, não nos poderemos esquecer que a lealdade comunitária (princípio estruturante do ordenamento da União) impõe aos Estados-membros a obrigação de garantirem aos cidadãos as condições técnicas e processuais necessárias, nas respectivas ordens internas, para poderem ser, efectiva e materialmente, ressarcidos dos danos sofridos pelas violações de regras comunitárias⁴⁸.

Trata-se, com efeito e de acordo com as expressões de WILS, aplicadas, por este autor, a propósito da litigância privada neste domínio da utilização das regras *antitrust*, por um lado “as a shield” e, por outro, “as a *sword* when they are used proactively by private parties as a basis for claiming damages or injunctive relief”⁴⁹.

Ora, na IIIª Parte do presente trabalho e a propósito da estrutura institucional de *defesa da concorrência* saída da reforma em curso (em especial, reportando-nos aos Tribunais de Justiça e de Primeira Instância e ainda, reflexamente, aos Tribunais nacionais, enquanto primeiros aplicadores jurisdicionais do Direito comunitário), reflectiremos sobre algumas questões que, relativamente à “aplicação impositiva de carácter privado” das regras dos artigos 81º e 82º do Tratado CE, poderão suscitar-se⁵⁰.

⁴⁸ Neste ponto, a lealdade comunitária manifesta-se especialmente no seu corolário da efectividade ou princípio da equivalência do Direito da União que postulam, respectivamente, “que as autoridades nacionais devem garantir o efeito útil das disposições europeias e assegurar que as pretensões decorrentes do Direito da União restam tão protegidas quanto as pretensões decorrentes do direito nacional – o que amplia consideravelmente os poderes do juiz, posto que se o direito nacional não oferece um recurso efectivo ao particular, o juiz o deve criar”- ALESSANDRA SILVEIRA, *Princípios de Direito da União Europeia. Doutrina e Jurisprudência, Quid Iuris*, Lisboa, 2009, p. 96. Sob o ponto de vista jurisprudencial, ver, nomeadamente, alguns Acórdãos (já) *históricos* do Tribunal de Justiça: Acórdão de 19.06.1990, *Factortame*, Processo nº C-213/89, Colectânea p. I – 2433 e o Acórdão de 9.11. 1995, *Atlanta*, Processo nº C - 465/93, Colectânea p. I – 3761.

⁴⁹ WOUTER P J WILS, *Principles of European Antitrust Enforcement*, Oxford/Portland, 2005, p. 19.

⁵⁰ Ver, sobretudo, *infra*, Parte IIIª, respectivo Capítulo 8º.

O carácter processual ou substantiva da reforma: a separação de *águas do mesmo rio*.

5. A propósito, ainda, do Direito *antitrust* comunitário, note-se que o Regulamento nº 1/2003 acaba por se centrar na reforma/modernização das *regras de aplicação* dos artigos 81º e 82º do TCE. Trata-se de um Regulamento de execução, sendo, portanto, a reforma por ele empreendida, em princípio e numa primeira observação, de carácter processual.

Veremos, contudo e ulteriormente, que a separação e autonomização dos domínios processual e material, no que diz respeito à análise do processo de modernização em curso, acabam por não ser nem fáceis, nem muito rigorosas, dada a imbricação, influências e condicionantes recíprocas, existentes entre os referidos domínios.

Tentaremos, neste trabalho, tanto quanto possível, proceder a uma análise integrada de ambas as perspectivas, embora pressupondo tal (clássica) separação de águas (do mesmo rio), ou seja, a separação tendencial entre o domínio normativo com implicações processuais e o domínio substantivo. Uma manifestação de tal relativa inviabilidade de acantonamento de matérias entre o lado substantivo e o lado adjectivo poderá ser muito visivelmente notada no que diz respeito à reforma da aplicação do artigo 82º do Tratado CE. Com efeito, a Comissão empenha-se, desde 2005, nessa reforma - porém, a discussão em torno do novo método de aplicação daquele normativo comunitário conduz-nos, inevitavelmente, à própria discussão política sobre o que deve ser a tutela dos abusos de posição dominante, no espaço da União. O debate determinante relativamente à reforma deste normativo é um debate eminentemente ideológico que implica uma reconstrução do próprio conceito (normativo) de abuso de posição dominante.

Nessa medida, a indicação de uma reforma (ou modernização) da aplicação do artigo 82º do Tratado CE (portanto, incidindo sobre o lado *processual* de tal normativo e do princípio nele consagrado), será uma indicação (literalmente) redutora, senão mesmo errónea; o que estará em causa será o próprio entendimento do que deve ser um comportamento

abusivo, à luz daquele normativo do Tratado e no contexto de uma determinada opção de Política da concorrência comunitária.

Abordaremos tal reforma e questionaremos tal entendimento de “abuso de posição dominante”, na IIIª Parte deste trabalho.

Os artigos 81º e 82º do TCE (ex-artigos 85º e 86º), aparentemente, não sofreram, desde o texto original do Tratado de Roma CEE, nenhuma alteração material significativa⁵¹.

A redacção daqueles normativos tem-se mantido, no essencial, constante, denotando um grau suficiente de plasticidade para se adaptar, no que respeita à sua interpretação e aplicação por parte das Instituições comunitárias, às várias necessidades e objectivos circunstanciais decorrentes das vicissitudes do processo de integração e da própria forma como a economia dos Estados-membros e da União tem vindo a evoluir.

Não foi ainda necessário, como referimos, alterarem-se, estrutural e qualitativamente, as próprias regras-base do TCE em matéria de direito (originário) *antitrust*, a saber, os artigos 81º e 82º do TCE.

No entanto, se bem que a reforma introduzida pelo Regulamento nº 1/2003 tenha, essencialmente, esse sentido processual, o facto é que o novo regime de aplicação dos artigos 81º e 82º do TCE – de resto, significativamente diferente do regime antecedente – reflecte uma tentativa (assumida pela Comissão, desde logo, a partir do *Livro Branco* de 1999) de mudança da própria política comunitária da concorrência⁵² - o que vem, de resto, reforçar o ponto

⁵¹ Inclusivamente, o Tratado de Lisboa não prevê, igualmente, nenhuma alteração das redacções quer do actual artigo 81º, quer do artigo 82º do Tratado CE. Com efeito, se, porventura, forem efectivamente criadas as condições para a entrada em vigência do mencionado Tratado reformador, o que sucederá é que com o Tratado sobre o Funcionamento da União, assistir-se-á a uma renumeração daqueles normativos de *defesa da concorrência* comunitários. Assim, nos termos do referido Tratado sobre o Funcionamento da União, os actuais artigos 81º e 82º passarão a ser os artigos 101º e 102º desse Tratado.

⁵² Ver, p. ex., C.-D. EHLERMANN - *La modernisation de la politique anti-trust de la CE : une révolution juridique et culturelle*, in *Révue du Droit de l'Union Européenne*, 2000, nº1, p. 13 e ss.

de vista anteriormente expresso sobre o carácter pouco rigoroso (especialmente neste domínio da reforma do Direito da concorrência comunitário) da separação rígida entre o domínio processual e o substantivo (a separação das águas do mesmo rio).

Ora, se no que toca ao princípio da proibição das ententes lesivas da concorrência, as novas orientações da política comunitária que subjazem ao regime introduzido pelo Regulamento nº 1/2003 poderão, ainda, ser compagináveis com a actual redacção do artigo 81º do TCE (repita-se, suficientemente plástica para dar acolhimento a tais alterações), o facto é que algumas das novas propostas de aplicação do artigo 82º que foram divulgadas, talvez possam vir a justificar (futuramente) uma nova redacção do artigo 82º do TCE – isto é, se tais propostas, porventura, se impuserem no *acquis communautaire*.

Esta hipótese acabará por ser confirmada ou infirmada proximamente, em função da aplicação que os Tribunais (desde logo, os comunitários) e as competentes autoridades da concorrência (começando pela Comissão) conseguirem fazer das orientações propostas pela Comissão, em Dezembro de 2008 (na já mencionada Comunicação de 3 de Dezembro, relativa à aplicação do artigo 82 do TCE a certas práticas de exclusão, levadas a cabo por empresas em posição dominante).

Assim, não será improvável que esta modernização do Direito comunitário *antitrust* passe também, a prazo e logo que tal se afigure premente e oportuno, por uma reforma substantiva (alteração da redacção) do próprio artigo 82º do TCE. Ou seja, a modernização/reforma da política *antitrust* comunitária ainda se traduzirá, provavelmente, para além daqueles actos cujo início de vigência ocorreu em 2004, numa alteração da redacção do artigo 82º do TCE, reflectindo as propostas já avançadas quer pela doutrina quer pela Comunicação da Comissão de Dezembro de 2008.

Aparentemente, este seria, de facto, o caminho que se poderia antever como conseqüente e lógico, partindo-se do ponto actual da discussão sobre o artigo 82º do TCE e da tentativa de introdução da denominada *effects-based*

*approach*⁵³ como método de análise e de aplicação daquela disposição do Tratado.

No entanto, no "Projecto de Tratado que altera o Tratado da União Europeia e o Tratado que institui a Comunidade Europeia"⁵⁴ (Tratado de Lisboa)", verifica-se, como já mencionamos anteriormente, que não foi sentida a necessidade de reformular a própria redacção do artigo 82º (com a eventual entrada em vigência do Tratado sobre o Funcionamento da União, artigo 102º, desse Tratado).

A influência do Direito e da Política *antitrust* norte-americanas.

6. O Regulamento nº 1/2003 – bem assim como, no seu conjunto, os Regulamentos e as Comunicações que integram o mencionado "Pacote Modernização" – poderá ser entendido, até certo ponto, como uma "revolução copernicana"⁵⁵ no Direito da concorrência comunitário, dado o expectável e pretendido impacto daquele acto normativo sobre este Direito.

⁵³ *Effects-based approach* que se contrapõem à visão e ao método tradicional (solidificado, designadamente, pela jurisprudência do Tribunal de Justiça) denominado correntemente por *form-based approach*. Ver o já *supra* mencionado Relatório intitulado *An Economic Approach to Article 82, de Julho de 2005*, redigido pelo *The Economic Advisory Group for competition policy (EAGCP)* e coordenado por PATRICK REY (antecedente nota 20). Ver, ainda, T. EILMANSBERGER – *Dominance – The Lost Child? How Effects-Based Rules Could and Should Change Dominance Analysis*, in *European Competition Journal 15, Special Issue on Article 82*, 2006 e SANTIAGO MARTÍNEZ LAGE/AMADEO PETITBÒ JUAN (Directores) – *El Abuso de la Posición de Dominio*, Madrid, Barcelona, 2006.

⁵⁴ CONFERÊNCIA DOS REPRESENTANTES DOS GOVERNOS DOS ESTADOS-MEMBROS, CIG 1/1/07 REV 1, Bruxelas, 5 de Outubro de 2007 (ORG.fr). Com efeito, atendendo a este projecto, verificamos que, em matéria de Concorrência, apenas os actuais artigos 85º, 87º e 88º do Tratado, suscitaram propostas de alterações que, de todo o modo, não dizem respeito a aspectos substantivos do regime vigente e estabelecido no Tratado.

⁵⁵ A expressão é de WATHELET, reportando-se directamente ao Regulamento 1/2003 : MELCHIOR WATHELET, *Le nouveau règlement "concurrência": une révolution copernicienne ?*, in *Le nouveau règlement d'application du droit communautaire de la concurrence : un défi pour les juridictions françaises*, Dalloz, Paris, 2004, p. 21. Colocamos, porém, algumas reservas à metáfora, na medida em que os caminhos indiciados pela Comissão, relativamente aos últimos

O Regulamento e a reforma em causa (modernização) acabam por alterar radicalmente as tradicionais relações existentes, sob o ponto de vista da tutela *antitrust* comunitária, entre as autoridades e Tribunais nacionais entre si, e entre estes e a Comissão Europeia.

Aquele acto comunitário pretende, também e de um modo geral, descentralizar para o nível nacional, a aplicação dos artigos 81º e 82º do TCE e ainda, para além desse movimento aparentemente descendente (*top-down*) de outorga de atribuições e respectivas competências às autoridades e aos Tribunais dos Estados-membros, implementar, de forma indirecta, uma crescente aplicação impositiva de iniciativa privada (*private enforcement*) no que diz respeito às regras comunitárias de *defesa da concorrência*.

Deparamos, no entanto, com algumas dificuldades quando ensaiamos uma possível sistematização dos elementos característicos da reforma – sobretudo se tentarmos analisar tal reforma ou modernização considerando, também, os efeitos (efectivos ou potenciais) das mudanças introduzidas no edifício da concorrência da União Europeia (quer sob o ponto de vista normativo, quer no que diz respeito aos anúncios oficiais de novas práticas e metodologias de aplicação das regras comunitárias da concorrência).

Para além dos tópicos atrás enunciados, a reforma ou modernização reflecte também aspectos técnicos que, em grande medida, legitimam a conclusão de que a Comissão seguiu um pouco o trilho percorrido pela política e pelo sistema norte-americano – em especial, no que diz respeito a alguns institutos novos, introduzidos (ou institucionalizados) pelo Regulamento nº 1/2003 e em algumas orientações expressas em “guide-lines”, normalmente, contidas em Comunicações da Comissão. A este respeito, assinale-se, em

desenvolvimentos do movimento de modernização – particularmente, no que diz respeito à reforma da aplicação do artigo 82º do TCE – não serão tão revolucionários como alguns comentadores e correntes de opinião anteviam e propunham. Ver, por exemplo, YANNIS KATSOUACOS, *Some Critical Comments on the Commission's Guidance Paper on Art. 82 EC* e JAMES KILLICK e ASSIMAKIS KOMNINOS, *Schizophrenia in the Commission's Article 82 Guidance Paper: Formalism Alongside Increased Recourse to Economic Analysis*, ambos in *GCP – The Online Magazine For Global Competition Policy*, February 2009, disponíveis em: <http://www.globalcompetitionpolicy.org/index.php?id=11&action=150>

termos gerais, as orientações relativas à aplicação do artigo 82º do Tratado CE, publicadas pela Comissão em Dezembro de 2008 e ainda, de certo modo, o incentivo dirigido – se bem que em termos relativos e complementares relativamente ao “public enforcement” – às acções cíveis de indemnização por violação dos artigos 81º e 82º do Tratado CE, ou seja, ao “private enforcement”.

Assim, por exemplo, uma ilustração dessa parcial convergência relativamente ao sistema *antitrust* norte-americano (em rigor, aproximação europeia-comunitária a este sistema) é visível, por exemplo, no reforço da importância e na institucionalização normativa das técnicas dos “compromissos” e também dos “procedimentos de transacção processual” (“settlements”), tradicionalmente desenvolvidas no âmbito da aplicação do sistema norte-americano.

Com efeito, o artigo 9º do Regulamento nº 1/2003, permite à Comissão emitir uma Decisão, consagrando um compromisso alcançado (negociado) entre aquela Instituição e a empresa cuja prática seja alegadamente violadora (na perspectiva da Comissão) do direito comunitário – compromisso esse que implicará a cessação de tal eventual infracção, dando-se, assim, resposta positiva às objecções levantadas pela Comissão que, em contrapartida, reconhecerá a *inexistência* de fundamentos para actuar.

Além disso, nos termos do artigo 10º- A do Regulamento (CE) nº 773/2004 da Comissão, de 7 de Abril de 2004, foram institucionalizados os “procedimentos de carácter processual” (os “settlements” propriamente ditos) que abrem à Comissão a possibilidade de obter a colaboração processual por parte da própria empresa investigada e visada num processo tendente à aplicação do artigo 81º do Tratado CE, mediante uma contrapartida (atenuação especial) que se repercutirá na sanção que aquela Instituição projecta aplicar.

Um dos aspectos sensíveis da reforma empreendida no âmbito do Direito comunitário da concorrência prende-se, precisamente, com a tal aproximação (unilateral) a alguns aspectos técnico-processuais ou metodológicos da aplicação do sistema norte-americano, na medida em que tal aproximação

(*seguidismo?*) ter-se-á processado sem os cuidados requeridos por uma efectiva “transplantação” (legal) bem sucedida⁵⁶.

Na realidade, cinco anos após o início de vigência do Regulamento nº 1/2003 e uma década depois da publicação do Livro Branco de 1999, o balanço desta primeira fase de implementação da reforma em causa não será ainda – pelo menos, de um modo evidente e consensual – definitivo.

Contribui, também, para essa não definitividade de um possível balanço dos primeiros anos de implementação da reforma propulsionada pela Comissão, o facto de, recentemente e já após o início de vigência dos actos normativos mencionados (integrantes de tal movimento de modernização), termos assistido ao despoletar de uma crise financeira e económica global e sem precedentes. Ademais, esta crise desencadeou-se a partir dos Estados Unidos que, em matéria de política e de sistema *antitrust*, continuam a ser um farol de relevância maior para a generalidade dos ordenamentos, quer estaduais, quer da União Europeia.

Ora, já com a crise como pano de fundo (que, no limite, poderia ter como possível cenário final uma deflação contagiante e generalizada), a eleição da nova administração norte-americana, liderada por Barack Obama, veio também precipitar novos debates e questões sobre a regulação dos mercados e o papel do direito *antitrust*, nos Estados-Unidos.

Reequaciona-se, também, a política *antitrust* tradicionalmente seguida, acentuando-se, nomeadamente, no seio do sistema norte-americano (o referido

⁵⁶ GEORGE STEPHANOV GEORGIEV, *Contagious Efficiency: The Growing Reliance on U.S. – Style Antitrust Settlements in EU Law*, in *Utah Law Review*, nº 4, 2007, p. 971 ss Segundo GEORGIEV, “The European Commission copied many of the specific provisions of the U.S. system as well as the style of settlements administration employed by U.S. agencies, but it failed to consider the attendant idiosyncrasies and performance problems” (*ob. cit.*, p. 975), sendo certo que, ainda segundo este Autor: “Throughout the forty-two intervening years, relatively few EU antitrust investigations ended with the extraction of informal commitments rather than by full-fledged adjudication, and the procedures governing those settlements were entirely ad hoc. This marked a key difference between the EU antitrust enforcement regime and that of the United States, where over ninety-five percent of antitrust cases are settled via consent decrees” (*ob.cit.*, p. 973).

farol de relevância maior para a generalidade dos ordenamentos jurídicos), uma tendência para se repensar a política e o direito *antitrust* à luz de novos paradigmas, determinados pela necessidade de se estancar a crise⁵⁷.

⁵⁷ Ver, por exemplo, MALCOM B. COATE, *Bush, Clinton, Bush: Twenty Years of Merger Enforcement At The Federal Trade Commission*, November 2008, disponível em <http://ssrn.com/abstract=1314924> e ainda, DENNIS W. CARLTON, *Does Antitrust Need to be Modernized?*, *Economic Analysis Group – Discussion Paper, Social Science Research Network*, January 2007, disponível em www.ssrn.com. Seguindo uma perspectiva europeia, ver, também e entre outros, a crónica de FRANÇOIS BRUNET, na Edição de 20.10.2008 do periódico francês *Les Echos*, intitulada *Le droit communautaire et la crise du «sub-prime»*, na qual se propõe excluir o sector bancário do âmbito de aplicação das regras de controlo das operações de concentração (no caso comunitário, o Regulamento nº 139/2004), bem assim como a criação de um regulador bancário europeu (supranacional), capaz de evitar o descontrolo dos mercados (financeiros) que esteve na origem do desencadear (imediate) da crise.

CAPÍTULO 1º - A *ecologia*, o sentido e os objectivos da reforma ou *modernização* do Direito da concorrência comunitário.

1.1 – A *ecologia* da reforma.

7. Mas como poderemos seleccionar e perspectivar – ainda que, por agora, de relance – os pontos mais impressionantes e sensíveis, da reforma (em curso) do Direito comunitário de *defesa da concorrência*?

Dissemos atrás que, pelo menos na sua fase inicial, a Política e o Direito da concorrência (de *defesa da concorrência*) comunitário foram encarados como instrumentais relativamente ao objectivo da construção do Mercado Comum. Daí resulta, como consequência, o facto de muitas das soluções consagradas quer normativamente (sobretudo, no direito derivado e, em particular, no Regulamento nº 17/1962) quer na prática decisória da Comissão e na jurisprudência (pioneira, no contexto europeu) do Tribunal de Justiça, poderem (e deverem) ser compreendidas à luz dos objectivos da construção comunitária.

O Direito comunitário da concorrência, solidificado ao longo dos últimos cinquenta anos, não pode ser autonomizado, no que respeita à respectiva configuração e evolução das vicissitudes do processo de integração (económica e política), nem tão pouco (e por maioria de razão) dos objectivos (quer imediatos quer mediatos ou finais) desse processo ímpar que se foi desenvolvendo na Europa (inicialmente, numa Europa dos Estados e ulterior e progressivamente – sobretudo, após 1992 e o Tratado de Maastricht – numa Europa ainda dos Estados, mas também, progressivamente, dos cidadãos).

Assim, para a compreensão do *particular* - quer dizer, da configuração, soluções e problemas, evolução e efectividade do Direito de *defesa da concorrência* comunitário - não deveremos prescindir da *visão global* do edifício jurídico e político que acolhe esse *particular*, ou seja, do processo (político e jurídico) de integração.

Dito isto, teremos sempre que perspectivar a reforma/modernização do Direito da concorrência, desencadeada visivelmente em 1999, com a publicação do respectivo Livro Branco já mencionado, à luz do estado (geral) da integração europeia. Consequentemente, o contexto envolvente dessa modernização em curso – ou seja, a sua ecologia - tem alguns marcos determinantes e mais ou menos próximos temporalmente: a conclusão do Mercado Interno, o sistema monetário europeu e a adopção da moeda única, a Agenda de Lisboa (e tudo o que, real ou simbolicamente, tal declaração política de intenções representa no “imaginário colectivo” da integração europeia), o “grande alargamento”, formalmente concretizado na mesma data de entrada em vigência do Regulamento 1/2003 (ou seja, em 1 de Maio de 2004)⁵⁸, a reforma institucional (ainda) adiada, o projecto falhado de uma “Constituição” Europeia, bem assim como o processo (ainda não concluído e/ou definitivamente abandonado) do Tratado de Lisboa e, naturalmente, apesar de não nos situarmos já exclusivamente dentro dos limites directos do universo da integração/ União Europeia, a própria globalização e as mudanças por si induzidas (sobretudo, no que diz respeito às relações económicas, cada vez mais indiferentes à lógica das fronteiras físicas e sociopolíticas dos Estados - Nação) e a crise na qual, neste final de década e em tempo de assimilação da nova ordem dinamicamente globalizada, mergulhamos.

Deveremos, portanto, perspectivar e analisar aspectos da reforma do Direito da concorrência comunitário à luz (e no contexto) dos traços característicos que actualmente marcam a própria integração.

⁵⁸ Para GERBER, na realidade, as sementes da modernização começaram a germinar logo em 1990, com a queda da União Soviética e com a consequente percepção que os técnicos e políticos da Comissão Europeia tiveram da inevitabilidade de um alargamento, resultante do, então, previsível advento de novos estados independentes (os ex-estados integrantes daquela União Soviética). DAVID J. GERBER, *Two Forms of Competition in European Competition Law*, *Fordham International Law Journal*, Volume 31, nº 5, May 2008, p. 1237.

1.2 – Os objectivos da reforma e a integração europeia.

8. Por outro lado, focalizando-nos, agora, no próprio sistema comunitário de *defesa da concorrência* e, em especial, procurando reflectir sobre a sua anunciada modernização, teremos que nos questionar sobre a própria necessidade de tal modernização.

Ora, a compreensão da necessidade (ou desnecessidade) de se reformar o Direito (e a Política) da concorrência da União – assumindo mesmo, por vezes, soluções novas que merecem o qualificativo de “revolução⁵⁹” – implica que consigamos fixar os objectivos desse Direito e da respectiva Política da concorrência.

A reforma fundamentar-se-á, para quem a promova (*vg.*, a Comissão Europeia), em função de *objectivos novos* definidos e prosseguidos pela Política da concorrência e atribuídos ao respectivo Direito e sua aplicação, ou, ao invés, porque se entende que os objectivos tradicionalmente afirmados *não são adequada e eficazmente atingidos* com a dinâmica e/ou com a configuração vigentes do sistema estabelecido.

Uma reforma como aquela que se processa, presentemente, no Direito da concorrência da União, justificar-se-á sempre em função dos objectivos quer renovados quer vigentes e, conseqüentemente, incidirá sobre o sistema de *defesa da concorrência* com o intuito ou de o adaptar/modificar em função de novos objectivos políticos (ou seja, reconstruí-lo ou mesmo construí-lo *ex novo*), ou simplesmente corrigi-lo, na medida em que as suas soluções se mostrem contraproducentes face à prossecução, com sucesso, dos (mesmos) objectivos já estabelecidos.

Assim sendo, teremos que perspectivar a reforma em curso inevitavelmente à luz da (re)definição dos objectivos que a Política da concorrência comunitária pretende prosseguir – e isto, desde logo, porque é com base na redefinição de alguns dos objectivos finais da respectiva política

⁵⁹ Novamente, MELCHIOR WATHELET, “révolution copernicienne” (*ob.cit.*) e também C.-D. EHLERMANN “une révolution juridique et culturelle” (*ob.cit.*).

que a Comissão Europeia tem justificado a necessidade da reforma/modernização do Direito da concorrência comunitário.

Sublinhamos este ponto, uma vez que uma parte significativa da crítica que poderemos efectivamente desenvolver a propósito da modernização em curso, passa pela dificuldade de compreensão de quais são os objectivos assinalados nos últimos anos como prioritários, em matéria de Política da União (de uma compreensão rigorosa e operativa que nos elucide, inclusivamente, sobre alguns aspectos da aplicação do próprio sistema normativo). A análise da reforma em curso passará (perspectivar-se-á) também e necessariamente pela compreensão e pela consequente avaliação de quais são os objectivos (imputados ao Direito comunitário da concorrência) que presidem e orientam a pretendida modernização.

Além do mais, só partindo de tais objectivos é que poderemos, como faz CARLTON relativamente ao direito *antitrust* norte-americano⁶⁰, responder à questão “é (mesmo) necessário modernizar o Direito comunitário de *defesa da concorrência*”?

1.3 – “Uma abordagem económica” e o “bem – estar dos consumidores”; “compromissos” e “transacções de carácter processual” – Manifestações de influência do *antitrust* norte-americano?

9. A resposta à questão formulada, implicando uma análise crítica das mudanças que desenham a referida (e pretendida) modernização, remete-nos novamente (em rigor, conduzir-nos-ia sempre e necessariamente) ao primeiro tópico enunciado (sempre omnipresente, pelo menos de forma implícita): a consideração dos traços mais marcantes que caracterizam a integração europeia.

Numa visão global, panorâmica, do Direito de *defesa da concorrência* comunitário e, conseqüentemente, numa avaliação das mudanças que, presentemente, o vão moldando, o pano de fundo – ou seja, a sua *ecologia* - deverá ser o estado da integração (política, económica) europeia.

⁶⁰ DENNIS W. CARLTON, *ob. cit.* (*Does Antitrust Need to be Modernized?...*)

A Política da concorrência da União não se pode desenvolver ignorando a sua origem genética e o seu desígnio funcional. A integração (a dinâmica do processo de integração europeu comunitário) é a sua marca de água.

Tal política (comunitária) não poderá ser adequadamente compreendida se nos estribarmos unicamente numa lógica redutora e autónoma de especialização intra-sistémica (quase autopoietica) jusconcorrencial. As políticas comuns - cada uma das políticas comuns existentes e em aplicação pelas Instituições da União - não representam processos autónomos de integração. São partes de um todo que, dinamicamente, materializa-se a partir da acção de todas essas políticas (comuns).

No caso da Política da concorrência comunitária, a sua configuração actual resulta de um percurso histórico que foi determinado pelo evoluir (pelas suas circunstâncias e vicissitudes) do processo europeu de integração.

Assim, por exemplo, a tradição europeia/comunitária, em matéria de aplicação das regras que tutelam as ententes (artigo 81º do Tratado CE), assente na lógica introduzida pelo Regulamento nº 17/62 da “notificação prévia” e do controlo administrativo (também prévio) por parte Comissão, foi determinada por preocupações que pouco tinham a ver com a tutela concorrencial em si mesma e abstractamente considerada, mas sim pela necessidade de controlo e de aplicação uniforme de um sistema de regras novo, entendido como fundamental para a construção do (então) Mercado Comum.

Igualmente, a relativamente tardia introdução, no âmbito do Direito comunitário, de um sistema de controlo das operações de concentração entre empresas, apenas no fim da década de 1980, teve como causa determinante a estratégia da política industrial europeia que, circunstancial e historicamente, viu na formação de processos de concentração e no fomento de economias de escala (nos processos produtivos), um caminho para o reforço da competitividade da indústria europeia.

Ora, a eventual reformulação de objectivos da Política comunitária da concorrência, determinará mudanças na aplicação do sistema de *defesa da*

concorrência, impulsionando uma reforma ou modernização que permita adequar este sistema àqueles novos objectivos.

A reforma também poderia, por outro lado e como referimos, resultar da consideração de que o sistema vigente (já) não se revela o mais adequado à prossecução eficaz dos objectivos da Política da concorrência, entendendo-se que tais objectivos permanecem válidos e mantêm as suas virtualidades.

Em ambas as hipóteses enunciadas, o facto é que a avaliação e a eventual (re)formulação dos objectivos políticos (quer se reiterem os tradicionalmente afirmados quer se formulem novos objectivos) não pode deixar de se enquadrar, como dissemos, no processo de integração. E tal exercício de avaliação crítica dos objectivos é indissociável da ponderação da necessidade ou desnecessidade de uma reforma do sistema normativo, das suas tradições decisórias e métodos de aplicação – enfim, da necessidade de uma modernização.

Antecipando, desde já, uma crítica (parcial) à reforma actualmente em curso no âmbito do Direito da concorrência comunitário e suportando-nos em alguns documentos que vão instruindo tal reforma, como, por exemplo, o Relatório de Julho de 2005 intitulado *An Economic Approach to Article 82, de Julho de 2005*, redigido pelo *The Economic Advisory Group for competition policy (EAGCP)*⁶¹, diríamos que a actual reformulação de objectivos da Política da concorrência da União, corre o risco de não atender, suficiente e adequadamente, às especificidades que uma Política e que um sistema jurídico de *defesa da concorrência* próprios do (concreto) processo de integração europeia comunitária, requerem.

De resto, o ênfase colocado, em termos de objectivos da política da concorrência, no “bem – estar dos consumidores” e, no que diz respeito ao sistema de *defesa da concorrência*, no método ou abordagem económica (*effects-based approach*), tende a olvidar a ecologia (nomeadamente, os seus elementos históricos e políticos) do Direito da concorrência comunitário: a própria especificidade/identidade da integração e os seus objectivos (quer imediatos quer finais).

⁶¹ Ver notas antecedentes 20 e 21.

Esta linha de rumo, seguida, em parte, pela reforma, foi, em dose significativa, motivada por uma tendência (vontade) das Instituições (nomeadamente, da Comissão) de empreender uma convergência entre o sistema de *defesa da concorrência* da União e algumas das soluções (e mesmo políticas) do Direito *antitrust* norte-americano⁶².

Um domínio do sistema comunitário onde é particularmente nítido (e, diríamos, controverso) que tal vontade de convergência inspira o processo de mudança em curso - neste caso, ao nível dos respectivos objectivos e

⁶² LEAH BRANNON e DOUGLAS H. GINSBURG – *Antitrust Decisions of the U.S. Supreme Court. 1967 to 2007, in Competition Policy International, Vol 3, nº 2, Autumn 2007, p. 3* - analisando a jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça norte-americano, em matéria de *antitrust*, referem que “there is now broad and non – partisan agreement – in academia, the bar, and the courts – regarding the importance of sound economic analysis in antitrusts decisions making” – *ob. cit.*, p.3.

Acrescentam, ainda, o seguinte – que reputamos de muito impressivo: “Today, as, for example, in *Leegin*, it is not uncommon to see briefs on both sides of a case making arguments based on sophisticated economic literature. In fact, in several recent cases independent economist have filed their own amicus briefs to offer their assistance to the Court. (...) Even in such cases where there is no consensus among economists, there is, nevertheless, virtually universal agreement among antitrust economists and Lawyers alike, that the Court should answer questions of antitrust law with reference to economic competition – matters of consumer welfare and economic efficiency – rather than make political judgments about such *economically irrelevant matters* as the “freedom of traders”, or “the desirability of retaining “local control” over industry and the protection of small business” – *ob. cit.*, p. 22. O sublinhado (*economically irrelevant matters*) é da nossa responsabilidade.

Voltaremos a este ponto, com mais pormenor e enquadramento; porém, desde já, podemos aproveitar estas ideias de BRANNON e GINSBURG para sublinhar o facto de, pelo menos tradicionalmente, o Direito de *defesa da concorrência* comunitário ter vindo a prosseguir (também, e mesmo, por vezes, prioritariamente) outros objectivos que não apenas aqueles que se reconduzem à eficiência económica e que na perspectiva dos autores citados, seriam qualificados de “economically irrelevant matters” e, portanto, irrelevantes ou mesmo contraproducentes, no que diz respeito às decisões judiciais.

Além disso – se bem que esta questão seja lateral relativamente ao sublinhado que pretendíamos traçar – é muito discutível a equiparação feita linearmente entre eficiência e “bem – estar dos consumidores” (ou, no mínimo, a pressuposição de não existência de antagonismo, em termos económicos, entre tais objectivos assinalados por Brannon e Ginsburg).

metodologia de aplicação – é o do controlo e prevenção dos abusos de posição dominante (artigo 82º do Tratado CE)

10. O risco atrás salientado⁶³, concretizando-se, poderá provocar, desde logo e em primeiro lugar, uma ineptidão do sistema de *defesa da concorrência* enquanto elemento político e jurídico do processo de integração – o que, conseqüentemente, em termos mediatos, significaria sempre e no mínimo, uma incapacidade desse sistema no que diga respeito à sua intervenção ou contributo para tutelar e conformar a actuação dos agentes económicos, à luz dos objectivos da integração, no âmbito do Mercado Interno.

No limite, objectivos inadequados (contextualmente inadequados), acabarão, também, por levar á inoperância (por irrealismo mais ou menos intenso de tais objectivos) do próprio sistema comunitário de *defesa da concorrência*.

Seguindo uma outra perspectiva de análise do risco enunciado⁶⁴ – digamos que alargando o círculo dos efeitos nocivos da sua eventual concretização - há, ainda, outro tipo de possíveis conseqüências que importa relevar, a propósito da eventual desconsideração da vertente de Direito da integração (europeia) que marca o Direito de *defesa da concorrência* comunitário. Tais conseqüências poderão extrair-se, nomeadamente, quando tentamos perspectivar o plano da cooperação internacional em matéria de ordenação (jurídica) da concorrência.

Assim e como já referimos anteriormente, parece ser inegável que uma parte significativa da modernização empreendida sob impulso da Comissão encontrou na proclamada necessidade de convergência (sentida e sublinhada

⁶³ A desvalorização da ecologia própria do sistema comunitário de *defesa da concorrência*, desde logo, começando pela reformulação dos objectivos que lhe são atribuídos, desligada ou indiferente a tal ecologia (ecologia essa, determinada pelo próprio processo histórico, político e económico da integração europeia comunitária).

⁶⁴ Apesar de ser ainda (uma perspectiva) paralela e, no fim, convergente.

por muitos comentadores e técnicos da Comissão) entre a ordem jurídica comunitária e o sistema *antitrust* norte-americano, a motivação necessária.

Na realidade, esse objectivo de convergência foi-se revelando progressivamente mais nítido e foi sendo mais abertamente assumido, no quadro institucional da União (sobretudo, na Comissão), por várias razões, entre as quais o longo ciclo de crescimento da economia norte-americana (em expansão, pelo menos de forma notória e constante, desde a administração do Presidente Clinton) – ciclo de expansão esse que acabou também por ser associado às virtualidades do respectivo *sistema antitrust*.

Além disso, o facto de, nos anos mais recentes, terem ocorrido alguns casos de carácter internacional (transatlântico), apreciados de forma diferente nas jurisdições norte-americana e comunitária (por exemplo, em matéria de concentrações entre empresas, os casos *Microsoft* e *General Electric/Honeywell*), contribuiu, de igual modo, para reforçar a ideia de que a referida convergência (de sistemas da concorrência) seria o caminho a seguir, impulsionando, desta forma, uma reforma (uma modernização) do Direito da União Europeia que se pauta, notória e significativamente, por uma aproximação ao Direito *antitrust* norte-americano.

Sucede que, como salienta GEORGIEV, tal convergência acabou por ser empreendida unilateralmente, num movimento de aproximação do sistema de *defesa da concorrência* comunitário ao Direito *antitrust* norte-americano (convergência ou mesmo, por vezes e num certo sentido, *seguidismo* ou “transplantação não adaptada” – “without sufficient tailoring”, segundo a expressão utilizada pelo autor mencionado)⁶⁵.

⁶⁵ GEORGIEV sublinha que “(...) the literature has described modernisation as a process of harmonization or convergence rather than transplantation. Such a characterization is hardly incomprehensible, since borrowing from U.S. law amounts to (or, at the very least, can lead to) “Americanization”, a process that is controversial in many quarters of European Union. Yet true harmonization occurs when competition authorities jointly develop new policies for cooperation or coordination. The modernization of EU competition law, by contrast, was a process where substantive, procedural, and administrative rules already in existence in the United States were transplanted into EU law in order to reform the antitrust enforcement”. GEORGE STEPHANOV GEORGIEV, *ob. cit.* (*Contagious Efficiency:...*), p. 981 e 982

Ora, a orientação da reforma comunitária, voltando-se para uma abordagem económica e para uma atenção prioritária relativamente à protecção do “bem – estar dos consumidores” segue, no fundo, a tradição vigente, pelo menos desde a década de 1980, no direito norte-americano.

A tentativa de se seguir, no âmbito europeu comunitário, uma “effects-based approach” inspira-se nas teses predominantemente vigentes nos Estados- Unidos, em matéria tutela *antitrust*.

Estas teses resultaram da afirmação progressiva, mas firme, desde a referida década de 1980, dos argumentos da denominada “escola de Chicago” e da afirmação (também no âmbito do pensamento da “Chicago’s School”) dos paradigmas económicos neo-clássicos que sustentaram a institucionalização de uma mudança (quase) radical, no panorama *antitrust* norte-americano⁶⁶.

Na realidade, o sentido de algumas alterações equacionadas, discutidas e proclamadas no âmbito do Direito da concorrência comunitário, desde 1999, bem assim como algumas declarações políticas (nomeadamente, da Comissária Neelie Kroes), permitem-nos falar de uma cosmovisão da reforma em curso, na qual se identificam alguns elementos centrais.

Um desses elementos é o da redefinição dos objectivos da própria Política e do Direito da concorrência, apontando-se, nesta sede, para a já referida protecção do “bem – estar dos consumidores” (“consumer welfare”), tal como é entendido precisamente nessa perspectiva neo-clássica e (também) típica de autores que se perfilham na “escola de Chicago”⁶⁷.

⁶⁶ DAVID J. GERBER, *ob. cit.*, (*Two Forms of Modernization...*). Ver, também, WILLIAM E. KOVACIC e CARL SHAPIRO, *Antitrust Policy: A Century of Economic and Legal Thinking*, Competition Policy Center, University of California, Berkeley, October 1999, p. 16, também disponível na *Internet* em: <http://www.haas.berkeley.edu/groups/cpc/pubs/Publications.html> .

⁶⁷ Ver, desde logo, referência feita no ponto antecedente e no início do presente (ponto), a propósito do risco de se olvidar a ecologia (nomeadamente, os seus elementos históricos e políticos) do Direito da concorrência comunitário. Por outro lado, e relativamente aos autores que se perfilham na “escola de Chicago”, uma das referências é ROBERT BORK que, na sua obra *The Antitrust Paradox. A Policy at War With Itself*, The Free Press, New York, Ed. de 1993, (*New Introduction and Epilogue*), analisa e defende, a propósito dos objectivos do *Antitrust*

No entanto, este primeiramente enunciado elemento central da cosmovisão característica da reforma (ou do movimento de reforma) em curso, conduz-nos também à questão da metodologia seguida (ou que se pretende implementar), na aplicação do (modernizado) Direito comunitário da concorrência. A metodologia de aplicação será outro dos referidos elementos centrais característicos da cosmovisão seguida na reforma do Direito da União.

Em rigor, a referida perspectiva económica neo-clássica acaba não só por determinar a reformulação apontada dos objectivos da Política e do Direito de *defesa da concorrência* comunitário, como também - num processo de consequência lógica - molda o método ou os *standards* de interpretação e de aplicação das respectivas normas. Compreende-se, também, assim, a valorização que tem vindo a ser feita, no âmbito da reforma em causa, de uma análise centrada nos efeitos das práticas comerciais promovidas pelas empresas (efeitos esses produzidos no mercado e no "bem – estar dos consumidores"), e já não nos comportamentos propriamente ditos, dessas mesmas empresas. De igual modo, justifica-se também a preocupação afirmada de se recusarem quaisquer metodologias de aplicação dos normativos em causa (sobretudo, artigo 81º e 82º do Tratado CE) tributárias de juízos comportamentais de *per se* (regras de proibição de *per se*), tentando-se ultrapassar algumas práticas e princípios jurisprudenciais (do Tribunal de Justiça e do Tribunal de Primeira Instância) correntes, no âmbito de aplicação, sobretudo, do artigo 82º do Tratado⁶⁸.

(Política e Direito) e da responsabilidade dos Tribunais, o "bem – estar dos consumidores" como sendo o *único* objectivo a ser prosseguido, neste âmbito.

⁶⁸ A proclamação de uma abordagem casuística, de uma "effects-based approach", em sede de interpretação e de aplicação das regras de *defesa da concorrência*, poderá, também, envolver o risco de uma subordinação da valoração normativa, a meros critérios económicos. No fundo, a substituição de uma abordagem formalista (exagerada, se tal for efectivamente o caso), por uma abordagem casuístico-económica (igualmente, excessiva), poderá fazer, também e por outro lado, correr-se o risco de uma perda de *juridicidade* do sistema de *defesa da concorrência*, de uma subordinação do Direito, aos factos. O que – efectivando-se, porventura, tal risco – equivaleria, igualmente, a frustrarem-se o sentido e a utilidade da Política e do Direito da concorrência comunitário, enquanto partes integrantes e mais-valias do próprio

A este propósito, é particularmente elucidativo o (já anteriormente mencionado) estudo realizado pelo EAGCP - *The Economic Advisory Group for competition policy*, publicado em Julho de 2005 e intitulado "An Economic Approach to Article 82" – estudo esse que serviu de base ao "Discussion Paper on the application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuses", publicado pela Comissão em Dezembro desse mesmo ano.

Nele propõe-se abertamente seguir-se, no que diz respeito à aplicação do artigo 82º do tratado CE, um enfoque baseado nos efeitos – enfoque esse que teria como consequência operativa desvalorizar-se a comprovação da existência de uma posição de domínio (posição dominante) como pressuposto de aplicação do normativo referido.

A ideia proposta nesse documento de Julho de 2005 – ao invés do que é a metodologia seguida pela Comissão e pela jurisprudência do Tribunal de Justiça e do Tribunal de Primeira Instância, no que diz respeito à determinação de práticas abusivas susceptíveis de se subsumirem ao artigo 82º do Tratado CE – é a seguinte: se, através de uma análise económica e casuística, é possível demonstrar-se a existência de um prejuízo significativo para a concorrência e para o "bem – estar dos consumidores", então, isso mesmo será indício suficiente da existência de uma situação de domínio (posição dominante no respectivo mercado) por parte da empresa que adopta tal prática cujo efeito se materializa em tal prejuízo.

Digamos que - na perspectiva defendida no referido estudo - a determinação da existência (ou não) de uma posição dominante, como fase prévia e autónoma do processo de aplicação do artigo 82º do Tratado CE, deixa de fazer sentido, na medida em que tal verificação insere-se (e simultaneamente, decorre) na própria avaliação da existência (ou não) de um abuso.

processo de integração. Este é um dos tópicos de reflexão que, num certo sentido, mais cuidado deveria suscitar aos mentores (pelo menos, aos mais radicais) da reforma em curso, desencadeada desde 1999 (publicação do respectivo *Livro Branco* sobre a modernização do Direito da Concorrência), pela Comissão Europeia.

Propõe-se, assim, uma inversão da sequência de análise (e da metodologia) habitual, seguida pela Comissão e pelo Tribunal de Justiça, relativamente à interpretação e aplicação do artigo 82º do Tratado CE: ao invés de se apurar, em primeiro lugar, a existência (ou não) de uma posição dominante, começa-se por verificar – à luz, nomeadamente, do “bem – estar dos consumidores” – se existe (ou não) uma prática abusiva. Em caso afirmativo, presume-se que tal prática abusiva só teve a possibilidade de ser implementada, porque existia uma posição dominante da empresa que a praticou.

A Comunicação da Comissão de 3 de Dezembro de 2008, contudo e neste particular, não seguiu a proposta do referido estudo de Julho de 2005, suscitando – por isso e ainda pela manutenção de alguns aspectos que caracterizam a jurisprudência do Tribunal do Luxemburgo e a prática decisória da Comissão tradicionais – críticas de alguns sectores da doutrina que mais veementemente propunham uma adopção sem reservas de uma “effects-based approach”, no âmbito de uma reforma do artigo 82º do Tratado CE.

11. O que foi, agora, referido, pretende sublinhar a seguinte conclusão: a reforma/modernização do Direito comunitário da concorrência teve como motivação e como intuito, em parte significativa, uma aproximação do referido Direito, ao sistema *antitrust* norte-americano.

A reformulação dos objectivos da Política da concorrência (proclamados, nomeadamente, pela Comissão, de forma notoriamente assumida durante o mandato da Comissária Neelie Kroes, direccionando, tais objectivos, para o “bem-estar dos consumidores”), bem assim como a tentativa de adopção da metodologia de análise e de aplicação das regras do Tratado CE, denominada correntemente (na terminologia anglo-saxónica) por “effects-based approach”, significam, se não mesmo uma “transplantação” de objectivos e (consequentemente) de metodologias do sistema *antitrust* norte-americano para o sistema comunitário, pelo menos, um notório esforço (despendido pelo lado Europeu) de convergência do Direito comunitário, com tal sistema norte-americano.

Mesmo sob um ponto de vista mais particular (digamos, de concretização, em termos normativos, de tais objectivos), algumas soluções específicas adoptadas no âmbito da reforma do Direito comunitário, ilustram tal esforço de convergência.

A título exemplificativo de tal aproximação - mesmo no plano da consagração de soluções técnico-normativas - poderemos, desde logo, destacar o artigo 9º, do Regulamento 1/2003 que institucionalizou no sistema europeu os denominados "Compromissos" ("commitments"), bem assim como, por outro lado, as "transacções processuais" ou "settlements"⁶⁹, ambos tradicionais do Direito *antitrust* dos Estados-Unidos⁷⁰.

⁶⁹ "Settlement – generally, the conclusive fixing or resolving of a matter; the arrangement of a final disposition of it. A compromise achieved by the adverse parties in a civil suit before final judgment, whereby they agree between themselves upon their respective rights and obligations, thus *eliminating the necessity of judicial resolution of the controversy*". STEVEN H. GIFIS - *Law Dictionary, Barron's Legal Guides* (4th Edition), New York, 1996. O sublinhado é da nossa responsabilidade. Ver a explicação dada por VAN BAEL & BELIS: "The term «settlement» is used here to describe those competition cases where the Commission, upon receipt of a complaint or after an investigation on its own initiative, has either already issued a Statement of Objections and opened a formal proceeding, or is considering such action but decides instead to close the file and to terminate or suspend the proceeding because the agreement or the conduct is terminated by the parties or amended to conform with the competition rules" - IVO VAN BAEL e JEAN-FRANÇOIS BELIS (VAN BAEL & BELIS), *Competition Law of the European Community*, Kluwer Law International, 2005, p. 1136.

Ver, sob o ponto de vista normativa, a noção de "settlement" ou, se quisermos, de "transacção de cariz processual" que decorre dos termos do Regulamento (CE) nº 773/2004 da Comissão, de 7 de Abril de 2004 (com as alterações introduzidas pelos Regulamentos (CE) nºs 1792/2006, de 23.10.2006 e 622/2008, de 30 de Julho de 2008), em particular, do respectivo artigo 2º (noção também descritiva e apenas subjacente ou implícita).

No fundo, trata-se de um *processo informal*, negociado entre a Comissão e as próprias empresas envolvidas, sendo levado a cabo por aquela Instituição, após ter desencadeado o início de um processo e ter formulado as suas objecções a uma determinada prática. A Comissão pretende, com este procedimento informal, encerrar tal investigação rapidamente e sem que se chegue a suscitar, portanto, uma decisão propriamente dita, por parte da Comissão – e isto, no pressuposto de que as partes envolvidas (as empresas investigadas) acabam por se conformarem às regras de *defesa da concorrência* (isto, na perspectiva da Comissão) e dão,

Até à entrada em vigência do Regulamento 1/2003, com efeito, estas figuras (ou modos/metodologias processuais) de actuação típica do sistema *antitrust* (e do Direito) norte-americano⁷¹, não existiam – pelo menos, consagradas positiva e normativamente - no sistema comunitário.

De resto, aparentemente, poucos foram os casos que tendo suscitado a investigação, durante o período de vigência do Regulamento nº 17 de 1962, por parte da Comissão, foram concluídos na sequência de ajustes e/ou

assim, resposta às objecções formuladas anteriormente por aquela Instituição. Voltaremos, oportunamente, à noção desta figura (ou prática processual).

⁷⁰ Sobretudo, estes últimos (os “settlements”). Com efeito, o mencionado Artigo 9º do Regulamento nº 1/2003, estabelece no seu nº 1 - que possibilita, em tese geral, o recurso a tais compromissos (“commitments”), em sede de aplicação, por parte da Comissão, dos artigos 81º e 82º do Tratado CE -, o seguinte:

“Quando a Comissão tencione aprovar uma decisão que exija a cessação de uma infracção e as empresas em causa assumirem compromissos susceptíveis de dar resposta às objecções expressas pela Comissão na sua apreciação preliminar, esta pode, mediante decisão, tornar esses compromissos obrigatórios para as empresas. Esta decisão pode ser aprovada por um período de tempo determinado e deve concluir pela inexistência de fundamento para que a Comissão tome medidas”.

Note-se que, segundo a terminologia anglo-saxónica, uma tradução literal da figura introduzida no artigo 9º, do Regulamento 1/2003, leva-nos a falar em “commitments”, se bem que, por vezes, na literatura, o instituto introduzido por este artigo 9º, seja referido como “settlement”. No entanto, no Direito norte-americanos, estes termos (e institutos) não se equivalem integral e tecnicamente, nem, conseqüentemente e em função do que é exposto, no Direito comunitário. Ver STEVEN H. GIFIS, *ob. cit.*, 1996 (*Law Dictionary*), anotação a “Settlement” (a propósito de uma noção geral descritiva desta figura)

⁷¹ WOUTER P. J. WILS, *The Use of Settlements in Public Antitrust Enforcement: Objectives and Principles*, in C. D. EHLERMANN / M. MARQUIS (eds.) - *European Competition Law Annual 2008: Settlements under EC Competition Law*, Hart Publishing, 2009. OCDE, *Plea Bargaining / Settlement of Cartel Cases* – DAF/COMP(2007)38, 22 January, 2008, p. 149-202. Na realidade, o sistema antitrust norte-americano utilize a figura e a metodologia da “plea bargaining” tal como tradicionalmente foi desenvolvida e é praticada na aplicação do Direito criminal norte-americano. Como nota WILS, a “plea bargaining” utilizada pelo DOJ (*Department of Justice*) no domínio da tutela dos cartéis é a mesma (figura e metodologia) que utilizada na aplicação do Direito criminal (norte-americano) em geral. WOUTER P. J. WILS, *ob. cit.* (*The Use of Settlements...*), p. 9, em nota 38.

transacções negociados entre aquela Instituição e a empresa ou empresas envolvidas (no fundo, a metodologia dos “settlements”). Ainda assim, tais situações (excepcionais) surgiram, sempre, na sequência de um acerto *informal* de posições – ao invés do que sucedia no âmbito de aplicação do sistema *antitrust* norte-americano, no qual (segundo referência assinalada por GEORGIEV) cerca de noventa e cinco por cento dos casos aí suscitados, eram (e são) resolvidos através de “settlements”⁷², previstos positivamente e institucionalizados no respectivo sistema jurídico.

No entanto, para alguns comentadores, a realidade sobre a utilização dos “settlements” por parte da Comissão seria, efectivamente, diferente daquela que atrás expressamos⁷³. Com efeito, é frequentemente referido o facto de a utilização dos “settlements” não ser, por sistema, publicitada – uma vez que corresponde a uma actuação/intervenção da Comissão tradicionalmente sem carácter obrigatório e sem parâmetros fixados normativa e impositivamente. A própria Comissão só tem revelado, em termos de imprensa (notas de imprensa), poucos casos (cerca de 5%) em que utiliza tal abordagem de transacção, e, em particular, apenas o faz relativamente àqueles que se revelam mais importantes (seja pelo poder económico das empresas envolvidas e, conseqüentemente, pela dimensão económica dos casos em apreço, seja porque tais casos podem suscitar questões jurídicas relevantes)⁷⁴.

Os “settlements” ou “transacções” – ou seja, esta metodologia de intervenção/actuação da Comissão que passa por *informalizar*, desde logo, no início, um processo que poderia terminar com uma decisão formal (decisão tal como é definida nos termos do artigo 249º do Tratado CE) – acabaram por ser

⁷² GEORGE STEPHANOV GEORGIEV, *ob. cit.* (*Contagious Efficiency:...*), p. 973. Quando notamos a existência de alguns casos de dimensão e de produção de feitos *pluriterritoriais* (transatlânticos) – como foram os casos *Microsoft* e *General Electric/Honeywell* – que suscitaram decisões diferentes nos Estados-Unidos e na União Europeia, o facto é que essas diferenças resultam, também e em parte, da adopção, pelas autoridades e jurisdição norte-americana, desta metodologia (negociada) de decisão.

⁷³ Ver VAN BAEL & BELIS, *ob. cit.*, p. 1136 a 1138.

⁷⁴ VAN BAEL & BELIS, *ob. cit.*, p. 1137, em nota 444, suportando-se no *Sixth Report on Competition Policy* (p. 11) e no *Twenty – First Report on Competition Policy* (ponto 67).

institucionalizados em geral, na sequência e por efeito da reforma em curso, em particular, no Regulamento (CE) nº 773/2004 da Comissão, de 7 de Abril de 2004, relativo à instrução de processos pela Comissão para efeitos dos artigos 81º e 82º do Tratado CE⁷⁵.

Na verdade, estamos aqui perante uma prática informal, levada a cabo com uma margem de discricionariedade significativa por parte da Comissão (naturalmente adveniente do facto de não se tratar de um processo instituído normativamente até há pouco tempo atrás, apesar de ser uma *praxis* de actuação já anteriormente utilizada pela Comissão).

No entanto, esta prática (processual) existia já anteriormente nos sistemas de alguns Estados-membros, como era (e é) o caso dos sistemas francês e alemão – o que leva alguns comentadores a assinalarem também a institucionalização desta prática dos “settlements” ou “transacções” como ilustradora do mencionado efeito de convergência agora entre os vários Direito da concorrência vigentes, de um modo geral, no espaço da União (entre, no fundo, os Direitos nacionais e o Direito comunitário da concorrência), - convergência esta também provocado pela reforma em curso. Uma convergência também entre os Direitos dos Estados-membros e o Direito comunitário que nos permite falar, em termos gerais e, pelo menos, relativamente a alguns aspectos como o que agora é focado, num Direito da concorrência (tendencialmente) único ou unificado, vigente na União Europeia.

Estes procedimentos e transacções (ou “settlements”) - que, inicialmente, constituíam-se como uma prática processual *ad-hoc* e absolutamente informal – acabarão por marcar a fisionomia e a evolução do Direito da concorrência comunitário, contribuindo, também, para a caracterização geral dos efeitos da reforma ou modernização em curso.

⁷⁵ JO L 123 de 27.04.2004, p. 18. Trata-se, com efeito, de um dos actos normativos inseridos no já *supra* mencionado “Pacote Modernização”. Note-se que a última versão deste Regulamento nº 773/2004 foi, como referimos em nota anterior, introduzida já em 2008, através do Regulamento (CE) nº 662/2008 da Comissão de 30 de Junho de 2008, JO nº L 171 de 01.07.2008, p. 3

Voltaremos a esta problemática oportunamente, abordando outros aspectos relativos quer aos “Compromissos” quer às referidas “transacções” (“settlements”), *infra*.

1.4 – Os riscos de uma convergência (unilateral) se sistemas.

12. Importa, no entanto e a este respeito, desenvolver outra linha de análise: esta aproximação (numa certa perspectiva, “americanização”) do Direito de *defesa da concorrência* comunitário, alcançada através do processo da respectiva modernização, acaba por ser questionável e pode assumir-se como um dos factores críticos do sucesso (a prazo) de tal reforma em curso.

Se é verdade que “para a fome não há má comida”, o facto é não deixa também de ser apropriado dizer-se que “um único prato não pode satisfazer o gosto de centenas de pessoas⁷⁶”.

Pretendemos, com isto, significar que o pressuposto da necessidade de convergência entre o Direito *antitrust* norte-americano e o Direito da concorrência comunitário, embora compreensível na perspectiva de um mercado (cada vez mais) global e transnacional, poderá também implicar problemas susceptíveis de afectar a adequada e (consequentemente) eficaz aplicação deste último.

Será muito difícil, senão mesmo “quixotesco”, tentar-se um desenho conjunto para os Direitos da concorrência norte-americano e europeu comunitário que correria o risco de (na perspectiva europeia) ignorar as diferentes circunstâncias históricas e económicas que marcam as respectivas ecologias de ambos os Direitos/sistemas.

Como é referido por EVANS, “the divergence is the norm for antitrust rules” e “jurisdictions would adopt different antitrust rules even if they all

⁷⁶ Provérbios chineses. Ver, entre outros possíveis endereços electrónicos: <http://www.kn.pacbell.com/wired/China/proverb.html#a> (consulta em 22.04.2009).

agreed on the economic principles governing rules and adopted the same goal such as maximization of economic efficiency⁷⁷”.

Seguindo a ideia principal exposta por EVANS, na realidade, as divergências entre sistemas e ordens jurídicas, no quadro das relações económicas entre agentes ou empresas que actuam em diferentes mercados estaduais (ou seja, no quadro de uma teia de relações de negócio cada vez mais transnacional), acabam sempre por dificultar tais relações e criar tensões entre autoridades da concorrência.

Tais divergências traduzem-se, necessariamente, num custo (ou uma *deseconomia*) que poderemos entender como sendo uma externalidade negativa. Portanto, numa perspectiva global, regras ou sistemas de concorrência específicos e distintos entre si, desenhados unicamente à escala estadual (local), serão sempre, inevitavelmente, uma solução sub-ótima.

No entanto, ignorarem-se, na formulação de tais sistemas ou regras, as especificidades e necessidades próprias de cada espaço, comunidade ou economia, representa também – sobretudo se perspectivarmos tais sistemas e regras segundo o critério da respectiva efectividade – uma má solução, originando, igualmente, uma situação sub-ótima e externalidades negativas (desde logo, quando analisado o impacto de tais sistemas à luz das necessidades e características específicas das economias em que se inserem).

Dito de outro modo, nesta perspectiva, tais externalidades negativas poderão ser comparativamente menores (ou provocarem menos impacto) se não entrarmos em linha de conta, prioritariamente, com relações económicas entre empresas *inter* ou *trans* – *nacionais*, focalizando a nossa atenção, ao invés, para pequenas e médias empresas actuanes, essencialmente, nos seus respectivos espaços económicos nacionais/regionais/locais.

Numa comunidade internacional composta, ainda, por sujeitos soberanos (ou seja, organizando-se, ainda e muito predominantemente, em função da sua natural “unidade de conta” que é o Estado soberano) a questão que

⁷⁷ DAVID S. EVANS, *Why Different Jurisdictions Do Not (and Should Not) Adopt the Same Antitrust Rules*, in *Chicago Journal of International Law*, (Forthcoming), Draft Form – 16.02.2009, p. 2, disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1342797

pragmaticamente deve merecer a atenção, nesta sede, será, então, a seguinte: como atenuar as inevitáveis externalidades negativas resultantes das divergências entre as regras e os sistemas assinalados, respeitando, contudo e simultaneamente, as especificidades e as vontades soberanas de cada Estado que os produz? Tratar-se-á, assim, de encontrar um critério orientador de uma escolha entre as externalidades menos negativas, em termos comparativos.

A sobrevalorização da convergência (ou seja, a sua assumpção como objectivo e/ou necessidade quase exclusiva da determinação da forma e do conteúdo normativo dos vários sistemas de *defesa da concorrência*) pode resvalar num movimento de uniformização, consagrando objectivos, funções e soluções técnicas de tutela da concorrência desadequados (logo, ineficazes) relativamente aos respectivos destinatários e respectivas realidades económicas, directa e imediatamente envolventes.⁷⁸

13. Um dos aspectos mais sensíveis da reforma em curso é, portanto, o da sua tendência de aproximação, de convergência ou mesmo de uniformização do Direito da concorrência comunitário (ou, pelo menos, de algumas das suas soluções ou institutos) com o Direito *antitrust* norte-americano.

Sob o prisma da construção de uma eventual ordem concorrencial mundial, no contexto de uma globalização das relações económicas (notória e marcante, sobretudo, neste início de século XXI), será compreensível o apelo à criação, tanto quanto possível, de regras transnacionais que não dificultem as relações económicas *entre* e *de* agentes actantes à escala global, contornando-se, assim, os inevitáveis custos decorrentes da sujeição de tais relações a plúrimos sistemas distintos de concorrência.

No entanto, se tal tendência vier a originar soluções que ignorem as especificidades próprias de cada espaço nacional ou regional (como será o caso do espaço da União), então, outros custos surgirão, anulando por excesso, porventura, os primeiros (ou seja, os decorrentes da intervenção – sempre

⁷⁸ Reencontrando-nos, assim e novamente, perante o já antecedentemente referido risco de mera “transplantação” legal desadequada (“without sufficient tailoring”, utilizando a expressão de GEORGIEV).

complexa e relativamente imprevisível *a priori*, para os agentes económicos – de diferentes sistemas jurídicos, na regulação de tais relações transnacionais).

Na perspectiva quer dos objectivos (reformulados) da Política da concorrência da União quer da metodologia de aplicação das respectivas regras comunitárias e da aplicação impositiva (quer pública quer privada ou *private enforcement*), a modernização em curso poderá correr tal risco, na medida em que segue o Direito *antitrust* norte-americano, indo ao seu encontro, sem que haja, propriamente, uma coordenação ou um movimento de convergência bilateral, entre as autoridades europeias e as norte-americanas que garanta, no fundo, soluções tendencialmente harmonizadas, transatlânticas, mas também suficientemente reflectoras das especificidades, necessidades e diferenças de contextos histórico-políticos europeu e norte-americano.

É, de facto, inegável a atracção que o sistema *antitrust* norte-americano suscita, servindo de referência incontornável, em muitos aspectos (quanto mais não seja pela sua antecipação ou antecendência histórica), para a generalidade dos sistemas que, a nível mundial, existem ou vão surgindo de novo – como será o caso do Chinês e da respectiva lei anti-monopólio, publicada em 2007 e em vigência desde 1 de Agosto de 2008.

Esta novel Lei, aparentemente, adopta também o “bem – estar dos consumidores” como seu principal objectivo⁷⁹.

⁷⁹ SALIL K. MHERA / MENG YANBEI – *Against Antitrust Functionalism: Reconsidering China’s Antimonopoly Law*, Temple University, Beasley School of Law, Legal Studies Research Paper Series, nº 2008 – 70, 2008, disponível, na Internet, em: <http://ssrn.com/abstract=1266796> , DAVID J. GERBER, *Economics, Law & Institutions: The Shaping of Chinese Competition Law*, in *Washington University Journal of Law and Policy*, vol. 26, 2008, p. 271 – 299. Ver, ainda, para uma apreciação geral – nomeadamente, sob o ponto de vista da aplicação ou imposição (pública) desta Lei e da actividade das respectivas instituições ou organismos governamentais responsáveis por tal aplicação, LESTER ROSS – *China’s Antimonopoly Law: Report Card*, in *GCP – The Online Magazine for Global Competition Policy*, April 2009 (*release two*), p.2, disponível na Internet, em: www.globalcompetitionpolicy.org . Ainda na mesma edição do GCP (April 2009 / *release two*), STEVE YU – *Doom or Gloom? The Experience of China’s Antitrust Law in the First 200 Days*, também disponível na Internet, no mesmo endereço atrás apresentado.

A vontade de convergência com o sistema *antitrust* norte-americano não deveria suscitar, sob o ponto de vista jurídico, as já mencionadas transplantações insuficientemente adaptadas, referidas por GEORGIEV.

No caso europeu comunitário, um dos aspectos mais controversos e, apesar de tudo, dos menos claros da reforma, prende-se com a modernização da aplicação do artigo 82º e com o tratamento das situações de eventual abuso anti-concorrencial, levado a cabo por empresas em posição dominante⁸⁰, precisamente porque a história e a tradição de ordenação económica norte-americana divergem, neste ponto, significativamente, das suas congéneres europeias. Basta pensar nas diferentes redacções da *Section 2* do *Sherman Act* e do artigo 82º do Tratado CE, reflectoras e justificáveis, na nossa perspectiva, de preocupações originais diversas, com realidades também distintas. A título de exemplo tópico, recordamos a frequente “naturalidade”, em termos de livre jogo da concorrência, do aparecimento das empresas monopolistas nos Estados-Unidos e, em contraponto, a quase sempre origem estadual (monopólios de natureza legal) de tais empresas, no espaço europeu⁸¹.

Com efeito, grande parte da temática da “concorrência pelo mérito”, discutida no contexto da aplicação (e da respectiva reforma) do artigo 82º do Tratado CE, está ligada, na génese, à perspectiva e sensibilidade *antitrust* norte-americana que tende a valorizar o desfrute do poder de mercado monopolista como prémio de uma maior eficiência comparativa ostentada pela empresa monopolista, no desenrolar do funcionamento do mercado respectivo.

Neste sentido, tem sido recorrente, no discurso político mais recente da Comissão, sublinhar-se a ideia de que a aplicação das regras de *defesa da concorrência* - em particular, do artigo 82º do Tratado CE – deverá, sobretudo,

⁸⁰ O mesmo é dizer-se que um dos aspectos mais controversos e difíceis tem sido o tratamento das situações de domínio ou de poder de mercado / “market power”.

⁸¹ É abundante a literatura que sublinha e desenvolve este tópico. No entanto, referimos, entre nós e para um cotejo entre as especificidades que se notam na génese de vários sistemas, nomeadamente, do norte-americano quando comparado com alguns sistemas europeus, MANUEL COUCEIRO NOGUEIRA SERENS, *A Monopolização da Concorrência e a (Re-)Emergência da Tutela da Marca*, Almedina, Coimbra, 2007, sobretudo, respectiva Parte I, p. 117 a 584.

“proteger a concorrência e não os concorrentes.” O discurso da Comissária NEELIE KROES de Setembro de 2005, intitulado *Preliminary Thoughts on Policy Review of Article 82*, é um exemplo ilustrativo dessa linha de orientação⁸².

A afirmação em causa (“proteger a concorrência e não dos concorrentes”) é, com efeito, tributária da ideia de que, na realidade, as empresas em posição dominante atingem tal situação de domínio porque são mais eficientes e, portanto, devem, em parte, colher os frutos (prémio) de tal domínio, não devendo a intervenção do Direito da concorrência significar uma limitação injustificada ou excessiva (para actuação dessas empresas dominantes) que redunde numa vantagem para os seus concorrentes – por presunção e definição, sendo esses concorrentes menos eficientes já que, ao invés, não conseguiram alcançar tal posição de domínio.⁸³

Em consequência do exposto – e, sobretudo, na linha do pensamento da Escola de Chicago que influencia grande parte da ideologia e da praxiologia *antitrust* norte-americana mais recente – compreende-se, também, a resistência relativamente à tutela (apertada) das práticas das empresas em posição dominante⁸⁴.

⁸² Discurso disponível em: http://ec.europa.eu/comm/competition/speeches/index_2005.html .

⁸³ Temos, para nós, todavia, que esta afirmação não tem consistência e não subsiste a uma análise mais pensada da sua eventual fundamentação. Não só não é sempre verdade que os concorrentes das empresas dominantes sejam menos eficientes (poderão mesmo ser potencialmente tão ou mais eficientes do que a empresa dominante), como, por outro lado, ao proteger-se a concorrência, também se protegem (ou devem proteger), necessariamente, os concorrentes (pelo menos, os concorrentes potenciais). Em parte, importa sublinhar que a Comunicação da Comissão de 3 de Dezembro de 2008 sobre a aplicação do artigo 82º do Tratado CE, reconhece (saliente-se, novamente: em parte) estas reservas agora assinaladas relativamente a tal afirmação (política) de que o que importa é “proteger a concorrência e não os concorrentes” (que corresponde, cada vez mais, a uma “chavão” sem muita consistência).

⁸⁴ Antecipando, já, algumas notas que afloraremos noutro contexto (a noção de abuso, para efeito de aplicação do artigo 82º do Tratado CE), saliente-se que alguns comentadores criticaram a recente Comunicação a Comissão de 3 de Dezembro de 2008, contendo as orientações adoptadas por esta Instituição relativamente á aplicação do artigo 82º a práticas anticoncorrenciais de exclusão, referindo, precisamente, que tal documento continuava a consagrar *demasiadas presunções contra as empresas dominantes*. Ver JAMES KILLICK /

Igualmente, é ainda compreensível a tentativa de flexibilizar, no âmbito comunitário, a aplicação do artigo 82º do Tratado CE, tornando-a menos limitadora quanto à admissibilidade de tais práticas e refutando, por exemplo e com a justificação da eficiência produtiva, alguns traços característicos da jurisprudência dos Tribunais da União, respeitantes à aplicação de tal normativo.

Tal sucede, por exemplo, relativamente à doutrina da responsabilidade especial das empresas em posição dominante⁸⁵.

1.5 – O sentido da reforma sob o ponto de vista institucional. Da centralização (do Regulamento nº 17 de 1962), à descentralização promovida pelo Regulamento nº 1/2003.

14. Outro aspecto marcante (ponto sensível) da reforma em curso é aquele que diz respeito ao seu impacto (e consequências) na esfera institucional de aplicação das regras de defesa da concorrência. Na medida em que esta reforma é marcada por um objectivo de *descentralização*, a favor do nível estadual, da aplicação das regras em causa⁸⁶, isso significará, então, uma

ASSIMAKIS KOMNINOS, *Schizophrenia in the Commission's Article 82 Guidance Paper: Formalism Alongside Increased Recourse to Economic Analysis*, in *GCP – The Online Magazine for Global Competition Policy*, February 2009, disponível na Internet em: www.globalcompetitionpolicy.org

⁸⁵ Responsabilidade especial das empresas em posição dominante que foi, pela primeira vez, estabelecida pelo Tribunal de Justiça, em 1983, no Acórdão *Michelin I*, sendo recorrentemente reafirmada e desenvolvida – *vg.* Acórdãos *Compagnie Maritime Belge*, de 2000 e *Microsoft*, de 2007 (referindo-nos, apenas, a alguns dos casos mais recentes (e relevantes) em que tal doutrina é seguida pela jurisprudência comunitária.

⁸⁶ Desde já assinalamos a nota (ainda que sem a desenvolver por agora) de que - como veremos - o uso do termo *descentralização* suscita, em rigor, algumas reservas, face ao regime efectivamente introduzido pelo Regulamento nº 1/2003. No mínimo, talvez fosse mais apropriado falar-se em *descentralização relativa ou imperfeita*, ou mesmo em *desconcentração* (transpondo para o Direito Comunitário os quadros conceituais dos Direitos Públicos nacionais). Neste sentido, ver, também, LAURENCE IDOT, *Le nouveau système communautaire de mise en oeuvre des articles 81 et 82 CE*, in *Cahiers de Droit Européen*, 2003, p. 312 (em particular, no respectivo parágrafo nº 55).

reorganização e uma mudança, sob o ponto de vista institucional e processual, dessa mesma aplicação.

Alargando a perspectiva, poderemos ainda relacionar com este tópico marcante da reforma ou modernização do Direito e do sistema comunitário, um outro que, em rigor, engloba ou sobrepõe-se ao antecedente (recorde-se, o da reorganização institucional e processual de aplicação deste sistema): referimo-nos à questão da *efectividade* (na União) das regras de *defesa da concorrência*, ou seja, à questão ampla da sua aplicação impositiva, quer privada quer de natureza pública. Seguindo a terminologia anglo-saxónica que se vai instituindo na literatura, referimo-nos à questão do impacto da reforma em curso sobre o “enforcement” (quer “private enforcement” quer “public enforcement”) do Direito comunitário de *defesa da concorrência*.

O regime de aplicação dos artigos 81º e 82º do Tratado CE, antecedente àquele que vigora presentemente (desde 1 de Maio de 2004) e que foi introduzido pelo Regulamento nº 1/2003, concentrava na Comissão Europeia a dinâmica de aplicação das regras em causa.

O Regulamento do Conselho nº 17 de 1962 (que estabeleceu o primeiro regime de aplicação dos normativos em causa) reflecte, com efeito, as preocupações que, directa ou indirectamente, sempre subjaziam às primeiras construções jurídicas do edifício da integração: a construção do Mercado Comum e a necessidade de garantir - até mesmo para se institucionalizar quer um Direito quer uma cultura jurídica novos - uma uniformidade na aplicação das regras do Tratado. Esta uniformidade, naturalmente, seguia e imbricava-se com a preocupação de garantir efectividade ao então novo sistema jurídico de integração.

Em resumo, uma efectiva aplicação uniforme do Direito comunitário e uma particular atenção prestada ao objectivo da construção do Mercado Comum, foram as linhas marcantes que estiveram pressupostas no desenho do primeiro regime de aplicação dos artigos 81º e 82º do Tratado CE (então, artigos 85º e 86º, respectivamente).

Instituiu-se, assim, na sequência do Regulamento de 1962, um sistema de aplicação das regras do Tratado em causa que, operativamente, assentava numa lógica de controlo e de monitorização⁸⁷ de *carácter prévio* (relativamente às práticas em avaliação) e de *natureza administrativa*, sendo alheio à intervenção das autoridades e/ou dos Tribunais dos Estados-membros e estando, conseqüentemente, centralizado nos serviços da Comissão.

Na realidade, aquela Instituição é que detinha, nos termos do mencionado Regulamento de 1962, a *competência exclusiva* para aplicar a *norma chave* de todo o sistema, no que respeita ao princípio da proibição das ententes distorsoras da concorrência, a saber, o nº 3, do artigo 81º do Tratado CE que estabelece a possibilidade *casuística* de se declarar a proibição enunciada no respectivo nº 1, *não aplicável* a um determinado comportamento julgado, *a priori* e em abstracto, anti-concorrencial.

Tal consideração/decisão de não aplicabilidade suscitar-se-ia uma vez que, na perspectiva da Comissão, estivessem preenchidas as condições enunciadas (em termos gerais e abertos) no nº 3, desse mesmo artigo 81º.

Todo o sistema, então e sobretudo relativamente àquela regra do Tratado, dependia de uma apreciação administrativa prévia efectuada pela Comissão, relativamente aos comportamentos eventualmente lesivos da concorrência no Mercado Interno⁸⁸.

Para garantir estes traços definidores do regime de então, o Regulamento nº 17 de 1962 criou um ónus a cargo das empresas: a notificação prévia dos comportamentos (projectados) de entente.

Assim, pelo menos no que dissesse respeito aos cartéis susceptíveis de afectarem a concorrência no Mercado Interno, a Comissão concentrava, em si, um poder indirecto de conformação e de intervenção na actividade económica que, permitindo-lhe uma apreciação e uma decisão prévias dos comportamentos projectados, proporcionava-lhe, também e para além dessa

⁸⁷ Monitorização e elaboração da própria política da concorrência e, conseqüentemente, da sua aplicação.

⁸⁸ Apreciação *a priori* ou prévia relativamente à respectiva implementação e/ou execução no mercado.

possibilidade de conformação do devir económico, uma panorâmica geral do nível concorrencial existente no funcionamento dos mercados. Panorâmica geral essa que auxiliaria a Comissão na sua tarefa de monitorizar e de modelar a própria Política da concorrência comunitária - ou seja, que acabaria por reforçar, no âmbito da construção do Mercado Comum, as condições para que, natural e efectivamente, todas as matérias relativas à Política e à *defesa da concorrência* comunitárias, fossem, cada vez mais, um monopólio da Comissão, sem intervenção relevante das autoridades e Tribunais dos Estados-membros (ademais, tal monopólio era reforçado pela cada vez mais firme e reiterada afirmação jurisprudencial do princípio do primado das normas comunitárias).

Referimo-nos, até agora, a propósito do desenho do regime vigente à luz do Regulamento nº 17 de 1962, sobretudo, à aplicação do artigo 81º do Tratado CE (ex-artigo 85º). No entanto, importa notar que, de forma expressa, desde 1973 e a partir do Acórdão *Brasserie de Haecht II*⁸⁹, a jurisprudência do Tribunal de Justiça considerava directa e imediatamente aplicáveis as regras do nº 1, do artigo 81º (ex-artigo 85º) e do artigo 82º (ex-artigo 86º: princípio da proibição dos *abusos de posição dominante*), ambos do Tratado CE – podendo, portanto e no desenho dos princípios do sistema em questão, tais regras serem aplicadas quer pela Comissão quer pelas autoridades e Tribunais nacionais.

Esta possibilidade afirmada pelo Tribunal de Justiça – recorde-se – divergia do que então se verificava com o nº 3, do artigo 81º, cuja aplicação, conseqüentemente, dependia em exclusivo daquela Instituição comunitária.

Porém, como é facilmente compreensível, tal jurisprudência (nomeadamente, *Brasserie de Haecht II*) não afectou, de facto, a posição de exclusivo e a centralidade da Comissão, atrás mencionadas.

Apesar da nuance referida e introduzida, a partir de 1973, pela jurisprudência do Tribunal de Justiça, no que diz respeito à aplicação do nº 1,

⁸⁹ Acórdão do Tribunal de Justiça *Brasserie de Haecht II*, de 6.02.1973, Processo 48/72, Rec. p. 77. Ver, também, no mesmo sentido, os Acórdãos do Tribunal de Justiça *BRT/SABAM*, de 30.01.1974, Processo 127/73, Rec. p. 51 e *Ahmed Saed*, de 11.05.1989, Processo 66/86, Rec. p. 803.

do artigo 81º do Tratado (então, artigo 85º), dificilmente os Tribunais e/ou as autoridades nacionais acabariam por poder aplicar tal regra (princípio geral de proibição das ententes lesivas da concorrência no Mercado Comum), na medida em que apenas a Comissão poderia aplicar o nº 3 de tal norma.

Conjugando esta situação (antecedentemente descrita) com o princípio do primado, a hipotética intervenção do nível estadual (autoridades e Tribunais dos Estados-membros) restringir-se-ia sempre àqueles casos em que fosse notória e facilmente provada (diríamos mesmo, evidente) ou a não subsunção do comportamento em apreciação àquela regra, ou então, o seu carácter violador do nº 1, daquele artigo 81º, sem que fosse possível a aplicação de um “juízo de balanço económico” favorável (o mesmo é dizer, a verificação cumulativa das condições previstas no nº 3, dessa mesma regra do Tratado, cuja competência para a respectiva aplicação continuava a pertencer, em exclusivo, à Comissão).

No que dizia respeito à aplicação do artigo 82º do Tratado CE pelos Tribunais e autoridades dos Estados-membros, tal possível aplicação, com efeito, sempre se mostrou relativamente insignificante, por variadas razões. Em rigor, o número de casos julgados pela jurisdição comunitária em que se suscitou a aplicação do artigo 82º do Tratado CE foi também muito menor do que o número de casos relativos a cartéis. A própria estrutura e dimensão das economias dos Estados-membros contribuirá para que as situações em que se suscite a eventualidade de aplicação do artigo 82º do Tratado (abusos de posição dominante) ocorram em menor quantidade, comparativamente com aquelas respeitantes a outras (mais frequentes) práticas comerciais (ententes) – e isto, sobretudo, se compararmos a estrutura e a dinâmica das economias europeias com a norte-americana.

15. Ora, a vigência do regime de aplicação dos artigos 81º e 82º do Tratado CE instituído pelo Regulamento nº 17 de 1962, acabou por manter uma (relativa) independência entre os sistemas de *defesa da concorrência* estaduais, internos e o sistema comunitário.

Se é certo que, em grande medida, foi através do impulso e do exemplo comunitário que começam a desenvolver-se, na maioria dos Estados-membros, culturas e sistemas (jurídicos) de promoção e de *defesa da concorrência*, se é verdade que a emergência de uma cultura concorrencial no espaço europeu, deveu-se, sobretudo, à integração, o facto é que nunca chegou a existir um único modelo de base, comum a todos os Estados-membros e à própria União, em termos de política e de quadro institucional da concorrência.

Igualmente, as soluções processuais próprias de cada sistema estadual eram suficientemente específicas e distintas para que se inviabilizasse qualquer tentativa de identificação, para além das linhas gerais e dos princípios normativos de base, de um modelo institucional e processual comum e tradicional de *defesa da concorrência*, no espaço europeu.

Na realidade, mesmo actualmente, será talvez excessivo considerar-se que a reforma proporcionará, de imediato, a criação de um *único modelo de tutela da concorrência* (sob o ponto de vista jurídico-processual e institucional), comumente partilhado entre todos os Estados-membros e entre estes e a União. O que permitirá serão, outrossim, as condições para que, em parte, exista uma convergência (necessária) no espaço europeu, sob o ponto de vista da própria política e cultura da concorrência, em aspectos que têm a ver directamente com a protecção da estrutura concorrencial do Mercado Interno – e que serão de âmbito e de importância tanto maior, quanto mais se aprofundar a própria integração. Veremos, sobretudo na IIª Parte, que a prazo, essa referida convergência poderá processar-se através de uma progressiva “europeização” dos Direitos nacionais⁹⁰.

⁹⁰ Na verdade, a expressão é de STEPHEN WILKS. Este Autor contrapõe, de facto, a um hipotético risco de “re-nacionalização” do Direito da concorrência comunitário, resultante do novo regime descentralizado de aplicação dos artigos 81º e 82º do Tratado, tal “europeização” dos Direitos nacionais. Esta hipótese será, neste trabalho e sobretudo na IIª Parte, explorada, nomeadamente, no que diz respeito a uma das suas causas imediatas (senão mesmo, a principal): o recurso, por parte da Comissão, a um número crescente de actos de “soft-law” (sobretudo, Comunicações) na condução da Política da concorrência comunitária. STEPHEN WILKS, *Agency Escape: Decentralization or Dominance of the European Commission in the*

Note-se que, de facto, o Regulamento nº 1/2003 não impõe aos Estados-membros a adopção de um determinado esquema institucional (que não foi previsto) interno⁹¹, tendo em vista a aplicação, ao nível institucional - nacional e

Modernization of Competition Policy?, in Governance: An International Journal of Policy, Administration, and Institutions, vol. 18, nº 3, July 2005, p. 431, em especial, p. 437.

⁹¹ Nem seria expectável que o impusesse. Na realidade, o Regulamento nº 1/2003 dá-nos pistas suficientes para considerarmos que pretendeu consagrar um princípio de reserva de aplicação do Direito nacional, relativamente às Autoridades dos Estados-membros. Com efeito, partindo de algumas indicações contidas no Regulamento, poderemos falar num "princípio de autonomia processual". Assim, o nº 2, do artigo 29º do Regulamento nº 1/2003, atribui às autoridades dos Estados-membros a faculdade de retirarem, dentro dos limites geográficos do respectivo território nacional, o benefício resultante da aplicação de um "Regulamento de isenção", sempre que, num determinado caso concreto, as ententes consideradas produzam efeitos incompatíveis com o nº 3, do artigo 81º - efeitos esses que se manifestem precisamente no território em causa ou numa parte desse território, apresentando as características de um mercado geográfico distinto. Ora, a competência territorial limitada dessas Autoridades leva-nos a concluir que a sua actuação, no exercício da faculdade referida, deverá, também e logicamente (ou seja, em conformidade com tal competência territorial limitada), ser regida pelo respectivo Direito nacional.

Por outro lado ainda, o nº 1, do artigo 22º, deste Regulamento, estabelece que "a autoridade de um Estado-Membro responsável em matéria de concorrência pode proceder, no seu território, a qualquer inspecção ou outra medida de inquérito *em aplicação da respectiva legislação nacional* em nome e por conta da autoridade de outro Estado-Membro responsável em matéria de concorrência a fim de determinar a existência de uma infracção aos artigos 81º ou 82º do Tratado (...). Ora, também relativamente a esta hipótese, nos termos do nº 2, daquele mesmo artigo 22º, esclarece-se que "(...) os funcionários das autoridades dos Estados-Membros responsáveis em matéria de concorrência incumbidos de proceder às inspecções e os agentes por elas mandatados exercem os seus poderes nos termos da *respectiva legislação nacional*" (sublinhado nosso). Julgamos que estes elementos (entre outros que oportunamente referiremos) são suficientes para sustentar a afirmação de tal princípio que, conseqüentemente, inviabilizaria também uma hipotética imposição aos Estados-membros de um determinado modelo (interno) de organização ou de esquema institucional. Na realidade, não faria sentido respeitar-se o princípio da autonomia processual, sem que a autonomia de organização institucional fosse, também, respeitada. Por outro lado, o próprio princípio da subsidiariedade imporia como limite, neste caso, tal autonomia. Para mais desenvolvimentos sobre a "autonomia procesual" à luz do Regulamento nº 1/2003, PEDRO MADEIRA FROUFE, *A Aplicação*

resultante da denominada descentralização empreendida, dos artigos 81º e 82º do Tratado CE.

Sobre este possível modelo comum ou convergência institucional, de um modo directo, o Regulamento referido apenas estabelece, no nº1, do seu artigo 35º que os Estados-membros “devem designar a autoridade ou autoridades em matéria de concorrência responsáveis pela aplicação dos artigos 81º e 82º do Tratado por forma a que sejam efectivamente respeitadas as disposições do presente regulamento”.

Esta obrigação imposta aos Estados-membros surge, então, na sequência do artigo 5º (do mesmo Regulamento nº 1/2003) que atribui a necessária competência às autoridades dos Estados-membros responsáveis em matéria de concorrência para aplicar, em processos individuais⁹², os mencionados artigos do Tratado. A este respeito, note-se que, paralela e complementarmente ao artigo 5º, o artigo 6º do Regulamento nº 1/2003 atribui, igualmente, competência para aplicar o artigo 81º e o artigo 82º do Tratado CE, aos Tribunais nacionais.

Um factor que poderá auxiliar o referido processo de (uma relativa) convergência institucional entre os sistemas dos Estados-membros e o sistema comunitário – e, por via disso mesmo, também uma aproximação ou convergência entre os próprios sistemas nacionais dos Estados-membros – é a criação de uma rede europeia de autoridades da concorrência (integrando, precisamente, a Comissão e as autoridades nacionais mencionadas quer no artigo 35º quer no artigo 5º, *supra* referidos e ambos do Regulamento nº 1/2003).

O facto de tal “rede europeia da concorrência” ser também e desde logo um fórum de discussão, de contactos e de troca de experiências entre as várias

dos Artigos 81º e 82º do Tratado CE: O Novo Regime Instituído pelo Regulamento (CE) Nº 1/2003 do Conselho, in Temas de Integração, nº 19, 2005, p. 183-185.

⁹² O que significa, desde logo, que as mencionadas autoridades nacionais não dispõem de competência para exercerem, a nível comunitário e no que diga respeito à aplicação dos mencionados artigos do Tratado CE, poderes regulamentares ou desenvolverem inquéritos sectoriais supranacionais.

autoridades nacionais facilitará, a prazo, tal aproximação, pelo menos no que diga respeito às opções dos Estados-membros quanto às respectivas organizações institucionais internas.

Na realidade, tais autoridades que deverão ser indicadas à Comissão pelos respectivos Estados-membros, desenvolverão, de acordo com o Regulamento nº 1/2003, uma dinâmica, em cooperação entre si e com a Comissão, de aplicação dos artigos 81º e 82º do Tratado CE, tal como é estabelecido no artigo 11º daquele Regulamento.

O nº 1, do artigo 11º afirma, com efeito e em termos de enunciado geral e introdutório, que a “Comissão e as autoridades dos Estados-membros responsáveis em matéria de concorrência aplicam as regras comunitárias de concorrência em estreita cooperação”.

Essa cooperação no âmbito da referida rede – para além de um sistema de repartição e de redistribuição de competências para investigar e decidir certos casos conexos com mais do que uma ordem jurídica, entre as autoridades nacionais e a Comissão e ainda, para além do estabelecimento de um princípio hierárquico que permite, na prática, um avocar de casos por parte da Comissão (nº 6, do mencionado artigo 11º, do Regulamento nº 1/2003) – passa também por um intercâmbio de informações (artigo 12º do Regulamento).

Ora, na verdade, a criação e o funcionamento, sob a batuta da Comissão, desta rede (atrás tónica e introdutoriamente descrita), acaba por levar os Estados-membros a seguir um esquema de organização institucional interna, em matéria de aplicação das regras de concorrência, nomeadamente, dos artigos 81º e 82º do Tratado CE (em cooperação com a Comissão e com as outras autoridades nacionais), relativamente comum. Sem que resulte do Regulamento nº 1/2003 uma obrigação de convergência a cargo dos Estados-membros, o facto é que tal Regulamento e a criação da referida rede e sistema de cooperação/repartição de competências entre os seus integrantes, pressiona (ou, no mínimo, torna conveniente) a adopção de um modelo interno institucional comum: aquele que melhor se adequa ao cumprimento das obrigações dos Estados-membros em matéria de aplicação, em rede e com a

Comissão, dos referidos normativos do Tratado. Como referiremos infra, na IIª Parte deste trabalho, tal modelo acaba por ser “mimetizado” a partir do sistema comunitário, a partir do modelo de organização funcional prosseguido pela própria Comissão. De facto, o denominado “modelo unitário”, em que uma mesma entidade/autoridade de carácter administrativo prossegue as funções de inquérito, instrução e de decisão (ulteriormente sujeita a recursos judicial) é, talvez, o mais simples e aquele que vai progressivamente expandindo-se em toda a União.

Assim – a título ilustrativo do que acabamos de referir – a Espanha e a França empreenderam já alterações legislativas que tiveram, em grande medida, por objectivo, a criação de um modelo institucional assente na lógica da concentração dos poderes de investigação e de decisão numa única autoridade, acabando com o modelo de “sistema dualista” cujas respectivas ordens jurídicas consagravam⁹³.

Portugal, desde 2003, com a Lei nº 18/2003 de 11 de Junho (actual Lei da Concorrência) e o Decreto-Lei nº 10/2003, de 18 de Janeiro (que cria e aprova os Estatutos da Autoridade da Concorrência) seguia já tal modelo assente numa única entidade independente, de carácter público – administrativo⁹⁴, concentrando em si todos os poderes necessários para

⁹³ CARLOS PADRÓS REIG, *La reforma del sistema español de defensa de la competencia. Un nuevo marco institucional de la defensa de la competencia en España*, CEUD Ediciones, Barcelona, 2006.

⁹⁴ Com efeito, a Autoridade da Concorrência “é uma pessoa colectiva de direito público, de natureza institucional, dotada de património próprio e de autonomia administrativa e financeira” (nº 1, do artigo 1º dos Estatutos da Autoridade da Concorrência, adiante designados por EAC), sendo que goza de independência no desempenho das suas atribuições (artigo 4º do EAC), atribuições essas que passam, entre outras, por:

- “Velar pelo cumprimento das leis, regulamentos e decisões destinados a promover a defesa da concorrência” (alínea *a*, do nº 1, do artigo 6º do EAC).
- “ Acompanhar a actividade das autoridades de defesa da concorrência em outros países e estabelecer com elas e com os *organismos comunitários* e internacionais competentes *relações de cooperação*” (alínea *e*, do mesmo nº 1, do artigo 6º do EAC).

garantir a aplicação do sistema interno e comunitário de *defesa da concorrência* (poderes sancionatórios, de supervisão e de regulamentação).⁹⁵

- “Exercer todas as competências que o *direito comunitário* confira às autoridades administrativas nacionais no domínio das regras de concorrência aplicáveis às empresas” (alínea *g*, da mesma norma do EAC).

Os sublinhados são da nossa responsabilidade.

⁹⁵ Nos termos do nº 1 do artigo 7º, do EAC, “ (...) a Autoridade dispõe de poderes sancionatórios, de supervisão e de regulamentação”, sendo que no exercício dos respectivos poderes sancionatórios, compete à Autoridade, nomeadamente: (I) identificar e investigar as práticas susceptíveis de infringir a legislação de concorrência nacional e comunitária, proceder á instrução e decidir sobre os respectivos processos, aplicando, se for caso disso, as sanções previstas na lei” – alínea *a*, do nº 2, do referido artigo 7º do EAC.

CAPÍTULO 2º - A protecção dos *segredos de negócio*, os compromissos e as transacções de carácter processual.

I

A protecção dos *segredos de negócio*.

16. A entrada em vigência do Regulamento nº 1/2003, com efeito, acabou por marcar, também, o início de algumas manifestações de mudança e de convergência (entre ordens jurídicas nacionais e ordem jurídica comunitária) sob o ponto de vista processual. Nessa medida, poderemos também imputar à reforma em curso efeitos – como veremos, directos e intencionais, mas também indirectos – nesse plano (processual) do Direito comunitário e dos Direitos nacionais da concorrência.

Aspectos como a protecção dos segredos de negócio (confidencialidade), o aparecimento e o desenvolvimento de “programas de clemência” ou “imunidade” (ou ainda, seguindo o legislador português, “programas de dispensa ou de atenuação especial da coima”)⁹⁶, a adopção de “compromissos” e de “transacções de carácter processual (“settlements”)⁹⁷ na prática europeia comunitária, a convergência em matéria de sanções pecuniárias, no seio da rede europeia de autoridades da concorrência, são alguns exemplos de relevo que importa considerar, a propósito de uma mudança sentida no plano da

⁹⁶ Entre nós, com efeito, a Lei nº 39/2006, de 29 de Agosto, que estabelece o regime jurídico da dispensa ou da atenuação especial da coima em processos de contra-ordenação por infracção às normas nacionais de concorrência, veio introduzir, pela primeira vez no ordenamento nacional, essa figura “comummente designada por clemência”, já então existente em quase uma vintena de países da União Europeia” e objecto da Comunicação da Comissão relativa à imunidade em matéria de coima e à redução do seu montante nos processos relativos a cartéis – (2002/C 45/03). Ver ANA PAULA ALVES DE SOUSA SILVA CALHAU, *A «Clemência» no Direito da Concorrência em Portugal. Itinerário da Lei nº 36/2006, de 25 de Agosto*, Verbo Jurídico, Dezembro de 2006.

⁹⁷ Questão particular dos “settlements” e dos “compromissos” (artigo 9º do Regulamento nº 1/2003) que atrás já introduzimos e utilizamos como exemplo ilustrativo da influência que o sistema *antitrust* norte-americano teve (tem) nas opções delineadoras da reforma comunitária em curso. Ver também GEORGE STEPHANOV GEORGIEV, *ob. cit.*, (*Contagious Efficiency:...*)

aplicação (imposição) das regras de *defesa da concorrência* na União (e entre os Estados-membros) - e que, portanto, poderemos situar no plano dos efeitos processuais da reforma ou modernização em curso.

17. A questão da protecção dos “segredos de negócio” ou da confidencialidade dos dados e das informações obtidas no decurso de uma investigação a determinados comportamentos das empresas, susceptíveis de afectarem a concorrência, centrou-se directamente em torno do regime instituído pelo artigo 12º do Regulamento nº 1/2003.

Esta norma consagrou, de forma clara, a possibilidade de existir uma troca de informações e de dados que sirvam de elementos de prova, entre as autoridades nacionais integrantes da rede europeia de autoridades da concorrência e entre estas e a Comissão - incluindo-se, nos referidos dados trocados, as informações confidenciais, contendo, precisamente, segredos comerciais ou de negócios (nº 1, do artigo 12º do Regulamento).

O Regulamento limita, também, o âmbito de utilização de tais elementos (de informação e de prova) trocados entre as autoridades e entre estas e a Comissão: esses elementos só poderão ser utilizados como “meios de prova para efeitos de aplicação dos artigos 81º e 82º do Tratado em relação à questão para as quais foram recolhidos pelas autoridades transmissoras” (1ª parte, do nº 2, do mesmo artigo 12º).

Por outro lado ainda, sempre que a legislação nacional for aplicada no mesmo processo em paralelo com o direito comunitário da concorrência e não conduzir a um resultado diferente, os referidos elementos (as informação já comunicadas) poderão também ser utilizadas para a aplicação dessa legislação nacional (2º, parte, no referido nº 2, do artigo 12º do Regulamento nº 1/2003).

Dito isto, o Regulamento introduziu um princípio de troca de informações (incluindo as informações confidenciais de negócios), entre as autoridades da rede europeia.

Esse princípio pressupõe, simultaneamente, não só a natural obrigação de sigilo profissional recaindo sobre quem lide com tais dados (nº 2, do artigo

28º do Regulamento nº 1/2003⁹⁸), como também o facto de a utilização processual (nomeadamente, como meio de prova) de tais informações ser exclusivamente possibilitada às autoridades que tutelam, em primeira linha, a *defesa da concorrência*.

Muitos regimes internos de alguns Estados-membros – como o francês – consagravam, contudo, o princípio da igualdade de acesso a dados, no decurso de um processo tendente à aplicação de regras da concorrência, entre todas as partes envolvidas. Consagrava, portanto, o referido regime nacional, o direito de acesso a tais dados e informações (incluindo as informações confidenciais) por parte de todas as empresas envolvidas na investigação e no processo, quer as empresas investigadas quer as queixosas ou assistentes. Diferentemente do que sucedia com o regime vigente no plano comunitário, no regime francês, a igualdade de posições processuais implicava que todas as partes tivessem acesso às mesmas informações – incluindo as informações confidenciais que poderiam conter segredos de negócios.

Com a vigência do Regulamento nº 1/2003, a necessária articulação entre o regime comunitário e o regime interno francês (ou seja, a manutenção do referido princípio de igualdade, vigente neste regime nacional), implicaria a eliminação, enquanto meios de prova, das informações confidenciais constantes dos processos desencadeados ou pela Comissão ou por outras autoridades

⁹⁸ Com efeito, de acordo com o nº 2, do mencionado artigo 28º do Regulamento nº 1/2003, “ a Comissão e as autoridades dos Estados membros responsáveis em matéria de concorrência, os seus funcionários, agentes e outras pessoas que trabalhem sob a supervisão dessas autoridades, bem como os funcionários e os agentes de outras autoridades dos Estados membros”, assim como “os representantes e peritos dos Estados membros que tomem parte nas reuniões do Comité Consultivo nos termos do artigo 14º do Regulamento” (e que, por essa via do Comité Consultivo, venham a ter acesso a dados e informações sobre empresas envolvidas em processos de investigação), todas essas pessoas e entidades nominadas, “ não podem divulgar as informações obtidas ou trocadas nos termos do presente regulamento e que, pela sua natureza, estejam abrangidas pelo sigilo profissional”.

nacionais – o que acarretaria desvantagens óbvias em termos de investigação e da posição das autoridades da concorrência que a prosseguiam⁹⁹

Ora, referindo-nos particularmente ao caso francês, verificou-se uma voluntária adesão das autoridades e do legislador internos ao sentido seguido pelo Regulamento, relativamente a esta problemática.

Os direitos do queixoso ou de terceiras empresas envolvidas na investigação (em matéria de aplicação das regras de *defesa da concorrência*) acabaram por ser limitados, na ordem jurídica francesa, deixando-se cair tal princípio de igualdade de acesso, decorrente do então artigo L – 463 do *Code de Commerce* francês¹⁰⁰.

Podemos, portanto, a este respeito e focalizando a nossa atenção no caso francês, falar de uma convergência processual desencadeada indirectamente pelo Regulamento nº 1/2003 – o mesmo é dizer, em termos mais amplos, pela reforma em curso do Direito da concorrência comunitário¹⁰¹.

⁹⁹ Sem embargo de, sob o ponto de vista da garantia dos investigados, entendermos serem estas desvantagens justificadas. Ou seja, pensamos não ser liminarmente indefensável uma posição que, relativamente à composição concreta dos interesses e princípios envolvidos, privilegie a posição do investigado, face à posição do investigador. Não abordaremos, contudo, agora, esta discussão.

¹⁰⁰ Alteração essa, consubstanciada através da *Ordonnance* 2004 – 1173, de 4 de Novembro de 2004.

¹⁰¹ Ver, também, a respeito desta problemática, LAURENCE IDOT, *ob. cit* (*Droit Communautaire de la Concurrence...*), p. 68 a 71, parágrafos 133 – 142.

II

“Compromissos” e “Transacções de carácter processual”

2.1 – Caracterização e delimitação dos institutos.

18. Enunciamos, atrás, algumas manifestações de mudança e de convergência (entre ordens jurídicas nacionais e ordem jurídica comunitária) sob o ponto de vista processual, resultantes da reforma do Direito comunitário da concorrência – em particular, imputáveis ao Regulamento nº 1/2003. Referimos o caso do tratamento das informações confidenciais (segredos de negócio) cuja problemática introduzimos anteriormente, ilustrando-a com as alterações verificadas na ordem jurídica francesa - em concreto, no respectivo regime de tratamento, no âmbito dos processos relativos à aplicação das normas de concorrência¹⁰².

Salientamos, também, a introdução, a partir do Regulamento nº 1/2003, dos novos institutos dos “compromissos” (artigo 9º daquele Regulamento) e das “transacções” (agora, balizadas normativamente pelo Regulamento nº 773/2004).

Na nossa perspectiva, tais referências ilustram, antes de mais, um dos sentidos e uma das motivações da reforma em curso: uma vontade de convergência – partindo das instâncias e de uma parte da opinião especializada europeias – com as soluções do Direito *antitrust* norte-americano. Entendemo-las, também, como um reflexo da tentativa de se alcançar (tanto quanto possível) uma espécie de sistema uniformizado de *defesa da concorrência* transatlântico que resultaria, também e em paralelo, de uma reorientação da política europeia para objectivos e metodologias tradicionalmente prosseguidos pelo sistema *antitrust* norte-americano.

Até certo ponto, a pretexto de uma abordagem mais económica (neo-clássica) e centrada prioritariamente no “bem – estar dos consumidores”,

¹⁰² Referimos o caso francês, utilizando-o, contudo e como notamos, enquanto ilustração de um efeito passível de ser desencadeado, em termos gerais e envolvendo outras ordens jurídicas internas, pela reforma e, em particular (neste ponto), pelo Regulamento nº 1/2003

pretende-se desenvolver, inclusivamente, uma cultura concorrencial comum, se bem que resultante (na nossa perspectiva) da “ auto - aculturação” europeia em relação à cultura *antitrust* norte-americana.

De todo o modo, estes compromissos (introduzidos pelo Regulamento nº 1/2003) e as referidas transacções (“settlements”), tentando institucionalizar, no sistema comunitário, lógicas e estilos do sistema *antitrust* norte-americano, acabam, também, por contribuir para uma certa convergência processual entre os sistemas dos Estados-membros, no que respeita à aplicação impositiva das normas dos artigos 81º e 82º do Tratado CE.

Quer, dizer, na realidade, para além de introduzir tais institutos no ordenamento comunitário, a reforma e, em particular, o Regulamento nº 1/2003 (ver o respectivo artigo 5º), incluem expressamente a faculdade de aceitar os compromissos no elenco ou tipificação das decisões que as próprias autoridades nacionais da concorrência (ligadas em rede) poderão adoptar, quando aplicam as normas dos artigos 81º e 82º, ambos do Tratado CE.

Retornamos, agora e neste ponto (enunciação de institutos ou procedimentos resultantes da reforma em curso e que manifestam ou apontam, directa ou indirectamente, para uma convergência processual entre os Direitos dos Estados-membros e o Direito comunitário), à questão das transacções (“settlements”), para salientar alguns pontos problemáticos que poderão ser equacionados a propósito desta nova figura (ou, talvez mais rigorosamente, procedimento).

Importa, desde já e mesmo no âmbito desta panorâmica geral que traçamos relativamente a alguns pontos salientes da reforma em curso no Direito da concorrência comunitário, precisar, a respeito dos mencionados compromissos e transacções, alguns conceitos definitórios.

Estas figuras ou institutos introduzidos na aplicação impositiva (levada a cabo pela Comissão) do Direito da concorrência comunitário, poderão ser melhor compreendidas se forem comparadas com o procedimento normal de aplicação das regras desse Direito. Desenha-se, efectivamente, uma separação tendencial entre dois caminhos ou vias processuais (apenas tendencial, porque,

na realidade, há pontos de confluência): por um lado, a via ordinária, regida por regras que constam de vários actos de direito derivado e da própria jurisprudência comunitária e, por outro lado, o caminho mais informal(izado), resultante, precisamente, da absorção, por parte do Direito comunitário, daquelas figuras ou procedimentos (de inspiração, como referimos, norteamericana) e que poderemos designar, então, em sentido amplo e recorrendo á terminologia anglo-saxónica, por “settlements” (repita-se, *lato sensu*).

As regras processuais que desenham e balizam a via ordinária, conducente à verificação, por parte da Comissão, da existência (ou não) de uma infracção e à eventual aplicação de medidas sancionatórias (nomeadamente, de coimas), resultam – para além da jurisprudência do Tribunal de Justiça e de várias Comunicações da Comissão - do Regulamento do Conselho nº 1 de 1958 que estabelece o regime linguístico da Comunidade Económica Europeia¹⁰³, do Regulamento nº 1/2003 e ainda, do Regulamento nº 773/2004 (estes dois últimos, protagonizando directamente o processo de reforma e de modernização, em curso).

Essa via ordinária, no fundo, aponta para a tomada de uma decisão fundada nos termos dos artigos 7º (“Verificação e Cessação da infracção”) e 23º (Coimas) do Regulamento nº 1/2003, ou seja, uma decisão tendo em vista, no âmbito da aplicação dos artigos 81º e 82º do Tratado CE, determinar, como mencionamos, a existência (ou não) de uma infracção, a imposição de medidas tendentes da colocarem um termo a tal infracção e remediarem a violação do Direito comunitário ocorrida, bem assim como a aplicação medidas sancionatórias. Pressupõe – este caminho ordinário – percorrerem-se passos fixados normativamente, ou seja, sujeitos à *legalidade* estrita e *sem margem de discricionariedade* (processual) por parte da Comissão, assim como implica, também, o respeito pela lógica organizacional (do processo) determinada pelo *princípio do contraditório*.

¹⁰³ Regulamento nº 1 (J.O. nº L 17 de 06.10.1958, p. 385) que foi modificado pelos Regulamentos (CE) nº 920/2005 do Conselho, de 13 de Junho de 2005 (J.O. nº L 156, de 18.06.2005, p. 3) e nº 1791/2006, de 20 de Novembro de 2006 (J.O. nº L 363, de 20.12.2006, p. 1).

Na realidade, antes de adoptar uma decisão (recorde-se, nos termos dos artigos 7º e 23º do Regulamento nº 1/2003), a Comissão notifica a ou as empresas responsáveis pela prática investigada, dando-lhes a conhecer as suas objecções relativamente a tal prática e a sua projectada decisão (formada em função dos factos apurados no decurso da investigação).

Após a recepção da dita notificação, a empresa ou empresas interessadas (e visadas), têm acesso ao respectivo processo e podem responder a tais objecções da Comissão, por via escrita ou oral, durante uma audiência marcada para tal efeito. Fazendo o paralelo com os quadros gerais do processo administrativo interno, poderemos equipará-la a uma “audiência prévia dos interessados”.

A decisão (final) subsequente da Comissão deverá ser, nos termos gerais de Direito, suficientemente fundamentada e redigida numa língua oficial da Comunidade, sendo enviada (notificada) a cada uma das empresas envolvidas.

Naturalmente, esta decisão é passível, nos termos do artigo 230º do Tratado CE, de recurso judicial, a interpor no Tribunal de Primeira Instância¹⁰⁴ que poderá, total ou parcialmente, anular tal decisão e, eventual e consequentemente, anular totalmente, reduzir ou aumentar a coima nela estabelecida. Poderá seguir-se, subsequentemente, um recurso da decisão judicial do Tribunal de Primeira Instância para o Tribunal de Justiça, limitado às questões de direito.

Na verdade, os procedimentos de (*lato sensu*) “settlement”, acabam por introduzir vias alternativas do percurso decisional da Comissão, mais informais e negociadas. Poderão ser definidos como vias processuais ou abreviadas e de base parcialmente negociada ou consensualizada (no caso do compromisso, nos termos do artigo 9º do Regulamento nº 1/2003), ou mesmo transacções se bem que com carácter e relevância processual (no caso dos “settlements”, com enquadramento no artigo 10º-A do Regulamento nº 773/2004).

¹⁰⁴ Seguindo-se a tramitação prevista nos termos das regras que definem o contencioso comunitário, ou seja, para além do Tratado CE (e, particularmente, o artigo 230º que institui a acção ou recurso de anulação), o Regulamento do Processo e o Estatuto do Tribunal de Justiça.

19. Em sede de conceitos definitórios que nos propusemos, atrás, precisar, importa ainda – tendo como referência a via processual ordinária anteriormente mencionada – fazer uma distinção entre os “settlements” propriamente ditos (que, denominamos de “transacções de carácter processual”, remetendo-nos, actualmente e em termos de balizas normativas, para o Regulamento nº 773/2004) e os “compromissos” (previstos no artigo 9º, do Regulamento nº 1/2003).

Estes últimos (os compromissos), desde logo, não têm lugar nos casos em que a Comissão prevê a aplicação de uma coima, na medida em que as decisões de compromisso devem concluir “pela inexistência de fundamento para que a Comissão tome medidas”, sendo que poderão ser aprovados “por um período de tempo determinado” (nº 1, artigo 9º do Regulamento nº 1/2003).

Esta decisão de compromisso que deverá concluir pela inexistência de fundamento para a Comissão agir, fá-lo-á sem que daí se infira que “tenha ou não havido, ou ainda haja, infracção¹⁰⁵”.

Assim sendo, é compreensível - tendo por referência a efectividade do direito da concorrência comunitário e a sua adequada (óptima) imposição (de carácter público) – a possibilidade prevista no nº 2, do artigo 9ª do Regulamento nº 1/2003: a Comissão voltar a dar início ao processo, por denúncia ou oficiosamente, se ulteriormente verificar que as empresas destinatárias da decisão não cumprem o compromisso, ou que tal compromisso foi alcançado com base em informações “incompletas, inexactas ou deturpadas” ou ainda, se sobrevier a ocorrência de uma alteração substancial da situação de facto em que a decisão se fundou.

Esta nota permite-nos justificar a seguinte conclusão: a decisão adoptada nos termos do artigo 9º do Regulamento nº 1/2003, acaba por declarar uma situação de direito precária para a empresa ou empresas suas destinatárias. Até certo ponto – se bem que por motivos diferentes – um compromisso adoptado pela Comissão nos termos do artigo 9º do Regulamento nº 1/2003, permite-nos, nesse aspecto agora referido (ou seja, o da sua

¹⁰⁵ Número 13, Preâmbulo do Regulamento nº 1/2003.

precariedade), invocar semelhanças entre esta figura e os anteriores “certificados negativos”, emitidos pela Comissão no âmbito do regime instituído pelo Regulamento nº 17 de 1962.

Esses “certificados negativos” – diferentemente dos actuais compromissos – eram motivados pela ausência ou insuficiência de dados disponíveis, resultantes da apreciação prévia da Comissão, para que fosse adoptada uma decisão de proibição ou de não aplicação do artigo 81º, com carácter definitivo.

Os compromissos agora existentes são determinados – no desenho que o legislador comunitário deles traçou, no Regulamento nº 1/2003 – por um critério de oportunidade: a Comissão entende que as medidas propostas pelas empresas são suficientes e adequadas para ultrapassarem os receios daquela Instituição, dando uma resposta imediata aos riscos maiores que motivaram as suas objecções, permitindo, desde logo, atalhar caminho relativamente a uma (alternativa) decisão adoptada de acordo com a tramitação ordinária, nos termos do artigo 7º daquele Regulamento.

A Comissão, em termos de oportunidade e depois de formular as suas objecções, entende que com tal compromisso atenuam-se os riscos concorrenciais que, provavelmente, as condutas em apreciação comportariam, sendo, pelo menos, tais riscos compensados/anulados imediatamente. Tal compromisso justifica que a Comissão pare¹⁰⁶ (e, conseqüentemente, tenha um ganho em termos de economia processual) o procedimento ordinário conducente à adopção de uma decisão definitiva, nos termos do artigo 7º do Regulamento nº 1/2003.

Assim sendo, este compromisso poderá ser entendido como um sucedâneo mais expedito e económico de uma decisão (ordinária) adoptada

¹⁰⁶ Na realidade, esta paragem corresponderá a uma suspensão, na medida em que, como referiremos, nos termos do nº 2, do artigo 9º do Regulamento em causa, a Comissão poderá “voltar a dar início ao processo”. De todo o modo, tal suspensão não está sujeita a nenhum prazo, podendo manter-se indeterminadamente, desde que a Comissão nunca entenda ter a necessidade de retomar o processo, na medida em que não ocorra nenhuma das circunstâncias previstas nesse nº 2, do artigo 9º do mencionado Regulamento.

nos termos do artigo 7º do Regulamento nº 1/2003. Porém, como referimos, não podendo o compromisso ser utilizado quando a Comissão preveja a aplicação de uma coima, então, ele já não será uma alternativa a uma decisão fundada nos termos do artigo 23º do Regulamento em causa¹⁰⁷.

20. A utilização desta via processual prevista no artigo 9º do Regulamento nº 1/2003 (o compromisso) é uma faculdade da própria Comissão.

A redacção do artigo 9º do Regulamento, bem assim como a jurisprudência do Tribunal de Primeira Instância (nomeadamente, no caso *Alrosa Company Ltd vs. Commission*, de 11 de Julho de 2007¹⁰⁸), não deixam dúvidas sobre o facto de a Comissão não poder ser compelida a socorrer-se desta via processual, nem poder, conseqüentemente, ser sancionada pelo facto de o fazer (ou não).

Caímos, aqui e no que diz respeito à oportunidade de avançar através da via aberta pelo artigo 9º, do Regulamento nº 1/2003, no âmbito de uma reconhecida margem de discricionariedade e de oportunidade, atribuídas à Comissão. Existe, portanto, uma faculdade ou prerrogativa da Comissão que lhe permite escolher entre seguir a via que conduzirá à adopção de uma decisão nos termos do artigo 7º (e, eventualmente, 23º) do Regulamento nº 1/2003 ou, ao invés, enveredar pelo procedimento abreviado conducente a uma decisão de compromisso, nos termos do artigo 9º do mesmo Regulamento (e isto, desde que a Comissão não preveja aplicar uma coima, como referimos).

Essa margem de apreciação e, nestes termos, tal discricionariedade de que dispõe a Comissão, estende-se, *a fortiori*, ao próprio conteúdo dos compromissos que, pelas partes, lhe são apresentados. A Comissão não fica, portanto, vinculada aos termos de tais propostas de compromisso, tal como

¹⁰⁷ Confrontar, também a este respeito, o nº 13, do Preâmbulo do Regulamento nº 1/2003, onde se pode ler, na respectiva parte final, que as “decisões relativas a compromissos não são adequadas nos casos em que a Comissão tencione impor uma coima”.

¹⁰⁸ Acórdão do Tribunal de Primeira Instância *Alrosa Company Ltd vs. Commission*, Processo T – 170/06

expressamente é declarado no *supra* mencionado Acórdão *Alrosa Company Ltd vs. Commission*¹⁰⁹.

Ora, o já assinalado carácter precário da situação jurídica resultante, para as empresas, destas decisões de compromisso, permite-nos, também, numa primeira leitura, compreender o facto – sempre problemático, em termos de repartição de competências de intervenção em matéria de *defesa da concorrência*, entre a instância comunitária e a nacional – de estes compromissos alcançados entre aquelas empresas e a Comissão, não prejudicarem “a competência das autoridades responsáveis em matéria de concorrência e dos tribunais dos Estados-membros de fazer declarações semelhantes e de decidir sobre a questão” (conforme resulta expressamente do nº 13, do Preâmbulo do Regulamento nº 1/2003). Ou seja, aparentemente, as autoridades nacionais e os Tribunais dos Estados-membros poderão decidir – aplicando mesmo os artigos 81º e 82º do Tratado CE – sobre casos que tenham previamente sido objecto, por parte da Comissão, de uma decisão (mesmo ainda em vigência) adoptada nos termos do artigo 9º do Regulamento nº 1/2003¹¹⁰.

Como referimos, em matéria de repartição de competências (de intervenção) entre as autoridades nacionais e a Comissão, esta possibilidade será sempre problemática. Parece-nos difícil articular uma situação em que a Comissão adopte um compromisso com uma ou algumas empresas¹¹¹ e, por

¹⁰⁹ Acórdão *Alrosa*, em particular, respectivos pontos 87 a 88 e 91 a 92.

¹¹⁰ Neste sentido, também, WOUTER P. WILS, *ob. cit.* (*The use of Settlements...*), p. 6 e VAN BAEL & BELIS, *ob. cit.*, (*Competition Law...*) p. 1138: “It is to be noted that a commitment decision adopted by the Commission does not establish the existence of an infringement but merely arrives at the conclusion that there are no grounds for action. As a result, national competition authorities and courts *are not precluded from establishing the existence of an infringement*” (Sublinhado nosso).

¹¹¹ Isto dito, significando, portanto, que a Comissão aceitou que não há fundamento para a sua intervenção, uma vez que as empresas deram resposta às suas objecções e a Comissão entendeu que, conseqüentemente, seria oportuno, desde logo, não prosseguir com o processo conducente à adopção de uma decisão que verificasse (ou no limite, não o fizesse) a existência de uma infracção.

outro lado, durante a vigência de tal compromisso, as autoridades de um determinado Estado-membro poderem avançar internamente com um processo passível de culminar numa decisão de proibição e numa condenação da empresa ou empresas em causa, pelos mesmos factos.

Além do mais - ou seja, para além das dificuldades levantadas, nessa hipótese, pela necessidade de se garantir o efeito útil do primado do Direito comunitário, assim como o respeito pelo princípio da lealdade - normativamente, deparamos com a incomodidade que sempre resultará, em situações concretas como a equacionada, de necessitarmos de articular o nº 6, do artigo 11º do Regulamento nº 1/2003, com tal intervenção (aparentemente, contraditória com esta regra) das autoridades e dos Tribunais nacionais. Ainda que se diga que, literalmente, este nº 6, do artigo 11º do Regulamento, apenas impede as autoridades dos Estados-membros de aplicarem os artigos 81º e 82º do Tratado CE naqueles casos em que está (*ainda*) em curso, por parte da Comissão, "a tramitação conducente à aprovação de uma decisão nos termos do capítulo III^{112/ 113}", a teoria da "barreira única"¹¹⁴, consagrada no artigo 16º do mesmo Regulamento, acabará, igualmente, por levantar problemas a tal hipótese de intervenção das autoridades nacionais.

O nº 1, do artigo 16º do Regulamento nº 1/2003, com efeito, impede os tribunais nacionais de tomarem decisões judiciais que contrariem as decisões já adoptadas pela Comissão, sobre os mesmos factos e o nº 2 desse mesmo

¹¹² Ou seja, uma decisão de verificação e cessação da infracção, nos termos do artigo 7º do Regulamento nº 1/2003, uma decisão que ordene medidas provisórias, nos termos do artigo 8º do mesmo Regulamento ou ainda (integrando ainda a previsão deste capítulo III), uma decisão de compromisso, de acordo com o artigo 9º e/ou uma decisão que contenha uma declaração de inaplicabilidade, fundada no interesse público comunitário e nos termos do artigo 10º do Regulamento.

¹¹³ Ou seja, ainda que se defenda que tal normativo não se aplica às situações em que a Comissão já adoptou uma decisão, tendo a sua previsão sido dirigida unicamente para aquelas situações em que ainda não existe essa decisão, *estando ainda em curso* a tramitação conducente à sua adopção.

¹¹⁴ Neste contexto, o significado comumente atribuído à expressão "barreira única" prende-se com o facto de a prática (e consequentemente, as empresas que a implementam) só dever (e tendencialmente só poder) ser apreciada numa instância ou autoridade.

artigo 16º, referindo-se às autoridades nacionais, impõe-lhes igualmente a mesma impossibilidade.

Assim, tal nº 2, daquele artigo 16º, estabelece literalmente que:

“Quando se pronunciarem sobre acordos, decisões ou práticas ao abrigo dos artigos 81º e 82º do Tratado que já tenham sido objecto de decisões da Comissão (como será o caso de uma decisão adoptada nos termos do artigo 9º, do Regulamento), as autoridades dos Estados membros (...) não podem tomar decisões que sejam contrárias à decisão aprovada pela Comissão”.

Na realidade, se é certo que a decisão tomada nos termos do nº 1, do artigo 9º do Regulamento nº 1/2003 apenas verifica a “inexistência de fundamento para que a Comissão tome medidas” (nº 1, do referido artigo), “sem daí se inferir que tenha ou não havido, ou ainda haja, infracção” (nº 13, Preâmbulo do Regulamento nº 1/2003), não deixa de ser, também, apropriado pensar-se que com base nos mesmos factos (ou, pelo menos, no mesmo conhecimento de tais factos), não será provável que as autoridades e/ou os Tribunais nacionais encontrem fundamento para, sem margem de dúvida, concluírem pela ocorrência de uma violação.

Poder-se-á argumentar que muito previsivelmente as autoridades dos Estados-membros que projectam proibir e sancionar uma determinada conduta que motivou, precedentemente, uma decisão, nos termos do artigo 9º do Regulamento nº 1/2003, puderam (tais autoridades nacionais) desenvolver as suas investigações mais extensa e aprofundadamente do que sucedeu com a Comissão e, dessa forma, conseguindo, assim, apurar e revelar outros contornos, efeitos ou consequências (não equacionados pela Comissão) mais conclusivos quanto à existência de uma infracção. Mas, sendo, porventura, assim, pensamos, então e em rigor (e presumindo ter existido a situação agora descrita) que provavelmente as autoridades nacionais detectaram a existência de uma *alteração substancial dos próprios factos* que sustentaram a decisão antecedente da Comissão ou, em alternativa, que tais autoridades puderam apurar *mais informações*, verificando-se que aquelas anteriormente prestadas à Comissão eram incompletas, deturpadas ou inexactas.

Dito de outro modo, afigura-se-nos como mais provável - projectando uma situação em que, apesar da existência de um compromisso aceite e adoptado pela Comissão, as autoridades e os Tribunais dos Estados-membros acabam por intervir relativamente ao mesmo comportamento, aplicando os artigos 81º e/ou 82º do Tratado CE e proibindo tal comportamento – que as causas que levam as autoridades e Tribunais nacionais a agir, sejam as mesmas que poderiam levar a Comissão, nos termos do nº 2, do artigo 9º do Regulamento nº 1/2003, a retomar o processo contra aquela mesma conduta objecto da prévia decisão de compromisso.

Assim, pensamos que – em razão do primado e da lealdade comunitária, assim como em função do estabelecido nos nº 6, do artigo 11º e artigo 16º, ambos do Regulamento nº 1/2003 – dever-se-ia precisar que uma decisão de compromisso adoptada pela Comissão não impede as autoridades e os Tribunais nacionais de decidirem (mesmo contrariando tal compromisso prévio alcançado pela Comissão), desde que tais autoridades e Tribunais dos Estados-membros concluam pela verificação das condições previstas no nº 2, do artigo 9º daquele Regulamento (as mesmas que legitimam a Comissão a voltar a dar início ao processo).

O que não parece levantar dúvidas é o facto de uma decisão adoptada nos termos do artigo 9º do Regulamento nº 1/2003 poder ser questionada judicialmente, sendo objecto de um recurso ou acção de anulação, nos termos do artigo 230º do Tratado CE. Na medida em que a empresa ou empresas objecto de tal decisão foram, elas próprias, que propuseram o compromisso alcançado, será previsível que tais acções de anulação sejam muito pouco frequentes. Menos frequentes, pelo menos, do que aquelas que se suscitam relativamente às decisões adoptadas pela Comissão, seguindo a via processual ordinária - ou seja, aquelas decisões tomadas em conformidade com os artigos 7º e artigo 23º do Regulamento nº 1/2003.

Mencionamos já, anteriormente, o caso e o Acórdão do Tribunal de Primeira Instância *Alrosa*. Na verdade, este Acórdão não contraria a observação anterior, na medida em que a acção de anulação à qual correspondeu foi

proposta por uma terceira empresa (a *Alrosa*), directa e individualmente afectada por tal decisão adoptada nos termos do artigo 9º, do Regulamento nº 1/2003 e cuja destinatária directa era a empresa *De Beers*¹¹⁵.

2.2 – O carácter excepcional dos “compromissos”.

21. Para além dos compromissos, importa, também, precisar os contornos da figura que denominamos de “transacção de carácter processual” ou, simplesmente, “procedimento de transacção”. Em rigor, é relativamente a estes procedimentos (de transacção) que, com mais propriedade, se poderá utilizar a expressão anglo-saxónica “settlement” (os “settlements” propriamente ditos).

Assim, esta via processual de aplicação tendencialmente mais informal e consensualizada dos normativos de *defesa da concorrência* (como veremos, apenas circunscrita à aplicação do artigo 81º do Tratado CE), corresponde a um caminho distinto daquele outro previsto no artigo 9º do Regulamento nº 1/2003 (compromisso). Ao invés deste último (em que a Comissão emite uma decisão que conclui pela “inexistência de fundamentos para que tome medidas”), a transacção pretende ser uma forma agilizada de verificação de uma prática anticoncorrencial, ou seja e em concreto, uma via mais expedita de verificação de uma infracção ao artigo 81º do Tratado CE. Nessa medida, podemos dizer

¹¹⁵ Com efeito, a empresa *De Beers*, assim como a *Alrosa*, ocupavam o primeiro e o segundo lugar no respectivo mercado relevante da produção (mundial) de diamantes. A decisão objecto de recurso de anulação, intentado pela *Alrosa*, tinha como destinatária directa a *De Beers*, acabando o respectivo compromisso por impedir qualquer aquisição de diamantes, por tempo indeterminado, da *De Beers* à *Alrosa*. A propósito do Acórdão *Alrosa* referido (Tribunal de Primeira Instância, Processo nº T – 170/06), ver os comentários de ERIC GIPPINI – FOURNIER, *Community Report – The Modernisation of European Competition Law: First Experiences with Regulation 1/2003*, FIDE Congress 2008 (28 – 31 May 2008), p. 43 – 51, também na *Internet*, em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1139776, DAMIEN GERARD, «*Diamonds are Forever*»: a Look into the *Alrosa* Judgment of the Court of First Instance of the European Communities, *eSapience Center For Competition Policy (case note)*, July 2007, também disponível, na *Internet*, no sítio do *GCP – The Online Magazine for Global Competition Policy*, em: www.globalcompetitionpolicy.org

que o procedimento de transacção tem como pano de fundo (ou referência) o próprio processo ordinário, conducente à adopção, por parte da Comissão, de uma decisão nos termos dos artigos 7º e 23º do Regulamento nº 1/2003.

Apesar de estes procedimentos de transacção serem já informalmente praticados pela Comissão, antecedentemente à entrada em vigência do Regulamento nº 1/2003 e dos demais actos normativos que positivaram (e positivam) a reforma do Direito comunitário da concorrência, correspondendo, portanto, a uma prática *ad-hoc* de agilização da tomada de decisões da Comissão, no âmbito da aplicação do artigo 81º do Tratado CE, o facto é que só recentemente, com o Regulamento (CE) nº 622/2008 da Comissão de 30 de Junho de 2008¹¹⁶ - que veio modificar o Regulamento (CE) nº 773/2004 da Comissão de 7 de Abril de 2004¹¹⁷, inserido no "Pacote Modernização" - é que se institucionalizou e balizou normativamente esta figura. Para além desse Regulamento de 2008 e, especificamente, do artigo 10º-A, por ele introduzido no Regulamento (CE) nº 773/2004, o quadro da institucionalização das transacções é, ainda, complementado pela Comunicação da Comissão, também de 2008, "relativa à condução de procedimentos de transacção para efeitos de adopção de decisões nos termos do artigo 7º e do artigo 23º do Regulamento (CE) nº 1/2003 do Conselho nos processos de cartéis"¹¹⁸.

Dissemos, atrás, que o procedimento baseado artigo 9º do Regulamento nº 1/2003 poderia ser entendido como uma via processual alternativa à tomada de uma decisão nos termos do artigo 7º do mesmo Regulamento; tal não será, então e agora, o caso de uma transacção (ou do procedimento de transacção), na medida em que esta culminará, efectivamente, com uma decisão fundada, precisamente, nos termos daqueles artigos 7º (verificação e cessação de uma infracção) e 23º (coimas) do Regulamento nº 1/2003 - e isto, se bem que através de um "atalho" ou caminho mais expedito do que aquele que seria

¹¹⁶ Jornal Oficial nº L 171, de 1.07.2008, p. 3

¹¹⁷ Jornal Oficial nº L 123 de 27.04.2004, p. 18.

¹¹⁸ (2008/C 167/01) – Jornal Oficial nº C 167, de 02.07.2008, p. 1

seguido normalmente, sem o procedimento de transacção, assim enxertado na via processual ordinária¹¹⁹.

Compreende-se, portanto, que a oportunidade para se desencadear um procedimento de transacção surja após a Comissão ter dado início formalmente a um processo (tendente à aplicação do artigo 81º do Tratado CE), nos termos do nº 6, do artigo 11º do Regulamento (CE) nº 1/2003 e na sequência da apreciação que, em função das informações e elementos de prova entretanto apurados, a própria Comissão faça sobre a conveniência e a viabilidade de uma transacção.

Nos termos do nº 1, do artigo 10º - A do Regulamento (CE) nº 773/2004, a Comissão poderá, após ter dado início ao processo nos termos atrás referidos (ou seja, formalmente e em conformidade com o nº 6 do artigo 11º do Regulamento nº 1/2003), “fixar um prazo para que os interessados directos (ou seja, as empresas sob investigação) declarem por escrito que estão dispostos a participar em conversações, tendo em vista a eventual apresentação de propostas de transacção”.

Habitualmente e considerando, sobretudo, a experiência histórica da utilização das transacções (*ad-hoc*) antes da entrada em vigência da nova redacção do Regulamento (CE) nº 773/2004 (em particular, da nova redacção de 2008 que introduziu, neste acto normativo, o artigo 10º- A), numa grande maioria das situações, tais transacções são alcançadas antes da comunicação de objecções efectuada pela Comissão e prevista, nomeadamente, nos termos do artigo 10º do mencionado Regulamento (CE) nº 773/2004. Contudo, tais transacções surgem, por vezes, após a recepção, por parte das empresas, de tal comunicação de objecções relativamente às práticas em questão, quando as destinatárias de tais objecções compreendem, com rigor, o alcance e a gravidade da infracção investigada. Menos frequentes – ainda assim, não totalmente inexistentes – são os casos em que as transacções são conseguidas

¹¹⁹ Na realidade, a transacção processual de que tratamos acaba por se inserir nesse processo, dele sendo uma espécie de variante ou procedimento especial para agilizar o seu resultado final (ou conclusão).

já perto do fim do processo formal e ordinário que, relativamente às condutas controvertidas, era desenvolvido pela Comissão¹²⁰.

Se os interessados directos (todos ou apenas alguns) manifestarem, na sequência da solicitação/possibilidade aberta pela Comissão, interesse em avançarem para o procedimento em causa e, conseqüentemente, numa eventual transacção, então, aquela Instituição promoverá e conduzirá tais conversações ("settlements discussions"). Durante tais conversações, a Comissão informará os interessados sobre os elementos essenciais do caso aberto e sob investigação, tais como os factos que lhes são imputados (no fundo, a descrição e caracterização do cartel, assim como a sua duração), a respectiva gravidade, as provas recolhidas, a atribuição de responsabilidades e uma estimativa das sanções – nomeadamente, das coimas – que a Comissão prevê aplicar.

Note-se que as informações referidas, em particular aquelas que respeitam às coimas, deverão ser prestadas, também, para efeitos do respectivo enquadramento (de tais sanções) quer à luz da Comunicação da Comissão relativa às "orientações para o cálculo das coimas aplicadas por força do nº 2, alínea a), do artigo 23º, do Regulamento (CE) nº 1/2003¹²¹" quer, ainda, sob o prisma da Comunicação "relativa à imunidade em matéria de coimas e à redução do seu montante nos processos relativos a cartéis."¹²² Com efeito, desde que os pressupostos e as condições requeridas se verifiquem, é possível articular, no que diga respeito ao cálculo e à aplicação de uma coima, a sanção com que culminará o processo iniciado pela Comissão, nos termos do nº 6, do artigo 11º do Regulamento nº 1/2003 (e, conseqüentemente, a coima a aplicar ao abrigo do artigo 23º do mesmo Regulamento), com a referida imunidade ou tratamento de benefício em matéria, precisamente, de coimas e

¹²⁰ Ver a referência feita por VAN BAEL & BELIS, *ob. cit.*, (*Competition Law ...*), p. 1137, relativamente ao caso *Philip Morris e IBM*, referenciados no *Fourteenth Report on Competition Policy de 1984* (em particular, pontos 98 e 99 e 94 e 95), publicado, pela Comissão, em 1985 e em Anexo ao *Eighteenth General Report on the Activities of the European Communities*.

¹²¹ (2006/C 210/02), Jornal Oficial nº C 210, de 01.09.2006, p. 2

¹²² Comunicação da Comissão (2006/C 298/11), Jornal Oficial nº C 298, de 08.12.2006, p. 17. Programa comunitário de "Clemência".

redução do seu montante (ou seja, com o comumente designado programa comunitário de “clemência”).

Ora, o desenvolvimento das conversações e, portanto, o desenrolar, nos termos previsto quer no Regulamento (CE) nº 773/2004 quer na Comunicação relativa à condução de procedimentos de transacção, permitirá salvaguardar-se o exercício dos direitos de defesa das empresas interessadas. Essa é também uma preocupação que transparece não só do Regulamento (CE) nº 773/2004, mas também da própria Comunicação (mencionada) “relativa à condução de transacções para efeitos da adopção de decisões (...) nos processos de cartéis¹²³”

As conversações destinadas a alcançar-se uma transacção, permitindo o contraditório entre os pontos de vista de ambas as partes (Comissão e empresas), garantem, assim e na perspectiva da Comissão, uma suficiente e adequada composição entre, por um lado, os interesses processuais justificativos deste atalho (como atrás o apelidamos) do processo decisório ordinário e, por outro lado, a quantidade e a intensidade de contraditório e de salvaguarda material dos direitos de defesa das empresas em entente e sob investigação.

Na realidade, os interesses processuais justificativos do procedimento de transacção estão patentes, na perspectiva da Comissão, desde logo no nº 1, da mencionada Comunicação “relativa à condução de procedimentos de transacção”.

Nesse seu ponto primeiro, a Comunicação mencionada começa por assumir o objectivo de estabelecer “um quadro que permite recompensar a

¹²³ (2008/C 167/01). Ver, em particular, nºs 23 e 24. Ver, em particular, as possibilidade de recurso ao denominado “Auditor” que, durante o decurso do procedimento de transacção, os interessados directos têm: “Os interessados directos podem, a todo o momento durante o processo de transacção, recorrer ao Auditor para tratar de questões que possam surgir relativamente ao bom desenrolar do procedimento. Compete ao Auditor garantir *o respeito do exercício efectivo dos direitos de defesa*” – nº 18, da Comunicação (o sublinhado é da nossa responsabilidade). Nos termos do artigo 14º do Regulamento (CE) nº 773/2004, o Auditor – que é quem realiza as audições das partes, no âmbito do procedimento – deve agir com total independência.

cooperação na instrução dos processos de aplicação do artigo 81º do Tratado CE relativos a casos de cartéis”. Tal cooperação – que interessa recompensar e, desta forma, motivar – permitirá, na perspectiva da Comissão, promover o interesse público que, por seu turno, traduzir-se-á, em concreto e neste âmbito, no facto de ser possível tratar-se um “maior número de casos com os mesmos recursos”, podendo, assim, a Comissão “sancionar de forma efectiva e atempada as infracções”, reforçando-se, simultaneamente, a “dissuasão geral”.

Poderão, contudo, as empresas ter algum direito (e/ou, no mínimo, expectativa juridicamente protegida) à resolução da divergência (com propriedade, litígio) que as opõe, a propósito da aplicação do artigo 81º do Tratado CE, à Comissão?

Note-se, desde já, que a transacção e o respectivo procedimento a ela conducentes não estão organizados para que a Comissão acabe a negociar e/ou a assumir compromissos com as empresas alegadamente infractoras, sobre a própria infracção. A Comissão não negocia a questão da existência (ou não existência) da violação à regra em causa de *defesa da concorrência*, nem tão pouco a sanção apropriada a tal conduta violadora. Identificada e delimitada tal infracção (*rectius*, os factos que serão, no caso em espécie, subsumíveis ao nº 1 do artigo 81º do Tratado CE e susceptíveis de desencadear a cominação prevista no nº 2 dessa norma), bem assim como definido o respectivo quadro sancionatório, a Comissão promove e aceita a cooperação das empresas directamente interessadas e, na medida em que tal cooperação permite uma economia processual e uma conclusão mais expedita do respectivo processo, recompensa (até mesmo como fonte de incentivo às transacções) as empresas cooperantes.

Dito isto, as empresas directamente interessadas não poderão invocar algum direito ou mesmo apenas expectativa juridicamente tutelada, relativamente a uma possível transacção. A redacção do nº 1, do artigo 10º - A do Regulamento (CE) nº 773/2004 da Comissão, claramente indicia estarmos aqui e no âmbito destas transacções, perante uma matéria relativamente à qual existe também um poder discricionário da Comissão. Com efeito, após ter dado início ao processo, “a Comissão *pode* fixar um prazo para que os interessados

directos declarem por escrito que estão dispostos a participar em conversações, tendo em vista a apresentação de propostas de transacção”. Portanto, no que diz respeito ao início do procedimento de transacção, claramente apenas à Comissão compete decidir. De todo o modo, mesmo tendo dado início a tal procedimento, através da fixação do referido (antecedentemente) prazo, a Comissão continua a deter exclusivamente o direito de o prosseguir, ou não, bem assim como o direito de aceitar, ou não, eventuais propostas de transacção.

O nº 2, daquele artigo 10º - A do Regulamento nº 773/2004, confere à Comissão a possibilidade de decidir, “a qualquer momento durante o procedimento, pôr termo às conversações de transacção num caso específico em consideração ou relativamente a um ou mais dos interessados directos envolvidos”.

O critério que, relativamente a esta decisão, vincula a Comissão será aquele que se reconduz ao interesse processual acima indicado como justificativo da institucionalização desta via ou atalho mais expedito de verificação de violações ao artigo 81º do Tratado CE: a promoção do interesse público que se traduz, então e neste âmbito, na possibilidade de a Comissão tratar um maior número de casos, utilizando os mesmos recursos, do que aquele que trataria pela via processual ordinária.

No fundo, trata-se aqui da eficiência ou a economia processual, como, de resto, é expressamente referido na parte final do mencionado nº 4, do artigo 10º-A, do Regulamento nº 773/2004, quando esta norma estabelece como causa para que a Comissão ponha termo, a qualquer momento, ao procedimento de transacção, o facto de “considerar não ser verosímil a obtenção de eficiências processuais” (comparativamente com o desenrolar ordinário do processo conducente à adopção de uma decisão nos termos dos artigos 7º e 23º do Regulamento nº 1/2003).

Assim sendo, resta dizer que caso “a Comissão decida recompensar um interessado directo por ter optado pelo procedimento de transacção” e, dessa forma, ter contribuído para que a tutela do comportamento em causa (com a respectiva decisão final de aplicação do artigo 81º do Tratado CE) fosse feita

com ganhos de eficiência - a saber, mais rapidamente e com custos menores - então, haverá lugar a uma redução em 10% do montante da coima a ser imposta, "após a aplicação do limiar (também) de 10% em conformidade com as Orientações para o cálculo das coimas aplicadas por força da alínea a), do artigo 23º do Regulamento nº 1/2003.¹²⁴" Na medida em que o montante de cada coima começa por ser determinado casuisticamente pela Comissão, na respectiva decisão que declara verificada a infracção nos termos dos artigos 7º e 23º do Regulamento nº 1/2003¹²⁵, qualquer aumento específico da coima para assegurar o seu efeito dissuasivo, após a dita redução de 10% do respectivo montante, "não excederá um coeficiente multiplicador de dois¹²⁶".

A tutela judicial que se abre, então e em função do exposto, aos interessados, será aquela que, em termos gerais, eles sempre disporiam para reagir contra uma decisão da Comissão. Em rigor, é precisamente de uma decisão da Comissão, adoptada nos termos dos artigos 7º e 23º do Regulamento nº 1/2003, que caberá recurso judicial para o Tribunal de Primeira instância – e isto, nos termos da acção ou recurso de anulação, em conformidade com o artigo 230º do Tratado CE¹²⁷.

¹²⁴ Número 32, da Comunicação "relativa à condução de transacções para efeitos da adopção de decisões (...) nos processos de cartéis" (2008/ C 167/01). Por outro lado, as referidas Orientações para o cálculo das coimas, foram publicadas no Jornal Oficial nº C 210, de 1.09.2006, p. 2.

¹²⁵ Número 30 da Comunicação "relativa à condução de transacções para efeitos da adopção de decisões (...) nos processos de cartéis" (2008/ C 167/01).

¹²⁶ Novamente nº 32, parte final, da Comunicação mencionada (2008/ C 167/01).

¹²⁷ Poder-se-á, de todo o modo, discutir se actos como a comunicação de objecções que, de acordo com o artigo 10º do Regulamento (CE) nº 773/2004, a Comissão endereça às empresas, no âmbito do processo tendente à adopção de uma decisão nos termos do capítulo III do Regulamento nº 1/2003, ou ainda (e até com mais premência), se actos adoptados pela Comissão, inseridos no âmbito do desenrolar do procedimento de transacção, dada a sua importância e influência, desde logo, na evolução e sucesso do procedimento em causa, poderiam, ou não, ser, desde logo e em si mesmos, susceptíveis de recurso judicial. No fundo, trata-se de avaliar a relevância, para efeitos judiciais e em sede de garantia dos direitos de defesa das empresas interessadas e investigadas, de actos instrumentais e/ou preparatórios de decisões finais que, essas sim, são, por natureza, recorríveis.

22. Dissemos atrás (*supra*, em 18.) que os compromissos (artigo 9º do Regulamento nº 1/2003) e as transacções de carácter processual (os “settlements” propriamente ditos) poderiam ser melhor apreendidos se fossem comparados com o processo normal de aplicação das regras de *defesa da*

Além disso, como vimos a propósito, sobretudo, das transacções de carácter processual ou “settlements” propriamente ditos, há, cada vez mais, uma afirmação de práticas que sendo suportadas por actos não vinculativos – como é o caso de Comunicações – acabam, contudo, por afectar a esfera jurídica das empresas e/ou de outros sujeitos interessados (mesmo indirectamente) no processo ou procedimento no qual se inserem tais actos. Em princípio, o recurso judicial desses actos ou práticas estará fora do âmbito de tutela de uma acção nos termos do artigo 230º do Tratado CE, desde logo porque se trata de um conjunto de práticas e/ou de actos (aparentemente instrumentais, porém, materialmente produtores de efeitos que afectam, ou poderão afectar, irreversivelmente, a posição jurídica dos destinatários) que decorrem, por seu turno, de actos não vinculativos. Por exemplo, o que sucederá se a Comissão, ainda que recorrendo ao procedimento de transacção de que falamos, acabe por adoptar uma decisão formal que não recompense a empresa interessada, ou seja, uma decisão que não aplique a redução do montante da coima, tal como é indicado nos números 30 e 32 da Comunicação “relativa à condução de transacções para efeitos da adopção de decisões (...) nos processos de cartéis”? Sublinhe-se: nesta hipótese, a Comissão desrespeita a sua própria Comunicação, na medida em que aceitou e desenvolveu o procedimento de transacção, obtendo a cooperação da empresa interessada, sem contudo a recompensar na decisão final, mas (e simultaneamente) sem nunca ter desistido ou abandonado tal procedimento.

Além disso, como salientam alguns Autores, tem existido, cada vez mais e ao longo da última década, a proliferação, por iniciativa da Comissão, de actos gerais, não vinculativos (nos termos do artigo 249º do Tratado CE), adoptando a forma de Orientações e de Comunicações e constituindo um verdadeiro corpo de “soft law” que, muitas vezes, mais do que codificar práticas existentes, acaba por introduzir em acção verdadeiros princípios normativos novos que afectam a esfera jurídica – por vezes, notória e irreversivelmente – dos particulares. A própria Comissão parece encarar tais Orientações e Comunicações, no decurso da sua actuação, como princípios com carácter legal, geral e vinculativo. Como se tutelará judicialmente – se é que tal é necessário (como parece, numa primeira observação) - tal “soft law”?

Ver, a respeito de questões como esta última, entre outros, DAMIEN GERADIN e NICOLAS PETIT, *Judicial Remedies under EC Competition Law: Complex Issues arising from the «Modernisation» Process*, in Fordham Corporate Law, 2005, p. 18. Disponível na *Internet* em: <http://ssrn.com/abstract=877967>

Abordaremos, oportunamente (e a propósito das implicações/efeitos processuais da reforma ou modernização do Direito da concorrência comunitário), este tipo de problemas.

concorrência do Tratado CE, em particular, dos seus artigos 81º e 82º. Pese embora a existência de pontos comuns entre as vias processuais referidas e o processo ordinário conducente à adopção de uma decisão, por parte da Comissão, nos termos dos artigos 7º e 23º, ambos do Regulamento nº 1/2003, o facto é que existe, como vimos, uma separação tendencial entre os mencionados dois caminhos ou vias processuais.

Sob o ponto de vista processual e partindo do quadro instituído quer pelo próprio Regulamento nº 1/2003 quer pelo Regulamento (CE) nº 773/2004, no que diz respeito à aplicação daqueles normativos do Tratado CE, poderemos, com propriedade, dizer que quando equacionamos os compromissos (introduzidos pelo artigo 9º do Regulamento nº 1/2003), deparamos com um caminho excepcional. A aplicação impositiva (“public enforcement”) dos artigos 81º e 82º do Tratado CE, levada a cabo através da via do artigo 9º do Regulamento nº 1/2003, afasta-se do processo ordinário, tal como decorre principalmente do Regulamento (CE) nº 773/2004, sendo, desde logo, mais do que uma via processual de aplicação daquelas regras do Tratado, uma forma de certificação processual de que não existirão e/ou não se desenvolverão comportamentos de risco, por parte das empresas destinatárias da decisão de compromisso.

Por outro lado, diferentemente dos compromissos que, portanto, se perspectivam como uma via que se afasta do processo ordinário de aplicação dos artigos 81º e 82º do Tratado CE (de resto, culminam com uma decisão que conclui, precisamente, pela inexistência de fundamento para que a Comissão tome medidas, sem que determine se existiu, ou existe ainda, alguma infracção), as transacções enquadradas pela primeira vez através do artigo 10º - A do Regulamento (CE) nº 773/2004, poderão ser entendidas como uma via especial (e não excepcional), relativamente ao processo ordinário de aplicação do artigo 81º do Tratado CE (que serve agora de referência para a respectiva comparação).

O procedimento de transacção acaba por convergir para o mesmo resultado visado pelo processo ordinário de aplicação do artigo 81º do Tratado CE; de resto, o procedimento de transacção acaba por nunca sair dos quadros

directores de tal processo ordinário, apontando para o mesmo resultado final (uma possível decisão de verificação e de cessação de uma infracção e de aplicação de uma coima), se bem que através de uma caminho especialmente mais expedito e em (relativa) cooperação com as próprias empresas responsáveis pelas práticas que suscitaram tal processo.

Além disso, como já tivemos a ocasião de notar, ao invés da via introduzida pelo artigo 9º do Regulamento nº 1/2003 que pode ser seguida pela Comissão quer esteja em causa a aplicação do artigo 81º ou do artigo 82º do Tratado CE, as transacções processuais apenas podem ser suscitadas no âmbito da aplicação do artigo 81º do Tratado CE - tal como resulta quer do artigo 10º- A do Regulamento (CE) nº 773/2004 quer da própria Comunicação da Comissão "relativa à condução de transacções para efeitos da adopção de decisões (...) nos processos de cartéis".

Temos, assim, para além do caminho processual regra ou ordinário de aplicação dos artigos 81º e 82º, ambos do Tratado CE, uma via processual especial (mais consensualizada e expedita) no que diz respeito unicamente à aplicação do artigo 81º do Tratado CE (as transacções) e ainda, uma outra via processual excepcional, relativamente à aplicação tanto desse mesmo artigo 81º, como do artigo 82º do Tratado (os compromissos).

CAPÍTULO 3º - As coimas e demais sanções pecuniárias. O regime da dispensa ou atenuação especial.

3.1 – As “transacções de carácter processual” e a dispensa ou atenuação de coimas.

23. Os atrás abordados compromissos, assim como as “transacções de carácter processual” podem introduzir uma outra temática que, não sendo directamente tratada pelo Regulamento nº 1/2003, suscita, também, uma análise à luz da reforma em curso do Direito da concorrência comunitário. Referimo-nos às coimas e à respectiva política da Comissão, seguida nessa matéria.

Desde logo, poderão levantar-se algumas dúvidas relativamente à delimitação das figuras atrás analisadas (mais especificamente, entre as “transacções de carácter processual”) e o correntemente denominado programa comunitário de “clemência¹²⁸” (de acordo com a terminologia seguida pelo legislador português – Lei nº 39/2006, de 25 de Agosto – estamos perante o denominado regime de “dispensa e da atenuação especial da coima”). Ora, a relação entre, por um lado, tais compromisso e “transacções” e, por outro, a problemática das coimas, evidencia-se inevitavelmente a partir deste ponto (da referida delimitação).

Assim, referimos, atrás, que na determinação da coima a aplicar por parte da Comissão, na sequência de um procedimento de transacção, poderão considerar-se, também e cumulativamente, as condições impostas no programa de “dispensa ou de atenuação especial da coima”. A empresa que cooperou, no âmbito da transacção, poderá beneficiar, também e em simultâneo, desta atenuação especial.

¹²⁸ Os termos equivalentes e divulgados quer em língua inglesa quer em língua francesa são, respectivamente, “leniency” e “clémence”. Por facilidade de expressão, referir-nos-emos, doravante, apenas a “clemência”.

Ora, o Regulamento nº 1/2003 não abordou a questão da dispensa e/ou redução especial das coimas. No fundo, tal questão surgiu no âmbito do sistema de *defesa da concorrência* comunitário, na sequência do desenvolvimento de alguns aspectos da política da Comissão, em matéria de reforço da efectividade do Direito da concorrência e da luta contra os cartéis.

Essa política – pelo menos, as suas orientações gerais - resultam de uma Comunicação da Comissão de 2002¹²⁹: precisamente, a Comunicação da Comissão relativa “à imunidade em matéria de coimas e à redução do seu montante nos processos relativos a Cartéis”¹³⁰.

Note-se, no entanto, que desde 2005, em paralelo com o desenvolvimento mais acelerado das reforma ou modernização do Direito da concorrência comunitário, a Comissão desenvolveu um processo de revisão e de actualização da sua prática relativa às coimas (respectiva determinação) nos processos envolvendo cartéis e, neste contexto, surgiu uma outra Comunicação, em 2006, que actualiza a atrás referida, bem assim como introduz o “Programa-modelo de clemência da Rede Europeia de Autoridades da Concorrência (ou, simplesmente, REC – “rede europeia da concorrência”)¹³¹”.

Dois aspectos (ou questões) suscitam-se, desde já, relativamente à imunidade e à redução das coimas, no contexto da reforma em curso.

Assim, por um lado, como salientamos atrás, importa distinguir este programa e estas linhas orientadoras da Comissão, do procedimento de transacção, enquadrado normativamente através do artigo 10º-A, do Regulamento (CE) nº 773/2004.

¹²⁹ Pese embora, enquanto prática *ad-hoc* da Comissão, ter vindo a ser desenvolvida e utilizada, desde 1996.

¹³⁰ (2002/ C 45/03). J.O. nº C 45 de 19.02.2002, p. 3.

¹³¹ J.O. nº C 298, de 08.12.2006, p. 17. Ver ainda, a propósito desta revisão e/ou actualização às linhas orientadoras da Comissão, em matéria de “clemência” (imunidade e redução dos montantes das coimas em processos relativos a cartéis), a nota de imprensa IP/06/1705, de 07.12.2006 e intitulada: “Commission adopts revised Leniency Notice to reward companies that report cartels”. Disponível, na *Internet*, na página oficial da Comissão, relativa aos Cartéis e à “Imunidade”: http://ec.europa.eu/competition/cartels/legislation/leniency_legislation.html

Por outro lado, há ainda que anotar a importância (melhor, a manifestação dos efeitos e da influência) desta linha política da Comissão (em matéria de aplicação, no caso, do artigo 81º do Tratado CE) na reforma ou modernização do Direito da concorrência comunitário e, em especial, no que diz respeito aos aspectos processuais (a uma aludida convergência processual) desse Direito assim reformado.

24. Ora, dilucidando, por agora e ainda que topicamente, a primeira questão ou aspecto referido¹³², importa salientar o facto de o procedimento de transacção (artigo 10º - A do Regulamento CE nº 773/2004) poder entender-se como um incentivo à cooperação das empresas, no que diz respeito à tramitação do processo conducente à adopção de uma decisão nos termos do artigo 7º e 23º do Regulamento nº 1/2003.

Como atrás salientamos, o ponto de referência do procedimento de transacção ("settlements" propriamente ditos) ainda é o próprio processo normal, ordinário, seguido pela Comissão, tendo em vista a aplicação do artigo 81º do Tratado CE. Sendo encarado como uma forma mais expedita de desenvolver e de concluir tal processo (no fundo, e como atrás o qualificamos, um "atalho"), não deixa de ser uma via processual especial, tendo por referência o dito processo ordinário (ao invés, como também referimos, do compromisso, nos termos do artigo 9º do Regulamento nº 1/2003 que, nesta linha de raciocínio, qualificamos como sendo uma via processual excepcional). A Comissão tende a suscitar tal procedimento de transacção quando já apurou uma infracção (ou, pelo menos, já recolheu fortes indícios que poderão vir a ter significativo e decisivo relevo probatório) e projecta sancionar a prática investigada com a aplicação de uma coima, nos termos do artigo 23º do Regulamento nº 1/2003.

A aplicação do benefício da imunidade ou da redução a coima a favor das empresas, no âmbito da Comunicação sobre a "imunidade em matéria de coimas e redução do seu montante nos processos relativos a Cartéis" (ou, de

¹³² As relações e a delimitação da figura das "transacções de carácter processual" e as linhas orientadoras da política da Comissão, em matéria de coimas.

igual modo, na linha e no âmbito de aplicação previstos pelo também mencionado “Programa-modelo de clemência da Rede Europeia de Autoridades da Concorrência”) é uma possibilidade, desde logo, solicitada pelas empresas envolvidas em práticas de cartéis e que se suscitará (pelas respectivas empresas) numa fase antecedente à do próprio início do processo ordinário, quando a Comissão ainda não desencadeou a investigação (ou esta é ainda muito incipiente) ou ainda desconhece mesmo (podendo, contudo, suspeitar) a existência e os contornos da referida prática anticoncorrencial. Pelo menos, esse será o sentido tendencial da política e dos programas de imunidade¹³³. Com efeito, uma empresa participante num cartel que deseje denunciar pode solicitar o benefício de uma imunidade em matéria de coimas, a saber, uma imunidade total, se for a primeira empresa a apresentar elementos de prova de um cartel até então desconhecido da Comissão ou, caso a Comissão já tivesse conhecimento do cartel, se for a primeira a apresentar-lhe elementos cruciais que lhe permitam estabelecer a existência do cartel.

Esta possibilidade de imunidade total ou redução parcial da coima projectada pela Comissão (consoante as circunstâncias, as consequência e, sobretudo, o momento em que se verifique tal denúncia ou auto-denúncia), recompensa as empresas que denunciam os cartéis nos quais tiverem participado. No fundo, é esse, precisamente, o objectivo da política de “clemência” desenvolvida pela Comissão: incentivar as denúncias de cartéis

¹³³ «La procédure de clémence, d’origine américaine, est quant à elle fondée sur la dénonciation des ententes et seulement des ententes: l’un des participants au cartel apporte aux autorités de concurrence – soit le Conseil soit la DGCCRF – les éléments de preuve leur permettant d’établir la réalité de l’entente et d’en identifier les autres participants. Par rapport à la transaction, elle intervient beaucoup plus en amont, parfois avant même que les autorités de concurrence aient eu connaissance de la collusion. On mesure là toute l’utilité du dispositif pour les autorités de concurrence : recueillir les preuves nécessaires à la poursuite et à la condamnation du cartel, sans qu’il soit besoin de déclencher de longues et coûteuses enquêtes (...) ». DIDIER KLING, *in Clémence et Transaction en Matière de Concurrence. Premières expériences et interrogations de la pratique. Colloque organisé le 19 Janvier 2005, Creda – Centre de Recherche sur le Droit des Affaires/ Chambre de Commerce et Industrie de Paris, in Gazette du Palais*, n° 277- 288, 14/15 Octobre 2005, (*Allocution d’Ouverture*/p.5 e 6), actas também disponíveis na *Internet*, em : <http://www.creda.ccip.fr/colloques/pdf/2005-clemence-transaction/actes-clemence.pdf>

(possivelmente) anticoncorrenciais, por parte das empresas que neles tomam parte, dada a dificuldade que, por vezes, reveste a própria descoberta de tais práticas (tendencialmente secretas).

Como é sublinhado pela própria Comissão, na síntese que da Comunicação referida sobre esta matéria disponibiliza, a “política de clemência revela-se um instrumento particularmente eficaz para detectar, desestabilizar e pôr termo aos cartéis, nomeadamente os cartéis secretos. Devido à sua própria natureza, os cartéis secretos são, com efeito, extremamente difíceis de detectar e investigar sem a cooperação de uma das empresas que neles participam¹³⁴”.

Nos termos agora expostos, podemos concluir que a imunidade ou redução parcial de coimas, situando-se, tal como o procedimento de transacção, no âmbito de aplicação do artigo 81º do Tratado CE, podendo, com este, cumular-se, visa, sobretudo, facilitar a detecção de cartéis, facilitando o impulso fiscalizador por parte da Comissão. Ora, neste ponto em particular, a imunidade difere de tal procedimento (transacções) na medida em que este, inserindo-se já no processo conducente à adopção de uma decisão, por parte da Comissão, nos termos do artigo 7º e do artigo 23º do Regulamento nº 1/2003, pressupõe que esta Instituição já descobriu, investigou e recolheu indícios e/ou meios de prova suficientes para projectar a aplicação do artigo 81º do Tratado CE, revelando-se importante (em termos processuais) numa fase ou num momento ulterior àquele que motiva as empresas interessadas a efectuarem o pedido de imunidade ou de redução parcial da coima.

3.2 – Os efeitos da política de dispensa ou atenuação especial de coimas, no contexto da reforma.

25. Abordando o segundo aspecto ou questão acima salientados (ou seja, equacionando a importância e o significado dos efeitos desta política e programa de imunidade e de redução de coimas, no contexto da reforma do

¹³⁴ Síntese disponibilizada na *Internet*, em: <http://europa.eu/scadplus/leg/pt/lvb/l26119.htm> (“Actividades da União Europeia”; “Síntese de Legislação”)

Direito da concorrência comunitário¹³⁵), recordamos a observação de que o Regulamento nº 1/2003 (e, em rigor, nenhum outro acto vinculativo de concretização de tal reforma) consagrou ou abordou a imunidade, pese embora ter reconstruído o sistema de aplicação dos artigos 81º e 82º do Tratado numa lógica de descentralização para o nível dos Estados-membros (para o plano das autoridades e Tribunais nacionais). Ora, daqui resulta (e verificou-se, desde logo) uma possível situação problemática: na medida em que programas de imunidade vinham já sendo desenvolvidos e implementados quer nas ordens jurídicas de alguns Estados-membros quer no âmbito da *praxis* da Comissão, as empresas porventura envolvidas em práticas de cartel poderiam ter a necessidade de se sujeitarem a múltiplas apreciações, diante de diferentes autoridades, se pretendessem beneficiar de tal imunidade (e, previa e consequentemente, de se verem na contingência de necessitarem de apresentar os seus pedidos diante de múltiplas autoridades). Essa situação problemática seria claramente realçada pelo facto de, natural e previsivelmente, os diferentes programas nacionais divergirem quer entre si quer comparativamente com a prática empreendida pela Comissão.

A verificação do referido problema (potencial) poderia, desde logo, perspectivar-se como dissuasora do recurso, por parte das empresas interessadas, a tais programas e, consequentemente, à inevitável frustração dos objectivos (já acima enunciados) que motivavam a implementação das imunidades. Dito de outro modo, a ausência de tratamento que a matéria mereceu por parte do Regulamento nº 1/2003, acabaria indirectamente por dificultar a descoberta e o combate, por parte da Comissão, às situações de cartelização mais secretas do Mercado Interno¹³⁶.

¹³⁵ Precedente nº 23 do texto.

¹³⁶ Isto pressupondo que, de facto, a imunidade e a redução especial de coimas são um instrumento eficaz de auxílio na detecção de tais práticas anticoncorrenciais – como, de resto, é pressuposto, desde logo, pela Comissão – ver respectiva Comunicação de 2006 e respectiva síntese, já mencionada e disponível na *Internet*, em: <http://europa.eu/scadplus/leg/pt/lvb/l26119.htm>

Daqui terá resultado o impulso necessário à concepção e à publicação – ainda que apenas num plano indicativo e não vinculativo – do já mencionado “Programa-modelo de clemência da Rede Europeia de Autoridades da Concorrência”.

Na realidade, os efeitos desta (para alguns) manifestação de “soft – law”, não terão sido negligenciáveis, na medida em que tal programa promoveu a harmonização ou convergência das condições/requisitos exigíveis para que o pedido das empresas, diante das várias autoridades dos Estados-membros, assim como diante da própria Comissão, fosse aceite, afastando os riscos de divergência¹³⁷ dissuasora entre tais diferentes programas (e, indirectamente, políticas).

Além disso, tal “soft – law” acabou por promover a introdução e a institucionalização de programas de imunidade, em Estados-membros que ainda não os consagravam¹³⁸ e, na medida em que tal “Programa – modelo” serviu se referência nos vários sistemas e ordenamentos, desencadeou, a respeito da imunidade ou clemência no âmbito da *defesa da concorrência*, uma espécie de movimento de direito (materialmente) uniforme, englobando quer sistemas nacionais de Estados-membros quer o próprio Direito da União.

¹³⁷ Divergência relativamente às condições referidas, aos métodos de avaliação por parte das diferentes autoridades, relativamente ao (mesmo) pedido das empresas e, no fundo e em síntese, divergência no que diz respeito aos regimes de imunidade efectivamente praticados no espaço da União.

¹³⁸ Se bem que a Lei nº 39/2006, de 25 de Agosto anteceda a publicação de tal “Programa – modelo”, poderemos considerar o caso português como sendo, também, ilustrativo dos efeitos de convergência que a evolução do Direito comunitário, neste ponto, foi gerando. Na realidade, a mencionada Lei portuguesa acaba por ser mais abrangente do que a política e o programa comunitários em matéria de imunidade, na medida em que abrange quer os “acordos” quer as “práticas concertadas” - ou seja, as práticas restritivas previstas no artigo 4º da Lei (da Concorrência) nº 18/2003 e no artigo 81º do Tratado CE (se aplicável, nos casos concretos), com excepção das denominadas “decisões de associação de empresas”. Com efeito, como referimos, a imunidade no âmbito comunitário dirige-se apenas aos “cartéis” (“acordos entre empresas”).

3.3 – O sistema norte-americano

26. A adopção – ainda que através de manifestações de um “soft – law” – de uma política de imunidade e de redução especial das coimas, no domínio da aplicação do Direito da concorrência comunitário, independentemente de permitir e estimular uma convergência e uma interpenetração processual entre o ordenamento jurídico da União e os sistemas dos Estados-membros¹³⁹, reflecte, ainda, a influência do Direito *antitrust* norte-americano na conformação actual do Direito comunitário.

Na realidade, o *DOJ (Department of Justice)* norte-americano assumiu, de um modo estruturado e em função de objectivos claros, uma efectiva política de imunidade desde 1993 (embora, já desde 1978 e enquanto prática, a imunidade existisse no âmbito da aplicação do sistema *antitrust* norte-americano¹⁴⁰), tendo publicado um programa intitulado “Corporate Leniency Policy¹⁴¹” que, tal como a política e o programa comunitários, assenta na concessão de uma imunidade às empresas que (auto) denunciem práticas ilícitas num momento ou fase ainda prévia, relativamente à investigação das referidas práticas.

No sistema norte-americano – que, ao invés do que é tradição numa grande maioria de Estados-membros da União, criminaliza certas condutas anticoncorrenciais – a recompensa por tal colaboração traduzir-se-á numa garantia de não oneração da empresa colaborante (e, individualmente, dos

¹³⁹ Contribuindo, assim, para a formação de um sistema (tendencialmente) comum e uma *praxis* concorrencial (cada vez mais) aproximada, evoluindo no sentido de uma convergência ou unificação material que não poderá ser viável unicamente no plano processual – ou seja, desencadeará (ou, pelo menos, também contribuirá para desencadear) uma cultura concorrencial europeia uniforme, ou em vias de uniformização.

¹⁴⁰ Ver, por exemplo, BRUNO LASSERE, *in Clémence et Transaction en Matière de Concurrence...*, Colloque organisé le 19 janvier 2005, (*Propos Introductifs*/p.7).

¹⁴¹ US DEPARTMENT OF JUSTICE, *Corporate Leniency Policy* (10 August 1993), disponível, na *Internet*, em: <http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/0091.pdf>

seus responsáveis, colaboradores e funcionários que admitam ter participado em tais actos ilícitos) com uma acusação criminal¹⁴².

A imunidade, no âmbito da respectiva política norte-americana, será sempre concedida se, no momento da denúncia da actividade ilegal por parte da empresa (auto) denunciante, as autoridades competentes (desde logo, o *Department of Justice*) ainda não dispuserem de informação sobre tal prática, provinda de qualquer outra fonte.

O documento atrás mencionado ("Corporate Leniency Policy") impõe, ainda, outras condições, cuja verificação cumulativa é requisito da concessão da imunidade (criminal) em causa – condições essas entre as quais (naturalmente e tal como sucede, também, no âmbito comunitário) se encontra o facto de a empresa em questão dever prontamente acabar com tal prática ou com a sua participação em tais actos ilícitos e ainda, a exigência imposta a tal empresa, de uma colaboração aberta, profícua e contínua com as autoridades competentes, durante a fase de investigação.

A imunidade no âmbito do sistema *antitrust* norte-americano, poderá também ser concedida a empresas que denunciem uma actividade ilegal, apesar de o *Department of Justice* dispor já, no momento de tal denúncia, de informações (conhecimento) sobre a prática em questão ou já ter mesmo dado início a uma investigação. Tal sucederá se a empresa denunciante (e, portanto, potencial beneficiária da imunidade) preencher as condições requeridas, nessa hipótese, na parte B ("Alternative Requirements for Leniency") do documento referido ("Corporate Leniency Policy"), entre as quais se exige, desde logo, que a empresa em questão seja a primeira a efectuar a denúncia (tratando-se, naturalmente, de uma prática colectiva) e ainda que nesse momento (da

¹⁴² Nos termos do parágrafo introdutório de tal documento, "«leniency» means not charging such a firm criminally for the activity being reported". Por outro lado, na Parte C de tal documento, explicita-se, ainda (agora relativamente aos directores, colaboradores e empregados das empresas em causa) que "all directors, officers, and employees of the corporation who admit their involvement in the illegal antitrust activity as part of the corporate confession will receive leniency, in the form of not being charged criminally for the illegal activity (...)". Ver document do *Departement of Justice* referido, em: <http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/0091.pdf>

denúncia) o *Department of Justice* não disponha de provas incriminatórias contra tal empresa.

Tal como na hipótese de a denunciante ter actuado e cooperado com as autoridades ainda antes de estas (nomeadamente, o *Department of Justice*) terem tido conhecimento, por outras fontes, dos actos ilícitos denunciados, agora, continua, a exigir-se que a empresa em questão acabe prontamente com a sua participação em tais actos denunciados e ainda que também preste às autoridades competentes uma colaboração aberta, profícua e contínua, durante toda a fase de investigação.

O sistema norte-americano prevê, ainda, o desenvolvimento e a aplicação de uma política de imunidade relativamente a pessoas singulares/agentes económicos que actuem (ou, em rigor, tenham agido de um modo ilícito) independentemente do quadro de uma empresa ou em benefício desta.

O *Department of Justice* norte-americano publicou em 1994, um documento denominado “Leniency Policy for Individuals¹⁴³” que estabelece as condições requeridas para que as pessoas singulares que tenham praticado actos ilícitos violadores das regras *antitrust* possam também beneficiar de imunidade.

Tais condições exigidas para a concessão da imunidade nesta última hipótese (pessoas singulares), são semelhantes àquelas que se encontram enunciadas no “Corporate Leniency Policy”. Compreende-se, com efeito, esta particular previsão relativamente a agentes económicos/pessoas singulares, num sistema que, tal como é tradicional no sistema norte-americano, criminalize condutas lesivas da concorrência.

27. Assinalamos, atrás, o facto de um dos traços característicos da reforma do Direito comunitário da concorrência ser a vontade de convergência relativamente ao sistema *antitrust* norte-americano que, em parte, motivou (e motiva ainda) o sentido seguido por essa reforma.

¹⁴³ US DEPARTMENT OF JUSTICE, *Leniency Policy for Individuals*, 10.08.1994, disponível, na *Internet*, em: <http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/0092.pdf>

Tal movimento de convergência, em rigor e como notamos, foi percorrido unilateralmente pela Comissão e propugnado, de um modo geral, pela doutrina seguida (ou, pelo menos, escutada) por esta Instituição. Num certo sentido, poderíamos, a este propósito, falar mesmo de uma “aculturação” do Direito da concorrência comunitário à cultura e ao sistema jurídico *antitrust* norte-americanos. Ora, assentamos, portanto, na conclusão de que o exemplo norte-americano influenciou grandemente a introdução e o desenvolvimento de uma política de imunidade (e de redução especial das coimas) europeia comunitária.

No entanto, apesar de tudo, referimos anteriormente outras figuras e institutos que se posicionam de uma forma (muito) próxima relativamente à imunidade e que acabamos, também, por invocar, a título de ilustração de uma convergência processual desencadeada, directa ou indirectamente, pela reforma comunitária em curso¹⁴⁴. Tais figuras são, como vimos, quer o compromisso quer o procedimento de transacção.

Independentemente das diferenças quanto à natureza das figuras e aos respectivos âmbitos de aplicação, quanto aos objectivos imediatos e requisitos de aplicabilidade, o facto é que todos esses institutos (bem assim como a imunidade) traduzem uma visão política (mais do que consagrações técnicas específicas idênticas ou práticas de aplicação comuns) que comunga de alguns dos pressupostos particularmente sensíveis da política *antitrust* norte-americana: a necessidade de se dotar o sistema de condições e de

¹⁴⁴ Convergência não só com o sistema norte-americano, mas também, convergência entre os vários sistemas dos Estados-membros e entre estes e o sistema comunitário.

instrumentos adequados a um funcionamento (permanentemente) eficaz¹⁴⁵ e eficiente¹⁴⁶.

Importa tecer uma precisão e um fazer um sublinhado: a eficácia e a eficiência serão pressupostos comuns e implícitos ao desenho e à implementação de todas as políticas de concorrência (e não só), não se constituído como um traço exclusivo da política *antitrust* norte-americana.

Sucedem, porém, que no âmbito desta política (e no contexto da própria cultura *antitrust* norte-americana), estes valores são especiais e firmemente considerados e, numa certa perspectiva, têm sido merecedores de prioridade, quando confrontados com outros valores e princípios de carácter mais jurídico – normativo. Retomaremos, brevemente, a esta ideia. Salientamos, no entanto e desde já, o seguinte: ultimamente e em grande medida por influência das teses propugnadas pela denominada “escola de Chicago” – que tem vindo a assumir-se, nos últimos anos (em rigor, de uma forma progressiva, desde a década de 1980), como uma referência marcante da cultura e da *praxis antitrust* norte-americana – o “bem – estar dos consumidores” e, conseqüentemente, a lógica da denominada “economia do bem – estar”, têm vindo a informar e a determinar a função e os objectivos últimos do sistema norte-americano.

Ora, na União Europeia, a reforma em curso no Direito da concorrência tem também vindo a introduzir no sistema de *defesa da concorrência*

¹⁴⁵ O sentido correntemente atribuído à eficácia, nomeadamente, no âmbito das ciências económicas prende-se com o grau de satisfação dos objectivos propostos e norteadores de uma determinada acção. Uma política plenamente eficaz será aquela que atinge integralmente os seus objectivos. Apura-se o grau de eficácia através de uma comparação entre aquilo que se pretendia fazer e aquilo que, no fundo e com a acção desenvolvida, se conseguiu efectivamente fazer.

¹⁴⁶ Neste sentido, a eficiência indica o nível de utilização (mais próximo ou mais afastado do respectivo nível óptimo) dos recursos disponíveis, no desenvolvimento de uma actividade ou no funcionamento de uma organização. Neste sentido, a eficiência da política da concorrência dar-nos-á uma perspectiva sobre a rentabilidade da dita política, no sentido de uma comparação entre os custos e os respectivos benefícios, gerados com a sua implementação. Ver, não só a propósito da eficiência de políticas legislativas, mas também da respectiva eficácia, entre outros e no contexto de uma vasta literatura que se entrecruza com a temática da *análise económica do Direito*, THIERRY KIRAT, *Économie du Droit*, Ed. La Découverte, Paris, 1999.

comunitário o “bem – estar dos consumidores”, identificando-o como o objectivo último da respectiva política (da concorrência). Tal tem sido, ultimamente, visível e sublinhado quer pelos comentadores quer por documentos e tomadas de posição oficiais, a propósito da reforma da aplicação do artigo 82º do Tratado CE (como salientaremos *infra*).

Até certo ponto, a adesão a uma “effect – based approach”¹⁴⁷ enquanto método de interpretação e de aplicação das regras de *defesa da concorrência* (em particular, do artigo 82º do Tratado CE) e o mencionado “bem – estar dos consumidores”, assumido como o critério norteador da política da concorrência, têm sido aspectos marcantes, sob o ponto de vista do enquadramento e do fundamento ideológico da reforma em curso no Direito da concorrência comunitário.

Ora, uma questão transversal a toda a reforma do Direito da concorrência comunitário, cuja resposta permitirá melhor caracterizar os seus contornos e as suas consequências, é aquela que nos interroga sobre objectivos finais da política e do sistema concreto de *defesa da concorrência*.

Em função do exposto, essa interrogação prende-se com a escolha do melhor caminho a seguir, rumo à determinação dos objectivos finais da política e do sistema concreto de *defesa da concorrência*, a saber: ou optar entre a eficiência e o “bem – estar dos consumidores” ou então, ensaiar-se a conciliação ou composição entre, precisamente, tal “bem – estar” e aquela (sempre procurada) eficiência. A resposta a essa questão será, de resto, especialmente importante e sensível, na medida em que, em rigor, a eficiência e o “bem – estar dos consumidores” nem sempre são (pelo menos imediatamente) conciliáveis.

A imunidade, o procedimento de transacção e mesmo os compromissos – todas estas figuras assentando numa (maior ou menor) negociação ou consensualização entre os interesses das autoridades e das empresas que se envolveram em actos ilícitos – podem ser compreendidos (também) como instrumentos utilizados pela política da concorrência, tendo em vista a garantia

¹⁴⁷ Ou seja, a uma abordagem casuística e de cariz eminentemente económico, centrada, consequentemente, nos efeitos provocados no mercado pelas práticas fiscalizadas.

da sua efectividade (que, naturalmente, pressupõe o funcionamento do sistema de *defesa da concorrência / antitrust* de acordo com os referidos parâmetros da maior eficácia e eficiência possíveis).

Ora, relativamente ao contributo que as figuras processuais atrás referidas fornecem para o reforço da eficácia da política da concorrência – em particular, o contributo do programa de imunidade – poderemos dizer que ele será relevante e imediatamente perceptível: a (auto) denúncia por parte de empresas envolvidas em cartéis permitirá uma actuação rápida sobre a (eventual) infracção e uma oportuna correcção do funcionamento do respectivo mercado.

No fundo, a adesão a um programa de clemência ou de imunidade permitirá uma rápida e fiável detecção da prática lesiva da concorrência, contribuindo, conseqüentemente, para uma satisfação célere (ou, no mínimo, o mais célere possível) do interesse geral (relativamente ao funcionamento dos mercados) e dos interesses das eventuais vítimas de tal prática ilícita.

Por outro lado, a eficácia resultante da adesão e da aplicação da imunidade, traduzir-se-á, também, numa mais – valia notória para a melhoria da eficiência (via garantia e reforço da respectiva efectividade) da própria política da concorrência.

A imunidade (e as demais figuras de carácter tendencialmente negocial referidas) acabará por contribuir, na perspectiva da empresa denunciante, para uma maximização dos seus benefícios (ou, ao invés, uma minimização das suas perdas)¹⁴⁸, bem assim como para um melhor aproveitamento e afectação dos recursos das autoridades competentes.

¹⁴⁸ Importa, também, não esquecer que para a empresa denunciante, a possibilidade de adesão a um programa de imunidade e de redução especial das coimas, abre-lhe a oportunidade de renovar a estratégia que, até então, seguiu. Isso significa que a empresa em causa poderá proceder a uma comparação entre os proveitos e os custos inerentes à adopção de uma nova estratégia comercial (fora da entente) e os proveitos (porventura em decréscimo) e custos resultantes da sua permanência no cartel e insistência na estratégia anteriormente seguida (porventura, cada vez mais perigosa - dependendo tal perigosidade do risco efectivo de descoberta de tal infracção, por parte das autoridades competentes). Por isso, alguns comentadores salientam o facto de a política e os programas de imunidade serem tanto mais

Na perspectiva dos interesses destas autoridades, haverá, seguramente, através da adesão à imunidade, uma redução dos custos despendidos, quando comparados com aqueles que tais entidades suportam ordinariamente com um inquérito. Note-se que esses custos ordinários afectos à investigação e ao inquérito serão, logicamente, tanto maiores quanto maior for também a duração dessas diligências investigatórias.

No entanto, apesar dessa prevista redução de custos, em princípio não deverá existir correlativamente uma redução das receitas advenientes das coimas, nem uma diminuição do grau de dissuasão pretendido com a aplicação da imunidade, na medida em que o acréscimo de rapidez na resolução de tal violação (logo, esse ganho de eficácia) permitirá, também, uma cessação mais rápida dos efeitos nocivos da prática assim detectada. Além do mais, no caso dos cartéis (aquele relativamente ao qual se aplica o programa comunitário de imunidade), é previsível que ocorra uma eventual penalização mais forte relativamente aos demais co-autores (que não a empresa denunciante) de tal prática – ou seja e por hipótese, é expectável que se verifique a aplicação de coimas também mais pesadas, infligidas às restantes empresas integrantes de tal cartel.

3.4. – A questão normativa-axiológica subjacente à dispensa e à atenuação especial de coimas.

28. A propósito destas figuras em geral e muito especialmente em relação à imunidade, poderão suscitar-se, ainda, outro tipo de interrogações. Interrogações que sobressaem, principalmente, quando perspectivamos estes

atractivos e eficazes, quanto mais meio de acção e capacidade de detectar práticas ilícitas as autoridades competentes tiverem efectivamente, ou, pelo menos, transmitirem aos agentes económicos a imagem de que detêm tais meios e capacidade. Ver WOUTER P. J. WILS – *Leniency in Antitrust Enforcement: Theorie and Practice*, in D. SCHMIDTCHEN, M. ALBERT e S. VOIGT (Eds.), *The More Economic Approach to European Competition Law, Conferences on New Political Economy 24*, Mohr Siebeck Publishers, Tubingen, 2007, p. 203, em especial, (Parte II, *Contribution to Optimal Antitrust Enforcement*).

instrumentos (processuais) da política da concorrência de acordo com uma abordagem menos utilitarista¹⁴⁹ e mais axiológica – normativa.

É, de resto, interessante notar que na Europa, a introdução e a disseminação de programas de imunidade através de várias ordens jurídicas e respectivos sistemas de *defesa da concorrência*, suscitou um debate intenso a propósito da própria admissibilidade ética da figura, na medida em que esta se ancora numa denúncia (ou auto-denúncia) que, de todo o modo, envolve, ou pode incriminar, terceiras empresas¹⁵⁰.

Na realidade, o aludido debate sublinhou algumas questões que, habitualmente, a doutrina jusconcorrencialista tende a deixar para segundo plano¹⁵¹, quando aborda estes instrumentos de efectividade da política da concorrência, nomeadamente, o programa de imunidade e de redução especial das coimas.

¹⁴⁹ No fundo, queremos significar com a referência ao utilitarismo, uma perspectiva relativamente a estes instrumentos que privilegia, sobretudo, a eficácia da respectiva acção e a eficiência dos próprios programas e sub - políticas em causa – ou seja, os programas e as políticas da imunidade, das transacções e dos compromissos e, conseqüentemente, a eficácia e a eficiência da própria política da concorrência, na qual tais programas e sub - políticas se integram.

¹⁵⁰ Ver, sobre esta questão e ainda para uma panorâmica geral da imunidade (“clémence”) no Direito da concorrência, o estudo de JEAN-CHRISTOPHE RODA, *La Clémence en Droit de la Concurrence. Étude comparative des droits américain et européens*, Presses Universitaires d’Aix-Marseille, 2008. Apesar de tudo, RODA desvaloriza, neste estudo, esta componente crítica (que apelidamos de menos utilitarista e mais axiológico-normativa) da análise da figura em questão, preferindo centrar-se numa avaliação da eficácia e da legalidade (estrita) dos programas de imunidade, em particular, do europeu-comunitário (parte II, da monografia referida). De igual modo, WOUTER P. J. WILS, *ob. cit (Leniency in Antitrust Enforcement...)* privilegia, sobretudo, o enfoque da eficácia e da eficiência na perspectiva da melhor aplicação impositiva da política da concorrência, descurando, de facto, estas questões mais axiológico-normativas.

¹⁵¹ Já referimos a perspectiva seguida por RODA (*La Clémence en Droit de la Concurrence...,* 2008) e por WILS (*Leniency in Antitrust Enforcement...,* 2007) – ver nota antecedente. Ainda de WILS – e igualmente na perspectiva referida, ver, também, o seu texto de 2005, *Principles of European Antitrust Enforcement*, já antecedentemente invocado.

Um conjunto de questões que, a propósito da imunidade e, sobretudo, das suas consequências para com terceiros (em rigor, das consequências resultantes da denúncia efectuada por uma empresa que pratica ou praticou tal comportamento ilícito, lesivo da concorrência), prende-se com as garantias e os direitos de defesa das empresas denunciadas.

Na realidade, se tal denúncia da empresa arrependida for efectivamente conseqüente (como, de resto, deverá ser para que a empresa denunciante possa beneficiar da imunidade), desencadear-se-á uma investigação e um inquérito que culminará, provavelmente, com a condenação e a aplicação de coimas (mais pesadas) aos demais co-autores e co-participantes no cartel.

É preciso não esquecer que, nos termos do artigo 6º da *Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais*, adoptada a 4 de Novembro de 1950, em Roma (doravante, simplesmente Convenção), as autoridades administrativas independentes e, em particular, aquelas que aplicam o Direito da concorrência, estão obrigadas, na administração dos seus procedimentos sancionatórios e na medida em que exerçam, precisamente, um poder repressivo, a um conjunto de princípios garantísticos de que beneficiam os acusados.

Saliente-se, no conjunto da problemática em causa, as garantias enunciadas, em particular, no nº 3, de tal artigo 6º, da Convenção:

“O acusado tem, como mínimo, os seguintes direitos:

- a) Ser informado no mais curto prazo, em língua que entenda e de forma minuciosa, da natureza e da causa da acusação contra ele formulada;
- b) Dispor do tempo e dos meios necessários para a preparação da sua defesa;
- c) (...)
- d) Interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e obter a convocação e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições que as testemunhas de acusação;
- e) (...)

Os processos ou procedimentos relativos à aplicação do Direito da concorrência, levados a cabo pelas autoridades atrás mencionadas (e, por

maioria de razão, por autoridades não independentes ou órgãos jurisdicionais), inserem-se no âmbito de aplicação deste artigo 6º da Convenção, como, de resto, foi salientado, sem margem para dúvidas, pela jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, no seu Acórdão de 3 de Junho de 2004, proferido no caso *000 NESTE*¹⁵².

O Tribunal (Europeu dos Direitos do Homem), no referido caso que culminou naquele Acórdão de 3 de Junho de 2004, atribuiu materialmente a natureza criminal, à luz deste artigo 6º da Convenção, aos processos em matéria de concorrência – e isto, ainda que os respectivos ordenamentos nos quais se inserem e se desenvolvem tais processos, não o façam.

Em consequência e de acordo com tal jurisprudência, impõe-se, portanto, aos processos em matéria de concorrência (conducentes à aplicação de sanções) o respeito pelas garantias previstas no artigo 6º da Convenção e isto, independentemente da qualificação formal dada pelos respectivos ordenamentos em cujo âmbito de aplicação esses processos se desenrolam.

O conjunto de questões (talvez, com mais propriedade, devêssemos referir tópicos de reflexão) que se poderão suscitar, tendo como pano fundo, particularmente, a Convenção, reconduz-se, assim, à avaliação sobre o respeito (e sobre o respectivo grau de intensidade) dos direitos de defesa que, no

¹⁵² Ver, a este respeito, o paradigmático caso *000 NESTE St. Petersburg* – Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, 3ª Secção, de 3 de Junho de 2004, Processos nº 69 042/01, 69 050/01, 69 055/01, 69 056/01 e 69/ 058/01, todos contra a Rússia.

Sobre este acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e sobre a problemática em questão, ver PEDRO MADEIRA FROUFE – *A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e a aplicação do Direito da Concorrência: o caso 000 NESTE*, in *SCIENTIA IVRIDICA*, nº 303, Julho – Setembro, 2005, p. 409. Para além deste caso *000 NESTE*, outros casos antecedentes, envolvendo (directa ou indirectamente) a questão da aplicação do artigo 6º da Convenção a processos (nacionais) em matéria de aplicação das regras da concorrência, tinham sido suscitados junto do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. Assim, podemos referenciar o caso *Société Stenuit v. France*, Processo nº 11 598/85, *Relatório* de 30 de Maio de 1991 e ainda o caso *Lilly France v. France*, Acórdão de 3 de Dezembro de 2002, Processo nº 53 892/00. Ambos os casos agora referidos encontram-se documentados e, nessa medida, disponíveis para consulta, na *Internet*, em: <http://www.echr.coe.int/> .

decurso do processo conducente à adopção de uma decisão nos termos dos artigos 7º e 23º do Regulamento nº 1/2003, é efectivamente garantido às empresas denunciadas. E isto, bem entendido, a propósito dos processos desencadeados na sequência de uma denúncia, sendo que, muitas vezes, por conveniência da investigação empreendida pela Comissão, requer-se que a própria empresa denunciante não dê a conhecer, durante determinado período de tempo, tal denúncia e a sua intenção de se apartar do cartel, aos demais participantes nessa prática.

Pensamos que será, de facto, oportuna, uma reflexão em torno deste tipo de interrogações, suscitada ainda (se bem que através de caminhos indirectos) pela reforma do Direito da concorrência comunitário. No fundo, será pertinente discutir-se se imunidade e, alargando o âmbito da análise, o procedimento de transacção – enquanto instrumentos da efectividade do Direito da concorrência comunitário, emergentes no âmbito da respectiva reforma ou modernização (em curso) – estarão ou não em conformidade com os princípios fundamentais de Direito, nomeadamente, com os Direitos do Homem (no contexto da Convenção)? Respeitarão, ou não, tais institutos ou figuras processuais, os princípios garantísticos da independência (de armas), da igualdade (entre as partes intervenientes num processo) e do contraditório? – e isto, talvez mais principalmente no que diz respeito à posição das empresas denunciadas por uma empresa arrependida, em processos suscitados pelo recurso à imunidade (é, efectivamente, a este propósito, que mais dúvidas poderão levantar-se).

3.5 – A convergência em matéria de coimas e demais sanções pecuniárias (nota)

29. Importa registar, ainda, algumas notas relativamente à convergência em matéria de sanções pecuniárias¹⁵³.

¹⁵³ Convergência em matéria de princípios ou critérios determinativos da fixação de sanções pecuniárias, no contexto da presente descrição tópica de aspectos processuais resultantes da reforma do Direito da concorrência comunitário (e, especialmente, da adopção e entrada em vigência do Regulamento nº 1/2003)

O sentido descentralizador (a favor das autoridades e dos Tribunais dos Estados – membros) introduzido na aplicação das regras dos artigos 81º e 82º do Tratado CE pelo Regulamento nº 1/2003, leva a que a referida convergência se revele com uma pertinência cada vez maior.

Na realidade, a própria efectividade do sistema comunitário de *defesa da concorrência* poderá ser perturbada se, porventura, a fixação de coimas e/ou de quaisquer outras sanções pecuniárias pela violação das regras comunitárias em causa, não respeitar critérios minimamente uniformes. A não ser assim (ou seja, inexistindo tais critérios uniformizadores da determinação das sanções pecuniárias) correr-se-á o risco de, em termos comparativos, o mesmo tipo de conduta suscitar a aplicação de sanções significativamente (ou incompreensivelmente) díspares entre os vários ordenamentos da União, acabando por pôr em causa, também e em última instância, a uniformidade da aplicação do próprio ordenamento comunitário.

Compreende-se, portanto, essa tendência de uniformização de critérios como um efeito decorrente (e natural) da reforma; talvez seja menos compreensível, consequentemente, a ausência de tratamento que os principais actos normativos da reforma (desde logo, o Regulamento nº 1/2003) dispensaram ao assunto. Com efeito, os primeiros passos percorridos em direcção a essa convergência, resultaram da actividade desenvolvida pela *ECA – European Competition Authorities* que, seguindo a respectiva apresentação feita pela Autoridade da Concorrência portuguesa, é uma associação informal, fundada em Amesterdão, em Abril de 2001 (antes, portanto, da entrada em vigência do Regulamento nº 1/2003) e “que serve de fórum de discussão das autoridades da concorrência no Espaço Económico Europeu (EEE) (os Estados Membros da Comunidade Europeia, a Comissão Europeia, os Estados da EFTA, Noruega, Islândia, Liechtenstein e a Autoridade de Supervisão da EFTA)¹⁵⁴”.

¹⁵⁴ Ver, na *Internet*, página oficial da Autoridade da Concorrência portuguesa e respectiva ligação à apresentação da *ECA*, em: <http://www.concorrenca.pt/cooperacao/multilateral.asp> Nessa página oficial é referido que associação “tem como objectivo melhorar a cooperação entre as autoridades de concorrência e contribuir para uma aplicação eficiente das regras da concorrência nacionais e comunitárias”. Encontra-se, também, disponível para consulta na

Esta associação – cuja criação, de resto, precedeu a institucionalização da rede europeia de autoridades da concorrência – criou, em Maio de 2006, um grupo de trabalho que apresentou, em 2008, as suas conclusões em forma de “princípios de convergência” relativos às sanções pecuniárias por violação das regras da concorrência.

Em 1 de Setembro de 2006, a Comissão, por seu turno, publicou também uma orientação sobre os métodos de determinação de sanções pecuniárias pela violação das regras dos artigos 81º e 82º do Tratado CE¹⁵⁵.

Esta orientação sucedeu (modernizando) a uma outra que incidia sobre o cálculo de tais sanções, publicada pela Comissão em 1998¹⁵⁶.

Estas orientações pretendem, no fundo, conciliar a autonomia processual dos Estados-membros, com a efectividade do Direito comunitário, consagrando e desenvolvendo uma lógica (e um princípio) de equivalência entre ambas.

No essencial, poderá, também, afirmar-se que estas orientações publicadas pela Comissão, sobre a matéria agora mencionada, acabam por ser coincidentes e, conseqüentemente, articuláveis, com as conclusões do grupo de trabalho implementado pela já referida ECA.

Trata-se aqui de uma matéria que acaba por traduzir, também, um sentido e um (natural) movimento de convergência (processual) entre o plano do ordenamento jurídico da União e o dos Estados-membros e que não será, sem margem para dúvidas, um mero pormenor no contexto da reforma ou modernização do Direito da concorrência comunitário¹⁵⁷. No entanto, importa

página referida, um conjunto de documentos produzidos pela ECA, abordando, de facto, tal cooperação entre Autoridades da Concorrência, em matérias como, por exemplo, a imunidade e a troca de informações.

¹⁵⁵ Orientações para o cálculo das coimas aplicadas por força do nº 2, alínea a), do artigo 23º do Regulamento (CE) nº 1/2003, (2006/ C 210/02), J.O. nº C 210, de 1.09.2006, p. 2.

¹⁵⁶ Orientações da Comissão para o cálculo das coimas aplicadas por força do nº 2 do artigo 15º do Regulamento nº 17 e do nº 5 do artigo 65º do Tratado CECA – J.O. nº C 9 de 14.1.1998.

¹⁵⁷ Para uma análise mais desenvolvida relativamente a esta matéria, centrada na perspectiva da Comissão, ver WOUTER P. J. WILS - *The European Commission's 2006 Guidelines on*

aferir – ainda que brevemente e de acordo com uma perspectiva mais ampla do que aquela que se limita a uma atenção imediata, dirigida unicamente para os efeitos directos advenientes da reforma – o estado e evolução (recentes) da fixação e da aplicação das sanções pecuniárias, relativamente às infracções às regras comunitárias de *defesa da concorrência*.

Apesar da descentralização (a favor das autoridades e dos Tribunais dos Estados-membros) operada pela reforma em curso (e, em particular, pelo Regulamento nº 1/2003), no que respeita à aplicação das regras comunitárias de *defesa da concorrência*, a análise do estado actual da determinação das sanções pecuniárias por infracção àquelas regras, deverá começar pela prática seguida, nesta matéria, pela Comissão.

3.6 – A jurisprudência comunitária: manifestações de transformação do “soft-law” em “hard-law”.

30. Se, de um modo directo, os critérios para a determinação das sanções pecuniárias pela infracção das regras comunitárias da concorrência, concentram-se, fundamentalmente e no âmbito da reforma destas regras, nos impulsos promovidos pela mencionada rede da ECA (*European Competition Authorities*) e pela orientação (“guideline”) publicada pela Comissão em Setembro de 2006¹⁵⁸, o facto é que já antecedendo a dita reforma, a jurisprudência do Tribunal de Justiça e a prática da Comissão, vinham desenhando uma tendência clara no sentido do aumento significativo do montante de tais sanções¹⁵⁹.

Antitrust Fines: A Legal and Economic Analysis, in World Competition, Volume 30, nº 2, June 2007, também disponível na Internet em: <http://papers.ssrn.com/>

¹⁵⁸ As já *supra* referidas “Orientações para o cálculo das coimas aplicadas por força do nº 2, alínea a), do artigo 23º do Regulamento (CE) nº 1/2003”. Ver J.O. nº C 210, de 1.09.2006, p. 2.

¹⁵⁹ Segundo a qualificação do Regulamento nº 1/2003, trata-se aqui de coimas e/ou de sanções pecuniárias compulsórias. Neste ponto, focalizamo-nos, principalmente, nas coimas (artigo 23º do Regulamento nº 1/2003) e não entramos na discussão sobre a qualificação destas sanções pecuniárias (nomeadamente, coimas *vs.* multas ou, simplesmente, sanções de carácter administrativo).

Tal tendência era (e continua a ser) especialmente notada e relativamente criticada¹⁶⁰, no que diz respeito às coimas por violação dos artigos 81º e 82º do Tratado CE¹⁶¹.

¹⁶⁰ BO VESTERDORF – *The Court of Justice and Unlimited Jurisdiction : What Does it Mean in Practice ?*, in *GCP – The Online Magazine for Global Competition Policy*, June 2009 (2), também disponível na *Internet*, em: www.globalcompetitionpolicy.org . PHILIP LOWE – *Cartels, Fines and Due Process*, in *GCP - The Online Magazine for Global Competition Policy*, June 2009 (2), disponível na *Internet*, em: www.globalcompetitionpolicy.org . PHILIP LOWE, porém, não critica as coimas que têm vindo a ser aplicadas pelas Comissão por serem excessivas; este comentador – de resto, em exercício de funções na Comissão – considera, pelo contrário, que durante décadas as coimas, em matéria de Direito da concorrência comunitário eram inadequadamente baixas, pelo que, nos últimos tempos, apenas se tem vindo a verificar um ajustamento na determinação dos respectivos montantes, em conformidade quer com a amplitude dos prejuízos provocados pelas condutas violadoras das regras em questão quer em conformidade com os próprios critérios enunciados pela Comissão.

¹⁶¹ Com efeito, já em 2009 e após a conclusão do caso *Microsoft* (2007), a Comissão Europeia, por decisão de 13 de Maio de 2009, aplicou uma coima (até agora) recorde à *Intel*, por abuso de posição dominante, no mercado dos processadores informáticos (estando em causa o produto “processador x86”). Com efeito, o montante de tal coima foi de 1, 06 biliões de Euros. Segundo os dados apurados pela Comissão Europeia, o respectivo mercado relevante mundial em causa representa (dados reportados a 2009) cerca de 22 biliões de Euros anuais, sendo que o mercado europeu equivale, por seu turno, a cerca de 30% de tal mercado mundial. As infracções imputadas à *Intel* (abusos de posição dominante de exclusão) terão ocorrido entre 2002 e 2007. Ver Nota de Imprensa *IP/09/745* de 13 de Maio de 2009, disponível em língua francesa e inglesa, no endereço electrónico: <http://europa.eu/rapid/searchAction.do> . Sobre este caso e sobre algumas das críticas que se foram veiculando, relativamente ao tratamento dado pela Comissão à conduta da *Intel* e ao montante da coima aplicada por esta Instituição, ver a interessante análise de ROBERT H. LANDE – *The Price of Abuse: Intel and the European Commission Decision*, in *GCP – Global Competition Policy*, Release: June 2009 (2), também disponível na *Internet* no endereço: www.globalcompetitionpolicy.org LANDE faz o contraponto com o caso *Microsoft* e conclui que não só muitas das críticas formuladas à prática da Comissão (e, de um modo geral, à política europeia, nesta matéria) são desrazoáveis, como considera que, neste caso *Intel*, a Comissão deverá ter a preocupação de evitar as falhas verificadas no antecedente caso *Microsoft*, em matéria de aplicação impositiva das regras *antitrust* (nos casos concretos referidos, o artigo 82º do Tratado CE) e no que diz respeito à reparação dos danos infligidos à estrutura concorrencial do mercado em causa.

Essa tendência assinalada, imputável à Comissão e confirmada, por regra, pela jurisprudência comunitária, poderá, de resto, relacionar-se, numa determinada perspectiva, com a fixação dos limites dos poderes de jurisdição do Tribunal de Justiça, perante os actos – em especial, as decisões – da Comissão, em matéria de controlo da aplicação do Direito comunitário da concorrência. A determinação desses limites poderá ainda entrelaçar-se, indirectamente e numa perspectiva mais ampla, com a análise (de carácter constitucional) das relações entre as Instituições da União, à luz do princípio (estruturante do constitucionalismo europeu) da separação dos poderes.

Ora, no âmbito das respectivas competências jurisdicionais atribuídas pelos Tratados, o Tribunal de Justiça e o Tribunal de Primeira Instância garantem o respeito pelo Direito comunitário. É esta a função primeira do Tribunal de Justiça e do Tribunal de Primeira Instância. Nos termos do artigo 220º do Tratado CE, esses Tribunais zelam pela boa interpretação e aplicação do direito originário e do direito derivado, incluindo o sistema jurídico – comunitário de *defesa da concorrência*.

Para tal, o sistema jurisdicional (ou de contencioso) do Direito da União, disponibiliza, nos termos do artigo 230º do Tratado CE, uma via de recurso vocacionada para o controlo da legalidade comunitária dos actos praticados pelas Instituições (em rigor, em correlação com a via de recurso prevista no artigo 232º do Tratado CE, ou seja, a acção por omissão¹⁶²).

Sem nos debruçarmos sobre a caracterização do sistema jurisdicional comunitário, sempre poderemos, contudo, dizer que o Tribunal de Justiça, nos termos do artigo 230º do Tratado CE, actua, *em princípio*, como mero órgão jurisdicional de recurso e não com plena jurisdição no exercício das suas funções, relativamente aos actos controvertidos das Instituições. No entanto, nos termos do artigo 229º do Tratado CE, o Tribunal de Justiça pode, através de Regulamento do Conselho ou adoptado em conjunto pelo Parlamento

¹⁶² “Se, em violação do presente Tratado, o Parlamento Europeu, o Conselho ou a Comissão, se absterem de pronunciar-se, os Estados-membros ou as outras Instituições da Comunidade podem recorrer ao Tribunal de Justiça para que declare verificada essa violação” – primeiro parágrafo, do artigo 232º do Tratado CE.

Europeu e pelo Conselho e relativamente a *sanções* previstas nesses actos, dispor, de plena jurisdição.

Ora, em relação a muitas matérias respeitantes ao Direito da concorrência comunitário, tal plena jurisdição do Tribunal de Justiça existe, tendo-lhe sido atribuída, genericamente, nos termos enunciados pelo artigo 229º do Tratado CE.

No que respeita, em especial, à aplicação dos artigos 81º e 82º do Tratado CE, o Regulamento nº 1/2003, no seu artigo 31º, concretizando a previsão daquela norma do artigo 229º do Tratado CE, atribui, com efeito, tal competência de plena jurisdição ao Tribunal comunitário, relativamente às “decisões em que tenha sido fixada pela Comissão uma coima ou uma sanção pecuniária compulsória”, explicitando-se, ainda e nos termos da norma deste Regulamento, que o Tribunal “pode suprimir, reduzir ou aumentar a coima ou a sanção pecuniária compulsória aplicada”.

Esta plena jurisdição do Tribunal comunitário relativamente às sanções pecuniárias (nomeadamente, as coimas aplicadas pela Comissão, através de decisão, nos termos do artigo 23º do Regulamento nº 1/2003), é, no entanto, de concretização complexa. Como nota VESTERDORF, o Tribunal, nesta matéria, muito frequentemente auto limita a sua apreciação a um mero controlo da legalidade estrita da coima aplicada, no sentido em que costuma unicamente verificar se a Comissão, na determinação de tal coima, foi coerente consigo própria – ou seja, se aplicou correctamente os critérios por si enunciados e publicitados na sua orientação (comunicação) de 2006, para o cálculo das sanções aplicadas por força do nº 2, alínea *a*, do artigo 23º do Regulamento nº 1/2003^{163/ 164}.

¹⁶³ Antecedentemente, recorde-se, tinham sido publicadas pela Comissão, as “Orientações para o cálculo das coimas aplicadas por força do nº 2 do artigo 15º do Regulamento nº 17 e do nº 5 do artigo 65º do Tratado CECA”. J.O. nº C 9 de 14.1.1998.

¹⁶⁴ BO VESTERDORF, *ob. cit.* (*The Court of Justice ...*), p. 2-3, ilustrando esta observação com a jurisprudência do Tribunal de Justiça no caso *Wieland – Werker*, Acórdão do Tribunal de Justiça de 6 de Maio de 2009, Processo nº T – 116/04, nº 32, onde se pode ler: “(...) where the Commission has a discretion, for example, as regard the amount of increase for the purposes of

Importa salientar que, a este respeito, a jurisprudência comunitária tem vindo a reforçar a importância destas orientações (comunicações) da Comissão, atribuindo-lhes, de certo modo, um carácter quase vinculativo. Esta poderá ser outra pista de reflexão, a propósito da própria reforma do Direito da concorrência comunitário: o papel desempenhado, material e efectivamente, por um conjunto de actos cada vez mais extenso, emitido pelas Instituições e que, em princípio e ainda que não tenham formalmente carácter vinculativo, preenchem espaços vazios em termos de referências normativas. Como muitos comentadores referem, trata-se, aqui, de avaliar a importância real (para além da caracterização formal, nomeadamente, nos termos do artigo 249º do Tratado CE) desta espécie de *soft law*, cada vez mais utilizado pela Comissão, no domínio da política (e do Direito) da concorrência comunitária¹⁶⁵.

O Tribunal de Justiça, por exemplo, no Acórdão de 28 de Junho de 2005¹⁶⁶, confirmou a (quase) obrigação que impende sobre a Comissão de seguir as suas próprias orientações em determinadas matérias – nomeadamente, no que diz respeito à aplicação impositiva das regras de *defesa da concorrência* – e isto, a partir do momento em que tais orientações (“guidelines”) são adoptadas e publicadas por aquela Instituição.

Na realidade, segundo essa jurisprudência do Tribunal de Justiça (e, também, no âmbito do mesmo processo, segundo a jurisprudência do Tribunal de Primeira Instância, confirmada, no seu Acórdão de 28 de Junho de 2005, pelo Tribunal de Justiça), quando uma comunicação, contendo determinadas orientações é, como se referiu, adoptada e publicada, a Comissão deverá subordinar-se aos termos de tais orientações, aos métodos por si indicados (por exemplo, métodos de cálculo de coimas), a não ser que num caso particular, de uma forma clara, aquela Instituição invoque razões objectivas para se desviar dessas suas próprias indicações.

deterrence, review of the legality of those assessments *is limited to determining the absence of manifest error of assessment*” – sublinhado da nossa responsabilidade.

¹⁶⁵ Retomaremos, *infra*, este tópico.

¹⁶⁶ Acórdão do Tribunal de Justiça de 28 de Junho de 2005, *Dansk Rorindustri e outros vs. Comissão*, Processos conjuntos nº C – 189/02 P, C – 202/02 P, C – 205/02 P e C – 213/02 P.

Esta atribuição de uma quase obrigatoriedade (e, conseqüentemente, de um carácter vinculativo geral e abstracto) a tais orientações, contidas, habitualmente, em actos que adoptam a forma de comunicações¹⁶⁷, justifica-se, em grande medida, pela necessidade de, em determinadas matérias (como aquela que agora é considerada), ser requerida uma especial atenção relativamente à transparência e à garantia do princípio da igualdade, na prática decisória das Instituições.

Por outro lado ainda, a auto vinculação, por parte da Comissão, às suas próprias orientações publicadas, permite (em consequência da transparência e da igualdade assim reforçadas na prática decisória daquela Instituição) favorecer a segurança jurídica necessária para a actuação económica das empresas¹⁶⁸.

Esta linha seguida pela jurisprudência comunitária em matéria de controlo da actuação da Comissão – designadamente, no que diz respeito à determinação e aplicação de coimas, por violação dos artigos 81º e 82º do Tratado CE – acaba por corresponder a um modo essencialmente formal do exercício da plena jurisdição, outorgada ao Tribunal comunitário pelo artigo 31º do Regulamento nº 1/2003.

O Tribunal de Justiça acaba, sobretudo, por verificar a conformidade da determinação de uma sanção pecuniária, com os critérios estabelecidos e publicitados pela própria Comissão, prescindindo, deste modo e por via de regra, de analisar e decidir sobre as ditas sanções, relativamente a tudo o que ultrapasse tal verificação estrita do respeito pelas orientações da Comissão. Poderíamos, mesmo, falar aqui – considerando o carácter quase vinculativo que a jurisprudência comunitária tem vindo a atribuir a tais orientações – numa

¹⁶⁷ Portanto e nos termos do artigo 249º do Tratado CE, actos de direito derivado não vinculativos.

¹⁶⁸ No nº 213 do Acórdão do Tribunal de Justiça agora mencionado (de 28 de Junho de 2005), pode ler-se, com efeito, o seguinte: "The Court of First Instance was also correct to observe (...) that although the Guidelines do not constitute the legal basis of the contested decision, they determine, generally and abstractly, the method which the Commission has bound itself to use in assessing the fines imposed by the decision and, consequently, *ensure legal certainty on the part of the undertakings*". O sublinhado é da nossa responsabilidade.

mera verificação formal da “legalidade” de tais sanções, empreendida normalmente pelo Tribunal de Justiça.

A jurisprudência comunitária tem, com efeito, reconhecido que, materialmente, compete à Comissão decidir que política da concorrência é que, a par e passo e consoante os casos concretos, considera apropriado seguir-se¹⁶⁹. Em consequência disso mesmo, o Tribunal tem também reconhecido à Comissão a (plena) competência para determinar casuisticamente se uma sanção deverá, ou não, ser aplicada e, caso o seja, que coima concreta deverá ser mais adequada (justa), como forma de repressão e de dissuasão, relativamente à infracção verificada.

Existem, contudo, algumas excepções relativamente a este entendimento e a esta (reiterada) prática jurisprudencial – excepções essas que, no fundo, confirmam a tendência assinalada de auto limitação (material) do exercício de uma plena jurisdição, por parte do Tribunal de Justiça, relativamente às coimas aplicadas pela Comissão, respeitantes a infracções aos artigos 81º e 82º do Tratado CE. Mencionam-se, habitualmente, dois exemplos nos quais o Tribunal de Justiça decidiu alterar e anular a coima aplicada pela Comissão.

Referimo-nos, por um lado, ao Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 7 de Julho de 1994 – Acórdão *Dunlop Slazenger*¹⁷⁰ - no qual o Tribunal reduziu a coima inicialmente aplicada, por ter considerado insuficiente a prova efectuada pela Comissão, relativamente a certos factos que sustentaram a

¹⁶⁹ Ver Acórdão do Tribunal de Justiça de 18 de Maio de 2006, Acórdão *Archer Daniels Midland vs. Comissão*, Processo nº C – 397/03 P, sobretudo e relativamente a este reconhecimento, em particular, da competência política da Comissão e das suas consequências, os respectivos nºs 21 e 22. Nesses nºs (parágrafos) do citado Acórdão, com efeito, o Tribunal salienta que, suportando-se, inclusivamente, na jurisprudência expressa do antecedente acórdão *Dansk Rorindustri e outros vs. Comissão (de 2005)*, o seguinte : “(...) the proper application of the Community competition rules requires that the Commission may at any time adjust the level of fines to the needs of that policy. It follows that undertakings involved in an administrative procedure in which fines may be imposed cannot acquire a legitimate expectation in the fact that the Commission will not exceed the level of fines previously imposed or in a method of calculating the fines”.

¹⁷⁰ Acórdão *Dunlop Slazenger vs. Comissão*, Processo nº T-43/92, Colectânea, p. II-441.

respectiva decisão¹⁷¹. De todo o modo, o Tribunal, neste seu aresto, começa apenas por verificar que, em função da errada determinação de factos relevantes para a fixação da respectiva coima, por parte da Comissão, haveria, conseqüentemente, lugar à redução de tal sanção, determinada com base numa factualidade não inteiramente provada (os períodos de tempo durante os quais as infracções haviam ocorrido). Ou seja, o Tribunal começou por verificar a conformidade estrita da medida da sanção, com os factos desta determinativos e invocados pela Comissão – o que não corresponde, ainda, ao exercício de uma jurisdição plena. Só depois é que o Tribunal desenvolveu uma fundamentação que se afastou da mera correcção do resultado alcançado pela Comissão (em termos de determinação concreta da coima), em função daquilo que se entendeu ter sido (ou não) provado.

O Tribunal não se limitou, portanto, a verificar se a Comissão tinha ou não seguido correctamente os critérios contidos nas suas próprias orientações publicadas, não se restringindo, conseqüentemente, a proceder a uma mera redução da sanção, proporcional à falta de prova. O Tribunal avançou mesmo para uma qualificação (de moto próprio) da infracção apreciada (considerando-a grave), reduzindo a coima inicialmente determinada pela Comissão menos do que proporcionalmente em relação à falta de prova produzida, exercendo, deste modo, o seu poder de jurisdição plena.

¹⁷¹ Assim, em conclusão, a Tribunal de Primeira Instância, neste seu Acórdão de 7 de Julho de 1994, considerou o seguinte, nos respectivos nºs /parágrafos 178 e 179: "Resulta do conjunto das considerações (sobre a matéria de facto aduzida) que precedem que o princípio da aplicação de uma coima à recorrente deve ser confirmado, havendo, porém, que a reduzir uma vez que se deve considerar que o período durante o qual a recorrente cometeu as infracções de que é responsável decorreu entre 1985 e 1990, no que respeita à proibição geral de exportar, e entre 1985 e 1989, no que respeita às diversas medidas tomadas a fim de fazer respeitar essa proibição (diferentemente do que a Comissão tinha considerado). No entanto, o Tribunal considera que a redução da coima não deve necessariamente ser proporcional à redução da duração das infracções a que se tenha procedido, atendendo à gravidade e ao carácter cumulativo das infracções detectadas pela Comissão no período da sua efectiva duração. No presente caso, o Tribunal entende, *no uso dos seus poderes de plena jurisdição, que se fará uma justa apreciação das circunstâncias da causa reduzindo de 5 para 3 milhões de ecus a coima que deve ser aplicada à recorrente*". O sublinhado final é da nossa responsabilidade.

Por outro lado, o Tribunal de Primeira Instância, no seu Acórdão de 30 de Setembro de 2003 – Acórdão *Atlantic Container Line vs. Comissão*¹⁷² – anulou uma coima aplicada pela Comissão, relativamente a uma alegada infracção ao artigo 82º do Tratado CE.

Nesse seu extenso Acórdão (1648 parágrafos), o Tribunal de Primeira Instancia verificou que o comportamento que havia sido punido pela Comissão, alegadamente, em virtude de uma violação do artigo 82º do Tratado CE (então, à data dos factos, artigo 86º), era também subsumível ao artigo 81º (ex-artigo 85º), tendo, de resto, sido notificado à Comissão (nos termos do regime de aplicação daquela norma do Tratado então vigente: o regime constante do Regulamento nº 17 de 1962).

O Tribunal considerou, no exercício dos seus poderes de plena jurisdição, que as empresas envolvidas, em virtude do comportamento assumido pela Comissão, durante o processo levado a cabo por esta Instituição, tinham a expectativa legítima de que as práticas em causa (no caso, contratos de prestação de serviços, no quadro de acordos de cooperação entre armadores) não seriam sancionadas nos termos do (então) artigo 86º do Tratado CE¹⁷³.

31. Podemos enunciar algumas pistas (mais do que conclusões) relativamente ao impacto da reforma em curso do Direito da concorrência comunitário, no que tange à matéria das sanções pecuniárias, aplicadas pela Comissão (situando-nos, assim, no âmbito da denominada aplicação impositiva ou *public enforcement* desse Direito).

¹⁷² Acórdão *Atlantic Container Line*, de 30 de Setembro de 2003, Processo nº T – 191/98, Colectânea, p. II – 3275.

¹⁷³ Com efeito, nos termos do nº 1621 do Acórdão mencionado, o Tribunal refere que: “Dans ces circonstances, il convient d'admettre que les parties (...) ont pu légitimement ignorer, en dépit de la jurisprudence selon laquelle les accords conclus par une entreprise dominante sont susceptibles de constituer des abus, que leurs pratiques en matière de contrats de services étaient susceptibles d'être qualifiées d'abus ». No nº seguinte (1622), o Tribunal acrescenta que : « (...) il convient d'admettre que les requérantes avaient toutes les raisons de croire, au cours de la procédure administrative, que la Commission ne leur infligerait pas d'amende du fait de leurs pratiques en matière de contrats de services ».

Importa referir que, especialmente no que diz respeito a tais sanções por violação dos artigos 81º e 82º do Tratado CE, o Regulamento nº 1/2003 prevê, no seu Capítulo VI (Sanções), os critérios gerais de determinação e de aplicação quer das coimas (artigo 23º) quer das sanções pecuniárias compulsórias (artigo 24º). Além destes artigos 23º e 24º do Regulamento nº 1/2003, importa, ainda, referenciar as regras de prescrição em matéria de aplicação e de execução de sanções, previstas no capítulo subsequente deste Regulamento (Capítulo VII, respectivamente, artigos 25º e 26º).

No entanto, tais normativos – apesar de se constituírem como um ponto de partida essencial e, por isso, incontornável, relativamente a esta matéria – apenas fornecem os quadros gerais que delimitam as fronteiras de actuação da Comissão, sem, naturalmente, avançarem muito sob o ponto de vista dos critérios operativos que, correntemente e de forma concreta, moldarão a actividade sancionatória daquela Instituição.

Dir-se-ia que, neste ponto, a eventual insegurança jurídica resultante do exercício de um poder (ainda significativamente amplo) discricionário da Comissão, numa matéria tão sensível quanto a da aplicação de sanções pecuniárias, seria contrabalançado pela atribuição de plena jurisdição ao Tribunal de Justiça (artigo 31º do Regulamento nº 1/2003). No entanto, como referimos, a jurisprudência comunitária, nesta matéria, tem-se auto contido no que diz respeito ao exercício efectivo de tal jurisdição plena. O Tribunal de Justiça – até mesmo porque reconhece a plena competência (diríamos, natural) da Comissão para decidir, em cada momento, sobre qual seja a política concreta de concorrência mais adequada – auto limita os seus poderes jurisdicionais, seguindo uma linha que se confunde com uma espécie de mero controlo da legalidade estrita das sanções aplicadas, em relação, contudo, a actos que não são formalmente obrigatórios (e, por isso, dificilmente poderiam, *a priori*, ser entendidos como referenciais da “legalidade” comunitária, para efeito de controlo jurisdicional). Referimo-nos, portanto, às Comunicações da Comissão – especialmente, a de Setembro de 2006 – contendo as orientações adoptadas e assim publicitadas por esta Instituição, relativas ao cálculo das

sanções aplicadas por força do nº 2, alínea *a*, do artigo 23º do Regulamento nº 1/2003.

O Tribunal de Justiça – salvo algumas pouco frequentes exceções – tem-se limitado a verificar se as decisões da Comissão em matéria de coimas, respeitam as próprias indicações operativas para o respectivo cálculo, contidas em tal orientação. No fundo, verifica a coerência da prática decisória, nesta matéria, da Comissão, aferida em função daquilo que esta Instituição assumiu e publicou, em forma de comunicação.

Como notamos anteriormente, existe aqui, para muitos, um conjunto cada vez mais extenso de actos não formalmente vinculativos que se pode designar como sendo uma espécie de *soft law*.

Ora, se importa avaliar a importância e os efeitos reais desta espécie de *soft law* – quanto mais não seja, pela sua quantidade cada vez mais significativa e pela frequência com que começa a ser utilizado, sobretudo no domínio do Direito da concorrência comunitário, pela Comissão – então, não poderemos deixar de notar e de reflectir sobre aquela assinalada posição do Tribunal de Justiça (recorde-se, o Tribunal, correntemente e prescindindo da sua jurisdição plena, tem vindo a utilizar tais orientações, quase como um critério de referencial da “legalidade” comunitária das decisões da própria Comissão).

Assim, desde já, pode assinalar-se, a este propósito, uma certa tendência jurisprudencial de supressão de “espaços vazios” de normatividade que, contudo e apesar dessa ausência (pelo menos, formal e intencional) de regulação normativa, são juridicamente relevantes.

Pela acção do Tribunal – auto limitando o exercício da sua plena jurisdição e enveredando por uma espécie de controlo estrito da legalidade formal, contudo, sem referências legais em sentido próprio – ocorre, de alguma forma, uma transformação daquele denominado *soft law*, em *hard law*. Daqui resultam notórios ganhos em termos de segurança jurídica e de transparência, num domínio tão sensível como é o da prática sancionatória da Comissão¹⁷⁴ - e

¹⁷⁴ Sem que o Tribunal de Justiça o tenha assumido clara e inequivocamente, existem, contudo, vários comentadores que consideram que as sanções impostas no âmbito da aplicação do

isto, em benefício não só das empresas e associações de empresas interessadas, como, também, do próprio sistema jurídico comunitário.

No entanto, verificada, nos últimos anos, a tendência referida de aumento muito substancial dos montantes das coimas aplicadas pela Comissão, talvez a garantia mais adequada dos direitos das empresas, bem assim como o equilíbrio do próprio sistema sancionatório, por violação dos artigos 81º e 82º do Tratado CE (o que equivale a dizer-se, o equilíbrio – e, conseqüentemente, uma maior eficácia – do sistema de aplicação impositiva das regras comunitárias em causa), exigissem uma assumpção da respectiva plena jurisdição, por parte do Tribunal de Justiça.

Direito da concorrência comunitário, revestem a natureza penal. Tal é o caso, por exemplo, de BO VERSTERDORF, *ob. cit.* (*The Court of Justice and Unlimited Jurisdiction...*), p. 3, em nota 8. O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, de resto, teve já a oportunidade de considerar aplicáveis a processos relativos ao Direito da concorrência, as garantias (nomeadamente, aquelas que decorrem do artigo 6º, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem) exigíveis para a aplicação de sanções de carácter criminal. A este respeito, ver nomeadamente, PEDRO MADEIRA FROUFE, *ob. cit.* (*A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem...*).

CAPÍTULO 4º - “Amicus Curiae”. As relações entre a Comissão e os órgãos jurisdicionais dos Estados-membros.

4.1 – “Amicus Curiae” - Significado e funções. Um instrumento de efectividade do Direito da concorrência comunitário.

32. Situando-nos, ainda, no plano da convergência processual entre o Direito da concorrência comunitário e os respectivos sistemas dos Estados-membros – convergência esta, gerada pelo movimento de reforma em curso – refira-se, ainda, como sendo particularmente significativa (até mesmo porque inovadora e, conseqüentemente, ainda titubeante) a introdução, com o Regulamento nº 1/2003, da figura do *amicus curiae* (nº 3, do artigo 15º do referido Regulamento).

Importa, desde já, esboçar um tópico breve sobre o significado e a função desta figura que, neste contexto, perspectivamos como um instrumento (processual) da *efectividade* do Direito da concorrência comunitário, salientado pela reforma ou modernização dos artigos 81º e 82º do Tratado CE.

Terminologicamente, *amicus curiae* há-de significar, de algum modo, um “amigo do Tribunal”. Alguém ou alguma instituição ou organização/entidade que colabora com o Tribunal, auxiliando-o no seu processo de tomada de uma decisão judicial.

No entanto, se de um “amigo” se trata, este não há-de impor os seus préstimos a quem auxilia, ou seja, ao Tribunal que, conseqüentemente, não estará vinculado pelo sentido de tal auxílio.

Além disso, restará na esfera de poderes próprios do Tribunal, decidir sobre a necessidade de tal auxílio e, conseqüentemente, sobre a admissibilidade da intervenção do *amicus curiae*. Assim sendo, desde já, pode-se afirmar que tal “amigo” mais não poderá ser do que isso mesmo e, conseqüentemente, em princípio, não terá nenhum papel institucional – jurisdicional. Dito de outro modo, será, naturalmente (como “amigo” que se requer que seja), um terceiro independente do poder jurisdicional e mais

precisamente, um terceiro independente relativamente àquele concreto Tribunal (e processo de decisão judicial) que auxilia.

Por decorrência, ele será, também, um terceiro independente (e, necessariamente, equidistante) das partes envolvidas na disputa judicial concreta, cuja respectiva tomada de decisão é, assim, auxiliada pela sua (do “amigo”; do *amicus curiae*) intervenção.

Na descrição definitiva de ASCENSIO, o *amicus curiae* será alguém que não sendo efectivamente parte no litígio, foi autorizado (nos termos do respectivo sistema jurídico) a contribuir com informações sobre aspectos e questões de Direito e elementos factuais, de forma a elucidar os juízes.

Tal figura e tal prática (de auxílio ao processo de decisão judicial) é corrente nos sistemas do *case law*, nomeadamente, em sede de recurso de decisões judiciais prévias e, especialmente, quando o litígio em causa relaciona-se com questões de interesse geral como será o caso, por exemplo, da aplicação de direitos fundamentais¹⁷⁵.

No entanto, este “amigo” não será totalmente desinteressado: será um “amigo” colaborante, interessado na resolução da disputa em litígio de acordo com interesses gerais (não das partes, naturalmente) que representa e que, de algum modo (quer dizer, indirecta e difusamente), poderão ser afectados com a decisão judicial em causa¹⁷⁶.

¹⁷⁵ HERVÉ ASCENSIO, *L'«Amicus Curiae» Devant Les Juridictions Internationales*, in *Révue Générale de Droit International Public*, Octobre-Décembre, nº 4, 2001, p. 897. ASCENSIO, nesta abordagem à noção de *amicus curiae* suporta-se ainda no *Black's Law Dictionnary*, 6^e ed, West Publishing Co., St. Paul, 1990, p. 82 e ainda no *A Dictionary of Modern Legal Usage*, Oxford University Press, Oxford, New York, 1987, p. 40-41.

¹⁷⁶ Ainda no mesmo sentido da noção expressa no *Black's Law Dictionnary* e no *A Dictionary of Modern Legal Usage*, notamos a entrada “amicus curiae”, da responsabilidade de STEVEN H. GIFIS, no *Law Dictionary, Barron's Legal Guides* (4th Edition), New York, 1996, que, contudo, sublinha ainda um importante aspecto: o do *relativo interesse* que tal “friend of the court” tem no auxílio que presta. No fundo, ele (o *amicus curiae*) representa – como salientamos no texto – alguém (uma terceira parte) que será afectado pela resolução (judicial) do litígio em causa. Assim, o *amicus curiae* “(...) is submitted by one not party to the lawsuit to aid the court in gaining the information it needs to make proper decision or to urge a particular result on behalf

Em síntese, o “amicus curiae” designa o estatuto processual de um terceiro relativamente às partes que se envolveram num litígio judicial, independente delas e do Tribunal, a quem poderá ser permitido intervir nesse pleito na medida em que possa elucidar e, dessa forma, auxiliar o próprio Tribunal, na formação da sua decisão.

A intervenção no processo do “amicus curiae” é, de todo o modo, justificada não só pela vantagem (contributo) resultante para a decisão judicial dos seus esclarecimentos, mas também pelo facto de, dessa forma (ou seja, através da sua intervenção), poder salvaguardar-se a consideração de um interesse geral (representado pelo “amicus curiae”) que poderá ser afectado através da decisão no caso *a quo* e que, através de tal intervenção (nessa medida, independente, mas interessada), poderá, assim, ser melhor considerado pelo Tribunal.

A figura, com uma tradição centenária e, conseqüentemente, merecedora de um desenvolvimento bastante acentuado no âmbito dos ordenamentos jurídicos que seguem o *case law*, com destaque para o

of the public or private interest of third parties who will be affected by the resolution of the dispute”, GIFIS, *ob. cit* (*Law Dictionary...*), p. 24.

É interessante salientar, a este propósito, a nota/advertência de ASCENSIO, referindo-se à utilização da figura em causa, no âmbito do Direito e da Justiça Internacionais: «Mais il est parfois des amis qui mettent dans l’embarras, soit qu’ils perturbent de confortables certitudes par leurs réflexions intempestives, soit que leur presence en nombre excessif engendre bruit et désordre domestique. Plus frileuses ou plus sages que les juridictions internes, les juridictions internationales n’accueillaient jusqu’à présent leurs amis qu’avec circonspection. Sans doute était-ce là la marque d’une certaine autonomie de la procédure internationale, conçue à une époque où les différends internationaux étaient nécessairement des différends inter-étatiques. »HERVÉ ASCENSIO, *ob. cit.* (*L’Amicus Curiae...*), p. 898. Por outro lado, ASCENSIO completa o quadro definatório da figura em causa, a pretexto da sua utilização no Direito Internacional, salientando que:

“(…) L’amicus curiae est la brèche procédural par laquelle peuvent s’engouffrer individus, sociétés et associations lorsque la qualité de partie (nas mencionadas jurisdições internacionais) est réservée aux États » *ob. cit.*, p. 900.

ordenamento norte-americano¹⁷⁷, acabou, também, por ser adoptada e institucionalizar-se, já com alguma intensidade, noutros sistemas internos, como, por exemplo, o francês¹⁷⁸ e o brasileiro¹⁷⁹.

33. O Regulamento nº 1/2003 introduziu a figura – ainda que não a nominando expressamente como “amicus curiae” – no seu artigo 15º (norma esta, relativa à cooperação com os Tribunais nacionais).

O nº 3, desse artigo 15º, estabelece, com efeito, que:

“As autoridades dos Estados membros (...) podem, por sua própria iniciativa, apresentar observações escritas aos tribunais do respectivo Estado membro sobre questões relacionadas com a aplicação dos artigos 81º e 82º do Tratado. Com o consentimento do tribunal em causa, podem igualmente apresentar observações orais (...). A Comissão *pode* igualmente, *por sua própria iniciativa, apresentar observações escritas aos tribunais dos Estados membros* nos casos em que tal seja exigido por forma a assegurar a aplicação

¹⁷⁷ No sistema norte-americano, de um modo geral e seguindo, novamente, *A Dictionary of Modern Legal Usage*, p. 40-41 e o Autor da respectiva entrada (BRYAN A. GARNER), *apud* HERVÉ ASCENSIO, *ob. cit.* (*L’Amicus Curiae...*), p. 897, “virtually anyone with interests affected by the litigation, or indeed with political interest in it, may, when represented by counsel, be approved as an amicus curiae”. Com efeito, a institucionalização desta figura acompanhou, nos Estados- Unidos, a evolução da defesa e da representatividade dos direitos colectivos (desenvolvendo-se, portanto, em paralelo com as “class actions”) e a protecção, em geral, dos denominados interesses difusos.

¹⁷⁸ No Direito francês, e ainda segundo nota de ASCENSIO, *ob. cit.* (*L’Amicus Curiae*), por impulso jurisprudencial (nomeadamente, *Cour d’Appel* de Paris, em Acórdãos de 21 de Junho e 6 de Julho, ambos de 1988 e ainda, *Cour de Cassation*, Acórdão de 31 de Maio de 1991), as jurisdições cíveis aceitam a audição de personalidades intervindo, assim, como “amicus curiae”. Ver também a síntese rápida sobre a introdução e utilização da figura no Direito Francês (por comparação com o Direito Alemão) de Gaëtan Klein - *La place de l’amicus curiae en procédure civile française et allemande*, disponível na Internet em: <http://m2bde.u-paris10.fr/blogs/dpj/index.php/category/Doctrines> (texto publicado em versão electrónica, em 26.02.2009)

¹⁷⁹ CARLOS GUSTAVO RODRIGUES DEL PRÁ, *Amicus Curiae – Instrumento de Participação Democrática e de Aperfeiçoamento da Prestação Jurisdicional*, Juará Ed., Curitiba, 2007. MIRELLA DE CARVALHO AGUIAR, *Amicus Curiae*, Ed. *JusPodivm*, Vol. V, Salvador, 2005.

coerente dos artigos 81º e 82º do Tratado. Com o consentimento do tribunal em causa, pode igualmente apresentar observações orais”.

Temos, assim, a consagração de uma faculdade ou prerrogativa da Comissão, a ser exercida *por iniciativa* desta - consagrando-se, portanto, uma obrigação comunitária impendendo sobre os Estados-membros de garantirem a intervenção da Comissão, através de observações escritas (pelo menos), nos processos que corram termos nos Tribunais nacionais e que sejam relativos à aplicação dos artigos 81º e 82º do Tratado CE.

Como referimos anteriormente, o artigo 15º do Regulamento nº 1/2003, mereceu a epígrafe de “cooperação com os tribunais nacionais”. Esta cooperação é, naturalmente e neste contexto, desenvolvida entre aqueles Tribunais nacionais e a Comissão¹⁸⁰.

A introdução desta figura - a possibilidade de intervenção da Comissão enquanto “amicus curiae” em processos que correm termos nos tribunais dos Estados-membros - obedece, portanto, a um desiderato de cooperação¹⁸¹ e, até

¹⁸⁰ Relembre-se que do denominado “Pacote Modernização” faz parte a Comunicação da Comissão sobre a cooperação entre esta Instituição e os Tribunais dos Estados-membros da união na aplicação dos artigos 81º e 82º do Tratado CE: Comunicação publicada no J.O. nº C 101, de 27.04.2004, p. 54. (2004/C 101/04).

Por outro lado, importa salientar que não cuidamos aqui – desde logo, porque não depararemos com o mesmo tipo de problemas e questões – do relacionamento (também consagrado nesta norma do Regulamento nº 1/2003) entre os Tribunais nacionais e as (também nacionais) autoridades da concorrência. Neste âmbito, no contexto deste relacionamento *interno* entre órgãos jurisdicionais e autoridades administrativas (ou *para - administrativas*), não é necessário entrar em linha de conta com o princípio da lealdade europeia (artigo 10º do Tratado CE) e com os seus corolários que poderão, como veremos, alterar ou, pelo menos, tornar menos claras, as relações entre a esfera do poder judicial e a do poder administrativo, alterando ou perturbando, porventura, as implicações tradicionais no constitucionalismo europeu, do princípio da separação de poderes.

¹⁸¹ Como realça o Tribunal de Justiça no nº 21, do seu Acórdão de 11 de Junho de 2009 (Acórdão *X BV*, Processo nº C – 429/07, disponível, na *Internet*, no sítio do Tribunal de Justiça, em: http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo1_6308/):

“Cette coopération s’inscrit dans le cadre du principe général de coopération loyale, mentionné à l’article 10 CE, qui régit les relations entre les États membres et les institutions communautaires. Comme la Cour l’a constaté, l’obligation de coopération loyale, qui s’impose

certo ponto, fazendo um paralelo com o sistema jurisdicional da União (o “contencioso comunitário”), esta faculdade assim conferida à Comissão, não deixa de nos invocar o reenvio prejudicial, nos termos do artigo 234º do Tratado CE.

Na realidade, utilizando o reenvio prejudicial, os Tribunais nacionais, no âmbito de uma cooperação com o Tribunal de Justiça, dispõem de um meio de obtenção de um auxílio indirecto para a resolução dos seus casos em que, porventura, as normas de *defesa da concorrência* referidas sejam aplicadas (e não só, também quaisquer outras normas comunitárias). Através de tal via de cooperação judicial, prevista no artigo 234º do Tratado, o Tribunal nacional poderá ver esclarecidas as suas dúvidas sobre a interpretação das normas dos artigos 81º e 82º do Tratado CE (ou mesmo sobre a respectiva validade).

Estaremos, portanto e nesse caso (artigo 234º do Tratado CE), no âmbito de uma cooperação judicial suscitada no sentido do nível nacional ou interno (da jurisdição nacional) para o nível comunitário (Tribunal de Justiça), sem que isso envolva - como é fundamental afirmar-se em termos de construção e de equilíbrio do edifício jurídico-comunitário - alguma relação de dependência hierárquica entre Tribunais ou de quebra da autonomia da jurisdição nacional.

Ora, continuando a observar estas relações de cooperação entre os tribunais nacionais e a esfera institucional comunitária, na perspectiva do respectivo impulso inicial ou ainda, na perspectiva do sentido que é seguido por tais relações (plano nacional – plano comunitário ou vice - versa), poderemos, por contraponto à via referida e prevista no artigo 234º do Tratado CE, dizer que a faculdade consagrada no nº 3, do artigo 15º do Regulamento nº 1/2003,

aux institutions communautaires, revêt une importance particulière dès lors qu’elle s’établit avec les autorités judiciaires des États membres chargées de veiller à l’application et au respect du droit communautaire dans l’ordre juridique national ».

Este Acórdão de 11 de Junho de 2009 – que abordaremos, *infra*, ainda a propósito da possibilidade de intervenção da Comissão, em processos que corram termos nos Tribunais dos Estados-membros, na qualidade de “amicus curiae” – é o primeiro aresto do Tribunal de Justiça em que este abordou a interpretação do nº 3, do artigo 15º do Regulamento nº 1/2003.

pretende continuar a garantir *uma cooperação*¹⁸², *agora impulsionada pela própria Comissão* (no sentido inverso, ou seja: *plano comunitário – plano nacional*).

34. A mencionada cooperação é particularmente necessária, no contexto do novo regime de aplicação dos artigos 81º e 82º do Tratado CE, introduzido pelo Regulamento nº 1/2003.

Na realidade, a descentralização, para o nível nacional, das competências efectivas para a aplicação daqueles normativos do Tratado, resultou num aumento dos poderes e da jurisdição quer das autoridades nacionais quer dos Tribunais dos Estados – membros¹⁸³. E isto – este acréscimo de poderes de aplicação – ocorreu simultaneamente com o “grande alargamento” da União Europeia a Leste e, conseqüentemente, em paralelo com a necessidade acrescida de ser intensificada uma aplicação uniforme das regras de *defesa da concorrência* em todo o espaço da Europa comunitária.

Neste contexto, os riscos de quebra da uniformidade na aplicação do Direito comunitário da concorrência (aplicação esta, levada a cabo, em primeira instância, ao nível nacional) aumentam, fazendo, também, inevitavelmente, perigar um nível eficaz da aplicação impositiva deste sistema de regras de *defesa da concorrência* (tendo em conta, também, os próprios objectivos da integração).

Se, por um lado, a criação da rede europeia de autoridades da concorrência e de um sistema de intercâmbio de informações entre tais autoridades e a Comissão (artigo 12º do Regulamento nº 1/2003) poderia

¹⁸² Porém, neste caso e ao contrário do que sucede com o reenvio previsto no artigo 234º do Tratado CE, não propriamente judicial, mas sim “administrativa – judicial”, ou seja, uma cooperação entre a Comissão, por um lado e os tribunais dos Estados-membros, por outro.

¹⁸³ Notamos, agora, este aumento, sem considerarmos os efeitos resultantes da aplicação dos artigos 3º (relações entre os artigos 81º e 82º do Tratado e as legislações nacionais em matéria de concorrência), do nº 6 do artigo 11º (cooperação entre a Comissão e as autoridades dos estados membros responsáveis em matéria de concorrência), do artigo 13º (suspensão ou arquivamento do processo) e ainda do artigo 16º (aplicação uniforme do direito comunitário da concorrência), todos do Regulamento nº 1/2003.

atenuar os riscos enunciados (e, além disso, continuar a permitir, embora não automática e directamente, a monitorização da política da concorrência, por parte da Comissão), o certo é que não existe – nem haveria a possibilidade de existir – um mecanismo de cooperação análogo, no que diz respeito aos Tribunais dos Estados – membros.

Realce-se, de resto, o facto de tal cooperação, no contexto da rede europeia de autoridades da concorrência, desenvolver-se entre entidades (autoridades) *com a mesma natureza* (cooperação inter-pares), ao passo que a cooperação que agora notamos *não existir*, processar-se-ia entre os referidos Tribunais nacionais e a Comissão - ou seja, entre órgãos judiciais nacionais e uma entidade não só supranacional, como também de natureza *(para)administrativa*.

Os Tribunais nacionais, a partir da entrada em vigência do Regulamento nº 1/2003, aplicam directamente os artigos 81º e 82º do Tratado, sendo que, ao contrário do que sucedia durante a vigência do regime introduzido pelo antecedente Regulamento nº 17 de 1962, o nº 3, do artigo 81º do Tratado CE passou a ter, também, aplicação directa e imediata (o denominado regime da excepção legal) por parte dos órgãos jurisdicionais dos Estados - membros¹⁸⁴.

Revelou-se, assim, com premência e em virtude dessa aplicação directa que os Tribunais nacionais fazem dos artigos 81º e 82º do Tratado CE, a necessidade de se conferir à Comissão a possibilidade de esta, enquanto principal responsável (e interessada) na monitorização e aplicação uniforme da política da concorrência na União, poder intervir, ainda que através de meras

¹⁸⁴ Recorde-se que, durante a vigência do Regulamento nº 17 de 1962, a competência para a aplicação de tal regra – consagrando um juízo de balanço económico que possibilita a não aplicação do artigo 81º a determinadas ententes que, á luz de tal balanço, se revelem aptas a produzir efeitos económicos, ou mesmo sociais, positivos, compensadores dos efeitos restritivos da concorrência – era exclusivamente detida pela Comissão. Com efeito, apesar de o nº 1 do artigo 81º produzir efeitos directos, na prática e como já tivemos anteriormente a oportunidade de realçar, raramente os Tribunais nacionais aplicavam tal normativo, uma vez que, de facto, o núcleo essencial da tal aplicação (o nº 3, dessa regra) era da competência exclusiva da Comissão. Dessa forma e através do sistema das notificações prévias, a Comissão mantinha o controle de um sistema extremamente centralizado e polarizado em si mesma.

observações escritas, nos processos em que esteja em causa a aplicação dos artigos 81º e 82º do Tratado CE. E isto, tanto quanto possível, respeitando-se a lógica de cooperação e preservando-se a autonomia processual dos Tribunais (e dos ordenamentos jurídicos) dos Estados-membros; compondo-se, portanto, o interesse da Comissão (enquanto responsável pela política da concorrência comunitária) e o interesse dos Tribunais dos Estados-membros (neste caso, reconduzível à autonomia e à soberania destes órgãos jurisdicionais internos).

O estatuto de “amicus curiae” da Comissão, neste contexto e em função do exposto, poderá, assim, desempenhar a função de instrumento (importante) de garantia da efectividade da aplicação do sistema comunitário de *defesa da concorrência*. Tudo dependerá da utilização que, em concreto, aquela Instituição venha a fazer de tal estatuto que lhe é facultado pelo nº 3, do artigo 15º do Tratado CE.

4.2 – Os requisitos de aplicação do nº 3, do artigo 15º do Regulamento nº 1/2003. O Acórdão do Tribunal de Justiça de 11 de Junho de 2009 (Caso *X BV*).

35. A juventude e a pouca tradição que a figura em causa (“amicus curiae”) tem, ainda, no sistema comunitário de *defesa da concorrência*, justificam algumas dúvidas sobre a sua utilização e o seu alcance.

Antevê-se, assim, a eclosão de alguns problemas a propósito da utilização deste novo instituto – problemas esses que, naturalmente, só serão ultrapassados com o passar do tempo e com um recurso mais frequente, por parte da Comissão, à possibilidade que lhe é outorgada no nº 3, do artigo 15º do Regulamento nº 1/2003.

O Tribunal de Justiça, no seu Acórdão de 11 de Junho de 2009, Acórdão *X BV*¹⁸⁵, teve a oportunidade de, pela primeira vez, pronunciar-se sobre os *requisitos* de utilização deste instrumento.

No caso que suscitou o referido Acórdão, estava em causa, sobretudo, a interpretação daquela parte do nº 3, do artigo 15º do Regulamento que

¹⁸⁵ Acórdão do Tribunal de Justiça de 11 de Junho de 2009, Processo nº C – 429/07, já *supra* indicado.

condiciona a apresentação de observações escritas aos Tribunais dos Estados-membros, por parte da Comissão, à exigência de que tal apresentação seja justificada com “a aplicação coerente dos artigos 81º e 82º do Tratado¹⁸⁶”. No fundo, este será o fundamento para a criação desta possibilidade, atribuída à Comissão, de intervir enquanto “amicus curiae” nos processos judiciais internos (junto dos Tribunais dos Estados-membros).

Esta exigência (“a aplicação coerente dos artigos 81º e 82º do Tratado”), assume-se, então, nos termos do mencionado nº 3, daquele artigo 15º, como sendo o requisito necessário para que a Comissão possa, *independentemente do consentimento ou da autorização eventual dos Tribunais nacionais*, intervir junto destes, através da apresentação de observações escritas.

Note-se, apenas e ainda a este respeito que, caso a Comissão pretenda apresentar observações orais, então, tal intervenção dependerá já do consentimento do Tribunal nacional em causa¹⁸⁷ – o que, na nossa perspectiva, deveria tornar menos exigente a verificação da necessidade de ser assegurada “a aplicação coerente dos artigos 81º e 82º do Tratado”.

Nesta última hipótese, caberá, sempre, ao Tribunal do Estado-membro decidir sobre a intervenção da Comissão, bem assim como sobre a respectiva oportunidade e pertinência. Se a Comissão pretender, efectivamente, intervir no processo interno a *quo* e se a sua vontade estiver em consonância com o interesse (consentimento) do Tribunal nacional, então, não se colorará, em princípio, qualquer tipo de atrito institucional (até mesmo porque a posição que vier a ser expressa pela Comissão, relativamente às questões jurídicas debatidas nesse processo concreto, nunca será vinculativa para aquele Tribunal).

¹⁸⁶ “ (...) A Comissão pode igualmente, por sua própria iniciativa, apresentar observações escritas aos tribunais dos Estados membros nos casos em que tal seja exigido *por forma a assegurar a aplicação coerente dos artigos 81º e 82º do Tratado*” – nº 3, do artigo 15º do Regulamento nº 1/2003.

¹⁸⁷ “ (...) Com o consentimento do tribunal em causa, (a Comissão) pode igualmente apresentar observações orais” – nº 3, do artigo 15º do Regulamento nº 1/2003 (parte final do 1º parágrafo).

Ora, esta exigência do “consentimento do Tribunal em causa” deverá, com mais propriedade, corresponder, segundo a nossa leitura, à apresentação de observações orais, por parte da Comissão, *depois* e na sequência da *prévia* apresentação de observações escritas.

Em princípio, não se compreenderá que a Comissão, por um lado, disponha de uma prerrogativa de apresentação de observações escritas, sem necessitar do consentimento do Tribunal e, por outro lado, pretendendo apresentar as mesmas observações e fazer, sob o ponto de vista do respectivo conteúdo, a mesma exposição de argumentos oralmente, já esteja, então, sujeita ao consentimento do Tribunal nacional.

O único argumento que vislumbramos para que não seja este o entendimento procedente, será aquele que se prende com o facto de ser necessário prevenir eventuais situações decorrentes das ordens processuais dos Estados-membros que não prevejam uma fase oral, neste tipo de processos judiciais - e, portanto, a obrigação de aceitar uma intervenção meramente oral, por parte da Comissão, poder vir a revelar-se problemática para a gestão do processo que corre termos no Tribunal interno. De todo o modo, na nossa perspectiva, dever-se-á defender, tendencialmente, o princípio de que o consentimento do Tribunal nacional só deverá ser requerido para intervenções orais da Comissão, quando esta Instituição já utilizou a prerrogativa que o nº 3, daquele artigo 15º, lhe concede, no sentido de poder apresentar observações escritas àquele Tribunal¹⁸⁸.

36. No entanto, no Acórdão de 11 de Junho de 2009, o Tribunal de Justiça pronunciou-se, pela primeira vez, sobre o alcance do nº 3, do artigo 15º do Regulamento nº 1/2003 e, em especial, como referimos anteriormente,

¹⁸⁸ Na verdade, a única objecção a este entendimento, como referimos, poderá radicar no facto de ser difícil incorporar a intervenção oral da Comissão no desenrolar concreto do processo que corra termos junto de um Tribunal nacional - e isto, por razões que se prenderão com a própria configuração do processo judicial, à luz do ordenamento interno em causa. No entanto, pensamos que sendo o princípio da oralidade um dos princípios gerais estruturantes do processo (do Direito processual), aquela hipotética objecção, em concreto, será sobretudo académica.

sobre o sentido da expressão, nele incluída, “aplicação coerente dos artigos 81º e 82º do Tratado”.

Importa, sucintamente, enquadrar os factos e as dúvidas que motivaram este processo, suscitado pela jurisdição holandesa, nos termos do artigo 234º do Tratado CE.

Assim, o litígio que esteve na base da interposição do referido recurso prejudicial, desencadeou-se entre a administração fiscal holandesa (concretamente o *Inspecteur van de Belastingdienst*) e a filial *X BV* (também holandesa) de uma empresa instalada na Alemanha (a *X KG*) que tinha sido condenada, pela Comissão, no pagamento de uma coima por práticas violadoras do artigo 81º do Tratado CE (envolvimento no cartel “placas de gesso”).

A razão de ser de tal litígio dizia respeito à possibilidade (ou impossibilidade) de uma parte da referida coima, suportada pela “empresa mãe” do grupo (a *X KG*)¹⁸⁹, ser deduzida fiscalmente nos resultados obtidos pela filial holandesa dessa “empresa-mãe”, uma vez que aquela (a *X KG*) tinha repercutido parcialmente essa coima, nesta sua filial (a *X BV*).

Assim, a mencionada filial pretendia, portanto, na Holanda e perante a administração fiscal deste Estado-membro, considerar a parte por si suportada de tal sanção pecuniária (em virtude da mencionada repercussão), como sendo um custo fiscalmente dedutível.

A administração fiscal holandesa opôs-se a esta pretensão, uma vez que a respectiva legislação nacional proibía a dedução, em termos fiscais e para efeito de apuramento dos resultados obtidos pelas empresas, das coimas aplicadas por Instituições comunitárias. Na realidade, a coima por violação do artigo 81º do Tratado CE, não tinha sido aplicada à filial holandesa (*X BV*); no entanto, esta tinha acabado por suportar economicamente parte dessa coima, uma vez que a sua “empresa-mãe” (a *X KG*) a tinha repercutido, também parcialmente, em si (na *X BV*).

¹⁸⁹ De resto, também aplicada, pela Comissão, a esta “empresa mãe”.

No litígio considerado, não estava em causa a aplicação directa dos artigos 81º e 82º do Tratado a nenhuma das partes envolvidas naquele processo judicial, nem tão pouco a eventual aplicação de uma norma de direito interno que pudesse obstaculizar a aplicar daquelas regras comunitárias. O litígio só se relacionava com o artigo 81º do Tratado, unicamente, porque dizia respeito à aplicação de normas internas que impediam, para efeitos fiscais, a consideração como custos de uma coima aplicada por violação daquela norma do Tratado. A relação entre o litígio judicial em causa e o artigo 81º do Tratado só se fazia na medida em que da sua resolução poderia resultar uma (relativa) atenuação dos efeitos negativos que a coima aplicada pela Comissão, por violação daquela regra do Tratado, teria¹⁹⁰.

Ora, a Comissão tendo sido alertada para este caso, quer pela imprensa, quer pela autoridade da concorrência holandesa (*NMa*), informou o Tribunal interno sobre a sua intenção de intervir como "amicus curiae" no processo que, nessa jurisdição nacional, corria termos. O Tribunal holandês suscitou, então, o reenvio, nos termos do artigo 234º do Tratado CE, formulando a seguinte questão prejudicial:

"O artigo 15, parágrafo 3, do Regulamento nº 1/2003 permite à Comissão apresentar oficiosamente observações escritas, num processo em que se pretende saber se uma empresa pode deduzir nos seus resultados (respeitantes ao exercício de 2002), parte de uma coima que a Comissão tinha imposto à "sociedade-mãe" de que é filial (ou seja, a *X KG*), pela violação do direito comunitário da concorrência e que esta última "sociedade-mãe" repercutiu parcialmente naquela empresa (agora, parte no processo)?¹⁹¹"

O Tribunal de Justiça começou por estabelecer uma distinção entre duas situações que considerou visadas pelo primeiro parágrafo (ou primeira parte), do nº 3, do artigo 15º do Regulamento nº 1/2003¹⁹²: por um lado, aquela em

¹⁹⁰ Isto, se acabasse por ser permitido à filial holandesa (*X BG*), deduzir fiscalmente aos seus lucros, o montante correspondente à parte que, para si, tinha sido repercutida, da dita coima.

¹⁹¹ Ver o nº 18, do Acórdão de 11 de Junho de 2009, *supra* referido. Tradução livre, da versão disponível em língua francesa.

¹⁹² Ver os nºs. 27 e 28 do Acórdão em causa.

que apenas a aplicação directa dos artigos 81º e 82º do Tratado está em jogo e respeita à intervenção das autoridades dos Estados-membros¹⁹³ e, por outro lado, aquela situação relativa à intervenção da Comissão e em que é exigida, como fundamento justificativo de tal intervenção, a necessidade de se assegurar a “aplicação coerente” dos referidos dispositivos do Tratado¹⁹⁴.

Com efeito, o Tribunal realçou o facto de ambas as situações serem abrangidas pelo referido primeiro parágrafo (ou primeira parte), daquele normativo do Regulamento nº 1/2003 e, apoiando-se numa interpretação que apelidou de literal, daquele primeiro parágrafo – nomeadamente, da expressão “questões relacionadas com a aplicação dos artigos 81º e 82º do Tratado” – concluiu que esse sentido (dito literal) deverá ser também o sentido a atribuir, em particular, à expressão (duvidosa) da terceira frase, desse primeiro parágrafo, do nº 3, daquela norma do Regulamento, a saber, a expressão “assegurar a aplicação coerente dos artigos 81º e 82º do Tratado”¹⁹⁵.

¹⁹³ Estão aqui consideradas as duas primeiras frases do primeiro parágrafo (ou primeira parte), do nº 3, daquele artigo 15º que, com efeito, dispõem o seguinte: “As autoridades dos Estados-membros (...) podem, por sua iniciativa, apresentar observações escritas aos tribunais do respectivo Estado-membro sobre questões *relacionadas com a aplicação* dos artigos 81º e 82º do Tratado. Com o consentimento do tribunal em causa podem, igualmente apresentar observações orais (...)”. O sublinhado é da nossa autoria.

¹⁹⁴ Ou seja, as terceira e quarta frases deste primeiro parágrafo (ou primeira parte), do nº3, do artigo 15º do Regulamento nº 1/2003 e que já dizem respeito à posição/intervenção como “amicus curiae” da Comissão: “ (...) A Comissão pode igualmente (...) apresentar observações escritas aos tribunais dos Estados-membros nos casos em que tal seja exigido por forma a assegurar *a aplicação coerente* dos artigos 81º e 82º do Tratado. Com o consentimento do tribunal em causa, pode igualmente apresentar observações orais”. O sublinhado é da nossa responsabilidade.

¹⁹⁵ Ver nº 30 do Acórdão de 11 de Junho de 2009, em questão. De todo o modo, apesar de a expressão utilizada pelo Tribunal ser, de facto, “interpretação literal”, acabando, seguidamente, por reportar tal “interpretação literal” à totalidade da primeira parte ou primeiro parágrafo do nº 3, do artigo 15º do Regulamento nº 1/2003, não nos parece que a redacção dessa regra - sobretudo, da expressão problemática “aplicação coerente dos artigos 81º e 82º” – permita, com propriedade, invocar-se tal tipo de interpretação (a literal), para se fundamentar o resultado pretendido pelo Tribunal.

Em função dos argumentos (e da decisão) do Tribunal de Justiça, neste seu Acórdão de 11 de Junho de 2009, poderemos concluir o seguinte: desde que nos processos judiciais internos esteja em causa, directa ou indirectamente e por qualquer via, a aplicação ou o efeito pretendido com a respectiva aplicação daquelas regras comunitárias de *defesa da concorrência* – ou seja, a *efectividade*, em sentido amplo, dos artigos 81º e 82º do Tratado CE - a Comissão poderá intervir officiosamente e como “amicus curiae” junto dos respectivos Tribunais dos Estados-membros, apresentando observações escritas.

Recorde-se, novamente, que no caso referido (*X BV*) não estava em causa a aplicação directa daquelas normas do Tratado, nem, porventura, a aplicação de uma norma de direito interno que pudesse, eventualmente, comprometer uma aplicação directa de tais artigos 81º e/ou 82º do Tratado; porém, ainda assim, o Tribunal considerou que a questão controvertida – envolvendo o tratamento fiscal de uma sanção decorrente da aplicação da norma comunitária – justificava a intervenção da Comissão, como “amicus curiae” e, portanto, estaria ainda em causa, nesse sentido amplo, a “aplicação coerente dos artigos 81º e 82º do Tratado”.

4.3 As relações entre a Comissão e os órgãos judiciais dos Estados-membros. Um caso paradigmático: a jurisprudência britânica *Inntrepreneur contra Creham*, de 2006.

37. Esta figura (o *amicus curiae*) introduzida pelo Regulamento nº 1/2003 e justificada nos termos que anteriormente expusemos, remete-nos para um outro tipo de reflexão que nos leva a questionar a concepção e o

O problema surge, precisamente, porque uma simples interpretação literal da expressão referida (repita-se: “aplicação coerente dos artigos 81º e 82º do Tratado”), não é viável. O Tribunal, no fundo, ao interpretar essa expressão, assimilando-a à expressão utilizada na primeira frase de tal primeiro parágrafo, do nº 3, do artigo 15º (que nos fala em “questões relacionadas com a aplicação dos artigos 81º e 82º do Tratado”), já está a afastar-se da invocada interpretação literal, pelo menos no que diz respeito à “aplicação coerente” de tais normas comunitárias.

desenho das soluções consagradas pelo Regulamento nº 1/2003, à luz da *articulação* entre a ordem comunitária e os Direitos dos Estados-membros (uma reflexão, portanto, que releva a propósito do modelo constitucional *atípico* ou *pré-federal*, da própria União)¹⁹⁶.

Trata-se, com efeito, do relacionamento entre os órgãos jurisdicionais dos Estados-membros e a Comissão – ou, se quisermos colocar a questão em termos mais dogmáticos, tratar-se-á de equacionar a possibilidade de relacionamento entre os Tribunais nacionais e órgãos não jurisdicionais, de natureza *(para-)administrativa* e de carácter supranacional (representando, portanto, o interesse público comunitário), como é o caso da Comissão Europeia.

Tem sido, de resto, notada, em algumas recentes decisões proferidas por Tribunais dos Estados-membros, a existência de uma certa *fricção* ou mesmo potencial contencioso (consequentemente, um potencial contencioso de carácter constitucional), a propósito desse (possível) relacionamento entre a Comissão Europeia e os Tribunais nacionais.

Esta fricção que, assim e como dissemos, abre as portas a um contencioso (pelo menos, potencial) entre a esfera judicial dos Estados-membros e a actuação da Comissão, tem-se revelado em casos recentes, naturalmente, ulteriores ao Acórdão *Delimitis* (de 1991) e também à entrada em vigência do Regulamento nº 1/2003 (e, consequentemente, às regras por este acto introduzidas relativamente à cooperação e às relações entre a

¹⁹⁶ Além disso, essa reflexão poderá, ainda, com propriedade, ser relevantemente enquadrada no âmbito de outras problemáticas atinentes à reforma do Direito da concorrência comunitário, designadamente, na questão da *aplicação impositiva de carácter privado*, pelos respectivos órgãos e entidades nacionais, dos artigos 81º e 82º do Tratado CE (o denominado “private enforcement”).

Ver, a este propósito, *infra*, o capítulo 8º, da IIIª Parte, relativo ao “Tribunal de Justiça e o Tribunal de Primeira Instância” - mais especificamente a abordagem que, a esse pretexto, é efectuada à dita aplicação impositiva de carácter privado das regras dos artigos 81º e 82º do Tratado CE (as acções cíveis de indemnização para ressarcimento de danos advenientes da violação dessas regras comunitárias).

Comissão e as autoridades e Tribunais nacionais, no decurso dos processos decisórios destas Instituições).

Pensamos, em especial, no caso *Inntrepreneur v. Creham*, decidido pela *The House of the Lords* em 2006¹⁹⁷ e em que este Tribunal superior do Reino Unido não se considerou limitado e/ou vinculado por uma prévia decisão da Comissão, respeitante à aplicação do artigo 81º do Tratado CE.

Em rigor, o mencionado órgão jurisdicional do Reino Unido não se considerou obrigado a aceitar a *matéria de facto* e as consequentes *qualificações jurídicas* que, relativamente a essa factualidade e no âmbito da aplicação do artigo 81º do Tratado CE, a Comissão tinha apurado na sua anterior (de 1999) decisão *Whitbrea Plc*¹⁹⁸.

O caso *Inntrepreneur v. Creham* foi julgado pela *The House of Lords* em sede de recurso relativamente a uma prévia decisão do *The Court of Appeal* britânico que concedeu uma indemnização a uma das partes envolvidas no litígio (*Crehan*) por danos resultantes da violação, imputada à outra parte (*Inntrepreneur Pub Co.*), do artigo 81º do Tratado CE.

Na realidade, o *The Court of Appeal* tinha-se considerado vinculado, na sua decisão, pelas conclusões da Comissão Europeia sobre *a configuração e o funcionamento* do mercado da cerveja no Reino Unido, expressas na já referida decisão adoptada por esta Instituição em 1999 (caso *Whitbread*).

¹⁹⁷ *Crehan v. Inntrepreneur Pub Co*, (2006) *United Kingdom House of Lords* - UKHL, 38, julgamento de 19 de Julho de 2006, em sede de recurso da decisão prévia da *Court of Appeal* (2004) *England and Wales Court of Appeal* – EWCA Civ 637. A decisão de que agora cuidamos, da *The House of Lords*, pode ser consultada em: <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200506/ldjudgmt/jd060719/crehan-1.htm>

(disponível em Maio de 2009)

¹⁹⁸ Decisão da Comissão de 24 de Fevereiro, J.O. nº L 88, de 31.03.1999, p. 26. – Decisão esta em que a Comissão decidiu conceder uma decisão de isenção (ainda ao abrigo do regime do Regulamento nº 17 de 1962) a certos contratos-tipo de locação que a *Whitbread PLC*, (terceiro maior produtor britânico de cerveja), celebrava com os seus concessionários (a saber, com estabelecimentos comerciais de bebidas).

Note-se que a decisão judicial do *The Court of Appeal* tinha sido pioneira, no âmbito do sistema britânico, na atribuição de uma indemnização a um agente económico, por danos resultantes da violação do Direito comunitário da concorrência, perpetrada por outro agente económico privado.

Ora, em sede de recurso para o Tribunal superior (a *The House of Lords*), a questão fundamental em apreciação consistia em determinar-se em que medida é que os tribunais britânicos (nomeadamente, o *The Court of Appeal*) estariam vinculados, nas suas apreciações judiciais, a prévias decisões da Comissão Europeia (no caso concreto, aos termos da referida decisão *Whitbread*, publicada em 31 de Março de 1999, designadamente, no que dizia respeito à verificação de uma *situação de facto*, caracterizadora, de forma relevante, de tal mercado).

Este Tribunal (o *The Court of Appeal*), por seu turno, havia decidido, também em recurso e contrariando a primeira decisão judicial proferida em primeira instância, neste processo, que o dever de lealdade (“duty of sincere cooperation”) imposto aos Estados-membros pelo artigo 10º do Tratado CE, obrigava-os (aos Estados-membros) a seguir a avaliação/caracterização que a Comissão tinha efectuado, na sua decisão *Whitbread*, relativamente ao mercado da cerveja no Reino Unido - nomeadamente, no que dizia respeito ao facto de a Comissão ter concluído que o efeito cumulativo de todos os contratos subordinados (“tying agreements”) em vigência naquele mercado, dificultar significativamente o acesso ao dito mercado, por parte de operadores independentes.

Em última instância, porém, o Tribunal superior (agora, a *The House of Lords*) seguiu o seguinte raciocínio: embora não pondo em causa o princípio da lealdade comunitária (e, conseqüentemente, os respectivos corolários que conduzem à construção jurisprudencial dos restantes princípios de articulação entre a ordem jurídica da União e os Direitos nacionais, como são, desde logo, os princípios do primado, da aplicabilidade directa e do efeito directo das normas comunitárias¹⁹⁹), aquele órgão jurisdicional superior entendeu que não

¹⁹⁹ “Do princípio da lealdade europeia decorrem, portanto, obrigações concretas para as autoridades nacionais – nomeadamente, a obrigação de fortalecer e dar efectividade ao Direito

haveria um risco sério de violação da lealdade comunitária, quando um Tribunal nacional não se considerasse *integralmente* obrigado a respeitar uma prévia decisão da Comissão.

No entanto, esse raciocínio seguido, estribou-se, naturalmente, nos contornos do caso concreto em apreço - ou seja, estando, de facto, em causa, uma decisão da Comissão que, relativamente ao ulterior caso em apreciação no Tribunal nacional, apesar de dirigida ao mesmo tipo de factualidade e inserindo-se no mesmo contexto legal, não visava, contudo, aquele *mesmo* caso (os mesmos factos ou comportamentos, em concreto).

Explicitando melhor: aquele Tribunal superior britânico entendeu que embora tivesse sido confrontado com uma decisão da Comissão dirigida a um *caso análogo* àquele que tinha em mãos, no âmbito do mesmo mercado e aplicadora, também, da mesma regra do Tratado CE (artigo 81º), esse Tribunal não estaria, apesar disso, vinculado às conclusões expressas naquele acto comunitário, se – como era o caso – tal decisão da Comissão não se dirigisse às *mesmas partes e ao mesmo comportamento* (ou seja, ao mesmo concreto acordo entre empresas).

O mesmo entendimento, de resto, tinha também sido enunciado pelo Advogado-Geral COSMAS, em 2000, no âmbito do caso *Masterfoods*²⁰⁰.

da União. Tal dever tem especiais refrações na função judicial, que fiscaliza e zela pela aplicação do Direito da União. John Temple-Lang diria mesmo que se o juiz nacional cumprir todas as obrigações decorrentes do princípio da lealdade, a distinção entre o que é ou não directamente aplicável pode ser menos importante do que parece – desde que o juiz esteja atento á interpretação conforme e à desaplicação das normas nacionais contrárias ao Direito da União”, observa ALESSANDRA SILVEIRA, *ob. cit.*, (*Princípios...*), p. 98 – 99 (e ainda, mais amplamente, *ob. cit.*, p. 96 – 114: “Princípio da Lealdade Europeia e seus corolários”).

²⁰⁰Conclusões do Advogado – Geral G. Cosmas, de 16 de Maio de 2000, no Processo nº C – 344/98, relativo ao caso *Masterfoods Ltd*. Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 14 de Dezembro de 2000, Col. 2000, p. I – 11369. Pode ler-se, com efeito, nas referidas Conclusões, o seguinte:

“(…) 16. Para constatar a existência de tal contradição (contradição ou risco de contradição entre, por um lado, uma decisão da Comissão pela qual os artigos 85.º, n.º 1, e 86.º do Tratado são aplicados a determinado litígio e, por outro lado, uma decisão de um órgão jurisdicional nacional sobre o mesmo problema), não basta que o problema jurídico levantado

Segundo a *The House of Lords*, naquele caso *Inntrepreneur v. Creham*, as conclusões e os pressupostos apurados e seguidos pela Comissão na sua prévia decisão *Whitbread*, deveriam, então, ser considerados de um modo relevante pelos Tribunais britânicos – naturalmente e em função dos conhecimentos do mercado em causa, detidos por aquela Instituição comunitária – porém, deveriam ser valorados apenas como *parte da prova* aduzida ao processo que corria termos naquela jurisdição nacional²⁰¹.

perante os órgãos jurisdicionais nacionais e aquele que ocupa a Comissão sejam conexos. Também não basta que haja uma semelhança do problema jurídico quando *não há identidade absoluta quanto ao quadro jurídico e factual do litígio* tratado pela Comissão e pelos órgãos jurisdicionais nacionais. É certo que a decisão da Comissão pode fornecer indicações importantes quanto à forma adequada de interpretar os artigos 85.º, n.º 1, e 86.º; não há, porém, nesta hipótese, de um ponto de vista estritamente jurídico, o risco de decisões contraditórias. *Este risco só existe quando o caso julgado que se forma ou se formará sobre a decisão do órgão jurisdicional nacional seja contrário à fundamentação ou ao dispositivo da decisão da Comissão.* É necessário, portanto, examinar, em cada caso, os limites do caso julgado do órgão jurisdicional nacional e o conteúdo da decisão da Comissão”. Os sublinhados são da nossa responsabilidade.

²⁰¹ Nos termos das *Opinions of the Lords of Appeal*, pode ler-se, nas conclusões de Lord BINGHAM OF CORNHILL, o seguinte:

“(…) 7. Thus the divisive question arises: should the trial judge in this case have treated the Commission's factual assessment of the UK beer market in its *Whitbread, Bass and Scottish and Newcastle* decisions as effectively binding upon him although not formally so? (...) 11. If the procedural course adopted for trial of this case had led to a decision incompatible with the law of the Community, the plain duty of a national court would of course be to give effect to the latter”

Por seu turno, nas observações de Lord NICHOLLS OF BIRKENHEAD, sobressai a seguinte parte conclusiva: “ (...) 14. Since article 81 is directly applicable in all member states, national courts have concurrent jurisdiction to decide the same question. If an action before a national court raises a question of fact which has already been decided by the Commission in proceedings relating to other participants in the same market, ought the national court to follow the Commission or is it free to reach a different conclusion? Park J, after hearing evidence, rejected a finding by the Commission that in 1991-1993 it was difficult for sellers to enter the English on-the-premises beer market. The Court of Appeal held that he should have followed the Commission and reversed his judgment. In my opinion Park J was entitled to decide for himself and his judgment should be restored”.

Notamos, contudo, que na lógica da *The House of Lords* (assente, ainda e de resto, na jurisprudência *Masterfoods*) aparentemente, será de pressupor que os Tribunais nacionais já estariam vinculados à *integralidade* de uma decisão prévia da Comissão, se, porventura, julgassem a mesma factualidade, objecto de tal antecedente decisão comunitária (ou um pedido de indemnização decorrente dessa mesma factualidade).

Dito de outro modo, na perspectiva exposta e seguida pelo referido órgão jurisdicional superior britânico, a lealdade comunitária não implica que se atribuam efeitos *erga omnes* às decisões da Comissão.

37. *bis*. Não podemos deixar de registar o seguinte tópico de reflexão: esta linha de entendimento seguida, designadamente, pela *The House of the Lords* britânica, poderá, porventura, merecer uma reavaliação à luz da tipologia de actos normativos (*legislativos*) introduzida pelo Tratado de Lisboa (em rigor, pelo *Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia*)²⁰², caso este acto de revisão do Tratado CE entre em vigência.

Recorde-se que, da leitura dos artigos 288º e 289º do mencionado *Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia*, as Instituições comunitárias, para “exercerem as competências da União, (...) adoptam regulamentos, directivas e decisões”, sendo que a decisão “é obrigatória em todos os seus elementos”, porém, quando “designa destinatários, só é obrigatória para estes” (artigo 288º do referido Tratado). Além disso, a decisão (assim como o regulamento e a directiva) poderá ser adoptada conjuntamente pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho, sob proposta da Comissão, nos termos do processo definido no artigo 294º do mesmo Tratado e considerado, expressamente, como sendo o “processo legislativo ordinário” (número 1, do

Ver *House of Lords, Session 2005 – 06*, (2006) UKHL 38, *on appeal from [2004] EWCA Civ 637*, disponível, na Internet, em: <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200506/ldjudgmt/jd060719/crehan-1.htm> (Maio de 2009)

²⁰² Seguimos, aqui, a versão consolidada, publicada sob a responsabilidade do Conselho da União Europeia, com a data de 30 de Abril de 2008. Conselho da União Europeia, *doc 6655/1//08 VER 1*.

artigo 289º do *Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia*). Por outro lado ainda, aqueles actos (as decisões, assim como os regulamentos e as directivas) poderão, também, resultar do denominado “processo legislativo especial” (número 2, do mesmo artigo 289º do Tratado em causa)²⁰³.

De todo o modo, o certo é que os actos (como uma decisão) “adoptados por processo legislativo *constituem actos legislativos*” (número 3, da mesma regra do artigo 289º do *Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia*) e, assim sendo, já não se poderá dizer, futuramente²⁰⁴, que a decisão é materialmente um acto comunitário equivalente a um acto administrativo interno.

Com efeito, esse acto comunitário (a decisão), poderá ser, nos quadros do novo Tratado, um acto efectivamente legislativo (adoptado de acordo com o processo legislativo ordinário ou especial), podendo também ser, porventura, um acto não legislativo de carácter geral (em conformidade com o que decorre do artigo 290º do *Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia*), podendo, ainda, ter, também, um carácter individual (não sendo, nesses termos, um acto legislativo), quando indica os seus destinatários – conformemente à hipótese consagrada pelo artigo 288º do referido Tratado, em especial, no seu quarto parágrafo (já *supra* aludido)²⁰⁵.

38. Ora, este tipo de situação levanta várias interrogações, como salientamos já, nos pontos antecedentes²⁰⁶ – sobretudo, se perspectivarmos

²⁰³ Artigo 289º, nº 2 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia: “Nos casos específicos previstos pelos Tratados, a adopção de um regulamento, de uma directiva ou de uma decisão pelo Parlamento Europeu, com a participação do Conselho, ou por este, com a participação do Parlamento Europeu, constitui um processo legislativo especial”.

²⁰⁴ Caso o Tratado de Lisboa - e, em especial, o *Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia* – acabe por entrar em vigência.

²⁰⁵ Recorde-se: “A decisão é obrigatória em todos os seus elementos. Quando designa destinatários, só é obrigatória para estes”.

²⁰⁶ Dissemos, efectivamente, que tais interrogações se suscitariam, nomeadamente, a propósito da *articulação* entre a ordem jurídica comunitária e os Direitos dos Estados-membros -

essa aparente *fricção* (no caso, entre a jurisdição britânica referida e a Comissão Europeia) no contexto amplo da garantia de aplicação e/ou de efectividade do Direito da concorrência comunitário, pós-reforma.

Assim, atendendo, designadamente, ao artigo 16º do Regulamento nº 1/2003 que visa garantir as condições propícias e necessárias a uma aplicação uniforme do Direito da concorrência comunitário, os Tribunais nacionais “não podem tomar decisões que sejam contrárias à decisão aprovada pela Comissão”.

Acresce, ainda, que os Tribunais nacionais devem “evitar tomar decisões que entrem em conflito com uma decisão prevista pela Comissão em processos que esta tenha iniciado”, podendo e devendo mesmo – se assim o entenderem, à luz da autónoma gestão processual que tais Tribunais fazem – “suster a instância”, aguardando o desenrolar do processo de decisão da Comissão²⁰⁷.

Em paralelo, o nº 2, da mesma norma (artigo 16º do Regulamento nº 1/2003), consagra a mesma limitação/obrigação de não conflitar com o processo decisório da Comissão, relativamente às autoridades dos Estados-membros responsáveis em matéria de concorrência, estabelecendo que estas “não podem tomar decisões que sejam contrárias à decisão aprovada pela Comissão”.

Esta norma do Regulamento nº 1/2003, reflecte a denominada “teoria da barreira única”: a conveniência (mesmo necessidade) de existir um só processo decisório relativamente aos comportamentos em causa, ainda que estes possam, simultaneamente, desencadear intervenções múltiplas e paralelas de

relevando, portanto, a propósito do próprio modelo constitucional *atípico* ou *pré-federal*, da própria União.

²⁰⁷ Número 1, do artigo 16º do Regulamento nº 1/2003 que, contudo, ressalva, na sua parte final, que tal obrigação (de suste a instância), “não prejudica os direitos e obrigações decorrentes do artigo 234º” – ou seja, o dever de não confrontar (actual ou potencialmente) as decisões da Comissão) não implica, como, naturalmente, sempre decorreria da própria natureza e função do mecanismo previsto nesse artigo 234º do Tratado CE, uma limitação relativamente à possibilidade de o Tribunal nacional suscitar, para o Tribunal de Justiça, um reenvio prejudicial (desencadear, portanto e nos termos do referido artigo 234º, uma efectiva cooperação judicial).

várias autoridades e/ou Tribunais. Caso, porventura, não se implementasse esta solução (consagrada naquele artigo 16º), a descentralização empreendida por este Regulamento nº 1/2003, em matéria de aplicação dos artigos 81º e 82º do Tratado CE, acabaria por gerar um risco muito grande para a própria uniformidade da aplicação do Direito comunitário²⁰⁸”.

Este artigo 16º terá, de todo o modo, que ser lido articuladamente com o artigo 3º, do mesmo Regulamento nº 1/2003 que, no fundo, para além de impor a obrigação de aplicação, pelas autoridades e Tribunais nacionais, dos artigos 81º e 82º do Tratado, quando aplicam a respectiva legislação nacional (se, porventura, as práticas em causa são susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados-membros), consagra, também, num certo sentido, uma espécie de *regra de convergência* entre os ordenamentos dos Estados-membros e o ordenamento comunitário.

Na IIª Parte do presente trabalho, abordaremos o papel do mencionado artigo 3º do Regulamento nº 1/2003 (em especial, o seu nº 2 que tenta, efectivamente, introduzir uma regra de repartição de competências entre as autoridades nacionais e a Comissão e, dessa forma, resolver a questão da articulação entre o ordenamento comunitário e os ordenamentos nacionais)

Esta convergência (e, portanto, as referidas regras do Regulamento nº 1/2003 que a instituem, a saber, os referidos artigos 3º e 16º, ambos do Regulamento em causa) poderá ser entendida como densificadora do princípio da lealdade comunitária – bem entendido, no âmbito concreto da aplicação daquelas regras do Tratado CE.

No fundo, o artigo 3º, do Regulamento nº 1/2003, tentando monitorizar as relações entre os artigos 81º e 82º, ambos do Tratado CE e as legislações

²⁰⁸ É, ainda, de notar que, no que diz respeito à imposição fixada no nº 2, do artigo 16º do Regulamento nº 1/2003, apenas se referem as decisões já aprovadas pela Comissão – ao invés do que sucede no nº 1, do mesmo artigo, dirigido, por seu turno, aos Tribunais nacionais e no qual se contempla quer a hipótese de conflito entre uma decisão judicial interna e uma decisão da Comissão, quer a hipótese de conflito entre aquela e decisões projectadas, previstas (mas ainda não adoptadas) pela Comissão.

nacionais em matéria de concorrência, enuncia o princípio orientador de que as regras nacionais não poderão conduzir, no âmbito da respectiva aplicação, a soluções diferentes daquelas que norteiam o Direito comunitário – de resto, na linha enunciada pela jurisprudência do Tribunal de Justiça, já desde 1969, com o Acórdão *Walt Wilhelm*²⁰⁹.

Mas, retornando aos problemas e às interrogações que casos como o referido *Inntrepreneur v. Creham*, decidido pela *The House of the Lords* do Reino Unido, levantam, nomeadamente, no contexto do novo regime introduzido pelo Regulamento nº 1/2003 e (portanto) da reforma em curso do Direito da concorrência comunitário, importa focalizarmo-nos, sobretudo, na existência de eventuais problemas no relacionamento entre os Tribunais nacionais e a Comissão.

Esses eventuais problemas de relacionamento relevam, efectivamente, de questões que se inserem na análise e na problematização do próprio modelo de articulação entre o Direito comunitário e os ordenamentos dos Estados-membros (questão, portanto, estruturante e de um âmbito materialmente constitucional).

A reforma, com o sentido descentralizador para o nível nacional, por si promovido no que respeita à aplicação do Direito comunitário (em rigor, artigos 81º e 82º do Tratado CE), potenciou a frequência de tais problemas de relacionamento. De resto, a própria Comissão anteviu tal acréscimo potencial de fricções, na já referida Comunicação sobre a “cooperação entre a Comissão e os tribunais dos Estados-Membros da UE na aplicação dos artigos 81º e 82º do Tratado CE”. No entanto, esta Comunicação que integra o “Pacote Modernização” e que antecede a decisão do *The House of Lords* que invocamos para ilustrar este tipo de tensões, não permite, em definitivo, estabelecer um caminho seguro que ultrapasse os problemas de relacionamento referidos.

Não existe um *relacionamento institucional hierárquico* entre a Comissão Europeia e os órgãos judiciais dos Estados-membros (nem se antevê, partindo do estágio actual de integração, que possa vir a existir brevemente),

²⁰⁹ Acórdão do Tribunal de Justiça de 13.02.1969, *Walt Wilhelm* e outros contra *Bundeskartellamt*, Processo nº 14-68, Colectânea de Jurisprudência, 1969, p. 00001.

sendo que, simultaneamente, importa não esquecer que os tribunais nacionais são também a primeira etapa (instância) de aplicação do Direito comunitário.

Assim sendo, a mencionada fricção institucional²¹⁰ presentida no contexto do caso *Inntrepreneur v. Creham*, dificilmente poderá ser ultrapassada, actual e operativamente, pela via do apelo ao princípio da lealdade comunitária, uma vez que, desde logo, há-de contrapor-se-lhe, no limite, o princípio (e a lógica) da separação dos poderes. Ou seja, o simples apelo a tal princípio da lealdade comunitária não nos permite encontrar um quadro de referência dogmático (uma teoria geral) que ultrapasse, em concreto e definitivamente, tais fricções sentidas, por exemplo, no caso *Inntrepreneur v. Creham*, na medida em que o que estará em causa será precisamente a determinação do âmbito efectivo dessa lealdade e respectivos limites.

Se tal princípio garante uma relação que se tem revelado pacífica, sem tensões entre órgãos que comungam a *mesma natureza* jurisdicional (Tribunais), independentemente de serem nacionais ou comunitários (o Tribunal de Justiça e o Tribunal de Primeira Instância) e se, neste caso, podemos mesmo dizer que tal relacionamento, efectivamente, acaba por estender a cooperação a um limiar de *intensidade* que já se aproxima operativamente de uma relação que poderíamos qualificar de "orientação vinculativa" (dos Tribunais comunitários para os Tribunais nacionais, no âmbito do reenvio prejudicial), ora o mesmo já não sucede no domínio do relacionamento entre a Comissão Europeia e os Tribunais nacionais.

4.4 – As relações entre a Comissão e os órgãos jurisdicionais dos Estados-membros: os limites do princípio da lealdade comunitária.

39. Na realidade, a questão que sobressai - entendendo-se, como o fizemos atrás (números precedentes), que algumas normas do Regulamento nº 1/2003²¹¹, apontando para uma convergência entre os ordenamentos dos

²¹⁰ Fricção ou tensão entre a esfera jurisdicional nacional e um órgão supranacional, além do mais de natureza (em parte) executiva ou administrativa, como é o caso da Comissão Europeia.

²¹¹ Como mencionamos, trata-se dos artigos 3º e 16º do Regulamento.

Estados-membros e o ordenamento comunitário, acabam por densificar o princípio da lealdade no âmbito da aplicação dos artigos 81º e 82º do Tratado CE – é, precisamente, a (questão) dos *limites concretos* de tal dever de lealdade comunitária. Esta foi também - de resto e tentando tornar abstractos e gerais os termos das respectivas decisões judiciais - a “questão – chave” que os Tribunais do Reino Unido²¹², no caso *Inntrepreneur v. Creham*, acabaram por abordar.

Importa, novamente, recordar que no Tratado CE, o único relacionamento institucional directo, consagrado entre os Tribunais dos Estados-membros e as Instituições da União, no que respeita à aplicação do Direito comunitário, é estabelecido num quadro *jurisdicional* – a saber, é desenhado entre os Tribunais nacionais e o Tribunal de Justiça (e o Tribunal de Primeira Instância), no âmbito do artigo 234º do Tratado CE (reenvio prejudicial).

Este relacionamento assenta numa lógica de cooperação entre Tribunais, quer dizer, sem melindrar ou *materialmente* melindrar (mesmo indirectamente) o sentido do *acquis constitucional europeu* da separação dos poderes.

Essa cooperação (judicial) tem sido de tal modo intensa e sem tensões de maior *no sentido da afirmação da perspectiva comunitária* que, atrás, a caracterizamos como sendo mesmo uma espécie de (poder de) “orientação vinculativa” exercido pelos Tribunais comunitários relativamente aos Tribunais nacionais (se bem que por iniciativa e na sequência de solicitação destes)²¹³.

²¹² Nomeadamente, *The Court of Appeal* e *The House of Lords*.

²¹³ Em rigor, a compreensão do que afirmamos não prescinde de uma visão global relativamente ao funcionamento do sistema jurisdicional (*lato sensu*) da União. Estando em causa o reenvio prejudicial, convém, no entanto, não esquecer que este mecanismo, consagrado no artigo 234º do Tratado CE, não se configura, em rigor, como um típico instituto do contencioso ou do sistema jurisdicional comunitário.

O recurso prejudicial é o instrumento que garante, como fomos dando por assente no texto, a cooperação judicial entre o Tribunal de Justiça e os Tribunais nacionais – Tribunais estes que, de resto, são as únicas (impropriamente designadas) “partes” intervenientes a título próprio, nesse processo. Em rigor, no reenvio prejudicial, estando em causa um instrumento de cooperação judicial, não existem “partes” no sentido processual e contraditório do termos. Os

intervenientes - a saber as Instituições que desencadeiam e decidem o dito recurso ("La Cour dit le Droit", segundo a expressão francesa usual nas decisões, a título prejudicial, do Tribunal de Justiça) - são unicamente os órgãos jurisdicionais nacionais (os Tribunais *a quo*) e o Tribunal comunitário.

Assim, como ponto decisivo desse funcionamento do sistema jurisdicional e no que agora especificamente referimos – ou seja, a cooperação entre Tribunais, no quadro do reenvio prejudicial, previsto no artigo 234º do Tratado CE – importa ter presente quer o *efeito* quer a *autoridade* do Acórdão proferido pelo Tribunal comunitário, precisamente, num processo suscitado nos termos do artigo 234º do Tratado CE.

Como decorre da própria norma em questão e da jurisprudência do Tribunal de Justiça, há que distinguir, a propósito do reenvio prejudicial e no que respeita ao respectivo conteúdo, os Acórdãos interpretativos, dos Acórdãos sobre a validade de normas comunitárias (consoante tenham sido suscitadas, no caso concreto, questões prejudiciais sobre a interpretação ou sobre a validade de tais normas). Nos Acórdãos interpretativos, o Tribunal de Justiça está enquadrado por duas ordens de preocupações: responder ao juiz nacional fornecendo-lhe uma doutrina interpretativa útil para resolução do diferendo que lhe foi submetido e ainda, por outro lado, não ultrapassar os limites estritos dessa competência meramente interpretativa. Por isso, também, compreende-se a necessidade/dever de o Tribunal nacional formular, em termos gerais e abstractos, as suas questões prejudiciais. Assim sendo, o Tribunal de Justiça enunciará "um princípio comunitário abstracto, de que o juiz nacional fará a aplicação que entender ao caso concreto" – JOÃO MOTA DE CAMPOS e JOÃO LUIZ MOTA DE CAMPOS, *Manual de Direito Comunitário, O sistema Institucional. A Ordem Jurídica. O Ordenamento Económico da União Europeia*, Coimbra Ed., 5ª Ed., 2007, p. 436.

Já no que concerne aos Acórdãos sobre a validade de uma norma comunitária, o Tribunal de Justiça, no seu Acórdão, declara, ou não, a nulidade dessa norma, sendo certo, porém, que tal declaração não produzirá efeitos *erga omnes*, na medida em que limitar-se-á, em termos imediatos, ao próprio processo pendente no Tribunal nacional. Ou seja, neste caso concreto, o Tribunal nacional não aplicará (ou, se for caso disso, desaplicará) a norma comunitária, assim declarada inválida.

Ora, no que diz respeito à autoridade do Acórdão do Tribunal de Justiça, entende-se que a decisão proferida num processo relativo à interpretação de uma norma comunitária, vincula o juiz nacional que suscitou tal reenvio, ainda que o Tribunal de Justiça entenda que tal interpretação fornecida só é vinculativa no próprio processo em que foi, a título prejudicial, solicitado a pronunciar-se. O Acórdão interpretativo não produzirá, assim, directamente efeitos *erga omnes*; no entanto, e como salientam J. MOTA DE CAMPOS e J. LUIZ MOTA DE CAMPOS, o Tribunal de Justiça admite "que a autoridade do seu acórdão pode ultrapassar o quadro do caso concreto, na medida em que dispensa os tribunais supremos dos Estados-membros da obrigação de reenvio que lhes impõe o art. 234º sempre que a questão de interpretação

A Comunicação sobre a “cooperação entre a Comissão e os tribunais dos Estados-Membros da UE na aplicação dos artigos 81º e 82º do Tratado CE”, também não ultrapassa, neste âmbito de relacionamento entre Tribunais nacionais e esta Instituição de carácter (eminentemente) administrativo, um

perante eles suscitada já tenha sido julgada por acórdão anterior do Tribunal comunitário” - MOTA DE CAMPOS e MOTA DE CAMPOS, *ob. cit.* (Manual...), p. 438. O juiz nacional está, portanto, obrigado a seguir a interpretação solicitada (até mesmo por uma questão de economia e coerência processual), porém, isso não garante que aquele juiz nacional não se equivoque, por seu turno, na interpretação que faça da própria posição expressa pelo Tribunal comunitário. Poderá ocorrer uma má interpretação do Acórdão, efectuada pelo juiz nacional e que só poderá vir a ser sancionada/corrigida processualmente (no caso em causa), em termos de recurso (se este for admitido e suscitado relativamente àquela decisão concreta, à luz do Direito processual interno).

Por outro lado, relativamente ao Acórdão dito de validade, importa distinguir consoante o Tribunal de Justiça declara a norma em apreciação inválida (com base nos fundamentos enunciados no artigo 230º do Tratado CE, no âmbito da acção de anulação), ou não. Na primeira hipótese, o Acórdão (e a respectiva declaração de invalidade) obriga as Instituições comunitárias a agirem em conformidade (retirando tal acto ou norma comunitária do ordenamento da União) e o juiz nacional a não aplicar ou mesmo a desaplicar a norma ou o acto assim declarado inválido. O Acórdão do Tribunal de Justiça também não produzirá formalmente efeitos *erga omnes*, porém, na medida em que os tribunais ficam desobrigados de suscitarem um recurso prejudicial de validade (que, nos termos da jurisprudência *Foto-Frost* – Acórdão do Tribunal de Justiça de 22.10.1987, Processo nº 314/85, Colectânea p. 04199 – seria, em princípio, obrigatório, nestes casos de apreciação da validade da norma ou acto comunitário), então, indirectamente, acaba por afirmar-se uma autoridade materialmente equivalente àquela que resultaria daquele Acórdão, caso tais efeitos *erga omnes* lhe fossem, desde logo, reconhecidos. Note-se que a declaração de invalidade produzirá sempre efeitos retroactivos – sendo para os casos em que tal norma já foi previamente aplicada, que se vulgarizou a expressão “desaplicação” da norma assim declarada inválida. Caso, porventura, o Tribunal de Justiça não declare a invalidade da norma ou do acto que motivou o reenvio prejudicial, naturalmente, tal declaração não implicará, por si só, a validação do acto ou da norma subjudice, uma vez que o Tribunal de Justiça, nesse seu Acórdão, limitar-se-á a declarar que “o exame das questões suscitadas não revelou elementos susceptíveis de afectar a validade da norma ou acto impugnado”. A questão da validade daquele acto ou norma poderá, portanto, voltar a ser objecto de apreciação pelo Tribunal de Justiça, noutra recurso prejudicial ou mesmo pela via de uma acção de anulação (artigo 230º do Tratado CE) ou, incidentalmente, através da arguição de uma excepção de ilegalidade (artigo 241º do Tratado CE).

quadro-limite de uma cooperação de intensidade mais fraca (comparativamente com aquela que se desenvolve entre órgãos jurisdicionais, no âmbito do reenvio prejudicial e isto, sempre na *perspectiva comunitária*).

A propósito da cooperação e, conseqüentemente, do relacionamento entre os Tribunais nacionais e a Comissão, o nº 15, da mencionada Comunicação, estabelece, o seguinte:

“Para além do mecanismo de cooperação entre os tribunais nacionais e o Tribunal de justiça previsto no seu artigo 234º, o Tratado CE não prevê expressamente tal cooperação entre os tribunais nacionais e a Comissão. Porém, na sua interpretação do artigo 10º do Tratado CE, que obriga os Estados-membros a facilitarem à Comunidade o cumprimento da sua missão, os tribunais comunitários consideram que esta disposição do Tratado impõe às instituições europeias e aos Estados-membros deveres recíprocos de cooperação leal tendo em vista a realização dos objectivos do Tratado CE. O artigo 10º do Tratado CE implica, assim, que a Comissão deve prestar assistência aos tribunais nacionais quando estes aplicam o direito comunitário (Acórdão *Delimitis*, Processo nº C – 234/89, Colectânea 1991, p. I-935, ponto 53). Do mesmo modo, os tribunais nacionais podem ser obrigados a prestar assistência à Comissão no cumprimento da sua missão (Acórdão *Roquette Frères*, Processo nº C-94/00, Colectânea 2002, p. I – 9011, ponto 31)”.²¹⁴

A invocação agora efectuada pela Comissão da jurisprudência do Tribunal de Justiça *Roquette Frères*, de 2002, é significativa do que afirmamos – ou seja, de uma *cooperação de intensidade mais fraca*, na perspectiva comunitária²¹⁵, no domínio das relações entre os Tribunais nacionais e a Comissão (intensidade “pró-comunitária” mais fraca, comparativamente com aquela cooperação que se foi desenvolvendo no âmbito do reenvio prejudicial, entre, portanto, órgãos com a mesma natureza jurisdicional).

²¹⁴ Número 15 (III – Cooperação entre a Comissão e os Tribunais Nacionais), da já mencionada Comunicação da Comissão de 27.04.2004 - (2004/ C 101/04), J.O. nº C 101, de 27.04.2004, p. 54. – que integra o “Pacote Modernização”.

²¹⁵ Ou, no caso, na perspectiva comunitária prosseguida, especificamente, pela Comissão.

Nesse Acórdão do Tribunal de Justiça, proferido, precisamente, num recurso suscitado ao abrigo do artigo 234º do Tratado CE, pela *Cour de Cassation* francesa²¹⁶, estava, também, indirectamente, em causa, a concretização dessa lealdade comunitária, a propósito de um pedido efectuado pela Comissão Europeia às autoridades francesas competentes – nomeadamente, ao Governo – no sentido de efectuar diligências de instrução (buscas e apreensões de material e de documentos relacionados com possíveis violações ao artigo 81º do Tratado CE - então, ainda artigo 85º -, em curso de investigação) nas instalações da própria empresa visada, a *Roquette Frères*. Contextualizando melhor, importa referir que a legislação então vigente em França, relativamente a esta matéria, impunha a necessidade de tais diligências serem efectuadas pelos agentes respectivos (neste caso, pelos agentes mandatados e em representação da Comissão que seriam agentes da polícia francesa) unicamente após autorização judicial concedida por despacho do Presidente de um Tribunal de recurso, a saber, o *Tribunal de Grande Instance*. O juiz – no caso, o Presidente do *Tribunal de Grande Instance* – deveria verificar se o pedido que lhe era submetido estaria, ou não, fundamentado, nomeadamente, indicando (em concreto) todos os elementos justificativos da diligência requerida.

No caso em apreço, após o Presidente do *Tribunal de Grande Instance* de Lille ter autorizado tais diligências requeridas pela Comissão, a empresa visada recorreu desse despacho judicial de autorização, invocando, no fundo, o argumento de que *o próprio Tribunal nacional deveria verificar se existiam, nos fundamentos e nos documentos apresentados pela Comissão, indício sérios da existência de práticas anticoncorrenciais*, susceptíveis de justificar as medidas autorizadas.

²¹⁶ *Chambre commerciale, financière et économique*, Acórdão de 07/03/2000 (F 98-30.389 611 P), referenciado no *Bulletin des arrêts de la Cour de Cassation - Chambres civiles*, 2000, IV, nº 47. Relativamente à jurisprudência da *Cour de Cassation*, ver, também, o sítio oficial deste Tribunal superior francês, na *Internet*, disponível em: http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/

Quer dizer, o argumento da *Roquette Frères* que, indirectamente, motivou o reenvio prejudicial desencadeado pela *Cour de Cassation*, toca na questão de se saber quais são as exigências e os limites concretos – no caso em apreço, a propósito dos direitos de defesa e das garantias, em geral, das empresas investigadas pela Comissão – que subjazem à cooperação entre os Tribunais nacionais e a Comissão, no domínio da aplicação das regras de *defesa da concorrência*, promovida por esta Instituição.

Na realidade, uma concepção mais ampla ou mais intensamente “pró-comunitária” do princípio da lealdade, poderia levar o Tribunal de Justiça a enveredar por uma orientação que determinasse a estrita necessidade de se dar seguimento, sem mais, a pedidos como aquele que foi dirigido, pela Comissão, às autoridades francesas, no âmbito da investigação à *Roquette Frères*.

Não foi esse o caminho seguido pelo Tribunal de Justiça que aceitou a intervenção fiscalizadora dos órgãos jurisdicionais nacionais, neste tipo de situação, relativamente aos fundamentos do pedido da Comissão, pese embora – e este ponto é de importância maior – o tenha feito por decorrência e em função da “protecção contra as intervenções arbitrarias e desproporcionadas do poder público na esfera da actividade privada de uma pessoa singular ou colectiva”.

O Acórdão *Roquette Frères* invocado pela Comissão na referida Comunicação sobre a “cooperação entre a Comissão e os tribunais dos Estados-Membros da União Europeia” acaba, portanto, por não concretizar (pelo menos, de forma clara e definitiva), a referida cooperação entre a Comissão Europeia e os Tribunais nacionais, no sentido de uma tendencial prevalência, *de princípio*, dos interesses daquela Instituição, sem se sujeitarem tais interesses ao crivo da apreciação jurisdicional dos Tribunais nacionais. Não pendeu, assim, tal relacionamento e cooperação, no limite e automaticamente, para o lado do interesse da Comissão (que representa o interesse público comunitário, no que respeita à aplicação impositiva das regras de *defesa da concorrência* do Tratado CE).

Sublinhe-se: ainda que a coberto dos direitos de defesa e das garantias das empresas face à intervenção dos poderes públicos (da afirmação dos Direitos fundamentais), o Tribunal *não impôs*, portanto, *uma orientação aos Tribunais nacionais que permita concluir-se pela definitiva secundarização da actividade própria (autónoma e soberana) destes, face aos interesses daquela*, a pretexto da mencionada lealdade comunitária.

40. Em síntese, os problemas salientados, nomeadamente, a partir das decisões judiciais referidas, direccionam-se, assim, para o domínio da lealdade comunitária, da sua consideração ou da propriedade da sua invocação, bem assim como da respectiva intensidade, quando está em causa um relacionamento entre poderes ou funções diferentes e autónomos²¹⁷ – ou seja, entre o poder jurisdicional (Tribunais internos) e o poder administrativo (ou eminentemente administrativo – a Comissão Europeia).

Se, em abstracto e num primeiro momento, é a afirmação da própria lealdade comunitária que, a propósito desse relacionamento entre os Tribunais nacionais e a Comissão, poderá ser suscitada, num segundo momento, porém, é a amplitude dessa mesma lealdade que interessa determinar, no contexto do mencionado relacionamento.

Quer dizer, a primeira questão que, assim e a este propósito, se suscita é a de se saber se, de facto, no que diz respeito à relação entre a Comissão e os Tribunais nacionais, estes estão sujeitos a um dever de cooperação, resultante do princípio da lealdade comunitária. Depois, em seguida e caso se reconheça tal dever geral (ou seja, tal dever de lealdade), há que perguntar qual a sua amplitude concreta. Ou seja e sabendo-se que estarão, aqui, em causa, decisões da Comissão, até que ponto é que os Tribunais nacionais ficam (e em que termos) vinculados ao conteúdo de tais decisões, sobretudo se estas não incidirem sobre o mesmo caso concreto que é apreciado naqueles Tribunais²¹⁸.

²¹⁷ Em rigor, poderes diferentes (quanto à respectiva natureza) e autónomos entre si - se os perspectivarmos nessa lógica constitucional europeia tradicional da separação dos poderes.

²¹⁸ No fundo, o mesmo problema com se deparou a jurisdição superior do Reino Unido, no referido caso *Inntrepreneur v. Creham*.

41. Na realidade, o artigo 10º do Tratado CE, consagrando positivamente o dever/princípio da lealdade comunitária, impõe a obrigação, a cargo dos Estados-membros, de adoptarem todas as medidas necessárias ao cumprimento dos Tratados e, igualmente, de não adoptarem todas aquelas que possam pôr em risco a prossecução de tais objectivos.

Mas, por outro lado, desse princípio decorre também, para a União, o dever de respeitar a igualdade dos Estados-membros, as identidades constitucionais, as funções essenciais do Estado²¹⁹.

O certo é que um dos corolários da lealdade é, como também já anteriormente referimos, o princípio do primado ou da primazia das normas comunitárias (*lato sensu*, do Direito da União).

Estando em causa, a propósito do aludido relacionamento entre a Comissão e os Tribunais nacionais, decisões daquela Instituição²²⁰, então e numa primeira análise, não restariam dúvidas sobre o facto de a lealdade e os seus corolários - destacando-se, desde logo, o referido primado - serem aqui chamados a intervir, actuando no domínio de tais relações. Essa é, claramente, a afirmação de princípio que decorre da jurisprudência clássica anteriormente referida, nomeadamente, dos casos *Masterfoods* e *Roquette Frères*²²¹.

²¹⁹ ALESSANDRA SILVEIRA, *ob. cit.* (*Princípios...*), p. 116. Além disso e como nota esta autora, "a União Europeia é provavelmente o único sistema federativo cuja Constituição (aqui entendidos os tratados constitutivos) adopta formalmente tal princípio; noutros ordenamentos jurídicos, as justiças constitucionais tiveram de o deduzir dos espíritos das correspondentes Constituições", *ob. cit.*, p. 116. Isto só reforça a importância da lealdade e dos seus corolários, na própria construção comunitária e a sua relevância (em rigor, a relevância da sua implementação) como pedra basilar da interpretação e aplicação do Direito comunitário.

²²⁰ Actos elencados no artigo 249º do Tratado CE, conjuntamente com os demais actos (subentenda-se, normativos) das Instituições da União, apesar da natureza eminentemente administrativa, individual e concreta, da decisão.

²²¹ Também no mesmo sentido, se bem que precisando, de facto, a amplitude de tal lealdade e dever de respeito a uma decisão da Comissão em matéria de aplicação do anterior Regulamento sobre as concentrações comunitárias (Regulamento CEE 4064/89), o caso *Coca – Cola vs. Comissão* – Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 22 de Março de 2000,

Numa perspectiva comunitária, poder-se-ia, assim, defender a necessidade (em função da natureza do próprio Direito da comunitário, como Direito de integração) de os Tribunais nacionais seguirem uma interpretação *maximalista* relativamente às decisões da Comissão. O princípio da separação dos poderes não serviria, aqui e nesta perspectiva (maximalista), de entrave à (natural) vinculação dos Tribunais dos Estados-membros aos termos amplos de tais decisões (materialmente, de carácter administrativo).

Há, inclusivamente, quem defenda a não aplicação do princípio da separação dos poderes, da sua lógica e consequências materiais, fora do contexto da mesma ordem jurídica, como é o caso de PAULIS²²², até mesmo porque a decisão, enquanto acto da Comissão, exprime a posição desta enquanto Instituição comunitária e não propriamente como autoridade ou órgão administrativo (como, de resto, é também salientado, por exemplo, por KOMNINOS²²³).

Numa perspectiva “pró-comunitária” extrema (diríamos, com um grau de intensidade máximo), afirma-se, também, o entendimento, sem reservas, de que a jurisprudência do Tribunal de Justiça – nomeadamente, no já

Processos apensos nº T – 125/97 e T – 127/97, *The Coca-Cola Company e Coca – Cola Enterprises vs. Comissão*, Colectânea da Jurisprudência 2000, p. II-1733.

Igualmente, tal orientação de princípio (o respeito pela lealdade comunitária), não é posto em crise – antes pelo contrário – no *supra* citado caso (britânico) *Inntrepreneur v. Creham*.

²²² “Once Commission decisions have acquired definitive validity inside the Community legal order, they cannot and do not need to be further controlled by national judges who have no jurisdiction over the Commission, a Community institution” – EMIL PAULIS, *Coherent Application of EC Competition Rules in a System of Parallel Competencies*, in *European Competition Law Annual 2000: The Modernisation of EC Antitrust Policy*, CLAUDIUS DIETER EHLERMANN e ISABELA ANATASIU (Edited by), European University Institute Robert Schuman Centre for Advanced Studies, Oxford, Hart Publishing, 2000, p. 421.

²²³ “The fact that the Court of Justice appears to have entrusted the Commission with a primacy over national proceedings and courts does not contradict our analysis. This «primacy» is not one of the Commission, as competition authority, over civil courts, but rather of the Commission, as supranational Community organ, over national courts” – ASSIMAKIS P. KOMNINOS – *Public and Private Antitrust Enforcement in Europe: Complement? Overlap?*, in *The Competition Law Review*, Vol. 3, Issue 1, December 2006, p. 5 e ss., em especial, p. 16.

mencionado caso *Masterfoods* – permite mesmo falar-se da consagração do *primado das decisões da Comissão* (não só dos seus termos decisórios propriamente ditos, mas também, em geral, dos respectivos pressupostos e sentidos indicados nessas decisões), directamente sobre os Tribunais nacionais e sobre os seus processos de decisão judicial²²⁴.

Neste caso, seguindo esta perspectiva, já não estaríamos diante de uma relação de cooperação, para a qual se exige (com maior ou menor intensidade) a lealdade tal como decorre do artigo 10º do Tratado CE e da jurisprudência comunitária, mas sim de uma verdadeira relação de subordinação da esfera dos Tribunais dos Estados-membros, às posições - no caso, ao acervo de decisões - da Comissão. Isato, numa outra perspectiva, acabaria por reconhecer, em tese geral, efeitos *erga omnes* a todas as decisões da Comissão²²⁵.

Ora, de todo o modo, não pensamos que estas posições que subalternizam a consideração do princípio da separação dos poderes e apontam para uma exigência quase absoluta de vinculação ampla dos Tribunais dos Estados-membros às decisões da Comissão (ainda que não tenham por objecto o mesmo caso, nem os mesmos destinatários), sejam as mais adequadas ao estágio actual da integração europeia.

Essas posições (“pró-comunitárias” extremas) reflectiriam um desequilíbrio a favor dos interesses da Comissão e em prejuízo da própria afirmação independente e soberana dos órgãos jurisdicionais dos Estados-membros que acabaria por ultrapassar as especificidades ainda definidoras da construção constitucional (material) da União Europeia.

No fundo, o risco seria o de uma quebra do equilíbrio político que subjaz à composição dos interesses supranacionais com os interesses dos Estados-membros – equilíbrio esse que tem caracterizado e sustentado o edifício político (e, portanto, jurídico) da União.

²²⁴ Comentário de LARS KJOLBYE – *Case C – 344/98 Masterfoods v. HB Ice Cream, in Common Law Market Review*, Vol. 39, Issue 1, 2002, p. 189, *apud* KOMNINOS, *ob. cit.* (*Public and Private Antitrust...*), 2006.

²²⁵ Desvirtuando-se, também, um tendencial princípio da tipicidade ou da “não intervenção dos actos normativos”, tal como resulta do artigo 249º do Tratado CE.

Além disso, também não parece – nomeadamente, com a posição expressa pelo Tribunal de Justiça no seu Acórdão *Roquette Frères*, ulterior aos Acórdãos *Delimitis e Masterfoods* - que a jurisprudência comunitária mais recente legitime tais entendimentos (como o de PAULIS) mais radicais.

Assim, a exigência da lealdade entre os Tribunais internos dos Estados-membros e a Comissão, nomeadamente, no sentido daqueles Tribunais face às posições (decisões) adoptadas por esta Instituição comunitária, deverá ser respeitada na linha da jurisprudência *Roquette Frères* - não sendo tal lealdade posta em causa, designadamente, pelo facto de os Tribunais nacionais também avaliarem e decidirem sobre a conformidade de tais decisões a certos princípios fundamentais e, conseqüentemente, sobre a vinculação desses Tribunais aos termos e aos pressupostos estabelecidos pela Comissão, nessas suas decisões.

Claro está que relativamente aos *mesmos casos* concretos (quer dizer, relativamente àquelas situações em que quer o Tribunal nacional quer a Comissão actuam ou pretendem actuar), as regras de convergência do Regulamento nº 1/2003 (respectivos artigos 16º e 3º) resolvem a questão, no sentido da prevalência das decisões da Comissão - como, de resto e até certo ponto, sempre resultaria da própria noção de decisão como acto de direito derivado²²⁶, tal como formalmente consagrada no artigo 249º do Tratado CE e ainda, da jurisprudência, em geral, do Tribunal de Justiça (com destaque, por exemplo, para aquela que resulta do mencionado caso *Masterfoods*).

42. Mas, uma vez ultrapassada esta primeira questão sobre a necessidade de invocação do princípio da lealdade comunitária, no âmbito do relacionamento entre os Tribunais nacionais e a Comissão, relativamente à aplicação das regras de *defesa da concorrência* comunitária²²⁷, levanta-se,

²²⁶ Sobre tal noção, ver, entre outros e na nossa literatura, JOÃO MOTA DE CAMPOS e JOÃO LUIZ MOTA DE CAMPOS, *ob. cit. (Manual...)*, p. 331-336.

²²⁷ Em rigor e noutra perspectiva que nos conduz aos mesmos resultados, a questão também poder-se-ia formular nestes termos: a lealdade comunitária (e os seus corolários) até que ponto deve, ou não, ceder perante a invocação da lógica material do princípio da separação de poderes?

como referimos, outra (segunda) interrogação: qual a amplitude dessa reclamada lealdade?

No fundo, há que precisar melhor os contornos decorrentes da resposta anteriormente dada à referida primeira questão: excluindo a abordagem, a nível jurisdicional interno, dos mesmos casos já previamente objecto de uma decisão comunitária, nas restantes situações (em que essas decisões visam comportamentos e problemas análogos ou semelhantes àqueles que ocupam ulteriormente os Tribunais nacionais), qual a concreta força vinculativa (repita-se: na perspectiva dos órgãos jurisdicionais nacionais) das decisões da Comissão.

Cingindo-nos, portanto, às decisões comunitárias de aplicação dos artigos 81º e 82º do Tratado CE, até que ponto é que os Tribunais nacionais ficam (e em que termos) vinculados ao conteúdo de tais actos da Comissão, quando estes não versam sobre o mesmo caso concreto que é apreciado naqueles Tribunais, pese embora incidirem sobre o mesmo tipo de facticidade (o mesmo tipo de comportamento, o mesmo mercado relevante)?

Ora, a Comissão, enquanto Instituição que, em primeira linha, aplica o Direito comunitário (e fiscaliza a respectiva aplicação), tem que, de algum modo, interagir com os órgãos jurisdicionais dos Estados-membros, sobretudo quando estamos num domínio em que existe uma aplicação concorrente (entre tais órgãos internos e a Comissão) de um sub-sistema do Direito comunitário: o (sub-)sistema de *defesa da concorrência*. Essa interacção é condição indispensável para a garantia de uma aplicação uniforme do Direito de *defesa da concorrência* comunitário.

Isso significa, desde já, que tal interacção ou relacionamento deverá ser muito mais amplo e geral do que aquele (relacionamento) desencadeado casuística e isoladamente, a propósito da aplicação das regras comunitárias de concorrência, a casos concretos. Deverá, indo muito mais além do que tal possível relacionamento judicial - casuístico, situar-se ao nível da própria cultura concorrencial, do entendimento do que são os objectivos e a função quer do Direito, quer da Política da concorrência (na União).

Diríamos, mesmo, que a necessidade de aplicação uniforme do sistema em causa pressupõe, antes mesmo de tal relacionamento suscitado no contexto de casos concretos, uma visão comum (indistintamente comunitária e nacional), partilhada pelos Tribunais e autoridades nacionais e pela Comissão, sobre os referidos objectivos e função (repita-se, do Direito e da Política da concorrência). Algo que precede e vai mais além do que aquilo que, a propósito do dito relacionamento, foi, também, reconhecido no preâmbulo do Regulamento nº 1/2003²²⁸, quando, no respectivo nº 21, se refere o seguinte:

“A aplicação coerente das regras de concorrência exige também a adopção de mecanismos de cooperação entre os tribunais dos Estados membros e a Comissão. Este requisito é pertinente para todos os tribunais que apliquem os artigos 81º e 82º do Tratado aos processos entre partes privadas, quer como instâncias de aplicação da lei, quer como tribunais de recurso (...)”²²⁹.

Ora, a necessidade desta interacção ampla entre a Comissão e os Tribunais nacionais, na perspectiva dos interesses daquela, confronta-se com um obstáculo decisivo: como salientamos, não existe nenhum princípio de relacionamento hierárquico (ainda que ténue ou indirecto) entre o juiz nacional e a Comissão.

Além disso, também não poderemos olvidar que o juiz nacional é quem primeiramente se assume como juiz comunitário, ou seja, os Tribunais

²²⁸ Regulamento do Conselho este que – saliente-se mais uma vez - impõe, precisamente, tal aplicação concorrente do sistema comunitário de *defesa da concorrência*, descentralizando-a para o nível nacional, em favor dos Tribunais e autoridades dos Estados-membros.

²²⁹ Acrescenta-se ainda no nº 21 do preâmbulo do Regulamento nº 1/2003, sempre sem que a respectiva narrativa ultrapasse a fronteira de uma mera cooperação, o seguinte, introduzindo já a possibilidade de a Comissão agir/intervir junto dos Tribunais nacionais como “amicus curiae”: “(...) Os tribunais nacionais deverão poder dirigir-se à Comissão para obter informações ou pareceres relativamente á aplicação do direito comunitário da concorrência. Por outro lado, a Comissão e as autoridades dos Estados membros responsáveis em matéria de concorrência deverão poder apresentar observações escritas ou orais perante os tribunais em casos de aplicação dos artigos 81º e 82º do Tratado (...)”

nacionais são entendidos como a primeira instância de aplicação da ordem jurídica da União.

Ao invés do que sucede no domínio da cooperação (judicial) afirmada pela via do artigo 234º do Tratado CE, nem sequer indirectamente existem, agora e relativamente a tal relacionamento/cooperação entre a Comissão e os Tribunais nacionais, elementos – como, por exemplo, os efeitos e a autoridade do *precedente* dos Acórdãos do Tribunal de Justiça ou do Tribunal de Primeira Instancia – que apontem, em termos operativos (repita-se: mesmo indirectamente), no sentido de uma prevalência do mencionado interesse (ou perspectiva) comunitário – interesse este, em rigor, representado pela Comissão.

Não existem, neste quadro de relacionamento entre os Tribunais nacionais e a Comissão, esses elementos indiciadores de uma prevalência ampla, *em tese geral e não apenas casuística*, dos interesses (ou da perspectiva) desta Instituição comunitária, nem mesmo de um modo difuso e não afirmado expressamente, tal como tais elementos surgem no âmbito do relacionamento entre Tribunais (nacionais e o comunitário), no contexto do funcionamento do artigo 234º do Tratado CE.

Ora, para avaliar a amplitude de tal lealdade – ou, indo mais directamente à (segunda) questão atrás suscitada, para apurar se um Tribunal de um Estado-membro deverá, ou não, considerar-se obrigado a seguir, em termos amplos, uma decisão da Comissão que, embora incidindo sobre o mesmo tipo de factualidade, não se refere ao mesmo concreto caso *a quo* – poderemos considerar duas pistas de reflexão, a saber, o estado da própria construção jurisprudencial da lealdade (e, sobretudo, de alguns dos seus corolários, como a denominada teoria da interpretação conforme) e a própria natureza do que é, partindo-se do artigo 249º do Tratado CE, uma decisão.

43. Quando nos referimos à teoria da interpretação conforme estamos a avaliar a sua importância ou peso relativo no contexto do relacionamento entre a Comissão Europeia e os Tribunais nacionais, em comparação com as manifestações do princípio da separação de poderes (que, aparentemente e na

nossa perspectiva, ainda que de um modo indirecto, estão reflectidas em várias manifestações jurisprudenciais, quer de Tribunais de Estados-membros quer do próprio Tribunal de Justiça – *exemplo ilustrativo*, o Acórdão *Roquette Frères*).

Na realidade, o princípio da lealdade comunitária tem sido reafirmado reiteradamente pelo Tribunal de Justiça e pelo Tribunal de Primeira Instância, tendo vindo estas jurisdições comunitárias a concretizar, em plúrimos sentidos e através de vários corolários (nomeadamente, naquele se traduz no princípio da interpretação conforme), tal lealdade, consagrada normativamente no artigo 10º do Tratado CE.

Como refere ALESSANDRA SILVEIRA, não restam dúvidas, analisando a jurisprudência comunitária, “de que o Tribunal de Justiça está empenhado na densificação do sentido da lealdade europeia – e nos cinquenta anos de integração europeia foi decantando as obrigações decorrentes de tal princípio. A partir do Acórdão *Maria Pupino* de 2005 o Tribunal de Justiça inclusivamente acolhe a existência de um princípio de lealdade à União (porque apesar de o artigo 10º do Tratado da Comunidade não ter uma correspondência exacta em termos textuais no Tratado da União Europeia, os Estados-Membros estariam sim vinculados à lealdade recíproca no quadro da União), e decide que os particulares têm o direito de invocar uma decisão-quadro do terceiro pilar com vista a obter, do juiz nacional, uma interpretação conforme do seu direito interno (...). O princípio da interpretação conforme, que decorre da lealdade europeia, «exige que o órgão jurisdicional nacional tome em consideração o direito nacional no seu todo para apreciar em que medida este pode ser objecto de uma interpretação que não conduza a um resultado contrário ao pretendido pela decisão-quadro» (nº 47 do Acórdão em apreço)²³⁰”.

Ora, se passando em revista a jurisprudência comunitária, não restam, efectivamente, dúvidas, sobre a afirmação genérica, de princípio, da lealdade comunitária e, especialmente, da doutrina/princípio da interpretação conforme, o facto é que as incertezas reaparecem quando tentamos concretizar alguns aspectos concretos e específicos da aplicação de tal corolário do princípio da lealdade.

²³⁰ ALESSANDRA SILVEIRA, *ob. cit* (*Princípios...*), p. 99.

Note-se que, de todo o modo, a afirmação do princípio da interpretação conforme não foi linear e progressiva, principalmente se a perspectivarmos através da jurisprudência comunitária. Depois da afirmação inequívoca de tal princípio/doutrina no célebre Acórdão *Marleasing*, de 1990, no qual o Tribunal deu um passo que poderia levar a algumas implicações *perigosas* ou, pelo menos, dificilmente susceptíveis de, operativamente, se imporem na prática judicial interna, assistiu-se, efectivamente, a um relativo recuo. Com efeito, levando até às últimas consequência a linha seguida pelo Tribunal de Justiça no referido aresto de 1990, tal poderia, eventualmente e no limite, implicar uma subida exponencial dos níveis de *insegurança jurídica* na aplicação dos Direitos dos Estados-membros, afectando, também e internamente, o *princípio da separação de poderes*, já que os juízes nacionais ver-se-iam confrontados com a necessidade sempre melindrosa de, em certas situações, derogarem pela via interpretativa, disposições de direito nacional²³¹.

²³¹ Para uma descrição sumária da jurisprudência dos Tribunais comunitários sobre a temática em causa (Princípio da lealdade europeia e seus corolários) e, em particular, sobre a "interpretação conforme", ver, ainda ALESSANDRA SILVEIRA, *ob. cit (Princípios...)*, nomeadamente, p. 127 a 163. A Autora passa em revista a evolução (em termos cronológicos) da densificação feita pelo Tribunal de Justiça do princípio da interpretação conforme, abordando, entre outros, os seguintes Acórdãos: - Acórdão *Von Colson e Kamann* (1984), através do qual o Tribunal salienta a obrigação a cargo de todos os Estados-membros destinatários de uma *directiva*, de adoptarem - nas respectivas ordens jurídicas internas e abrangendo, também, os Tribunais nacionais - todas as medidas necessárias à garantia do resultado pretendido por aquele acto de direito derivado; - Acórdão *Kolpinghuis* (1987), nos termos do qual é afirmado que "a interpretação conforme não pode dar origem, (...), a uma responsabilidade penal que não tenha sido instituída por uma lei interna adoptada para executar uma directiva" e isto, em razão dos princípios gerais da segurança jurídica e da não retroactividade; - Acórdão *Marleasing SA* (1990), no qual o Tribunal de Justiça deu um salto qualitativo no domínio em causa (da interpretação conforme). Na realidade, neste aresto, o Tribunal comunitário afirma a obrigação de interpretação conforme não só nos termos já resultantes do anteriormente mencionado Acórdão *Van Colson e Kamann* (ou seja, obrigação de interpretação conforme relativamente a todas as disposições nacionais que visam dar cumprimento a uma determinada directiva), mas também declara a existência de tal obrigação (a cargo de todas as autoridades dos Estados-membros) relativamente à interpretação *de todas as disposições do direito nacional*. Resulta, para os órgãos jurisdicionais internos, deste Acórdão

O âmbito e as implicações da interpretação conforme são, portanto, ainda pouco claros, no que diz respeito à questão que subjaz, por exemplo, à jurisprudência da *The House of Lords*, no já *supra* mencionado caso *Inntrepreneur v. Creham*, de 2006: até que ponto estão os Tribunais nacionais vinculados aos termos de uma decisão da Comissão que, naturalmente, não incida sobre o mesmo caso concreto? De que forma poderá o princípio da interpretação conforme impor, na perspectiva comunitária, uma solução diferente daquela que aquele Tribunal superior britânico seguiu naquele caso, não se considerando vinculado pelas conclusões alcançadas previamente pela Comissão, na sua decisão *Whitbread*, relativamente às características do mercado em causa que era, precisamente, o mesmo que estava também em equação no julgamento do caso *Inntrepreneur v. Creham*²³²?

Marleasing S.A., que, tais órgãos jurisdicionais, ao aplicarem o direito nacional, quer se trate de disposições anteriores ou ulteriores a uma directiva, devem interpretar o respectivo direito interno, *na medida do possível*, à luz do texto e das finalidades da directiva em consideração. Esta jurisprudência – de certo modo, maximalista em termos de interesse (ou da consideração exclusiva da perspectiva “pró-comunitária”) – acabou, como se nota na referida síntese de ALESSANDRA SILVEIRA, por sofrer recuos, reflectidos em Acórdãos subsequentes do Tribunal de Justiça: por exemplo, no Acórdão *Faccini Dori* (1994), o “Tribunal opôs-se às Conclusões do Advogado-Geral CARL OTTO LENZ e confirmou a recusa do efeito horizontal das directivas então defendido pelo Advogado-Geral”; também nesta linha, o Acórdão *Arcaro* (1996), em que “o Tribunal de Justiça reafirma a ideia dos limites da interpretação conforme e recomenda alguma cautela quando tal mecanismo leve a impor a um particular uma obrigação prevista numa directiva não transposta” – ALESSANDRA SILVEIRA, *ob. cit.*, p. 135. Ora, o mencionado recuo da jurisprudência do Tribunal comunitário é justificado não só pelas razões de segurança invocadas, mas também por um risco (excessivo) de desequilíbrio a favor de uma predominância ou imposição linear da perspectiva que apelidamos de “pró-comunitária”, traduzindo-se, tal desequilíbrio, no colocar em causa, internamente, a separação dos poderes. De todo o modo, podemos, agora e *a posteriori*, dizer que, de resto, esse recuo era já indiciado implicitamente pela reserva (ainda que difusa) expressa no próprio Acórdão *Marleasing*, quando o Tribunal de Justiça afirma ser obrigação dos Tribunais dos Estados-membros, interpretarem os respectivos direitos nacionais (no seu todo), à luz do texto e das finalidades de uma determinada directiva, (porém) apenas na “medida do possível”.

²³² Recorde-se que esse Tribunal superior britânico seguiu a mesma linha defendida pelo advogado - geral G. COSMAS, nas suas Conclusões de 16 de Maio de 2000, no Processo nº C –

Na realidade, partindo da jurisprudência comunitária que, como é habitualmente salientado, desde 1964, com o célebre Acórdão *Costa vs. ENEL*, vem desenvolvendo (densificando) as inevitáveis e naturais (na lógica da integração europeia) lealdade comunitária e interpretação conforme²³³, não é possível sustentar, clara e inequivocamente, que as simples decisões da Comissão, por decorrência de tal princípio da interpretação conforme, deverão produzir efeitos *erga omnes* (no fundo, é isto que, numa outra perspectiva paralela, estará em causa: os efeitos casuísticos, individuais e concretos ou, ao invés, *erga omnes*, das decisões da Comissão que não sejam, de facto e considerando a jurisprudência *Maria Pupino*, decisões – quadro).

Além disso, mesmo sem percorrermos os passos (mais) significativos da jurisprudência comunitária que se relaciona com este tipo de interrogações, podemos encontrar na própria redacção do artigo 249º do Tratado CE, conjugada com o princípio da legalidade que, naturalmente, subjaz ao ordenamento jurídico-comunitário²³⁴, um obstáculo a uma interpretação (nomeadamente, judicial) que acabe, na prática, por reconhecer efeitos *erga omnes* a uma decisão da Comissão.

Voltando aos termos da questão suscitada anteriormente, se se reconhecesse, desde logo, a vinculatividade de uma decisão, em termos amplos, gerais e abstractos e relativamente a outros casos que não o objecto dessa decisão, então, no fundo, o que tal acto individual e concreto acabaria por produzir seria um efeito análogo ao de um precedente (judicial) vinculativo. Assim sendo – ou seja, seguindo este entendimento, tal como o pretendeu o *The Court of Appeal* britânico, considerando-se vinculado às conclusões sobre o mercado relevante feitas pela Comissão numa decisão antecedente, respeitante

344/98, relativo ao caso *Masterfoods Ltd.* (Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 14 de Dezembro de 2000).

²³³ Até mesmo relativamente à possibilidade de os particulares poderem invocar os seus direitos decorrentes de uma decisão-quadro do âmbito do 3º Pilar, como resulta do já mencionado Acórdão *Maria Pupino* de 2005.

²³⁴ Desde logo, importará não esquecer a proclamada afirmação da União como sendo uma “comunidade/União de Direito”.

a *outro caso*, porém, relativo ao mesmo mercado²³⁵ - não se vislumbraria, no plano dos efeitos e da respectiva aplicação, distinção significativa e material entre uma decisão e um regulamento (tendo por pano de fundo a tipologia e as noções estabelecidas normativamente no artigo 249º do Tratado CE).

Importa notar que uma eventual alteração da tipologia dos actos normativos – ou seja, uma alteração do elenco do actual artigo 249º do Tratado CE – resultante, porventura (e previsivelmente) da entrada em vigência do Tratado de Lisboa (e, em especial, do *Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia*) poderá ter implicações no que diz respeito às questões anteriormente abordadas.

Será, naturalmente, necessário (se tal vier a suceder) observar-se a reacção da jurisprudência do Tribunal de Justiça e do Tribunal de Primeira Instância. De todo o modo, pensamos que as linhas principais dos tópicos de resposta às referidas questões serão válidas no que diz respeito aos actos que se entendam como materialmente próximos dos actos administrativos de direito interno (de um modo geral, actos comunitários como as decisões, tal como resultam do actual artigo 249º do Tratado CE).

²³⁵ E isto, em cumprimento de um “duty of sincere cooperation”, decorrente do artigo 10º do Tratado CE.

IIª PARTE

A aplicação impositiva de carácter público dos artigos 81º e 82º do Tratado CE e a posição das empresas.

ENQUADRAMENTO GERAL

Os actos (Decisões) da Comissão

44. As implicações processuais resultantes da reforma ou modernização do Direito da concorrência da União – ou seja, em rigor, as implicações sentidas ao nível do sistema de aplicação das regras de *defesa da concorrência* comunitárias (nomeadamente, dos artigos 81º e 82º do Tratado CE) – manifestam-se, também e relevantemente, ao nível do próprio sistema jurisdicional (ou contencioso comunitário).

Se nos posicionarmos de acordo com a óptica da aplicação impositiva²³⁶ do Direito da concorrência comunitário – levada a cabo, após o Regulamento nº 1/2003, quer pela Comissão quer, concorrentemente, pelas autoridades e Tribunais dos Estados-membros, em resultado da descentralização preconizada nesse acto – então, estas implicações poderão assumir uma importância prioritária. Com efeito, estará, a este respeito, em equação, simultaneamente, a eficácia de tal aplicação impositiva (sobretudo, mais prementemente, a sua vertente de “public enforcement”), especialmente encabeçada pela Comissão, mas também a tutela e a protecção dos interesses das empresas e as suas garantias.

Considerando que, no plano institucional comunitário, a aplicação das regras dos artigos 81º e 82º do Tratado CE (no âmbito de vigência do

²³⁶ Em primeira linha, agora, pensamos sobretudo, na aplicação impositiva de carácter público ou, como denominamos antecedentemente, o “public enforcement”, se bem que esta questão tenha também implicações ao nível do “private enforcement”, na medida em que colocará, também e como mencionaremos de seguida, quando são os Tribunais dos Estados-membros a aplicar as regras comunitárias, podendo fazê-lo no âmbito de processos intentados por particulares.

Regulamento nº 1/2003, como, de resto, anteriormente, nos quadros do regime instituído pelo Regulamento nº 17 de 1962) é prosseguida, sobretudo, através de *decisões* da Comissão, susceptíveis de impugnação judicial através do recurso de anulação, nos termos do artigo 230º do Tratado CE, torna-se relevante, portanto, tomarmos como referência esta via processual ou contenciosa e tentarmos perspectivar as referidas implicações da reforma do Direito da concorrência comunitário, à luz do seu funcionamento e utilização. Importa, assim, começar por recordar topicamente alguns traços característicos deste instituto do sistema jurisdicional comunitário - o recurso de anulação²³⁷.

O recurso de anulação (artigo 230º do Tratado CE)

45. O artigo 230º do Tratado CE consagra, no seu quarto parágrafo, a possibilidade de qualquer pessoa singular ou colectiva poder interpor recurso (de anulação) “das decisões de que seja destinatária e das decisões que, embora tomadas sob a forma de regulamento ou de decisão dirigida a outra pessoa, lhe digam directa e individualmente respeito²³⁸”.

²³⁷ Notam FAUSTO DE QUADROS e ANA MARIA GUERRA MARTINS que quanto à respectiva natureza, “o recurso de anulação é um verdadeiro recurso e um recurso contencioso. Fica, portanto, excluída qualquer possibilidade de confusão com o meio de contencioso do tipo da acção”. FAUSTO DE QUADROS / ANA MARIA GUERRA MARTINS, *Contencioso Comunitário*, Almedina, 2002, p. 105. Estes autores remetem para a tradicional distinção entre “recurso” e “acção” no Direito Processual Civil português, seguindo a lição de JOSÉ ALBERTO DOS REIS, no seu *Código de Processo Civil Anotado*, vol. V, Coimbra, 1984, p. 211, e, ainda, de DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Direito Administrativo*, vol. IV, Lisboa, 1988, p. 109 e ss.

²³⁸ É de referir que, dando um passo no sentido reclamado por uma parte muito significativa da doutrina - ver, por exemplo, entre outros, PAUL CASSIA, *Continuité et rupture dans le contentieux de la recevabilité du recours en annulation des particuliers*, in *Révue du Marché Commun et de l'Union Européenne*, 2002, nº 461, p. 547 e ss., RUI MOURA RAMOS, *O Acesso dos Particulares aos Tribunais Europeus*, in ALESSANDRA SILVEIRA (Coordenação), *50 Anos do Tratado de Roma, Quid Iuris*, Lisboa, 2007, p. 251, em especial, p. 256, assim como, na mesma obra colectiva (*50 Anos...*), CARLOS BOTELHO MONIZ e MARIANA DE SOUSA E ALVIM, *Apontamentos sobre o Sistema Judicial da Comunidade Europeia*, p. 257, em especial, p. 270 a 275 - a versão constante do (ainda incerto) Tratado de Lisboa (em rigor, “Tratado sobre o funcionamento da União Europeia”, assim denominado na respectiva versão de Lisboa),

introduz modificações na redacção deste quarto parágrafo do (actual) artigo 230º do Tratado CE. Assim, nos termos do referido “Tratado sobre o funcionamento da União Europeia”, qualquer pessoa singular ou colectiva “pode interpor (...) recursos contra actos de que seja destinatária ou que lhe digam directa e individualmente respeito, bem como contra actos regulamentares que lhe digam directamente respeito e não necessitem de medidas de execução”. Na realidade, reclama-se contra a situação resultante quer do texto actual do referido quarto parágrafo do artigo 230º do Tratado CE quer da linha jurisprudencial que tem vindo a ser basicamente seguida pelo Tribunal de Justiça (no sentido da restringir, por regra, o acesso dos particulares ao recurso de anulação), nomeadamente, quando interpreta a expressão/requisito da “afecção individual”. Com efeito, de acordo com uma jurisprudência que tem sido recorrente – se bem que com alguns desvios (positivos), como aquele que o Tribunal seguiu no seu Acórdão de 3 de Maio de 2002 - (Acórdão do Tribunal de Primeira Instância *Jégo-Quéré*, Processo T – 171/01, Colectânea de Jurisprudência p. II – 2365) - o Tribunal comunitário tem entendido que só existirá “afecção individual” se os efeitos do acto impugnado se repercutirem na esfera do recorrente (pessoa singular ou colectiva) em função de *certas qualidades que lhe são próprias* ou de uma situação que o *caracteriza individualizadamente*, em comparação com qualquer outro sujeito de Direito e que o coloca, relativamente ao acto em causa, na mesma posição de um destinatário (desse acto recorrido). Ora, voltando às alterações propostas pela versão de Lisboa, como referem BOTELHO MONIZ e M. de SOUSA E ALVIM, o Tratado de Lisboa “não altera a estrutura básica do artigo 230º, parágrafo 4º, embora introduza um elemento inovador ao dispensar o preenchimento do critério da afecção individual, relativamente àqueles recursos que sejam interpostos contra actos regulamentares que afectem o recorrente de forma directa e não necessitem de medidas de execução” CARLOS BOTELHO MONIZ/ MARIANA DE SOUSA E ALVIM, *ob. cit. (Apontamentos...)*, p. 275.

Completando esta incursão no problema do acesso dos particulares ao recurso de anulação e continuando a perspectivar as alterações introduzidas por Lisboa no (proposto) “Tratado sobre o funcionamento da União Europeia”, importa referir que este (ainda não vigente) Tratado introduz um quinto parágrafo na redacção actual do artigo 230º, “conferindo alguma discricionariedade quanto à definição das regras sobre a legitimidade dos particulares em matéria de recursos de anulação, relativamente a actos dos órgãos ou organismos comunitários cujos efeitos se repercutam na esfera jurídica desses sujeitos” – BOTELHO MONIZ/MARIANA DE SOUSA E ALVIM, *ob. cit. (Apontamentos...)*, ainda p. 275, em nota 47. Assim, tal novo quinto parágrafo tem a seguinte redacção: “ Os actos que criam os órgãos ou os organismos da União podem prever condições e regras específicas relativas aos recursos interpostos por pessoas singulares ou colectivas contra actos desses órgãos ou organismos destinados a produzir efeitos jurídicos em relação a essas pessoas”.

Esta tem sido, efectivamente, a via de reacção das empresas, cujos comportamentos merecem a intervenção da Comissão, contra, precisamente, esta intervenção.

Não desenvolvendo, por agora, a questão da acessibilidade (mais ou menos restrita) dos particulares e os avanços apontados, a este propósito, pelo Tratado de Lisboa (em particular, "Tratado sobre o funcionamento da União"), sempre poderemos, contudo, partir da "situação – tipo" em que uma empresa (qualquer "pessoa singular ou colectiva") seja destinatária directa, de uma decisão da Comissão, no âmbito do processo de aplicação destas regras dos artigos 81º e 82º do Tratado CE. Normalmente, será isso (a adopção de uma decisão dirigida à empresa ou empresas em causa) que culminará o processo decisório da Comissão, relativamente à aplicação das regras de Direito da concorrência.

Em rigor, contudo, uma empresa poderá ser afectada não só por uma decisão da Comissão (em sentido próprio e formal), mas também por outros actos desta Instituição, em aplicação do sistema de *defesa da concorrência* comunitário, que não sejam subsumíveis a uma decisão (propriamente dita, nos termos formalmente enunciados no artigo 249º do Tratado CE).

Será preciso, na realidade, considerar que a reforma em curso e, em especial, o Regulamento nº 1/2003, acabaram por impor a necessidade de uma reanálise destas relações entre as empresas e a Comissão, sob o ponto de vista jurisdicional e, em particular, no âmbito da via consagrada no artigo 230º do Tratado CE (o recurso de anulação).

Assim, há que considerar nessa reanálise, em primeiro lugar, que o Regulamento nº 1/2003 introduziu alguns *novos actos* (na esfera de competências da Comissão) cuja tutela jurisdicional, à luz da mencionada via do recurso de anulação, poderá suscitar dúvidas.

Saliente-se, desde já, que, independentemente das (tradicionais) decisões, a Comissão tem vindo a utilizar uma série alargada de actos *formalmente não vinculativos* (actos de direito derivado não vinculativos e, em alguns casos, atípicos - ou seja, actos não nominados nos termos do artigo 249º do Tratado CE) na implementação da reforma e das novas linhas

pretendidas para a Política da concorrência comunitária. Muitos comentadores não hesitam em qualificar de *soft law* tal arsenal de novos (e, como referimos, muitas vezes, atípicos) actos de que a Comissão se tem socorrido frequentemente, após a entrada em vigência do Regulamento nº 1/2003. O exemplo mais evidente é o das *orientações* (publicadas através da forma de *comunicações*); mas podemos também referir o caso dos *pareceres* (por exemplo, no âmbito do nº 1, do artigo 15º do Regulamento nº 1/2003, solicitados pelos Tribunais dos Estados-membros), as *recomendações* e as *observações escritas* ou *orais* (no que respeita à intervenção da Comissão enquanto “amicus curiae”, junto dos Tribunais nacionais e nos termos do nº 3, do artigo 15º, do Regulamento).

Ora, uma das questões que se pode suscitar, na perspectiva que agora seguimos, é a de se saber, precisamente, até que ponto tais manifestações de um possível *soft law* terão ainda relevo judicial autónomo e directo, ou não. Dito de outro modo, tais actos poderão ainda ser, ou não, sindicáveis através do recurso de anulação (4º parágrafo, do artigo 230º do Tratado CE)?

46. Recordemos, sucintamente, que são reconhecidas (e exigidas, correntemente pela jurisprudência comunitária) três condições para que um determinado acto possa ser susceptível de impugnação, através de um recurso de anulação. Três condições ou requisitos que atestam, portanto, a noção de *acto impugnável*.

Assim, em primeiro lugar, torna-se requisito de impugnabilidade de um acto, à luz do artigo 230º do Tratado CE, que esse acto tenha sido adoptado unilateralmente por uma Instituição da União²³⁹.

²³⁹ Segundo DENYS SIMON, trata-se aqui de um “critério orgânico”: « (...) il convient de préciser que seuls sont attaquables en annulation les actes adoptés par les institutions communautaires. Il en résulte que sont irrecevables les recours dirigés contre les actes imputables aux États membres. ». DENYS SIMON, *Le système juridique communautaire*, PUF, Paris, 1997, p. 326. Com efeito, o recurso a este critério orgânico, o sublinhar-se esta conclusão de que se só são atacáveis os actos das Instituições, não o sendo, *a contrario*, os actos que destas não provêm (ou seja, inclusivamente, os actos dos Estados membros), pode, contudo,

O acto a impugnar terá que ser vinculativo, na medida em que, desde logo, o primeiro parágrafo do artigo 230º do Tratado, exclui as “recomendações e os pareceres”²⁴⁰.

não resolver situações de dúvida ou de fronteira como aquelas que envolvem alguns actos adoptados no Conselho (quer de Ministros quer Europeu). Uma vez que, como veremos seguidamente no texto, o critério da forma do acto é desconsiderado - já que poderá ser impugnado qualquer acto das Instituições, visando produzir efeitos jurídicos e independentemente da respectiva natureza e forma - então, como determinar a susceptibilidade de impugnação de certos actos atípicos imputados ao Conselho, sendo certo que estes actos tanto poderão corresponder a actos adoptados *pelo referido Conselho* enquanto *Instituição comunitária* ou, simplesmente, actos adoptados pelos *Estados-membros*, de comum acordo e *no Conselho*? Saliente-se que na primeira hipótese, o acto atípico em causa seria susceptível de ser objecto de impugnação, nos termos do artigo 230º do Tratado CE, ao invés dos actos referidos na segunda hipótese (ou seja, aqueles que são adoptados de forma intergovernamental, pelos Estados-membros, reunidos no Conselho). Nesta última hipótese, não estaremos perante actos de uma Instituição, mas sim de actos dos Estados – membros, porventura correspondentes a um acordo internacional em forma simplificada (e sujeitos ao direito internacional). De acordo com tal critério orgânico, estes últimos actos serão insusceptíveis de serem postos em causa, através do recurso de anulação, sendo certo, porém, que, por si só, a proveniência (formal) do acto (no fundo, o referido critério orgânico) não nos permite estabelecer, com segurança, quais destes agora referidos actos do Conselho poderão ser impugnados, nos termos do artigo 230º do Tratado CE. E isto, uma vez que todos eles provêm (aparente e formalmente) do Conselho. Assim sendo, o critério a seguir, para que esta relevante destringa seja efectuada, deverá ser o critério da substância do acto, em conjugação com o critério da natureza da competência (comunitária ou intergovernamental) do Conselho, na produção de tal acto. O acto só será, assim, susceptível de ser impugnado, nos termos do recurso em questão, se, na sua substância (ou seja, no que diga respeito à matéria respectiva) tiver resultado do exercício de uma competência comunitária. Este tem sido já desde 1971, com o Acórdão do Tribunal de Justiça *AETR* (Acórdão do Tribunal de Justiça de 31 de Março de 1971, Processo nº 22/70, *Recueil* p. 263), a linha de orientação seguida pela jurisprudência comunitária.

²⁴⁰ A actual redacção do mencionado parágrafo primeiro do artigo 230º do Tratado CE refere-se aos “actos adoptados em conjunto pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho”, aos actos “do Conselho, da Comissão e do BCE” (Banco central Europeu) “que não sejam recomendações ou pareceres”, e ainda aos actos do Parlamento Europeu destinados a produzir efeitos jurídicos em relação a terceiros”.

Note-se ainda que, em princípio, excluem-se, desta susceptibilidade de impugnação, através do artigo 230º do Tratado CE, os actos aprovados com base em disposições do Tratado da União Europeia, relativas aos denominados “pilares” de carácter intergovernamental, ou seja, os actos adoptados no âmbito do “ pilar” relativo à Política Externa e de Segurança Comum ou *PESC*, assim como os actos adoptados no âmbito do “ pilar” consagrado à Cooperação Judicial e Policial em matéria Penal²⁴¹. No entanto, como referem FAUSTO DE QUADROS e ANA MARIA GUERRA MARTINS, invocando o Acórdão *Comissão vs. Conselho*, de 1998²⁴², “o Tribunal (de Justiça) considera-se competente para apreciar se a *base jurídica* definida pelos órgãos comunitários é correcta, o que pode levar a apreciar a *legalidade de certos actos praticados com base nos pilares intergovernamentais*”²⁴³.

É, ainda, importante salientar que, a propósito deste primeiro requisito ou condição de impugnabilidade, o Tribunal de Justiça não se tem cingido a um entendimento restrito de acto unilateral e vinculativo das Instituições, correspondendo unicamente aos actos (com tais características) tipificados no artigo 249º do Tratado CE.

Quer dizer, poderá ser impugnado, nos termos do artigo 230º do Tratado CE, qualquer acto adoptado pelas Instituições, com carácter vinculativo, quaisquer que sejam a sua natureza e forma. No fundo e como voltaremos a referir, estarão em causa actos que, visem produzir efeitos jurídicos. Implicitamente, estes efeitos decorrerão, também, da própria afirmação do respectivo carácter vinculativo do acto em causa. Como notam FAUSTO DE QUADROS e ANA MARIA GUERRA MARTINS, o Tribunal de Justiça “tem recusado nesta matéria um critério meramente formal. Não é decisiva a denominação ou a forma exterior do acto” – desde que se apresente como

²⁴¹ A *PESC*, prevista no Tratado da União Europeia, corresponde ao “segundo pilar”; por seu turno, a *Cooperação Judicial e Policial, em matéria Penal*, corresponde ao “terceiro pilar”.

²⁴² Acórdão do Tribunal de Justiça de 12 de Maio de 1998, Acórdão *Comissão vs. Conselho*, Processo nº C-170/96, *Colectânea*, p. I. 2763.

²⁴³ FAUSTO DE QUADROS e ANA MARIA GUERRA MARTINS, *ob. cit. (Contencioso...)*, p. 106. Os sublinhados são da nossa responsabilidade.

sendo um acto vinculativo adoptado pelas Instituições (em princípio, no âmbito do “primeiro pilar” ou “pilar comunitário” da União Europeia) e, como salientamos, com intentos de produzir efeitos jurídicos.

Ora, é oportuno, neste ponto, contextualizar um pouco da *herança genética* deste recurso de anulação, previsto no âmbito do sistema jurisdicional comunitário. De um modo geral, é assinalada a influência, na construção deste recurso, dos sistemas administrativos francês e alemão (à data da concepção, negociação e redacção do Tratado de Roma de 1957).

A influência do contencioso administrativo francês foi determinante no que respeita aos pressupostos processuais, aos fundamentos do recurso, ao processo propriamente dito e aos efeitos da correspondente decisão judicial de anulação do acto impugnado. Estes aspectos do regime do recurso comunitário em causa, seguiram, muito estreitamente, o “recours pour excès de pouvoir” francês²⁴⁴. Mas, por outro lado, a definição dos actos susceptíveis de serem impugnados através deste recurso de anulação acabou por ser influenciada pelo Direito alemão. Tal como sucedia neste sistema, a legitimidade processual activa dos particulares é, ainda, determinada em função do próprio tipo e natureza do acto que se pretende impugnar.

Um segundo requisito exigível para a admissibilidade de um recurso de anulação (e na linha daquilo que assinalamos, atrás, como sendo um traço da influência do contencioso alemão na construção deste recurso) prende-se a afectação da situação jurídica que o acto provocará na esfera do recorrente. No fundo, o acto, para ser impugnado, terá que criar *efeitos externos* – daí, necessariamente, a afectação da esfera jurídica do recorrente.

Se precisarmos melhor esta condição, concluímos que o acto controvertido, para poder ser impugnado, terá, então, que afectar a esfera jurídica do recorrente - o que pressupõe, portanto, que ele produz necessariamente *efeitos externos* relativamente à Instituição que o adopta (*não é um mero acto interno dessa Instituição*) e que, assim sendo, por consequência, tal acto há-de ter o intento de produzir efeitos jurídicos, como,

²⁴⁴ FAUSTO DE QUADROS e ANA MARIA GUERRA MARTINS, *ob. cit.* (*Contencioso...*), p. 104.

de resto, referimos anteriormente, quando abordamos a primeira condição de impugnabilidade de um acto.

Não serão, portanto e em princípio, susceptíveis de recurso, para além dos simples actos internos²⁴⁵, os actos meramente confirmativos de actos antecedentes (estes sim, produtores de efeitos jurídicos *ex-novo*)²⁴⁶.

Só serão impugnáveis, em terceiro lugar, nos termos do artigo 230º (nomeadamente, do seu quarto parágrafo) do Tratado CE, os actos definitivos - ou seja, os actos que traduzem uma vontade definitiva de decidir (carácter *decisório*), por parte da Instituição que os adopta, produzindo, tais actos, efeitos jurídicos obrigatórios em relação a um terceiro.

²⁴⁵ A não ser que, excepcionalmente, o recorrente demonstre (pois a este caberá o respectivo ónus da prova) que apesar de aparentemente serem simples actos internos, eles acabam por produzir efeitos jurídicos que afectam o recorrente. Ver Acórdão do Tribunal de Justiça de 16 de Dezembro de 1960, Acórdão *Hamborner*, Processo nº 41 e 50/59, *Recueil* p. 989, 1013 e 1014 – *apud* FAUSTO DE QUADROS e ANA MARIA GUERRA MARTINS, *ob. cit. (Contencioso...)*, p. 108, em nota 14.

²⁴⁶ Actos meramente confirmativos como, por exemplo, “ o acto que reproduz as disposições de um acto precedente que não foi impugnado dentro do prazo, ou o acto que se restringe a precisar a consequência lógica de um outro acto, não introduzindo nenhum elemento novo nas relações entre a Administração e o particular” - FAUTO QUADROS e ANA MARIA GUERRA MARTINS, *ob. cit. (Contencioso...)*, p. 108. Note-se que uma das razões para que um acto confirmativo não seja susceptível de recurso, prende-se, precisamente, com o cuidado em não fazer renascer prazos de recurso eventualmente já esgotados (por exemplo, evitar que o interessado em recorrer, tendo deixado precluir o prazo de recurso de anulação de um determinado acto, possa vir a beneficiar, na prática, de um alargamento do prazo, recorrendo do acto ulterior meramente confirmativo daquele primeiro acto). Ainda sobre a noção de acto confirmativo, JOÃO MOTA DE CAMPOS e JOÃO LUIZ MOTA DE CAMPOS, *Contencioso Comunitário*, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2002, escrevem: “Precisamente porque só é admissível o recurso por um particular contra os actos que modificam a situação jurídica, os actos meramente confirmativos são irrecorríveis; e, de acordo com uma jurisprudência bem assente, a qualificação de um acto como meramente confirmativo pressupõe que o acto em causa não tenha nenhum elemento novo relativamente a uma decisão anterior e que não se tenha substituído a ela” – MOTA DE CAMPOS e MOTA DE CAMPOS, *ob. cit. (Contencioso...)*, p. 326.

O acto deve, portanto, “constituir uma manifestação da vontade definitiva do órgão. Tal verifica-se quando os efeitos jurídicos do acto só podem ser extintos pela revogação do acto ou pela sua anulação ou declaração de nulidade ou inexistência.”²⁴⁷

Assim sendo, quando estejam em causa actos das Instituições cujo procedimento de elaboração decorra através de várias fases (por exemplo, desenvolvendo-se um procedimento interno, na própria Instituição em causa), em princípio, só serão impugnáveis os actos finais e conclusivos, ou seja, as medidas que fixam, definitivamente, a posição daquela Instituição, no termo do referido procedimento, com exclusão das medidas intermédias cujo objectivo seja o de preparar a decisão final²⁴⁸. Nesta linha, serão, portanto, insusceptíveis de impugnação, pela via do recurso de anulação, actos que se apresentam com um mero carácter preparatório (por contraposição a actos definitivos)²⁴⁹. Essa insusceptibilidade resultante do facto de o acto controvertido ser um mero acto preparatório, será de apreciação oficiosa, por parte do Tribunal de Justiça, como resulta, por exemplo, do Acórdão de 14 de Fevereiro de 1989, Acórdão *BOSSI vs. Comissão*²⁵⁰.

A regra subjacente a esta exclusão da impugnabilidade dos actos preparatórios é aquela que, de um modo geral, preside, também, às soluções (idênticas) igualmente adoptadas nas várias ordens jurídicas dos Estados-membros: em princípio, relativamente a este tipo de actos (não definitivos), a

²⁴⁷ FAUSTO DE QUADROS e ANA MARIA GUERRA MARTINS, *ob. cit. (Contencioso...)*, p. 108. De resto, o sentido assinalado, tal como é também indicado pelos autores citados, resulta de forma clara da jurisprudência (já antiga) do Tribunal de Justiça: ver, por exemplo, Acórdãos de 5 de Dezembro de 1963 (Acórdão do Tribunal de Justiça no caso *Usines Emile Henricot*, Processos nº 23, 24 e 52/63, *Recueil*, p. 439 e 455) e de 11 de Novembro de 1981 (Acórdão do Tribunal de Justiça *IBM vs. Comissão*, Processos nº 60/81, *Recueil*, p. 2651).

²⁴⁸ Entre outros, MOTA DE CAMPOS e MOTA DE CAMPOS, *ob. cit. (Contencioso...)*, p. 323.

²⁴⁹ São particularmente elucidativos, a este respeito, os Acórdão do Tribunal de Justiça de 11 de Novembro de 1981, Acórdão *IBM vs. Comissão* (Processo nº 60/81, Col. p. 2639) e o Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 18 de Dezembro de 1992, Acórdão *Cimenteries CBR vs. Comissão* (Processos nº T-10/92, T-11/92, T-12/92 e T-15/92, Col. p. II – 2667).

²⁵⁰ Acórdão referido, proferido pelo Tribunal de Justiça no Processo nº 346/87, Col., p. 303. MOTA DE CAMPOS e MOTA DE CAMPOS, *ob. cit. (Contencioso...)*, p. 324.

alegação das eventuais irregularidades que tenham ocorrido nas fases preparatórias deverá ser levantada por ocasião e no decurso da apreciação judicial do acto definitivo (deverá ser alegada e apreciada na impugnação do acto definitivo).

No entanto, o recurso de anulação poderá ser viável (a impugnação poderá ser admissível) relativamente a alguns actos que não produzem, *eles mesmos*, os efeitos jurídicos externos definitivos.

Precisando esta nota: poderá ser admitido um recurso de anulação contra actos que, não sendo actos definitivos, no sentido atrás referido, constituem, no entanto e por seu turno, o termo final de um procedimento *meramente acessório* relativamente ao procedimento principal que, este sim, conduzirá à adopção do acto definitivo. A jurisprudência do Tribunal de Justiça, pese embora o (por vezes) melindre da distinção, tem seguido, em certos casos, esta linha de orientação, aceitando – sobretudo, em matéria de aplicação das regras de *defesa da concorrência* – a impugnabilidade de actos que põem termo a uma determinada fase ou concluem um procedimento acessório do procedimento de aplicação principal daquelas regras, sem terem, necessariamente, o carácter de actos definitivos – por exemplo, a impugnabilidade da decisão de comunicar e fornecer documentos a uma empresa reclamante²⁵¹.

²⁵¹ Acórdão do Tribunal de Justiça de 24 de Junho de 1986, Acórdão *Ackzo Chemie*, Processo nº 53/85, *Recueil*, p. 1965. Ver, entre outros e relativamente á impugnabilidade, em particular, destes actos, DENYS SIMON, *ob. cit* (*Le système juridique...*), p. 336 – 337.

CAPÍTULO 1º - Actos da Comissão que antecedem a reforma.

1.1-Tipos de decisões da Comissão pré-existentes ao Regulamento nº 1/2003.

47. Salientamos, atrás, que o Regulamento nº 1/2003 introduziu alguns *novos actos* (na esfera de competências da Comissão) cuja possibilidade de tutela jurisdicional, à luz do recurso de anulação (nomeadamente, à luz do quarto parágrafo do artigo 230º do Tratado CE), suscita dúvidas. No entanto, importa, também, não esquecer que, na realidade, mesmo antecedendo o início de vigência do mencionado Regulamento, existiam já, no domínio da aplicação das regras de *defesa da concorrência* comunitárias, alguns actos cuja susceptibilidade de impugnação, nos termos do quarto parágrafo, do artigo 230º do Tratado CE, era inequívoca.

Referimo-nos - a respeito dos actos que *antecederam a reforma*, existindo já durante a vigência do regime instituído pelo Regulamento nº 17 de 1962 e, portanto, cuja impugnabilidade judicial através do recurso de anulação continua a reconhecer-se e a equacionar-se nos mesmos termos – a actos como:

i) As *decisões* adoptadas pela Comissão (agora, nos termos do artigo 7º do Regulamento nº 1/2003) *de verificação de uma infracção* ou determinando *a sua cessação*;

ii) as *decisões* da Comissão ordenando *medidas provisórias*, aplicáveis por períodos de tempo determinados (e, agora, adoptadas com base no artigo 8º do Regulamento nº 1/2003);

iii) as *decisões* que consagram quer compromissos (nos termos, actualmente, do artigo 9º do Regulamento nº 1/2003) quer as “transacções de carácter processual”.

Importa notar que, em rigor, poderíamos não considerar este tipo de decisão adoptado pela Comissão como correspondendo a um conjunto de actos

que se mantém já desde o tempo de vigência do Regulamento nº 17/62. Formalmente, a previsão deste tipo de actos acaba por ser clara e expressamente assumida com a reforma e, em particular, no que diz respeito aos “compromissos”, com o artigo 9º do Regulamento nº 1/2003.

Por outro lado, relativamente às “transacções de carácter processual”, importa recordar que estas só poderão ser suscitadas no âmbito da aplicação do artigo 81º do Tratado CE e que, em termos claros e formais, a sua previsão acabou também por ser institucionalizada já com a reforma em curso - mais precisamente, com o artigo 10º- A do Regulamento (CE) nº 773/2004 ²⁵² e, ainda, com Comunicação da Comissão, igualmente de 2008, “relativa à condução de transacções para efeitos da adopção de decisões (...) nos processos de cartéis²⁵³”.

Sucede, no entanto, que, como dissemos anteriormente, as “transacções de carácter processual” eram já informalmente praticados pela Comissão, ainda antes da entrada em vigor do Regulamento nº 1/2003 e dos demais actos normativos que positivam a reforma do Direito comunitário da concorrência. Estas transacções foram-se tornando ainda antes da entrada em vigência do Regulamento nº 1/2003, numa prática processual *ad – hoc*, seguida muito frequentemente pela Comissão, tendo por objectivo agilizar a tomada de decisões relativas à aplicação do artigo 81º do Tratado CE.

O Regulamento nº 17 de 1962 não previu em termos normativos expressos, regras consagrando positivamente estas práticas processuais (bem assim como a adopção de compromissos), tornando obrigatórios os respectivos resultados alcançados e os seus efeitos. No entanto, tais práticas (sobretudo as transacções) foram-se instituindo, sendo também reconhecidas, num número significativo de casos, pela jurisprudência comunitária. Daí que, materialmente,

²⁵² Artigo 10º - A este que só foi introduzido pelo Regulamento (CE) nº 622/2008 da Comissão, de 30 de Junho de 2008 - Jornal Oficial nº L 171, de 1.07.2008, p. 3 – como, de resto, já *supra* mencionamos, a propósito, precisamente, das “transacções de carácter processual” (ou “settlements”).

²⁵³ Comunicação esta já abordada anteriormente, precisamente, a propósito desta procedimento expedito e que qualificamos de especial, de aplicação do artigo 81º do Tratado CE: (2008/C 167/01) – Jornal Oficial nº C 167, de 02.07.2008, p. 1.

consideremos as decisões que concluem estas práticas de agilização do processo decisório da Comissão – principalmente, as “transacções de carácter processual” (artigo 10º - A do Regulamento nº 773/2004) - como integrando este conjunto de actos cuja existência antecede a própria reforma e cuja susceptibilidade de impugnação judicial se mantém, continuando a equacionar-se em termos idênticos àqueles em que tal impugnabilidade se afirmava já anteriormente.

iv) as *decisões de concessão de um “benefício de isenção”* de aplicação do nº 1, do artigo 81º do Tratado CE (e isto, por força da aplicação, a um determinado caso concreto, de um regulamento do Conselho de “isenção por categoria de acordos”), bem assim como, ao invés, as *decisões de retirada de tal benefício* (de isenção) desse regulamento (e tudo isto, actualmente, nos termos do nº 1, do artigo 29º do Regulamento nº 1/2003²⁵⁴).

Relativamente a estas últimas hipóteses de actos a serem adoptados, eventualmente, pela Comissão, importa notar o seguinte: não há dúvida de que a Comissão poderá, através da adopção de uma decisão, por sua própria iniciativa ou então, na sequência de uma denúncia, retirar o benefício da “isenção” de aplicação do nº 1, do artigo 81º do Tratado CE – tal como resulta, expressamente, da previsão da norma mencionada (nº 1, do artigo 29º do Regulamento nº 1/2003). Estão em causa, nesta hipótese, “regulamentos de isenção” já adoptados anteriormente pelo Conselho e, por outro lado ainda, situações que estando, em princípio e em abstracto, incluídas no âmbito de

²⁵⁴ Com efeito, o nº 1, do artigo 29º do Regulamento nº 1/2003 (que tem por epígrafe, “Retirada Individual”), fixa o seguinte: “Se, por força da competência que lhe foi atribuída por um regulamento do Conselho, como os Regulamentos nº 19/65/CEE, (CEE) nº 2821/71/71, (CEE) nº 3976/87, (CEE) nº 1534/91 ou (CEE) nº 479/92, para aplicar o nº 3 do artigo 81º do Tratado por via de regulamento, a Comissão tiver declarado o nº 1 do artigo 81º do Tratado não aplicável a certas categorias de acordos, decisões de associações de empresas ou práticas concertadas, pode, oficiosamente ou na sequência de uma denúncia, retirar o benefício desse regulamento de isenção, se considerar que num determinado caso, um acordo, decisão ou prática concertada abrangidos por esse regulamento de isenção produzem efeitos incompatíveis com o nº 3, do artigo 81º do Tratado”.

aplicação de tais regulamentos, acabam por provocar, contudo e *casuisticamente*, “efeitos incompatíveis com o nº 3, do artigo 81º do Tratado” (conforme parte final do referido nº 1, do artigo 29º do Regulamento nº 1/2003). Porém, como com a entrada em vigência do Regulamento nº 1/2003 cessou o regime da “notificação prévia” das ententes (a cargo das empresas que projectassem envolver-se em comportamentos susceptíveis de, eventualmente, caírem no âmbito de aplicação do nº 1, do artigo 81º do Tratado CE), sendo substituído pelo regime dito da “excepção legal”, então, aparentemente, terá deixado de existir a possibilidade de a Comissão poder “isentar” individualmente tais tipos de conduta. Neste sentido, há autores que entendem ter acabado, com a reforma em curso (e, em rigor, desde 1 de Maio de 2004, ou seja, desde a data de entrada em vigor do Regulamento nº 1/2003), a possibilidade de a Comissão adoptar decisões de não aplicação²⁵⁵ do artigo 81º do Tratado CE, por considerar estarem preenchidas, no caso concreto, as condições previstas no nº 3, daquela norma do Tratado²⁵⁶.

²⁵⁵ ImproPRIAMENTE designada, anteriormente e de forma relativamente generalizada, por “isenção” ou “isenção individual”.

²⁵⁶ Assim, neste sentido, CÉLINE GAUER, LARS KJOLBY, DOROTHE DALHEIMER, EDDY DE SMIJTER, DOMINIK SCHNICHELs e MAIJA LAURILA - *Regulation 1/2003 and the Modernisation Package fully applicable since 1 May 2004, in Competition Policy Newsletter*, nº 2, Summer 2004, p. 1, também disponível em versão electrónica, no endereço (consulta em Julho de 2009): http://ec.europa.eu/competition/publications/cpn/cpn2004_2.pdf Referem estes autores (integrando, todos eles, os serviços da Comissão e assumindo a posição de membros, em 2004, do *Directorat – General Competition* da Comissão, *Unidades A – 3 e A – 4*), que: “ (...) Under the new Regulation, a party before a national court or a national competition authority that wants to invoke Article 81 (3) does not need a Commission statement to do so. The agreement, decision or conduct in question must be found legal if the party can show that it fulfills the conditions set out in Article 81 (3). Against this background, there is no place any more in the new system neither for exemption decisions nor for their informal replacement, “comfort letters”. Accordingly, after 1 May 2004, there will be neither formal exemptions decisions nor new comfort letters, nor will existing ones be prolonged”. GAUER, KJOLBY, DALHEIMER, DE SMIJTER, SCHNICHELs e LAURILA, *ob. cit.*, p. 5 – 6.

v) Existem, ainda, alguns outros actos que, apesar de estarem previstos no Regulamento nº 1/2003, acabam, na mesma linha do raciocínio *supra* exposto em iii)²⁵⁷, por não poderem ser considerados, material e indubitavelmente, actos *ex-novo*, gerados e introduzidos com a reforma (e, em particular, com o Regulamento nº 1/2003 - e isto, apesar de nele estarem consagrados, como começamos por referir).

No que diz respeito à questão da impugnabilidade de tais actos à luz do quarto parágrafo, do artigo 230º do Tratado CE, importa referir que, comparativamente com as decisões da Comissão referidas em iii), os actos que agora abordamos detêm uma susceptibilidade de impugnação mais directa e imediatamente perceptível, desde logo porque o Regulamento nº 1/2003 consagra essa impugnabilidade de uma forma expressa (o que não faz relativamente às referidas decisões referidas *supra*, em iii). São, portanto, todas as decisões da Comissão relativamente às quais, no âmbito do processo de aplicação dos artigos 81º e 82º do Tratado CE, o Regulamento nº 1/2003 *consagra expressamente o recurso judicial para o Tribunal de Justiça*, sendo, portanto, tais decisões objecto de um recurso de anulação, nos termos do artigo 230º do Tratado CE, *ex-lege* (por indicação expressa do Regulamento).

Neste grupo de actos incluímos, assim, as decisões da Comissão, através das quais esta Instituição solicita “às empresas ou às associações de empresas que forneçam todas as informações necessárias” – nº 1, do artigo 18º do Regulamento, sendo certo que o nº 3, desta mesma norma, estabelece claramente a susceptibilidade de impugnação judicial da referida decisão da Comissão, através da qual são solicitadas tais informações. Com efeito, o nº 3, do artigo 18º do Regulamento, determina que a Comissão deverá indicar, sempre que solicite tais informações através de uma decisão (nos termos previstos, portanto, no nº 1, desse mesmo artigo), “a possibilidade de impugnação da decisão perante o Tribunal de Justiça”.

²⁵⁷ E respeitante às decisões que consagram um “compromisso” (artigo 9º do Regulamento em questão) ou uma “transacção de carácter processual” (artigo 10º - A do Regulamento nº 773/2004).

Outro tipo de actos que incluímos neste grupo corresponde às decisões da Comissão no âmbito das suas competências investigatórias, determinando (em rigor, decidindo ou ordenando) *inspecções* “junto das empresas ou associações de empresas” – nº 1, do artigo 20º do Regulamento nº 1/2003. A previsão da possibilidade de impugnação judicial deste tipo de decisões consta expressamente do nº 4, do referido artigo 20º. Com efeito, nos termos desta norma, estabelece-se que:

“A decisão deve indicar as sanções previstas nos artigos 23º e 24º (do Regulamento), bem como a possibilidade de impugnação da decisão perante o Tribunal de Justiça”.

Além das decisões adoptadas com base no nº 1, do artigo 20º do Regulamento nº 1/2003, integram, ainda, este tipo de actos atinentes ao exercício das competências investigatórias da Comissão, as decisões tomadas por esta Instituição com base no nº 1, do artigo 21º do Regulamento em causa. Trata-se das decisões que a Comissão poderá adoptar, *ordenando uma inspecção* “noutras instalações (que não as da empresa ou associação de empresas), terrenos ou meios de transporte, incluindo o domicílio dos dirigentes, dos administradores e de outros colaboradores das empresas ou associações de empresas em, causa” quando exista a “suspeita razoável de que os livros ou outros registos relativos à empresa relacionados com o objecto da inspecção, os quais podem ser pertinentes para provar uma violação grave (...)” se encontram fora das instalações da empresa (conferir, nº 1, do artigo 21º do Regulamento nº 1/2003). Ora, relativamente a este tipo de decisão, o nº 3, da mesma norma (artigo 21º) do Regulamento, afirma expressamente que:

“O controlo da legalidade da decisão da Comissão encontra-se reservado exclusivamente ao Tribunal de Justiça” (confrontar, nº 3, do artigo 21º do Regulamento nº 1/2003, *parte final*).

Por outro lado ainda, a Comissão, nos termos dos artigos 23º e 24º do Regulamento nº 1/2003, viu ser-lhe conferida a competência para aplicar às empresas e associações de empresas, *coimas* e *sanções pecuniárias compulsórias*.

A Comissão exercerá estas competências através de decisões fundamentadas e estribadas nas regras referidas e ainda, nos artigos 25º e 26º do Regulamento (regras estas relativas, nomeadamente, a critérios de determinação das sanções, limites, prazos de prescrição e notificações). O artigo 31º do Regulamento, pelo seu turno, confere a susceptibilidade de impugnação judicial de tais decisões sancionatórias da Comissão, determinando o seguinte:

“O Tribunal de Justiça conhece com plena jurisdição dos recursos interpostos das decisões em que tenha sido fixada pela Comissão uma coima ou uma sanção pecuniária compulsória. O Tribunal pode suprimir, reduzir ou aumentar a coima ou a sanção pecuniária compulsória aplicada”.

1.2- Susceptibilidade de impugnação judicial.

48. A reforma ou modernização do Direito da concorrência comunitário - em especial, a modernização das respectivas regras *antitrust*, operada pelo Regulamento nº 1/2003 - quando observada sob o ponto de vista dos actos cuja adopção se encontra na esfera de competências da Comissão, permite-nos concluir, desde já, o seguinte: a reforma em curso não prescindiu do aproveitamento de um conjunto significativo de tipos de decisão que existiam já no período de vigência do Regulamento nº 17/62 (e cuja adopção, conseqüentemente, fundamentava-se nos termos desse Regulamento). Mesmo quando estão em causa positivamente normativas *ex-novo* de actos como as decisões relativas a “transacções de carácter processual” ou mesmo relativamente a “compromissos”, podemos dizer que a reforma apenas institucionalizou actos que, embora sem uma base expressa nos Tratados ou no direito derivado, correspondiam já, de facto e de um modo *ad – hoc*, a práticas correntes da Comissão; integravam já o denominado *acquis communautaire*.

Ora, uma das características relativamente assente de tais actos que existiam já antes da entrada em vigência do Regulamento nº 1/2003, era a sua *susceptibilidade de impugnação judicial*, enquadrada, sobretudo, à luz do quarto parágrafo, do artigo 230º do Tratado CE (recurso de anulação).

Os actos referidos eram, portanto, impugnáveis, nomeadamente, pelas empresas e associações de empresas suas destinatárias. Tal característica permanece, acompanhando, portanto, a manutenção e a “vida” de tal tipo de actos, agora no âmbito de vigência do Regulamento nº 1/2003, no qual, doravante, a respectiva adopção se fundamenta.

Importa, contudo, referir o seguinte: temos vindo a analisar a impugnabilidade dos referidos actos ou decisões da Comissão, na perspectiva da posição processual (legitimidade activa) das empresas ou associações de empresas destinatárias de tais decisões. Preocupamo-nos com a tutela judicial (no plano comunitário) dos interesses dos particulares afectados por esses actos unilaterais, no decurso do processo de aplicação – pela Comissão – dos artigos 81º e 82º do Tratado CE. No entanto, impõe-se uma nota: com efeito, esta nossa focalização na perspectiva das empresas ou associações de empresas, não olvida o facto de, no quadro do funcionamento do artigo 230º do Tratado CE, contemplarem-se, também, outros recorrentes – sendo, de resto, a maior parte deles designados, habitual e doutrinalmente, por “recorrentes privilegiados”²⁵⁸.

²⁵⁸ É corrente a distinção, a propósito deste recurso, entre recorrentes “não privilegiados”, “semi-privilegiados” e recorrentes “privilegiados”. Estes últimos, ou seja, os recorrentes privilegiados, serão os Estados – membros e as Instituições da União. Estes não terão que provar um interesse directo em agir, podendo impugnar qualquer acto adoptado em conjunto pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho, pela comissão e pelo Banco Central Europeu (naturalmente, que produzam efeitos jurídicos obrigatórios). Os fundamentos serão os enunciados no segundo parágrafo, do artigo 230º do Tratado CE. Os recorrentes não privilegiados, por contraposição aqueles (aos privilegiados) acabam por ser “qualquer pessoa singular ou colectiva” (quarto parágrafo, artigo 230º do Tratado CE) – sendo, portanto, os particulares. Ao contrário dos recorrentes privilegiados, os particulares têm que provar o seu interesse em agir, sujeitando-se a condições imperativas restritas e limitadoras, na prática corrente, da sua acessibilidade ao Tribunal de Justiça, com vista à impugnação de actos das Instituições. No fundo, essas condições variam em razão da própria natureza do acto controvertido que os particulares pretendem impugnar. Como referem FAUTO DE QUADROS e ANA MARIA GUERRA MARTINS, *ob. cit. (Contencioso...)*, p. 120: “Os particulares só podem interpor recurso das decisões de que sejam destinatários, de decisões que sejam tomadas sob a forma de regulamento, ou de uma decisão dirigida a outra pessoa que lhes diga directa e

Recordemos o que atrás referimos: o recurso de anulação desenhado no artigo 230º do Tratado CE, sob a influência do Direito alemão, condiciona a legitimidade processual activa dos particulares em função do próprio tipo e natureza do acto que se pretende impugnar.

Os particulares, com efeito, apenas poderão aceder directamente à impugnação judicial dos actos das Instituições, diante do Tribunal de Justiça²⁵⁹, nos termos do quarto parágrafo, do artigo 230º do Tratado CE e sujeitando-se às condições restritas aí estabelecidas (e cada vez mais criticadas pela doutrina²⁶⁰). Não sendo destinatários directos de um acto adoptado por uma Instituição, os particulares (em rigor, todos os interessados que não sejam Instituições ou Estados-membros) terão que provar que, por tal acto, são directa e individualmente afectados, para o poderem impugnar judicialmente, seguindo esta via do recurso de anulação. Subjaz a esta construção o princípio

individualmente respeito. A interpretação destas condições configura uma das questões mais controversas e difíceis do Contencioso Comunitário (...)” e – podemos dizê-lo – mais actualmente criticadas. Ver, entre outras, as críticas já mencionadas *supra*, entre nós, de BOTELHO MONIZ/MARIANA DE SOUSA E ALVIM, *ob. cit.* (*Apontamentos...*) e de MOURA RAMOS, *ob. cit.*, (*O Acesso dos Particulares...*). Voltando a seguir FAUSTO DE QUADROS e ANA MARIA GUERRA MARTINS, (*ob. cit.*, ainda a mesma p. 120), “também não resulta claro (da própria jurisprudência comunitária) se se deve averiguar, em primeiro lugar, a natureza do acto e só depois se o particular é directa e individualmente afectado ou vice-versa” - existindo diversos arestos do tribunal de Justiça, ilustrativos das duas posições (ex. pela primeira posição, Acórdão do Tribunal de Justiça de 13 de Março de 1968, Acórdão *Indústria Molitoria Imolese*, Processo nº 30/67, *Recueil* p. 171; pela segunda posição, Acórdão do Tribunal de Justiça de 18 de Novembro de 1975, Acórdão *Société pour l’exportation des sucres*, Processo nº 100/74, *Recueil* p. 1393). Finalmente, os denominados recorrentes “semi-privilegiados” correspondem, actualmente, ao Tribunal de Contas e ao Banco Central Europeu, na medida em que estas Instituições têm a possibilidade de interpor recursos de anulação de actos das demais Instituições e nas mesmas condições em que estas o podem fazer (portanto, com um estatuto processual próximo do dos recorrentes privilegiados), porém, desde que prossigam “o objectivo de salvaguardar as respectivas prerrogativas” – terceiro parágrafo, do artigo 230º do Tratado CE).

²⁵⁹ Recorde-se, o Tribunal de Justiça é a única jurisdição que detém, exclusivamente, os poderes de controlo da legalidade dos actos das Instituições.

²⁶⁰ Novamente, CASSIA, MOURA RAMOS, BOTELHO MONIZ / MARIANA DE SOUSA E ALVIM.

de que o particular – prosseguindo unicamente um interesse egoístico e restrito (um interesse privado, por contraposição a um interesse público) – não poderá, em princípio, opor-se aos actos e às decisões de carácter geral e abstracto, a actos que não o individualizam de forma particular e directa, como, de resto, deverá ser o caso de actos de natureza (materialmente) normativa. Ao invés dos Estados – membros e das Instituições da União (Parlamento Europeu, Comissão e Conselho – uma vez que, nos termos do terceiro parágrafo do artigo 230º do Tratado CE, a situação do Tribunal de Contas e do Banco Central Europeu é diferente) que poderão, sem as restrições impostas no quarto parágrafo do artigo 230º do Tratado CE, impugnar judicialmente e sem terem que provar o seu interesse (directo e individualizado), qualquer acto unilateral emanado das Instituições. Daí a catalogação dos vários recorrentes possíveis, nos termos do artigo 230º do Tratado CE, em recorrentes “privilegiados” (os Estados-membros e o Parlamento Europeu, o Conselho e a Comissão), “semi-privilegiados” (o Banco Central Europeu e o Tribunal de Contas) e os recorrentes “não – privilegiados”, ou seja, os particulares²⁶¹.

Dito isto, apesar de nos termos vindo a centrar na questão da impugnabilidade das decisões da Comissão, em matéria de aplicação das regras dos artigos 81º e 82º do Tratado CE, por parte das empresas e das associações de empresas destinatárias de tais decisões (o que nos remete para o quarto parágrafo do artigo 230º do Tratado CE), o facto é que tais decisões poderão também e ainda no quadro do recurso de anulação, ser impugnadas judicialmente pelos Estados-membros e/ou pelas Instituições consideradas recorrentes “privilegiados” (no caso, Parlamento Europeu e Conselho). Esta situação, contudo, não tem vindo, até agora, a ocorrer com frequência.

²⁶¹ Ver, em nota anterior (penúltima nota antecedente), a distinção entre estes 3 tipos de recorrentes, no quadro do artigo 230º do Tratado CE e respectivos estatutos processuais.

CAPÍTULO 2º - Os novos actos de privação e de *reatribuição* das competências descentralizadas.

49. Existem actos novos, introduzidos no sistema comunitário de *defesa da concorrência* – em rigor, no respectivo sistema de aplicação (“public enforcement”) dessas regras – pelo Regulamento nº 1/2003.

Esses novos actos colocam vários problemas relativamente à sua impugnabilidade ou, mais propriamente, no que diz respeito à sua impugnabilidade através do recurso de anulação (nomeadamente – e tem sido esse o prisma de observação seguido – através do quarto parágrafo, do artigo 230º do Tratado CE).

Tais actos encontram-se previstos e/ou pressupostos, sobretudo, no Capítulo III, do Regulamento nº 1/2003, cujo título é, precisamente, “Decisões da Comissão”.

I

Decisões de “privação de competência” das autoridades nacionais (nº 6, do artigo 11º do Regulamento nº 1/2003).

2.1-Noção funcional. A susceptibilidade de impugnação judicial.

50. Em primeiro lugar, deparamo-nos com as decisões da Comissão adoptadas de acordo com a previsão do nº 6, do artigo 11º do Regulamento nº 1/2003 e que consagram o início da “tramitação conducente à aprovação de uma decisão nos termos do capítulo III”, do Regulamento²⁶². Ou seja, o acto da Comissão através do qual esta assume o início do processo conducente à aplicação dos artigos 81º e 82º do Tratado CE e, conseqüentemente, à adopção (final) de uma decisão nos termos dos artigos 7º e 23º do Regulamento ou, ainda, eventualmente, nos termos do artigo 9º do mesmo

²⁶² Este artigo 11º, contudo, insere-se já, sistematicamente, no Capítulo IV do Regulamento nº 1/2003, subordinado ao título “Cooperação”.

Regulamento (se, porventura, for possível concluir-se tal processo de aplicação daqueles normativos do Tratado CE com um “compromisso”²⁶³).

Denominaremos estas decisões de início da referida tramitação, como “decisões de retirada da competência às autoridades dos Estados – membros” ou “decisões de privação da competência”, neste caso, relativamente à aplicação dos artigos 81º e 82º do Tratado CE.

Compreende-se esta denominação se atentarmos na redacção do referido nº 6, do artigo 11º do Regulamento nº 1/2003:

“O início por parte da Comissão da tramitação conducente à aprovação de uma decisão nos termos do capítulo III priva as autoridades dos Estados-membros responsáveis em matéria de concorrência da competência para aplicarem os artigos 81º e 82º do Tratado. Se a autoridade de um Estado – membro (...) já estiver a instruir um processo, a Comissão só dará início a um processo após ter consultado essa autoridade nacional responsável em matéria de concorrência.”

Ora, ao contrário do que sucedia no âmbito de vigência do Regulamento nº 17 de 1962, a Comissão, agora e após a reforma introduzida no regime de aplicação dos artigos 81º e 82º, do Tratado CE, pelo Regulamento nº 1/2003, já não dispõe de uma competência exclusiva para a aplicação do nº 3, do artigo 81º do Tratado.

O novo regime de aplicação destes normativos comunitários de *defesa da concorrência* caracteriza-se pela institucionalização de um sistema dito de “excepção legal”, no que diz respeito à aplicação de tal nº 3, daquela norma.

Este sistema, entre outros traços característicos já abordados, implica a necessidade de as empresas e associações de empresas interessadas, auto-verificarem e auto-responsabilizarem-se pela conformidade das suas condutas,

²⁶³ Relembre-se que, no caso de uma “transacção de carácter processual” (artigo 10º - A, do Regulamento nº 773/2004), estará em causa, como referimos, uma via especial relativamente ao processo ordinário de aplicação do artigo 81º do Tratado CE, pelo que a decisão final da Comissão acabará por ser, ordinariamente, uma decisão adoptada nos termos dos mencionados artigos 7º e 23º do Regulamento nº 1/2003.

às regras comunitárias de *defesa da concorrência*. Tal significa que, de igual modo, as autoridades competentes nesta matéria, se pretenderem alegar a violação do artigo 81º do Tratado CE – em particular, pela não verificação, nos casos concretos, das condições impostas pelo seu nº 3 (“juízo de balanço económico”) – deverão assumir o ónus da prova de tal violação. Assim sendo, extinguiu-se, com o Regulamento nº 1/2003, o “monopólio” da Comissão no que respeita à aplicação do artigo 81º (em particular, no que respeita ao respectivo nº 3 que requer e consagra as condições de um “juízo de balanço económico”).

Esta foi a via encontrada não só para se desonerarem os serviços da Comissão de uma sobrecarga de trabalho e de dispêndio de recursos já injustificado (que afectava negativamente a prossecução eficaz da tutela, por parte desta Instituição, das normas comunitárias de *defesa da concorrência*), mas também para se empreender a *descentralização*, para a esfera das autoridades e dos Tribunais dos Estados-membros, da aplicação deste sistema comunitário (de *defesa da concorrência*).

Relembre-se que, sob o ponto de vista processual, tal sobrecarga resultava da manutenção, há mais de quarenta anos e no que respeitava à aplicação do artigo 81º do Tratado, do sistema de notificação prévia à Comissão, das ententes em que as empresas projectavam envolver-se²⁶⁴. A Comissão, principalmente nos últimos anos de vigência do regime instituído pelo Regulamento nº 17 de 1962, acabava por ver grande parte da sua actividade jusconcorrencial corrente, consumida na resposta (através das decisões respectivas) a tais notificações prévias – sendo certo que, na maioria dos casos, as ententes ou os comportamentos notificados não tinham grande relevo ou importância, no contexto da política comunitária da concorrência.

²⁶⁴ Como é explicitado noutro ponto do texto, tal “notificação prévia” constituía um ónus e não propriamente uma obrigação a cargo das empresas envolvidas. Na realidade, a Comissão, nos termos do Regulamento nº 17 de 1962, só poderia conferir uma decisão de “isenção individual” (por estarem preenchidos, num caso concreto, os requisitos previsto no nº 3, do artigo 81º do Tratado) se, porventura, as empresas envolvidas numa entente com relevo comunitário, tivessem cumprido o ónus da notificação prévia (em relação à respectiva implementação) à Comissão, de tal conduta.

Esta situação era frequentemente apontada pela Comissão como sendo uma das causas das dificuldades (ou pouca eficácia) da acção desta Instituição, na prevenção e dissuasão das situações efectivamente graves e muito graves, lesivas da estrutura concorrencial dos mercados da União (segundo o jargão dos aplicadores e dos serviços da Comissão, estariam em causa as denominadas ententes ou violações *hard-core*, em termos de risco para a concorrência).

Ora, com a entrada em vigência do Regulamento nº 1/2003, tal sistema (da notificação prévia) desapareceu, deixando, no entanto e por outro lado, as empresas sem o amparo (em situações de dúvida) de uma decisão prévia da Comissão, sobre a entente projectada (decisão essa que seria de aplicação, ao caso concreto, do artigo 81º do Tratado e, portanto, de proibição do comportamento ou entente notificada, ou de não aplicação de tal artigo ou ainda, de "isenção individual", precisamente por se encontrarem preenchidos, na entente em apreciação, os requisitos impostos pelo nº 3, daquela regra do Tratado CE, geradores de um balanço económico favorável a tal comportamento comercial²⁶⁵).

No entanto, este movimento de descentralização (aliado às naturais dificuldades em garantir-se uma efectiva uniformidade na aplicação das regras em causa, numa União recentemente alargada a vinte e sete Estados-membros, existindo, entre estes, uma cultura concorrencial heterogénea), motivou, também e no quadro do Regulamento nº 1/2003, uma solução que permite à Comissão afirmar a sua (em última instância) supremacia final, em termos de aplicação das regras dos artigos 81º e 82º do Tratado CE.

Quer dizer, tendo em vista atenuar os riscos de uma aplicação não uniforme do Direito da concorrência comunitário, o legislador, para além do

²⁶⁵ Note-se que sob a vigência do regime de aplicação instituído pelo Regulamento nº 17 de 1962, a Comissão poderia, ainda, emitir uma declaração de não aplicação, por falta de elementos conclusivos sobre a entente apreciada, sempre com carácter provisório e sem garantir nenhum direito especial às empresas envolvidas – ou, pelo menos, sem lhes conferir nenhuma prerrogativa no que dissesse respeito a uma eventual e ulterior decisão de proibição (de aplicação do artigo 81º do Tratado CE). Tais declarações (provisórias) eram os denominados "certificados negativos".

movimento de descentralização instituído pelo Regulamento nº 1/2003, devolveu, também, à Comissão, o poder de privar ou de retirar às autoridades nacionais, em situações concretas, a competência de aplicação dos artigos 81º e 82º do Tratado – nos termos expostos no nº 6, do artigo 11º do Regulamento nº 1/2003.

Digamos que, confrontado com a hipótese de desenvolvimento concorrente das respectivas competências de aplicação dos artigos 81º e 82º do Tratado CE, entre a Comissão e as autoridades dos Estados-membros, o Regulamento nº 1/2003 acabou por, em última instância, *excepcionar* o movimento de descentralização referido e fazer prevalecer a intervenção da Comissão.

Este traço característico da reforma empreendida pelo Regulamento nº 1/2003 acaba por indiciar a conclusão enunciada por alguns comentadores: no cômputo geral da reforma do regime de aplicação dos artigos 81º e 82º do Tratado CE, a Comissão não fica a perder poder ou influência (pelo menos, influência determinante) na gestão e aplicação do sistema comunitário de *defesa da concorrência*.

Ora, poder-se-á, efectivamente, discutir a susceptibilidade de impugnação deste acto (materialmente, desta decisão da Comissão, ainda que o acto em causa possa não seguir a configuração ordinária de uma decisão), nomeadamente, na perspectiva das empresas ou associações de empresas visadas pelo respectivo processo ou tramitação conducente à adopção de uma ulterior decisão final de aplicação, ou não, dos artigos 81º e/ou 82º do Tratado CE²⁶⁶. Na realidade, seguindo o entendimento e a linha jurisprudencial comunitária já solidificada no que diz respeito à impugnabilidade dos actos das Instituições, nos termos do artigo 230º do Tratado (recurso de anulação),

²⁶⁶ Na expressão deste nº 6, do artigo 11º do Regulamento nº 1/2003, trata-se da decisão dando início, por parte da Comissão, “à tramitação conducente à aprovação de uma decisão nos termos do Capítulo III) – ou seja, uma decisão de aplicação dos artigos 81º e/ou 82º do Tratado CE (de verificação e cessação da infracção), uma decisão consagrando medidas provisórias (artigo 8º do Regulamento), “compromissos” (artigo 9º do Regulamento) ou ainda, uma decisão consagrando uma declaração de não aplicabilidade daquelas normas do Tratado CE (artigo 10º do Regulamento nº 1/2003).

afirma-se que são insusceptíveis de impugnação, os actos que se apresentam com um mero carácter preparatório (por contraposição a actos definitivos). Esta decisão/comunicação ou, com mais propriedade, *aviso* às autoridades dos Estados-membros, do início, por parte da Comissão, da tramitação em causa, será, com efeito, entendida, em princípio, como sendo um acto preparatório - neste caso, um acto inicial de um processo que culminará, ulterior e finalmente, numa decisão da Comissão.

Recorde-se que a insusceptibilidade de impugnação dos actos preparatórios (afirmada claramente pela jurisprudência comunitária, nos já anteriormente referidos Acórdãos *IBM vs. Comissão*, de 1981 e *Cimenteries CBR vs. Comissão*, de 18 de Dezembro de 1992) será, inclusivamente, de apreciação oficiosa por parte do Tribunal de Justiça, como resulta, por exemplo, do também já *supra* mencionado Acórdão *BOSSI*, de 14 de Fevereiro de 1989. Ora, continuando, ainda, a reafirmar este entendimento jurisprudencial da insusceptibilidade de impugnação, nos termos do quarto parágrafo do artigo 230º do Tratado CE, de actos considerados como sendo meros actos preparatórios e, em particular, dos actos em que a Comissão decide dar início a um processo - como será, em princípio, o acto ou aviso, nos termos do nº 6, do artigo 11º do Regulamento nº 1/2003 que, agora, nos ocupa - julgamos ser também muito elucidativo o Despacho do Tribunal de Primeira Instância de 14 de Março de 1996, no âmbito do caso *Dysan Magnetics e Review Magnetics (Macao) vs. Comissão*²⁶⁷, relativamente à inadmissibilidade, no quadro do recurso de anulação, de um aviso (da Comissão) de início de um processo *anti-dumping*. Neste Despacho, o Tribunal de Primeira Instância afirma, com efeito, o seguinte:

“ (...) deve recordar-se que são actos ou decisões susceptíveis de recurso de anulação, na acepção do artigo 173º do Tratado, as medidas que produzam efeitos jurídicos obrigatórios de natureza a afectar os interesses das recorrentes, ao modificarem de forma caracterizada a sua situação jurídica. A este propósito, há que observar que, quando se trata de actos ou decisões cuja

²⁶⁷ Despacho do Tribunal de Primeira Instância (Terceira Secção Alargada) de 14 de Março de 1996, Col. p. II – 181.

elaboração se efectua em várias fases, só são em princípio actos impugnáveis as medidas que fixam definitivamente a posição da instituição no termo do processo, com exclusão das medidas intermédias cujo objectivo é preparar a decisão final”, acrescentando, ainda, que a “decisão” da Comissão de iniciar um processo anti-*dumping* é um acto meramente preparatório insusceptível de afectar imediatamente e de modo irreversível a situação jurídica das recorrentes²⁶⁸”.

No entanto e a propósito destes (aparentes) actos provisórios contemplados no nº 6, do artigo 11º do Regulamento nº 1/2003, SIMON nota o seguinte: o recurso de anulação será admissível relativamente a certos actos que produzam, por eles próprios, efeitos jurídicos e/ou que determinem o encerramento definitivo de um processo acessório em relação ao processo principal que, este sim, culminará na adopção do acto definitivo²⁶⁹. Este autor distingue, com efeito, entre actos preparatórios propriamente ditos e, por outro lado, actos que sendo também preparatórios num determinado sentido ou em relação ao processo principal, serão, contudo, produtores de efeitos jurídicos externos e definitivos, se os perspectivarmos em relação a outros processos acessórios do processo principal. SIMON sublinha também, por outro lado, a dificuldade e o melindre que, para o julgador, envolve sempre esta distinção entre actos, com base no seu carácter efectivamente preparatório (ou não). Remetendo-nos, ainda, para a jurisprudência *IBM vs. Comissão*, este autor assinala o facto de o Tribunal de Justiça já ter considerado inadmissível um recurso de anulação, precisamente contra decisões de abertura de processos de infracção por violação dos artigos 85º e 86º (agora, 81º e 82º) do Tratado CE, ou contra uma comunicação da Comissão aos interessados (no caso, os visados), dando-lhes a conhecer o facto de ter sido decidido desencadear-se tal

²⁶⁸ Números 20 e 23, do Despacho em causa (14 de Março de 1996) do Tribunal de Primeira instância.

²⁶⁹ DENYS SIMON, *ob. cit.* (*Le système juridique...*), p. 337. Tradução livre.

processo (correntemente, na terminologia jurídica gaulesa, “communication des griefs²⁷⁰”).

Ora, existem, de facto, alguns problemas relativamente à possível (face, nomeadamente, à jurisprudência agora referida) inadmissibilidade deste tipo de acto – no fundo, materialmente, uma decisão da Comissão – adoptado nos termos e para efeito do nº 6, do artigo 11º do Regulamento nº 1/2003.

Na lógica do regime de aplicação dos artigos 81º e 82º do Tratado CE instituído pelo Regulamento em causa, esta decisão, sendo certo que é um acto preparatório da tramitação (processo) conducente à adopção de uma decisão (basicamente) de aplicação, ou não, daqueles normativos do Tratado CE (em rigor, o acto inicial que abre ou desencadeia tal processo), não deixa, também, de ser um acto final de encerramento de uma fase prévia de avaliação, de apreciação perfunctória dos elementos informativos obtidos pela Comissão e, sobretudo, de encerramento do processo que porventura corria já no âmbito das autoridades nacionais competentes.

Na perspectiva das autoridades da concorrência dos Estados-membros, esta decisão – como, de resto, é literalmente afirmado no nº 6, do artigo 11º do Regulamento nº 1/2003 – *priva-as* da “competência para aplicarem os artigos 81º e 82º do Tratado”. Opinativamente, processa-se, portanto, com este acto da Comissão, uma avocação de competências, concentrando-se, novamente e em exclusivo, nesta Instituição, a competência de aplicação destas regras comunitárias de *defesa da concorrência*.

²⁷⁰ Esta comunicação corresponderá a uma notificação ou, ainda, aviso escrito, efectuado aos visados, antes de serem tomadas medidas ou adoptadas decisões que os afectam, positiva ou negativamente, na sua esfera jurídica (no caso, a notificação às empresas ou associações de empresas de que foi decidido abrir-se um processo de investigação, relativamente a práticas alegadamente imputadas a tais empresas ou associações de empresas – práticas essas que serão, então, investigadas pela Comissão). Esta notificação ou, como referimos, aviso, decorre, em termos gerais e no plano dos princípios, do reconhecimento dos direitos de defesa e das garantias dos investigados. O parágrafo 1º, do artigo 19º, do Regulamento nº 17 de 1962, previa expressamente tal notificação, fixando o seguinte: “Antes de tomar as decisões previstas nos artigos (...) a Comissão dará às empresas e associações de empresas interessadas a oportunidade de se pronunciarem sobre as acusações por ela formuladas”

Ora, dos efeitos assinalados relativamente à avocação de competências das autoridades dos Estados-membros, pela Comissão, resultam, desde logo, consequências que afectam a esfera jurídica das empresas ou associações de empresas cujos comportamentos serão objecto do processo assim aberto pela Comissão: este, passando para a esfera da Comissão, implica uma nova e diferente organização (até mesmo organização logística) de acompanhamento e de defesa das respectivas posições e interesses, por parte das empresas e associações de empresas visadas. De resto, estas decisões de “privação da competência” (relativamente às autoridades nacionais) afectam – ou, pelo menos, poderão afectar - mesmo *directamente* e de *forma individual* as empresas que serão investigadas, agora e após tal decisão, no plano comunitário, pela Comissão. Verifica-se, portanto e com tal acto da Comissão, uma afectação que se manifesta, de resto, em conformidade com os requisitos (apertados e, como referimos, cada vez mais criticados) que têm vindo a ser requeridos pela jurisprudência comunitária, para que um terceiro não destinatário formal de um acto das Instituições possa, porventura, desencadear contra esse acto, um recurso de anulação, nos termos do quarto parágrafo do artigo 230º do Tratado CE. Seguramente, para essas empresas e/ou associações de empresas, haverá, também, um acréscimo e/ou repetição de custos (desde logo, com a concepção e exercício dos direitos de defesa) e, na medida em que cai o processo interno, haverá sempre o risco de protelamento no tempo de uma situação que poderá ter inconvenientes (mais ou menos graves) em termos da respectiva actuação comercial no mercado em causa.

Pensamos, em conformidade com o exposto que, relativamente a essas decisões da Comissão, adoptadas nos termos do nº 6, do artigo 11º do Regulamento nº 1/2003, justifica-se defender a sua impugnabilidade, por parte das empresas ou associações de empresas afectadas por tal acto de privação da competência das autoridades nacionais.

2.2- A susceptibilidade de impugnação judicial (cont.): O argumento do artigo 9º do Regulamento (CE) nº 139/2004, relativo ao controlo das concentrações.

51. A favor da impugnabilidade da decisão tomada nos termos do nº 6, do artigo 11º do Regulamento nº 1/2003, poderá, ainda, invocar-se outro argumento, fundado, precisamente, numa norma consagrada ainda por um acto comunitário que integra este movimento (amplo) de reforma do Direito da concorrência da União: o artigo 9º do Regulamento (CE) nº 139/2004 do Conselho, de 20 de Janeiro de 2004, relativo ao controlo das concentrações entre empresas²⁷¹.

Essa extensa disposição do Regulamento das concentrações comunitárias (artigo 9º) permite à Comissão, verificando-se a ocorrência de determinados requisitos explicitados nos nove números ou parágrafos que integram a regra em causa, remeter para as autoridades competentes de um Estado-membro, a totalidade ou parte de um caso relativo a uma concentração notificada (nº 1, do artigo 9º do Regulamento nº 139/2004). Este reenvio para as autoridades nacionais desencadeará a aplicação da "legislação nacional de concorrência desse Estado-membro (para o qual foi remetida a operação em causa), conforme resulta expressamente da alínea *b*, do nº 3, do artigo 9º do Regulamento referido.

Na realidade, fazendo uma breve incursão explicativa no regime instituído pelo Regulamento (CE) nº 139/2004 e, em particular, no respectivo artigo 9º, importa referir que esta disposição (tal como o quarto parágrafo, do artigo 21º do mesmo Regulamento) consagra um mecanismo de reenvio de casos de concentrações (e respectivas competências para a sua apreciação e decisão final) para a esfera dos Estados – membros (ou seja, para as

²⁷¹ "Regulamento das concentrações comunitárias". Jornal Oficial nº L 24, de 29.01.2004, p. 1. Este acto veio revogar os anteriores Regulamentos nº 4064/89 do Conselho de 21.12.1989 (primeiro Regulamento das "concentrações comunitárias" – Jornal Oficial nº L 395 de 30.12.1989, com rectificação publicada no Jornal Oficial L 257 de 21.09.1990), com as alterações que lhe foram introduzidas pelo Regulamento nº 1310/97 do Conselho de 30.06.1997 (Jornal Oficial nº L 180 de 9.07.1997, p. 1).

competentes autoridades da concorrência nacionais). De resto, este procedimento de reenvio existia já no âmbito do regime do primeiro Regulamento das concentrações comunitárias (Regulamento nº 4064/89 do Conselho), tendo sido reaproveitado por este novo acto de 2004.

Este reenvio para a autoridade de um Estado-membro será possível se a concentração em causa ameaçar “significativamente a concorrência num mercado no interior desse Estado-membro que apresenta todas as características de um mercado distinto” (alínea *a*, parágrafo 2º, do artigo 9º) ou afectar “a concorrência num mercado no interior desse Estado-membro que apresenta todas as características de um mercado distinto e não constitui uma parte substancial do mercado comum” (alínea *b*, parágrafo 2º, do referido artigo 9º, do Regulamento CE nº 139/2004).

Saliente-se, ainda, que na primeira hipótese (alínea *a*, *supra* transcrita), a Comissão tem a faculdade de reenviar, ou não, o caso em apreço, sendo certo, porém, que na segunda hipótese (alínea *b*: ou seja, quando o mercado nacional afectado *não* se constitui, sem margem para dúvidas, como sendo uma “parte substancial do mercado comum”), em conformidade com a lógica (e o princípio) da subsidiariedade, a Comissão será obrigada a proceder a tal reenvio.

Uma referência ainda a propósito da hipótese de reenvio prevista nos termos do quarto parágrafo, do artigo 21º do Regulamento (CE) nº 139/2004, na medida em que o próprio Tribunal de Justiça teve já a oportunidade de se pronunciar sobre a interpretação dos requisitos exigidos para que a possibilidade de tal reenvio se verifique, bem assim como sobre a competência inequívoca da Comissão para o exercício de tal possibilidade – e isto, num Acórdão que envolveu Portugal²⁷² e o pedido de anulação de uma decisão da Comissão, relativa uma operação projectada entre a *Cecil*, *Holderbank* e a *Cimpor*²⁷³.

²⁷² Acórdão do Tribunal de Justiça (Tribunal Pleno) de 22 de Junho de 2004, Acórdão *República Portuguesa vs. Comissão*, Processo nº C-42/01, Colectânea p. I – 6079.

²⁷³ Decisão da Comissão *C(2000) 3543 final-PT*, de 22 de Novembro de 2000.

Com efeito, este caso pressupunha a interpretação da regra do terceiro parágrafo, do artigo 21º, do então vigente Regulamento nº 4064/89, sendo, porém, tal regra, equivalente ao actual quarto parágrafo, do artigo 21º, do Regulamento de 2004.

Na realidade, importa, novamente, não esquecer que a previsão destes reenvios relativamente a casos de concentrações entre empresas, notificados inicialmente à Comissão, existia já antes da entrada em vigência do actual Regulamento das concentrações comunitárias (o Regulamento CE nº 139/2004), subordinando-se à lógica, também anteriormente mencionada, da subsidiariedade – lógica esta que norteia (enquanto emanada de um princípio fundamental da estruturação do ordenamento comunitário), a repartição das competências entre a esfera nacional e a esfera supranacional comunitária (a repartição de competências entre as autoridades dos Estados-membros e as Instituições da União).

Estas possibilidades de reenvio (e, no caso da alínea *b*, do segundo parágrafo, do artigo 9º do Regulamento nº 139/2004, trata-se mesmo, como referimos, de uma obrigação) ressalvam, portanto, as eventuais sensibilidades e pretensões de actuação das autoridades dos Estados-membros. Assim, mesmo quando, em princípio e de acordo com os mecanismos de cálculo dos limites relativos ao volume de negócios das empresas envolvidas na concentração (artigo 1º, do Regulamento nº 139/2004), o caso deverá merecer a qualificação de operação de dimensão comunitária, o facto é que tal reenvio para as autoridades nacionais poderá, excepcionalmente, suceder, nos termos do quarto parágrafo, do artigo 21º do Regulamento, tendo em vista a “protecção de interesses legítimos”.

Tais “interesses legítimos”, justificativos desta hipótese de reenvio (do artigo 21º do Regulamento das concentrações comunitárias), deverão ser outros que não aqueles que já estão contemplados no Regulamento, a saber, os que se reconduzem à protecção da concorrência no mercado comum - sendo, porém, que tais outros interesses deverão manter-se, de todo o modo, compatíveis com o ordenamento jurídico comunitário (inclusivamente, com os seus princípios estruturantes). Com efeito, ainda nos termos do próprio quarto

parágrafo, do artigo 21º do Regulamento (CE) nº 139/2004, existem três tipos de interesses legítimos que são considerados para efeito de reenvio:

“São considerados interesses legítimos (...) a segurança pública, a pluralidade dos meios de comunicação social e as regras prudenciais”.

Estes interesses que podem fundamentar o retorno da competência de apreciação para o nível dos Estados-membros, não se reconduzem, portanto, a outros interesses (nacionais) justificativos da aplicação de diferentes regras excepcionais (em rigor, derogatórias de regras e princípios comunitários), como é o caso, a título de exemplo comparativo, das causas de exceção (também interesses legítimos dos Estados-membros) previstas no artigo 30º do Tratado CE.²⁷⁴

Trata-se, portanto e neste caso previsto no quarto parágrafo do artigo 21º do Regulamento (CE) nº 139/2004, de um conjunto circunstancial e excepcional de causas justificativas de uma espécie de devolução de competências à esfera nacional – causas essas particularmente relevantes no quadro do controlo das operações de concentração entre empresas. Digamos que se trata, aqui, da enunciação de um leque de interesses políticos circunstanciais e específicos, frequentemente visíveis a propósito de operações de concentração económica (por exemplo, o caso dos meios de comunicação

²⁷⁴ Artigo 30º do Tratado CE que se configura, em matéria de livre circulação de mercadorias, como uma cláusula de exceção – nomeadamente, aos artigos 28º e 29º do Tratado CE, consagrando a proibição de restrições quantitativas e de medidas de efeito equivalente a tais restrições, relativamente às importações e exportações, respectivamente – em favor, precisamente, de interesses circunstanciais e temporários (nesses casos excepcionais, também legítimos) dos Estados-membros. Tais interesses (causas justificativas da aplicação da norma excepcional ou de salvaguarda em causa) são as razões de moralidade pública, ordem pública e segurança pública; de protecção do património nacional de valor artístico, histórico ou arqueológico; protecção da propriedade industrial e comercial. Estas causas (interesses) deverão ser interpretados e aplicados de um modo tal que a sua invocação não constitua “nem um meio de discriminação arbitrária nem qualquer restrição dissimulada ao comércio entre os Estados – membros”, de acordo, de todo o modo, com o enquadramento que foi fornecido pela jurisprudência do Tribunal de Justiça no histórico Acórdão *Cassis de Dijon* (histórico e, sobretudo, incontornável aresto, na perspectiva da compreensão de um dos aspectos/implicações da própria lógica da integração europeia.

social) e que podem, nesse contexto, justificar tal recuo/reenvio e/ou devolução de competências para a esfera nacional, resguardando as sensibilidades (políticas) dos Estados-membros.

Saliente-se, contudo, que a Comissão, neste caso e ao invés da hipótese prevista na alínea *b*, do segundo parágrafo, do artigo 9º deste Regulamento das concentrações comunitárias, não está obrigada a reenviar; o que se consagrou no artigo 21º do Regulamento (CE) nº 139/2004, foi unicamente uma faculdade de reenvio, na disponibilidade da Comissão²⁷⁵.

52. Como dissemos, a norma do artigo 9º do actual Regulamento das concentrações comunitárias poderá, ainda e indirectamente, reforçar a defesa da impugnabilidade das decisões da Comissão, adoptadas nos termos do nº 6, do artigo 11º do Regulamento nº 1/2003²⁷⁶.

Na verdade, o Tribunal teve já a oportunidade de se pronunciar sobre tal questão da susceptibilidade de impugnação, nos termos do artigo 230º do Tratado CE, de uma decisão da Comissão, no sentido de reenviar um caso para as respectivas autoridades nacionais competentes. Referimo-nos ao Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 3 de Abril de 2003, *Acórdão Royal Philips Electronics*²⁷⁷, relativo, precisamente e entre outras temáticas naquele processo debatidas, à questão de se saber se uma decisão de reenvio para reexame de

²⁷⁵ Repare-se na redacção da parte final do referido quarto parágrafo do artigo 21º do Regulamento (CE) nº 139/2004: "Todo e qualquer outro interesse público será comunicado à Comissão pelo Estado-membro em causa e deve por ela ser reconhecido após análise da sua compatibilidade com os princípios gerais e demais normas do direito comunitário antes de as referidas medidas poderem ser tomadas. A Comissão deve notificar o Estado-membro em causa da sua decisão no prazo de 25 dias úteis a contar da referida comunicação". Ver, também entre outros, para uma breve nota sintética e comparativa dos regimes dos artigos 9º e 21º do Regulamento (CE) nº 139/2004, MARIE MALAURIE-VIGNAL, *Droit de la Concurrence interne et communautaire*, (3ème ed.), Armand Colin, Paris, 2005, p. 246-247

²⁷⁶ Em rigor, como veremos, serão, sobretudo, algumas linhas interpretativas jurisprudenciais de normas equiparáveis a esta regra do artigo 9º do actual Regulamento das concentrações comunitárias, que nos poderão auxiliar na defesa da impugnabilidade daquelas outras decisões da Comissão, adoptadas nos termos do nº 6, do artigo 11º do Regulamento nº 1/2003.

²⁷⁷ Processo nº T – 119/02, Colectânea, p. 1433.

uma operação de concentração, adoptada, portanto, pela Comissão, a favor das autoridades nacionais de certo Estado-membro, deve, ou não, considerar-se passível se ser impugnada - designadamente, por terceiros que não sejam os destinatários directos de tal decisão (ou seja, nos termos do quarto parágrafo do artigo 230º do Tratado CE).

Recorde-se, novamente, a advertência anteriormente formulada: neste Acórdão do Tribunal de Primeira Instância estava ainda em causa a aplicação do Regulamento nº 4064/89 (que foi, entretanto, revogado pelo actual Regulamento das concentrações comunitárias, ou seja, pelo Regulamento nº 139/2004 do Conselho); no entanto, a solução do então parágrafo terceiro, do artigo 9º daquele acto, corresponde à actual solução/possibilidade de reenvio de que dispõe a Comissão, consagrada no segundo parágrafo do (também) artigo 9º do Regulamento (CE) nº 139/2004.

Ora, nos termos do mencionado Acórdão de 3 de Abril de 2003, o Tribunal de Primeira Instância - recordando, em síntese, as condições requeridas para a verificação de legitimidade processual activa de um particular, relativamente à impugnação judicial de um acto comunitário, à luz do artigo 230º do Tratado CE, nomeadamente, a condição da "afecção directa" provocada por tal acto, na esfera jurídica do particular recorrente - afirmou o seguinte:

"Segundo jurisprudência constante, para que um acto diga directamente respeito a um particular recorrente deve produzir efeitos directos na situação jurídica do particular e a sua aplicação deve revestir um carácter puramente automático e decorrer apenas da regulamentação comunitária, sem aplicação de outras regras intermediárias (...). É esse o caso, nomeadamente, quando a possibilidade de os destinatários não implementarem o acto é puramente teórica, não existindo quaisquer dúvidas de que pretendem retirar consequências conformes ao referido acto²⁷⁸".

Seguidamente, o Tribunal começa a concretizar este enunciado geral relativamente à situação ou estatuto processual da empresa recorrente – que, sublinhe-se, no caso em apreciação e não sendo uma das empresas

²⁷⁸ Acórdão Acórdão *Royal Philips Electronics* referido, nºs 272 e 273.

directamente visadas pelo acto controvertido (de reenvio da Comissão), era um terceiro, relativamente ao acto objecto do recurso de anulação. Assim, neste seguimento, o Tribunal afirma que:

“Há que verificar, portanto, se a decisão de remessa (reenvio) é susceptível de produzir efeitos jurídicos directos e automáticos para a recorrente ou se, pelo contrário, tais efeitos resultarão da decisão adoptada pelas autoridades francesas da concorrência no processo remetido.

A este respeito, há que concordar com a Comissão que a decisão de remessa (ou de reenvio) não é susceptível de afectar directamente a posição concorrencial da recorrente nos mercados em causa em França.

Com efeito, tendo em conta a decisão de remessa, a Comissão não tomou posição, na decisão de aprovação, sobre a compatibilidade da concentração com o mercado comum no que respeita aos efeitos sobre os mercados em causa em França, tendo remetido o exame desta questão às autoridades francesas da concorrência, que lho pediram (...). Nos termos do artigo 9º, nº 3, primeiro parágrafo, alínea b), do Regulamento n.º 4064/89, estas ficam incumbidas do exame dos efeitos da concentração nos mercados em causa em França, à luz do seu direito nacional da concorrência (...)²⁷⁹”.

Finalmente, indo de encontro ao ponto que agora se nos afigura mais relevante para sustentarmos o argumento (complementar) da impugnabilidade de actos como o de uma decisão da Comissão, adoptada nos termos do nº 6, do artigo 11º do Regulamento nº 1/2003, o Tribunal de Primeira Instância, conclui, afirmando o seguinte:

“Com efeito, a questão de saber se um acto comunitário de que um terceiro não é destinatário lhe diz directamente respeito deve ser apreciada à luz do objecto de tal acto. Ora, o objecto de uma decisão de remessa não é decidir sobre os efeitos da concentração nos mercados em causa que são objecto da remessa, mas sim transferir a responsabilidade do exame de certos aspectos dessa concentração para as autoridades nacionais que o requereram, para que estas decidam, aplicando o seu direito nacional da concorrência. Tendo em conta tal objecto, é irrelevante (...) que a decisão de remessa não

²⁷⁹ Ainda Acórdão *Royal Philips Electronics*, nºs 274 e 275.

afecte directamente a posição concorrencial da recorrente nos mercados em causa em França. Para apreciar se a decisão de remessa diz directamente respeito à recorrente há apenas que verificar se essa decisão, na medida em que tem por objecto remeter o exame de uma parte da concentração às autoridades francesas da concorrência, produz efeitos jurídicos directos e automáticos para a recorrente”.

O Tribunal de Primeira Instância concluiu, então, de forma clara e inequívoca - e depois de se ter, também debruçado sobre o carácter de “afecção individual” que a decisão em causa produzia na esfera do recorrente²⁸⁰ - pela impugnabilidade deste acto (decisão) de reenvio da Comissão: “a decisão de remessa diz directa e individualmente respeito à recorrente. Como tal, é admitida a contestar a legalidade da referida decisão com base no artigo 230 ° CE²⁸¹”.

Sublinhamos, ainda, no que diz respeito a parte da fundamentação desenvolvida pelo Tribunal de Primeira Instância que reputamos ser particularmente elucidativa sobre o aspecto que agora nos ocupa, o seguinte:

“Ora, o controlo de uma operação de concentração, efectuado com base numa legislação nacional, não pode equiparar-se, no seu alcance e nos seus efeitos, ao exercido pela Comissão nos termos do Regulamento nº 4064/89 (...). Por outro lado, ao pôr termo ao procedimento previsto pelo Regulamento nº 4064/89, a decisão de remessa tem como efeito privar os terceiros dos direitos processuais que lhes são conferidos pelo artigo 18º, nº 4, do Regulamento nº 4064/89 e que teriam podido exercer no caso de a Comissão ter dado início à fase II.

Por fim, através da referida decisão, a Comissão impede os terceiros de se fazerem valer da protecção jurisdicional que lhes é conferida pelo Tratado. Com efeito, ao remeter o exame dos efeitos da concentração nos mercados em causa em França às autoridades francesas da concorrência, para estas decidirem com base no seu direito nacional da concorrência, a Comissão priva os terceiros da possibilidade de contestarem posteriormente, perante o Tribunal

²⁸⁰ Acórdão Acórdão *Royal Philips Electronics*, nºs 291 a 298.

²⁸¹ Conclusões do referido Acórdão de 3 de Abril de 2003, nºs 299 e 300.

de Primeira Instância, com base no artigo 230º CE, as apreciações efectuadas pelas autoridades nacionais sobre essa questão, ao passo que, não havendo remessa, as apreciações efectuadas pela Comissão teriam podido ser objecto de tal contestação.

Por conseguinte, tendo a decisão de remessa como efeito privar a recorrente da aplicação do Regulamento nº 4064/89 e dos direitos processuais nele previstos a favor dos terceiros, bem como da protecção jurisdicional prevista pelo Tratado, deve considerar-se que a decisão de remessa é susceptível de afectar a situação jurídica da recorrente ²⁸²”.

Poderemos concluir – seguindo, nomeadamente, a linha jurisprudencial referida (*Acórdão Acórdão Royal Philips Electronics*) – que a decisão da Comissão, no contexto da aplicação do regime comunitário relativo ao controlo de concentrações, de remissão ou reenvio²⁸³ de um caso, para as autoridades de concorrência de um Estado-membro, não poderá ser entendida como possuindo unicamente um carácter preparatório, impeditivo da respectiva impugnação judicial, nos termos do artigo 230º do Tratado CE.

O entendimento do Tribunal de Primeira Instância, no Acórdão mencionado, aponta no sentido de se considerar passível de ser impugnada, nos termos do quarto parágrafo, do artigo 230º do Tratado CE, uma decisão da Comissão que *reenvia* o caso em apreciação, para as autoridades nacionais de um Estado-membro (devolvendo-lhes, consequentemente, as necessárias competências para decidir). Tal decisão objecto de recurso de anulação foi, efectivamente, adoptada no mencionado caso *Royal Philips Electronics*, com base no primeiro parágrafo, alínea *b*, do nº 3, do artigo 9º do Regulamento (CE) nº 4064/89 (primeiro Regulamento das concentrações comunitárias); no entanto, uma vez que tal norma acaba por equivaler-se, em termos de possibilidade consagrada a favor da Comissão, à actual alínea *b*, parágrafo 2º, do artigo 9º, do Regulamento CE nº 139/2004 (Regulamento das

²⁸² Acórdão *Acórdão Royal Philips Electronics*, nºs 283 a 286.

²⁸³ Temos, com efeito, vindo a utilizar indistintamente e com o mesmo significado as mencionadas expressões.

concentrações comunitárias agora em vigência), a analogia e o aproveitamento dos argumentos desenvolvidos pelo Tribunal de Primeira Instância no Acórdão *Royal Philips Electronics*, poderão, com propriedade, ser efectuados.

Assim sendo, concluímos que, no domínio do controle das operações de concentração comunitárias, as decisões como as referidas (decisões de reenvio para as autoridades dos Estados-membros, adoptadas pela Comissão no âmbito dos artigos 9º, quer do Regulamento nº 4064/89 quer do actual Regulamento nº 139/2004, por força de tal analogia e consequente aproveitamento da linha jurisprudencial referenciada), embora possam significar, numa certa perspectiva imediata, um acto gerador de um processo e, conseqüentemente, um mero acto preparatório e não definitivo (considerando a decisão final do respectivo processo), acabam por ser impugnáveis através de um recurso de anulação²⁸⁴. (verificadas, naturalmente, as condições gerais estabelecidas, para a admissibilidade de tal recurso, no artigo 230º do Tratado CE).

53. A mesma conclusão poderá, também, ser aproveitada a propósito das decisões adoptadas pela Comissão, nos termos do nº 6, do artigo 11º do Regulamento nº 1/2003? Poderemos, assim – isto é, remetendo para o exemplo das decisões de reenvio no âmbito do artigo 9º, do actual Regulamento das concentrações comunitárias - reforçar a defesa da impugnabilidade, através do recurso previsto no artigo 230º do Tratado CE, desse tipo de novos actos da Comissão, introduzidos pelo Regulamento nº 1/2003²⁸⁵?

²⁸⁴ Isto é, serão impugnáveis uma vez verificados os requisitos que, para tal, são exigidos, nos termos gerais, pelo artigo 230º do Tratado CE. Daí a necessidade que o Tribunal de Primeira Instância teve no Acórdão citado de 2003, de avaliar e decidir, com detalhe, a verificação, *in casu*, da afectação directa (sobretudo, nºs 283 a 286 desse Acórdão) e individual (nºs 291 a 298 do mesmo aresto) produzida pela decisão controvertida da Comissão, na esfera da empresa recorrente.

²⁸⁵ No caso, recorde-se novamente, esse tipo de novos actos corresponde às decisões através das quais a Comissão comunica às autoridades dos Estados-membros envolvidas, o início de um processo conducente à aprovação final de uma decisão de verificação de uma infracção, de adopção de um compromisso, de uma declaração de inaplicabilidade dos artigos 81º e 82º do

Ora, existem, com efeito, algumas diferenças – sobretudo, no que diz respeito aos respectivos efeitos e implicações – entre uma decisão adoptada pela Comissão, nos termos do artigo 9º do Regulamento nº 139/2004 e, por outro lado, o acto a que se refere o nº 6, do artigo 11º do Regulamento nº 1/2003. Para além, naturalmente, daquilo que se nos afigura, desde logo, como diferença notória: no uso da competência que lhe advém do nº 6, do artigo 11º do Regulamento nº 1/2003, a Comissão avoca o caso que está em curso de apreciação por parte de uma autoridade nacional, ao passo que, quando decide no quadro do artigo 9º do Regulamento nº 139/2003, a Comissão remete a necessária competência para apreciar a operação de concentração para as autoridades competentes dos Estados-membros.

Mas, deixando de lado o sentido da transmissão de competências operada pelos actos referidos (ou seja, num caso, os poderes e a respectiva competência de apreciação são avocados pela Comissão, transmitindo-se tal competência e tais poderes no sentido do nível nacional para o comunitário; ao invés, no caso do acto adoptado à luz do regime comunitário das concentrações, a competência de apreciação é devolvida pela Comissão às autoridades nacionais, transmitindo-se no sentido inverso, ou seja, do nível comunitário, para o nível nacional), ambos os actos desencadeiam uma consequência comum: cessa a tramitação própria de um processo de um determinado nível (ou nacional ou comunitário) e reabre-se um novo processo, tendo por objecto os mesmos factos e incidindo sobre as mesmas empresas ou associações de empresas. Há um recomeço de acordo com tramitações previsivelmente diferentes que, naturalmente, implica uma afectação (prejuízo) na esfera das empresas visadas com tais processos – processos estes que, em virtude de tais actos da Comissão, se reabrem e, porventura, se repetem

Tratado CE, ou mesmo de uma decisão de adopção de medidas provisórias, relativamente ao caso em análise. A consequência de tal decisão/comunicação às autoridades nacionais, por parte da Comissão, é a que resulta expressamente do nº 6, do artigo 11º do Regulamento nº 1/2003: a Comissão, com este acto, “priva as autoridades dos Estados-membros responsáveis (...) da competência para aplicarem” aquelas normas do Tratado.

(onerando eventualmente tais empresas ou associações de empresas) em alguns aspectos processuais.

Por outro lado, a diferença que nos parece mais significativa é aquela que se prende com o facto de, no caso da decisão tomada com base no nº 6, do artigo 11º do Regulamento nº 1/2003 (uma “decisão de privação da competência” recaindo sobre as autoridades dos Estados-membros), não se pressupor a mudança de regime aplicável. Quer dizer, estará (sempre) em causa a aplicação dos artigos 81º e/ou 82º do Tratado CE, quer o processo siga, agora, os tramites previsto no Regulamento nº 1/2003 quer tivesse continuado a reger-se pelo Direito processual interno do Estado-membro sobre cuja autoridade da concorrência recaiu tal avocação de competências, efectuada pela Comissão. Dito de outro modo, neste caso, o direito substantivo aplicável será sempre o mesmo. No entanto, na hipótese da decisão referida no âmbito do regime das concentrações comunitárias, a remissão ou reenvio efectuados pela Comissão a favor da autoridade nacional competente, implicará a aplicação do Direito substantivo (e processual) interno do respectivo Estado-membro, o que, naturalmente, significa também uma alteração, com o reinício do novo processo, do Direito aplicável.

Pensamos, no entanto, que tendo em consideração a perspectiva dos particulares (das empresas e/ou associações de empresas porventura envolvidas e visadas neste acto da Comissão, adoptado com base no nº 6, do artigo 11º do Regulamento nº 1/2003), esta diferença não é relevante para inviabilizar a analogia com a situação descrita, respeitante à decisão adoptada no âmbito do artigo 9º do Regulamento nº 139/2004 (e atrás explicitada).

Em resumo, o eventual dano (ao nível das expectativas de uma maior proximidade com a autoridade competente, preparação da defesa no processo e custos a incorrer ou já suportados) das empresas e das associações de empresas afectadas, de modo relevante, com a adopção de uma decisão da Comissão, nos termos do nº 6, do Regulamento nº 1/2003, não é atenuado pelo facto de, no novo processo conduzido pela Comissão, continuar a ser aplicável o mesmo direito material (a saber, os artigos 81º e 82º do Tratado CE).

Assim sendo, assentando no facto de que a analogia entre os casos descritos de decisões da Comissão é viável e, consequentemente, os argumentos do Tribunal de Justiça desenvolvidos, nomeadamente, no Acórdão *Royal Philips Electronics*, são extensíveis ao domínio dos actos adoptados nos termos do nº 6, do artigo 11º do Regulamento nº 1/2003, então, sobressai aqui um outro argumento a favor da impugnabilidade judicial, através do recurso de anulação, destas decisões da Comissão de "privação de competência": o argumento da coerência do sistema comunitário, designadamente, a coerência do sistema avaliada a partir da comparação, neste aspecto agora abordado, entre o regime das concentrações comunitárias e o regime instituído pelo Regulamento nº 1/2003.

II

A *reatribuição* de competências nos termos do artigo 13º do Regulamento nº 1/2003.

2.3 - Noção (descritiva) funcional.

54. Para além das decisões adoptadas pela Comissão, com base no nº 6, do artigo 11º do Regulamento nº 1/2003, poderá, ainda, equacionar-se, complementarmente, o mecanismo introduzido pelo artigo 13º deste Regulamento.

Esta regra, com efeito, vem estabelecer outra possibilidade de reorganização das competências necessárias para que seja desencadeado um processo, relativamente a um caso concreto, susceptível de afectar o comércio entre os Estados-membros.

Trata-se, portanto e, agora, para além da possibilidade prevista nos termos do já abordado nº 6, do artigo 11º do Regulamento nº 1/2003, de um outro mecanismo de (em rigor) *reatribuição* de casos susceptíveis de provocarem a aplicação dos artigos 81º e/ou 82º do Tratado CE e, conseqüentemente, de *reatribuição* de competências, entre autoridades da concorrência. Esta possibilidade de reatribuição de casos e respectivas competências, previstas no artigo 13º do Regulamento, pretende evitar que duas ou mais autoridades nacionais possam, eventualmente, desencadear processos, relativamente à mesma prática e às mesmas empresas ou associações de empresas.

Na realidade, o Regulamento nº 1/2003, ao atribuir competência a todas as autoridades dos Estados-membros, integrantes da rede europeia de autoridades da concorrência, para aplicarem os artigos 81º e 82º do Tratado CE, sempre que se defrontem com casos de relevo comunitário (artigo 5º do Regulamento em causa), desencadeia, também e concomitantemente, o risco assinalado.

O Regulamento nº 1/2003, com efeito, atribui a referida competência não só às autoridades nacionais, mas também aos Tribunais dos Estados-

membros (respectivo artigo 6º); por outro lado ainda, aquele Regulamento do Conselho, não só atribui a referida competência às autoridades e aos Tribunais dos Estados-membros, em concorrência com a “natural” competência da Comissão (desde logo, artigo 4º do Regulamento), como impõe a tais autoridades e aos referidos Tribunais, a obrigação de aplicarem, também, os artigos 81º e 82º do Tratado CE – e isto, sempre que aquelas e estes apliquem as respectivas legislações nacionais a práticas ou a abusos de posição dominante igualmente proibidos, nos termos das referidas disposições do Tratado (e isto, de acordo com o nº 1, do artigo 3º do Regulamento nº 1/2003).

Ora, ao atribuir tal competência e ao impor, igualmente, o dever de aplicação dos artigos 81º e 82º do Tratado CE, a todas as autoridades dos Estados-membros (descentralizando, assim, o nível de aplicação dessas regras comunitárias de *defesa da concorrência*, transpondo-o para a rede europeia de autoridades da concorrência), o Regulamento nº 1/2003 faz emergir o risco de uma autoridade nacional que tenha já iniciado um processo relativamente a um determinado caso, poder vir, ulteriormente, a considerar que não está tão bem colocada para o prosseguir, em relação a outra autoridade de outro Estado – membro. Por outro lado ainda, poderá também colocar-se a hipótese de uma determinada autoridade nacional vir a considerar-se melhor colocada para tratar de um caso que, porventura, já é objecto de um processo iniciado anteriormente, por outra autoridade, de um outro Estado-membro.

É, assim, neste contexto que se compreende quer o artigo 13º do Regulamento nº 1/2003 quer, ainda, a Comunicação da Comissão sobre “a cooperação no âmbito da rede de autoridades da concorrência²⁸⁶”, integrada, também, no “Pacote Modernização”. Esta Comunicação vem, com efeito, explicitar e concretizar as linhas enunciadas naquele artigo 13º do Regulamento.

²⁸⁶ (2004/C 101/03). Jornal Oficial nº C 101, de 27.04.2004, p. 43.

2.4- As condições de aplicação do artigo 13º do Regulamento nº 1/2003.

55. Importa salientar, sucintamente, alguns aspectos relativos ao funcionamento deste mecanismo, consagrado no artigo 13º do Regulamento nº 1/2003, para podermos compreender o facto de, a partir desse funcionamento, poderem surgir certos actos *novos* (imputáveis ao Regulamento e à reforma em curso do Direito da concorrência comunitário), cuja impugnabilidade judicial poderá, também, ser discutida.

Note-se, desde já, que o mecanismo previsto naquela norma do artigo 13º, ao contrário do que sucedia com a possibilidade consagrada no nº 6, do artigo 11º, do mesmo Regulamento nº 1/2003, não outorga à Comissão poderes para que esta Instituição adopte directamente uma decisão de avocação ou de *reatribuição* de um determinado caso.

O artigo 13º daquele Regulamento, apenas confere a possibilidade de rejeição ou de suspensão do tratamento de um caso (em rigor, da instrução do respectivo processo) a uma autoridade nacional e à Comissão²⁸⁷; portanto, a referida *reatribuição* de casos e de competências, no âmbito desta norma do Regulamento, processar-se-á apenas de forma indirecta, ou seja, por via da rejeição do tratamento (da instrução) dos casos em apreço²⁸⁸.

²⁸⁷ O normativo em questão estabelece, com efeito, que: " 1 – Caso as autoridades responsáveis em matéria de concorrência de dois ou mais Estados-membros tenham recebido uma denúncia ou oficiosamente dado início a um processo (...) contra o mesmo acordo, decisão de associação ou prática (aqui incluindo, segundo a nossa leitura, quer as práticas concertadas quer as práticas abusivas, susceptíveis de serem analisadas à luz do artigo 82º do Tratado CE), a instrução do processo por parte de uma autoridade constitui, para as restantes autoridades, motivo suficiente para suspenderem a respectiva tramitação ou rejeitarem a denúncia. A Comissão pode igualmente rejeitar uma denúncia com o fundamento de que uma autoridade (...) de um Estado-membro está já a instruir o processo. 2 – Se for apresentada a uma autoridade de um Estado-membro (...) ou à Comissão uma denúncia contra um acordo, decisão de associação ou prática que já está a ser instruída por outra autoridade responsável em matéria de concorrência, tal denúncia pode ser rejeitada".

²⁸⁸ Ou seja, ao conferir a possibilidade de uma autoridade de um Estado-membro e/ou a Comissão rejeitarem ou suspenderem a instrução de um caso, tal *reatribuição* acaba por ser

Ora, o recurso a esta regra do artigo 13º, por parte de uma autoridade nacional e/ou da própria Comissão, pressupõe a verificação de certas condições.

Assim, sob o ponto de vista estritamente processual, é indiferente que a autoridade que se pretende fazer valer deste normativo tenha em mãos uma denúncia de um caso ou tenha, porventura, agido oficiosamente; o que importa é que outra autoridade já tenha, efectivamente, dado início ao processo, ou seja, já tenha dado início, como refere o próprio texto da norma em causa, à “instrução do processo”, relativamente aquele mesmo “acordo, decisão de associação ou prática”. O artigo 13º do Regulamento nº 1/2003 pressupõe, portanto, uma intervenção (já em marcha) de um outro membro da rede europeia de autoridades da concorrência²⁸⁹.

Importa, ainda, precisar que, sob o ponto de vista processual, estando, porventura, em causa uma denúncia, esta não terá que provir do mesmo denunciante. O que interessa é, realmente, a alegada infracção, decorrente de uma determinada situação concreta. Em rigor, será mesmo indiferente o impulso que origina a possível intervenção de uma autoridade – depois de outro membro da rede ter já desencadeado a instrução de um processo - relativamente à mesma alegada infracção. O normativo em causa pressupõe - independentemente de uma denúncia concreta ou do facto de as autoridades da concorrência em causa terem, ou não, agido oficiosamente - a mesma infracção, alegadamente praticada no mesmo mercado relevante²⁹⁰. Tal resulta expressamente do nº 21 da Comunicação referida.

Além disso, tal como explicita o nº 22 da Comunicação, a autoridade que pretenda utilizar esta possibilidade conferida pelo artigo 13º do Regulamento nº 1/2003, disporá, efectivamente, de uma grande margem de manobra. A Comissão coloca o acento tónico deste regime na flexibilidade que será

efectuada pela via negativa, por exclusão das entidades que rejeitam ou suspendem a respectiva tramitação processual.

²⁸⁹ LAURENCE IDOT, *ob. cit.* (*Droit Communautaire...*) p. 67, parágrafo 130.

²⁹⁰ LAURENCE IDOT, *ob.cit.* (*Droit Communautaire...*), *idem*.

imprescindível para o seu bom funcionamento - como, de resto, é claramente afirmado nesse nº 22 da Comunicação:

“Uma Autoridade Nacional da Concorrência pode suspender ou arquivar o seu processo mas não é obrigada a fazê-lo. O artigo 13º do Regulamento do Conselho (Regulamento nº 1/2003) permite a apreciação das especificidades de cada processo individual. Esta flexibilidade é importante: se uma denúncia tiver sido rejeitada por uma autoridade na sequência de uma investigação do mérito do caso, outra autoridade pode não querer reexaminar o caso. Por outro lado, se uma denúncia tiver sido rejeitada por outras razões (por exemplo, porque a autoridade não conseguiu reunir os meios necessários para provar a infracção), outra autoridade poderá querer realizar o seu próprio inquérito e instruir o processo. Esta flexibilidade também se reflecte, no caso dos processos pendentes, na possibilidade que cada Autoridade Nacional da Concorrência tem de escolher entre suspender ou arquivar o seu processo. Uma autoridade pode não querer arquivar um processo antes de ser claro o resultado do processo instruído por outra autoridade. A possibilidade de suspender o processo permite que a autoridade conserve a sua capacidade de decidir posteriormente se deve ou não arquivar o seu processo. Uma tal flexibilidade também facilita uma aplicação coerente das regras”.

A autoridade nacional que desencadeia o processo em segundo lugar, poderá, também, utilizando o artigo 13º do Regulamento nº 1/2003, optar, então, entre a suspensão ou o respectivo arquivamento e ainda - caso, porventura, o processo em causa incida sobre vários aspectos ou pontos diferentes, susceptíveis de afectarem a concorrência em termos comunitários – um *tratamento parcial* desse mesmo caso. Tal é o entendimento da Comissão, interpretando o artigo 13º do Regulamento nº 1/2003. Com efeito, a este respeito, o nº 24 da Comunicação esclarece que: “O artigo 13º do Regulamento do Conselho pode ser aplicado a parte de uma denúncia ou a parte de um processo. Pode acontecer que apenas parte de uma denúncia ou parte de um processo iniciado oficiosamente se sobreponha a um processo já instruído ou em instrução por outra autoridade (...). Nesse caso, a Autoridade Nacional da Concorrência que recebeu a denúncia tem o direito de rejeitar parte dela com

base no artigo 13º do Regulamento do Conselho e de se ocupar da parte restante de forma adequada. O mesmo princípio se aplica ao arquivamento do processo”.

Nesta hipótese avançada pela Comissão, sobressai a referência ao tratamento da “parte restante (do processo) de forma adequada”. Esta nota poderá ser entendida como uma referência à posição das empresas ou associações de empresas cujo comportamento desencadeou o processo e, em especial, à protecção da sua posição processual (à garantia dos respectivos direitos de defesa) – que será determinada nos termos do Direito processual interno aplicável (princípio da autonomia processual).

2.5 - O artigo 13º e a aplicação dos artigos 81º e 82º do Tratado CE pela Autoridade da Concorrência portuguesa (o *interface* entre a Lei nº 18/2003 e o Regulamento nº 1/2003, a partir do seu artigo 13º).

56. Neste ponto em particular, pensamos ser útil abrir um parêntesis para projectarmos a situação da rejeição parcial, pela Autoridade da Concorrência nacional (Adc) e à luz do ordenamento português, de processos já instruídos (ou em curso de instrução) por autoridades de outros Estado-membros.

Assim, nesta projecção à luz do ordenamento português, centramo-nos na Lei nº 18/2003, de 11 de Junho – “Lei da Concorrência”²⁹¹.

Importa, começar por referir a remissão geral feita pelo artigo 19º, daquela Lei nacional, para o “princípio do contraditório e demais princípios gerais aplicáveis ao procedimento e à actuação administrativa constantes do Código do Procedimento Administrativo (...) bem como, se for caso disso, do regime geral dos ilícitos de mera ordenação social²⁹²”. Na verdade, dissemos,

²⁹¹ Lei nº 18/2003, de 11 de Junho que aprova o “regime jurídico da concorrência”, Diário da República, Iª Série A, nº 134, de 11 de Junho de 2003, p. 3450.

²⁹² Remissão geral esta, feita, naturalmente, em relação aos procedimentos sancionatórios levados a cabo pela Autoridade da Concorrência.

atrás, que a expressão “de forma adequada²⁹³”, constante do nº 24 da Comunicação sobre a cooperação no âmbito da rede de autoridades da concorrência, pretendia salvaguardar a posição processual das empresas e associações de empresas, garantindo os respectivos direitos de defesa. Se assim é, então, importa atentar, nos termos do ordenamento jurídico português, como se processa tal garantia (em que é que se sustenta normativamente tal posição processual dessas empresas e/ou associações de empresas).

Poderíamos pensar que a resposta estaria linearmente dada pelo artigo 19º da Lei da Concorrência que remete, no que diz respeito aos procedimentos sancionatórios empreendidos pela Adc, para os princípios gerais aplicáveis ao procedimento e à actuação administrativa, constantes do Código do Procedimento Administrativo. Esta remissão, contudo, colide, em parte, com outra *determinação do direito aplicável*, também relativa aos processos de infracção desencadeados pela Adc, por violação das regras dos artigos 4º (“práticas proibidas”, ou seja, práticas de entente), 6º (proibição de abusos de posição dominante) e 7º (proibição de abuso de dependência económica), todos eles da “Lei da concorrência”. Com efeito, essa determinação à qual, agora, nos referimos, consta do artigo 22º (“Normas aplicáveis”) do mesmo diploma (a “Lei da Concorrência”) que estabelece o seguinte:

“1 – Os processos por infracção (...) regem-se pelo disposto na presente secção, na secção I do presente capítulo e, subsidiariamente, pelo regime geral dos ilícitos de mera ordenação social.

2 – O disposto no número anterior é igualmente aplicável, com as necessárias adaptações, aos processos por infracção aos artigos 82º e 82º do Tratado que institui a Comunidade Europeia instaurados pela Autoridade (Adc), ou em que esta seja chamada a intervir, ao abrigo das competências que lhe

²⁹³ “ (...) Nesse caso, a Autoridade Nacional da Concorrência que recebeu a denúncia tem o direito de rejeitar parte dela com base no artigo 13º do Regulamento do Conselho e de *se ocupar da parte restante de forma adequada*”- Comunicação da Comissão sobre a cooperação no âmbito da rede de autoridades da concorrência, parte do respectivo nº 24.

são conferidas pela alínea g) do nº 1 do artigo 6º do Decreto-Lei nº 10/2003, de 18 de Janeiro²⁹⁴”.

Nos termos deste artigo 22º da Lei da Concorrência, subsidiariamente, aplicar-se-á o regime geral dos *ilícitos de mera ordenação social*, aos processos relativos às práticas anticoncorrenciais, previstas nos artigos 4º, 6º e 7º dessa mesma Lei – sendo que tais práticas e processos, a título principal, serão regidas, então, pelo estipulado nessa Lei da Concorrência, a saber, “pelo disposto na presente secção” (secção II) e “pela secção I, do presente capítulo” (Capítulo III – “Do Processo”).

Temos, portanto e por um lado, nos termos do artigo 19º da Lei da Concorrência, a indicação de que “os procedimentos sancionatórios”²⁹⁵ devem seguir os princípios gerais aplicáveis ao procedimento e à actuação administrativa, constantes do Código do Procedimento Administrativo e, por outro lado, nos termos do artigo 22º da *mesma* Lei, a indicação, para os *mesmos* procedimentos, do regime geral dos ilícitos de mera ordenação social (Regime Geral das Contra-Ordenações), como sendo o regime subsidiariamente aplicável.

Deverão conciliar-se os diferentes regimes, assim indicados na mesma Lei, como regendo, a título subsidiário, os mesmos processos e relativamente aos mesmos ilícitos? Poder-se-á aplicar, subsidiariamente, aos processos (sancionatórios) relativos às infracções por violação dos artigos 4º, 6º e 7º da Lei da Concorrência, tanto os referidos princípios do procedimento administrativo e o Código de Procedimento Administrativo, como o regime geral das contra-ordenações?

²⁹⁴ Estatutos da Autoridade da Concorrência, Diário da República Iª Série – A, nº 15 de 18 de Janeiro de 2003, p. 251.

²⁹⁵ Procedimentos sancionatórios relativamente às práticas anticoncorrenciais previstas na Lei, entre as quais se incluem aquelas que decorrem da violação dos respectivos artigos 4º, 6º e 7º.

2.6 - Princípio do contraditório e Audiência dos Interessados, no contexto da interpretação dos artigos 19º e 22º da Lei nº 18/2003.

57. Antes de avançarmos para uma resposta à questão formulada, importa precisar, à luz do ordenamento jurídico português, um ponto que nos merece reparo, desde logo, na própria redacção do mencionado artigo 19º da Lei da Concorrência. Antes mesmo de dilucidar a questão da compatibilidade (ou falta dela) entre os mencionados artigos 19º e 22º da Lei da Concorrência e concentrando-nos nos termos daquela primeira norma (artigo 19º), observamos que, para o legislador, os mencionados procedimentos sancionatórios deverão respeitar “o princípio da audiência dos interessados, o princípio do contraditório e demais princípios gerais aplicáveis ao procedimento e à actuação administrativa constantes do Código do Procedimento Administrativo”.

Esta redacção contribui, ainda mais, para a dificuldade de interpretação do artigo 19º da Lei da Concorrência (mesmo independentemente da sua interpretação necessariamente articulada com o artigo 22º da mesma Lei).

Qual o universo jurídico, em concreto, que o legislador teria em mente com a redacção deste dispositivo que nos remete – note-se, em sede de “procedimentos sancionatórios” – para os princípios constantes do Código do Procedimento Administrativo, entre os quais refere o princípio do contraditório?

Ora, no que diz respeito à indicação do “princípio do contraditório” de entre “os princípios gerais aplicáveis ao procedimento e à actuação administrativa”, importa sublinhar que tal indicação é, por si só, equívoca.

O princípio do contraditório não se integra nesse elenco dos “princípios gerais aplicáveis ao procedimento e à actuação administrativa”.

Poderá talvez vislumbrar-se, aqui, nesta referência feita pelo legislador no artigo 19º da Lei da Concorrência, uma equiparação (nada rigorosa) do contraditório ao “princípio da participação dos interessados”, descrito no artigo 8º do Código do Procedimento Administrativo (CPA)?

Pensamos, no entanto, que, ainda que tal tenha sido a intenção do legislador, uma eventual analogia entre o princípio do contraditório e o princípio da participação dos interessados nas decisões administrativas que lhes digam respeito, carecerá sempre de comprovação. Este último princípio, como

referimos, tem consagração legal no artigo 8º do CPA e decorre do corolário constitucional disposto no nº 4, do artigo 267º. Corresponde, em conjunto com outros princípios que norteiam a actuação administrativa, a um modelo de “Administração Aberta”, ou seja, a um arquétipo específico de actividade administrativa participada em que os destinatários e os interessados nas decisões administrativas susceptíveis de afectarem as suas posições jurídicas e os seus interesses legítimos, têm uma palavra a dizer na defesa dessas suas posições e interesses - e isto, antes de a Administração emitir uma decisão definitiva.

O princípio da participação dos interessados significa, em primeira linha, que estes, devidamente informados (de acordo com a lógica prévia de uma participação passiva, a da informação, aplicando-se aí o princípio da colaboração e da informação do artigo imediatamente anterior, ou seja, do artigo 7º do CPA) devem ser ouvidos após a instrução procedimental (primeira parte do artigo 100º do CPA) e possuem o direito de intervenção activa, mesmo depois da decisão administrativa provisória lhes ter sido devidamente comunicada (nº 3, do artigo 101º do CPA), quanto à “resposta” no caso de a Audiência dos Interessados ter sido efectuada sob a forma escrita, ou então, o disposto no artigo 102.º, nº 4, no caso da Audiência oral²⁹⁶.

Note-se que durante a fase instrutória, o princípio da participação dos interessados tem plena aplicação, designadamente através do nº 2, do artigo 88º do CPA, onde se proporciona ao interessado a faculdade de “(...) juntar documentos e pareceres ou requerer diligências de prova úteis para o esclarecimento dos factos com interesse para a decisão”.

Em face do exposto, resulta que o princípio da participação dos interessados constitui uma base definidora de um modelo de decisão administrativa que possibilita ao interessado a sua intervenção na formação da decisão administrativa em diversas fases do percurso procedimental. O interessado não é mais um sujeito passivo na relação jurídico-administrativa,

²⁹⁶ Além disso, importa, ainda, considerar o caso das “diligências complementares”, realizadas officiosamente ou a pedido e consagradas no artigo 104º do mesmo CPA.

um receptáculo de decisões verticais mas, antes, tornou-se num participante activo cuja conduta influi na decisão final.

Mas, repetimos, neste quadro, estamos perante o princípio do contraditório com uma diferente denominação? É possível forçar uma analogia jurídica entre estes dois princípios mantendo a diferenciação entre as suas áreas de aplicação – uma mais processual e a outra, a do princípio da participação dos interessados, marcadamente procedimental?

Na nossa perspectiva, a resposta será negativa - e isto, apesar de alguma tendencial abertura inicial a esta hipótese da parte de alguns Autores como, por exemplo, MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, PEDRO COSTA GONÇALVES e JOÃO PACHECO DE AMORIM, quando associam a participação dos interessados a "(...) um direito de defesa dos particulares tradicionalmente centrado no contencioso" (intuindo-se, conseqüentemente, que tal analogia teria alguma propriedade)²⁹⁷. Embora, ulteriormente, essa inclinação também já não seja contemplada pelos mesmos autores, julgamos ser de refutar liminarmente essa hipótese de analogia. Há, de facto, similitudes, mas não existem semelhanças jurídicas intrínsecas entre as duas figuras consideradas.

Assim, importa sublinhar que ao contrário do que se passa nos processos jurisdicionais (incluindo o processo administrativo, nomeadamente após a entrada em vigor da Reforma da Justiça Administrativa em Janeiro de 2004), no procedimento administrativo *não há partes*. Não existe paridade entre os interesses em causa, mesmo quando tais interesses são conflituantes. Como resulta do artigo 4º do CPA (em consonância com o nº 1, do artigo 266.º), a Administração Pública deve "prosseguir o interesse público" e este será, desde logo, indisputável - se bem que a Administração o deva fazer "no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos".

É nesta última asserção, impositiva de um dever da Administração Pública, que devemos enquadrar o princípio da participação dos interessados na lógica de que o interesse público deverá sempre ser cumprido, prioritariamente (mas nem sempre de forma absoluta) de acordo com os

²⁹⁷ MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA / PEDRO COSTA GONÇALVES / JOÃO PACHECO DE AMORIM *Código de Procedimento Administrativo Comentado*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, p. 123.

direitos e interesses dos particulares. Como afirmam MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, PEDRO COSTA GONÇALVES e JOÃO PACHECO DE AMORIM, esse “respeito (dos direitos e dos interesses) ” será preferencialmente um “(...) dever de ponderação ou de consideração”, uma vez que o interesse público terá sempre primazia²⁹⁸ .

O princípio do contraditório pressuporá sempre uma reacção, uma objecção, uma *contradição* como o próprio nome o indica. Acontece que o princípio da participação dos interessados, independentemente das suas eventuais origens, possui uma razão de ser distinta, conforme também já referimos. Esta tem como escopo essencial a ponderação dos interesses dos interessados no cômputo da decisão final, pressupõe uma colaboração entre o particular e o ente administrativo e uma *desigualdade originária* entre os interesses em causa (público e particular) em caso de colisão, isto é, de impossibilidade de consenso entre eles.

Repare-se, aliás, que o princípio da participação dos interessados poderá ser bastante restringido na sua aplicação concreta (para além dos procedimentos urgentes): na fase Instrutória, através do artigo 57º do CPA e na fase da Audiência dos Interessados, mediante a aplicação do artigo 103º também do CPA. Em rigor, o princípio da participação dos interessados e a fase da Audiência dos Interessados, apesar de terem enquadramento constitucional, não têm sido vistas como merecendo uma protecção equivalente à dos direitos fundamentais²⁹⁹ .

58. Ora, o que concluímos – ou seja, a participação dos interessados e, conseqüentemente, a Audiência dos Interessados, no âmbito do procedimento administrativo *não* beneficiarem de uma protecção equivalente àquela que é concedida aos direitos fundamentais - já não é transponível, contudo, para os procedimentos de cariz sancionatório (precisamente aqueles que correspondem

²⁹⁸ MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA / PEDRO COSTA GONÇALVES / JOÃO PACHECO DE AMORIM, *ob. cit.*, (Código...), p. 98

²⁹⁹ Ver, por exemplo, o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 9 de Março de 1995, em sede de Recurso (para aquele Tribunal Superior) nº 35846.

à epígrafe do artigo 19º da Lei da Concorrência). Nestes casos, emerge um valor constitucional reconhecido em sede de *Direitos, Liberdade e Garantias*, nomeadamente no nº 10, do artigo 32.º da Constituição da República Portuguesa onde se determina o seguinte: “Nos processos de contra-ordenação, bem como em quaisquer processos sancionatórios, são assegurados ao arguido os direitos de audiência e defesa”. Assim, apenas nos casos referidos neste normativo constitucional temos, em relação à Audiência dos Interessados, uma protecção equivalente à de um direito fundamental.

Assim sendo, compreende-se a diferenciação que a Lei e a jurisprudência têm seguido quando está em causa a não realização do princípio da participação dos interessados e da fase da Audiência dos Interessados, em procedimento administrativo “normal” (ou seja, que não seja um processo de contra-ordenação ou sancionatório): a falta da referida participação dos interessados origina a anulabilidade da decisão administrativa, por aplicação da regra geral do artigo 135.º do CPA.

No entanto e ao contrário dessa linha seguida pela Lei e pela jurisprudência, nos processos de contra-ordenação e nos processos de cariz sancionatório, caso a Audiência dos Interessados não tenha tido lugar indevidamente, a decisão fica viciada com a nulidade, por efeito da especificação expressa na alínea d), do nº 2, do artigo 133º do CPA que assim o determina relativamente aos “(...) actos que ofendam o conteúdo essencial de um direito fundamental”.

Já o mesmo não acontece no princípio do contraditório e na sua área de aplicação primordial, ou seja, o processo jurisdicional - e isto, inclusivamente no campo da justiça administrativa, recentemente reformada.

Com efeito, seguindo VIEIRA DE ANDRADE, é no âmbito da justiça administrativa (ou seja, situando-se no quadro dos princípios fundamentais do processo jurisdicional administrativo) que o princípio do contraditório significa (em especial, no âmbito desse processo jurisdicional administrativo) a garantia de que não serão admitidas provas, nem proferidas, pelo Tribunal, quaisquer decisões desfavoráveis a um sujeito processual (por exemplo, a uma empresa),

sem que este seja ouvido sobre a matéria em causa, possibilitando-se-lhe, assim, uma ampla e efectiva possibilidade de a discutir.

Nessa medida e no âmbito jurisdicional, o princípio do contraditório corresponderia ao direito de audiência dos interessados que, em relação aos particulares, deverá ser entendido como sendo um direito fundamental. Assim sendo, entende também VIEIRA DE ANDRADE que o contraditório deverá ser aplicado na determinação das *sanções pecuniárias compulsórias*³⁰⁰.

Ora, na realidade, a posição da administração (no procedimento administrativo) é sempre uma posição de *superioridade* (enquadrada pelos limites impostos pela legalidade) relativamente ao administrado, sendo que uma coisa é o dever de audição dos interessados, outra é o estatuto de paridade que o reconhecimento do contraditório (típico princípio definidor da função jurisdicional) implica entre as partes – paridade essa que, no domínio da actividade administrativa, não se verifica entre o administrado (o particular) e a administração.

Assim sendo – e voltando ao início do ponto precedente - sublinha-se o assinalado carácter (no mínimo) equívoco, da referência ao princípio do contraditório de entre os “demais princípios gerais aplicáveis ao Procedimento Administrativo”, constante do artigo 19º da Lei da Concorrência.

2.7 - A aplicação do *Regime Geral das Contra-Ordenações* nos processos sancionatórios desencadeados pela Autoridade da Concorrência.

59. Mas, depois da nota crítica à redacção do artigo 19º da Lei da Concorrência, retomemos a questão que deixamos, *supra* (nº 56), em aberto. Assim, uma vez que o artigo 19º da Lei da Concorrência indica que, sem prejuízo do disposto na Lei da Concorrência (direito aplicável a título principal), “os procedimentos sancionatórios devem seguir os princípios gerais aplicáveis ao procedimento e à actuação administrativa, constantes do Código do Procedimento Administrativo” e, por outro lado, o artigo 22º da *mesma* Lei,

³⁰⁰ JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Justiça Administrativa* (Lições), 8ª ed., Almedina, 2006, p. 488 e em nota nº 1106.

determina, para os *mesmos* procedimentos, a aplicação subsidiária do regime geral dos ilícitos de mera ordenação social (Regime Geral das Contra-Ordenações), deveremos empreender um esforço de conciliação daqueles diferentes regimes? Poder-se-á aplicar, subsidiariamente, aos processos (sancionatórios) relativos às infracções por violação dos artigos 4º, 6º e 7º da Lei da Concorrência, tanto os referidos princípios do procedimento administrativo e o Código de Procedimento Administrativo, como o regime geral das contra-ordenações?

Uma possível resposta a esta questão – considerando, em particular, o nº 3, do artigo 9º do Código Civil que nos requer um esforço interpretativo, no sentido de ser encontrado um sentido útil e razoável para a norma objecto de interpretação – poderia passar pelo seguinte entendimento: a referência efectuada no artigo 19º da Lei da Concorrência para os princípios gerais aplicáveis ao procedimento administrativo deveria ser compreendida como referindo-se apenas aos procedimentos sancionatórios de natureza administrativa, prosseguidos pela Adc, tais como os relativos à aplicação de sanções pecuniárias compulsórias (artigo 46º da Lei da Concorrência). Ou seja, estariam, assim, em causa, unicamente aqueles procedimentos que impondo uma sanção, não aplicam uma coima ou uma sanção acessória a esta. Por outro lado, aos restantes processos que conduzem à eventual aplicação de coimas ou de sanções acessórias a estas sanções pecuniárias (como será o caso dos processos relativos à aplicação dos mencionados artigos 4º, 6º e 7º da lei da Concorrência), ser-lhes-ia aplicável subsidiariamente o Regime Geral das

Contra Ordenações e *ex-vi* nº1, do artigo 41º deste³⁰¹, o Código de Processo Penal³⁰².

O Tribunal de Comércio de Lisboa já teve, de facto, a oportunidade de, claramente, afastar a aplicação subsidiária do Código de Procedimento Administrativo, relativamente a um processo sancionatório por violação do artigo 4º da Lei da Concorrência, afirmando, com efeito, que: “ (...) no caso dos autos não há que recorrer às normas do Código do Procedimento Administrativo respeitantes à fundamentação das decisões (artigos 100 e 101) mas sim às normas do Regime Geral das Contra-ordenações referentes a esta matéria (artigo 50). Aliás, o que nunca se poderia era entender (...) que se aplicam subsidiariamente o Código de Procedimento Administrativo e o Regime Geral das Contra-ordenações. (...) Ora não pode aceitar-se que uma mesma decisão deva ser considerada nula ou anulável por violar o artigo 100º do Código do Procedimento Administrativo e o artigo 50º do Regime Geral da Contra-ordenações³⁰³”.

Poderá questionar-se, ainda, se a indicação fornecida pelo artigo 19º da Lei da Concorrência terá, numa outra perspectiva, algum préstimo capaz de justificar o esforço de conjugação desse artigo, com o artigo 22º da Lei da Concorrência, podendo ser seguida noutro tipo de processos previstos naquela Lei, como, por exemplo, os processos relativos a operações de concentração entre empresas ou mesmo os processos por violação de medidas cautelares (artigo 27º da Lei da Concorrência), fixadas pela Adc.

³⁰¹ O referido artigo 41º do Regime Geral das Contra-Ordenações estabelece o seguinte: “1 - Sempre que o contrário não resulte deste diploma, são aplicáveis, devidamente adaptados, os preceitos reguladores do processo criminal. 2 - No processo de aplicação da coima e da sanção acessória, as autoridades administrativas gozam dos mesmos direitos e estão submetidas aos mesmos deveres das entidades competentes para o processo criminal, sempre que o contrário não resulte do presente diploma”.

³⁰² MIGUEL MOURA E SILVA sugere esta hipótese de interpretação – MIGUEL MOURA E SILVA, *Direito da Concorrência. Uma Introdução Jurisprudencial*, Almedina, 2008, p. 163.

³⁰³ Tribunal de Comércio de Lisboa, processo nº 766/06.4TYLSB, p. 72, *apud* MIGUEL MENDES PEREIRA, *Lei da Concorrência. Anotada*. Coimbra Editora, 2009, p. 265 e 266.

O Tribunal de Comércio de Lisboa, debatendo-se, também, com esta última questão, entendeu, contudo, na sua sentença de 13 de Julho de 2005³⁰⁴, avançar mesmo para uma interpretação ab-rogante daquele artigo 19º da Lei da Concorrência.

Este Tribunal, na sentença agora referida, começou por afirmar que: “Concatenando os regimes legais resulta claro que a Adc, ao investigar infracções que constituam contra-ordenações se rege pela Lei nº 18/2003 e pelo Regime Geral das Contra-ordenações (...). Nos termos dos artigos 32º e 41º do Regime Geral das Contra-ordenações, o direito subsidiário substantivo aplicável é o direito penal e o direito adjectivo subsidiário aplicável é o direito processual penal. Daí que não faça sentido, no caso concreto em que está em causa uma contra-ordenação (violação do artigo 43º, nº 3, alínea b, da Lei da Concorrência), apelar aos princípios e às disposições do Código de Procedimento Administrativo, que não são aqui aplicáveis”.

Seguidamente, aquele Tribunal, de um modo sibilino, conclui: “Há que separar claramente as águas neste tipo de procedimentos: sucessivamente, seguem-se as disposições próprias da Lei nº 18/2003 (Lei da Concorrência) aplicáveis ao processamento das contra-ordenações, o Regime Geral das Contra-ordenações, o Código de Processo Penal e o Código de Processo Civil (*ex vi* artigo 4º do Código de Processo Penal). Face a este desenho não há lugar a qualquer aplicação do direito administrativo, muito menos do direito administrativo procedimental”.

Tentando, contudo, evitar, em tese geral, a interpretação revogatória proposta pelo Tribunal de Comércio de Lisboa (note-se que no aresto atrás mencionado, o Tribunal teve o cuidado de precisar que a solução seguida enquadrava-se “no caso concreto” em apreço, no qual estava em causa uma contra-ordenação), talvez a solução mais apropriada passe pela interpretação que atrás indicamos e que aponta para um entendimento da referência feita no artigo 19º da Lei da Concorrência como destinando-se apenas aos procedimentos sancionatórios de natureza administrativa, prosseguidos pela

³⁰⁴ Tribunal de Comércio de Lisboa, 3º Juízo, Processo nº 769/05.6TYLSB, *apud* MIGUEL MENDES PEREIRA, *ob. cit* (*Lei da Concorrência*).

Adc, tais como os relativos à aplicação de sanções pecuniárias compulsórias. Já no que diz respeito aos processos por infracção ao disposto nos artigos 4º, 6º e 7º da Lei da Concorrência, bem assim como, de igual modo e com as necessárias adaptações, aos processos instaurados pela Adc, com fundamento na violação dos artigos 81º e/ou 82º do Tratado CE, a aplicação, a título subsidiário, do Regime Geral das Contra-ordenações, afigura-se como sendo a solução que, conseqüentemente, deverá ser seguida.

Esta interpretação, em rigor, acaba, também, por não ser posta em causa pelo Tribunal de Comércio de Lisboa³⁰⁵, nas decisões judiciais atrás

³⁰⁵ Importa - se bem que, neste ponto do texto, apenas instrumentalmente e de forma tópica e sem prejuízo de ulteriores desenvolvimentos – descrever os aspectos principais do funcionamento processual previsto nos termos da Lei da Concorrência, desde logo, para enquadrarmos referência efectuada à jurisprudência do Tribunal de Comércio de Lisboa.

Assim, no processo conducente à aplicação de coimas ou de outras sanções previstas na lei e ultrapassada a fase do inquérito e da sua decisão (artigo 25º da Lei da Concorrência), entra-se na fase da instrução. Esta (a instrução) inicia-se com a notificação efectuada pela Adc e dirigida às empresas ou associações de empresas visadas (artigo 26º e alínea *b*, do nº 1, do artigo 25º, ambos da Lei da Concorrência). Note-se que, nos termos do artigo 27º da Lei da Concorrência, a Adc poderá, a qualquer momento do inquérito ou da instrução, ordenar medidas provisórias (cautelares). A instrução concluir-se-á, nos termos do artigo 28º da Lei da Concorrência, com a decisão final da Adc, na qual esta autoridade poderá: a) ordenar o arquivamento do processo; b) declarar a existência de uma prática restritiva da concorrência (ou seja, uma violação das regras dos artigos 4º, 6º e 7º da Lei da Concorrência) e, se for caso disso, ordenar, ainda, a cessação da prática violadora em causa ou dos seus efeitos; c) aplicar as coimas e demais sanções previstas na Lei e, d) autorizar um acordo entre empresas, com base num juízo de balanço económico positivo, ou seja, nos termos do artigo 5º da Lei da Concorrência. Ora, da decisão final da Adc que aplique coimas ou outras sanções previstas na Lei, caberá *recurso* judicial para o Tribunal de Comércio de Lisboa, com efeito suspensivo – e isto, nos termos do nº1, do artigo 50º da Lei da Concorrência. Das demais decisões, despachos ou outras medidas adoptadas pela Autoridade, caberá recurso, também para o mesmo Tribunal de Comércio de Lisboa, porém, “com efeito meramente devolutivo, nos termos e limites fixados no nº 2 do artigo 55º do Decreto-Lei nº 433/82, de 27 de Outubro (Regime Geral das Contra-ordenações)”. Isto mesmo resulta, expressamente, do nº 2, daquele artigo 50º da Lei da Concorrência. Depois, de acordo com o artigo 52º da mesma Lei, existirá ainda recurso para o Tribunal da Relação de Lisboa, das decisões proferidas pelo do Tribunal de Comercio de Lisboa, seguindo-se sempre o regime geral dos ilícitos de mera ordenação social, aplicável, portanto, às

mencionadas – na medida em que nessas decisões judiciais o Tribunal debatiasse, de facto, com processos envolvendo práticas contra-ordenacionais.

Assim, e no que diz respeito à questão da garantia dos direitos de defesa das empresas e/ou associações de empresas – questão atrás equacionada a propósito da possibilidade de uma autoridade nacional, nos termos do artigo 13º do Regulamento nº 1/2003, tratar apenas parcialmente um determinado caso³⁰⁶ - importa dizer, em conclusão que, à luz do ordenamento português, a garantia de tais direitos será aquela que decorre do Regime Geral das Contra-ordenações e, por remissão deste, do Código de Processo Penal (aplicável, portanto, aos processos sancionatórios contra-ordenacionais, empreendidos pela Adc).

decisões sancionatórias. O Tribunal da Relação de Lisboa decide, nestes casos, em última instância, sendo que dos acórdãos proferidos por este Tribunal, não caberá recurso ordinário (nº 2, do artigo 50º).

No entanto, relativamente às decisões da Adc que não apliquem coimas, nem outras sanções, importa reter o nº1, do artigo 54º da Lei da Concorrência: “das decisões da Autoridade (Adc) proferidas em procedimentos administrativos (...), cabe recurso para o Tribunal de Comércio de Lisboa, a ser tramitado como *acção administrativa especial*” (nº1, do citado artigo 54º da referida Lei). Este recurso “tem efeito meramente devolutivo, salvo se lhe for atribuído, exclusiva ou cumulativamente com outras medidas provisórias, o efeito suspensivo por via do decretamento de medidas provisórias” - nº 2, do mesmo artigo 54º. Por outro lado, das decisões proferidas pelo Tribunal de Comércio de Lisboa, nas *acções administrativas* interpostas contra as decisões da Adc, “cabe recurso jurisdicional para o Tribunal da Relação de Lisboa e deste, limitado à matéria de Direito, para o Supremo Tribunal de Justiça” - nº 1, do artigo 55º, da Lei da Concorrência. Porém, se o recurso jurisdicional referido, disser respeito, apenas, a questões de direito, ele será interposto directamente para o Supremo Tribunal de Justiça - nº 2, do artigo 55º. Estes recursos jurisdicionais, de todo o modo, apenas “têm efeito devolutivo” - nº 3, do mesmo artigo 55º, da Lei da Concorrência.

³⁰⁶ Caso esse, recorde-se, cuja respectiva instrução esteja já decorrer perante outra autoridade nacional da concorrência - nº 24, da Comunicação da Comissão sobre a cooperação no âmbito da rede de autoridades da concorrência.

2.8 - A aplicação do artigo 13º do Regulamento nº 1/2003 e a "rede europeia da concorrência".

60. Ora, regressando, à questão do 13º do Regulamento nº 1/2003, importa salientar que esta norma, interpretada em conformidade com a Comunicação da Comissão sobre a cooperação no âmbito da rede de autoridades de concorrência, permite, portanto, que "um procedimento seja suspenso ou uma denúncia rejeitada com o fundamento de que outra autoridade³⁰⁷ "está a instruir ou já instruiu o processo", em relação à mesma alegada infracção (nº 20 da Comunicação).

Segundo o entendimento da Comissão, a expressão "instrução do processo", constante do artigo 13º do Regulamento nº 1/2003, "não significa apenas que foi apresentada uma denúncia a outra autoridade nacional, mas que essa outra autoridade está a investigar ou já investigou o caso por sua própria conta" (ainda o mesmo nº 20, da Comunicação). Regressando, novamente e neste ponto, ao ordenamento português, isso significa que será necessário ter sido desencadeado ou aberto, pela Adc, um inquérito (nos termos do artigo 24º da Lei da Concorrência) sobre certos factos (também) alegadamente violadores dos artigos 81º e 82º do Tratado CE, para que terceiras autoridades de outros Estados-membros possam, porventura, suspender um processo ou rejeitar uma denúncia relativamente aos mesmos factos (objecto do inquérito da Adc).

Ora, este mecanismo instituído pelo artigo 13º do Regulamento nº 1/2003 implica, necessariamente, uma boa cooperação entre todos os membros da rede europeia de autoridade de concorrência (as autoridades nacionais e a própria Comissão). Torna-se, conseqüentemente, imprescindível para o funcionamento de alguns institutos introduzidos pelo Regulamento (como será o caso daquele que é estabelecido no respectivo artigo 13º), um nível suficientemente bom e operativo de cooperação entre todas as entidades integrantes da referida rede.

³⁰⁷ Outra ou outras autoridades nacionais que não aquela que iniciou em último lugar tal procedimento ou recebeu mais recentemente tal denúncia.

Com o intuito de se alcançar esse nível de cooperação eficaz, foram criados, no quadro do Regulamento, dois tipos de instrumentos: por um lado, um *sistema de troca de informações*; por outro lado, a *assistência recíproca*, entre as autoridades nacionais e a Comissão, no que diga respeito a diligências de investigação de casos concretos.

Na realidade, em relação ao aspecto que, em particular, agora nos ocupa, interessa, sobretudo, atentar no *sistema de troca de informações* instituído a partir do Regulamento nº 1/2003 (I).

Ora, é possível, a propósito desse sistema, distinguir dois tipos de informações trocadas entre os membros da rede: i) informações genéricas que deverão ser automaticamente transmitidas a todos os intervenientes na rede, como será o caso das informações sobre a abertura de um processo, relativamente à aplicação dos artigos 81º e/ou 82º do Tratado CE (tal como previsto no nº 3, do artigo 11º do Regulamento), ou então, ii) as informações respeitantes a um caso em particular, transmitidas específica e individualmente, à autoridade que as solicitou.

A transmissão deste último tipo de informação (ii) - qualquer elemento de facto ou de direito, incluindo informações confidenciais que poderão ser utilizados como meio de prova – levanta, efectivamente, mais problemas. No entanto, já anteriormente, no presente trabalho, abordamos algumas dessas situações problemáticas, emergentes a partir dessa troca de informações específicas e individualizadas, relativamente a um caso concreto.

Uma ilustração desse tipo de problemas é-nos fornecida com as dificuldades sentidas em França, quando este Estado-membro se viu confrontado com a necessidade de harmonizar o seu regime da utilização das informações ditas confidenciais, com as exigências de circulação de informações, decorrentes do Regulamento nº 1/2003. Na realidade – sem regressarmos a tal exemplo, acima exposto – poderemos, topicamente, recordar alguns aspectos principais de tal dificuldade de articulação, sentida no contexto da ordem jurídica francesa.

Assim, a troca de informações individualizadas e respeitantes a casos concretos (incluindo as informações confidenciais de negócios), introduzida pelo

Regulamento, entre as autoridades da rede europeia, pressupôs, simultaneamente, não só a natural obrigação de sigilo profissional recaindo sobre quem lida com tais dados (nº 2, do artigo 28º do Regulamento nº 1/2003), como, também, o facto de a utilização processual (nomeadamente, como meio de prova) de tais informações, ser apenas acessível às autoridades da concorrência. Ora, isto – essa utilização restrita às autoridades – colidiu com a configuração de alguns sistemas jurídicos dos Estados-membros, como foi o caso do sistema francês. Este – tal como outros sistemas internos – consagrava um princípio da igualdade de acesso aos dados do processo, entre todas as partes envolvidas (e não só a autoridade competente). Saliente-se que estava em causa, no sistema então vigente em França, uma igualdade de acesso relativamente a *todos* os dados (incluindo as informações confidenciais), no decurso de um processo tendente à aplicação das regras da concorrência. O referido sistema nacional, permitia, de facto, o acesso à integralidade dos elementos constantes do processo, por parte de todas as empresas envolvidas na investigação e nesse processo, quer fossem as empresas investigadas quer as queixosas ou assistentes.

Com a vigência do Regulamento nº 1/2003, a necessária articulação entre o regime comunitário e o regime interno francês (ou seja, a manutenção do referido princípio de igualdade, vigente neste regime nacional), implicaria a eliminação, enquanto meios de prova, das informações confidenciais constantes dos processos desencadeados ou pela Comissão ou por outras autoridades nacionais – o que acarretaria desvantagens óbvias em termos de investigação e da posição das autoridades da concorrência.

O problema acabou por ser ultrapassado com uma voluntária adesão das autoridades e do legislador franceses, à solução seguida pelo Regulamento. No entanto, como assinalamos já, o resultado desta convergência acabou por se saldar numa diminuição dos direitos do queixoso ou de terceiras empresas envolvidas na investigação (em matéria de aplicação das regras de *defesa da concorrência*), deixando-se cair, na ordem jurídica francesa, tal princípio de igualdade de acesso, decorrente do então artigo L – 463 do *Code de Commerce* francês.

A convergência processual entre a ordem jurídica francesa e o sistema introduzido pelo Regulamento nº 1/2003, nesta questão suscitada a propósito da cooperação eficaz no âmbito da rede europeia de autoridades da concorrência, acabou, assim, por ser alcançada; no entanto, numa primeira leitura, tal convergência afectou um antecedente nível mais elevado (interno) de protecção das posições e dos direitos processuais das empresas envolvidas em processos de aplicação das regras de concorrência.

61. Ora, continuando a atentar no sistema de troca de informações instituído a partir do Regulamento nº 1/2003, importa, agora, considerar algumas notas em relação às informações genéricas que deverão ser automaticamente transmitidas a todos os intervenientes na rede (i).

O nº 3, do artigo 11º do Regulamento nº 1/2003, determina que:

“Sempre que agirem em aplicação dos artigos 81º e 82º do Tratado, as autoridades dos Estados membros responsáveis em matéria de concorrência devem comunicá-lo por escrito á Comissão antes ou imediatamente depois de terem dado início à primeira medida de investigação formal. Esta informação também pode ser disponibilizada às autoridades homólogas dos outros Estados membros”.

Voltando a invocar o ordenamento português, coloca-se, desde logo, a seguinte questão: quando é que a Adc deve comunicar à Comissão a existência de um processo tendente à aplicação dos artigos 81º e/ou 82º do Tratado?

A resposta à questão formulada, dependerá, por seu turno, da determinação do momento em que se considera que é adoptada a “primeira medida de investigação formal”. Na nossa perspectiva, este momento deverá corresponder ao da abertura do próprio inquérito.

CAPÍTULO 3º - Os novos actos/instrumentos de orientação e de garantia da aplicação dos artigos 81º e 82º do Tratado CE.

I

As "Cartas de Orientação"

3.1 – A aplicação *ex-lege* dos artigos 81º e 82º do Tratado CE

62. Outro tipo de actos introduzido no sistema de *defesa da concorrência* comunitário com a respectiva reforma em curso - para além das atrás abordadas "decisões de privação de competência"³⁰⁸ - corresponde às "orientações informais" ou "carta de orientação"³⁰⁹.

O considerando nº 38 do Regulamento nº 1/2003, abre caminho à utilização, enquanto instrumentos auxiliares de garantia da efectividade do referido sistema comunitário de *defesa da concorrência*, destas orientações informais.

Com efeito, invocando como razão justificativa a promoção da segurança jurídica (na aplicação daquele sistema de regras comunitárias), tal considerando nº 38 do Regulamento em causa, indica o seguinte:

"A certeza jurídica para as empresas que operam ao abrigo das regras comunitárias da concorrência contribui para melhorar a inovação e o investimento. Havendo casos que suscitem uma real incerteza, por apresentarem questões novas ou não resolvidas à aplicação destas regras, as empresas poderão desejar recorrer à orientação informal da Comissão. O presente regulamento não prejudica a capacidade de a Comissão prestar esta orientação informal".

Ora, este cuidado expresso pela Comissão com a certeza jurídica, decorre do facto de o novo regime introduzido pelo Regulamento nº 1/2003, relativamente à aplicação do artigo 81º do Tratado CE - institucionalizando,

³⁰⁸ As decisões adoptadas com base no nº 6, do artigo 11º do Regulamento nº 1/2003.

³⁰⁹ Trata-se de uma forma de actos de direito derivado atípicos e não vinculativos, emitidos pela Comissão (se pretendermos enquadrar estes actos, à luz do artigo 249º do Tratado CE); são as denominadas "guidance letters", na terminologia anglo-saxónica.

entre outros aspectos, o método da denominada "excepção legal" - poder potenciar uma relativa imprevisibilidade e, conseqüentemente, originar uma muito menor segurança, para as empresas e associações de empresas.

Desde 1 de Maio de 2004 que, com a entrada em vigência do Regulamento nº 1/2003, a anterior notificação prévia dos comportamentos passíveis de se subsumirem ao artigo 81º do Tratado CE, característica do regime de aplicação introduzido pelo Regulamento nº 17 de 1962, foi suprimida.

O nº 1, do artigo 1º, do Regulamento em causa (Regulamento nº 1/2003), estabelece, como é sabido, que "os acordos, as decisões e as práticas concertadas referidos no nº 1, do artigo 81º do Tratado que não satisfaçam as condições previstas no nº 3 do mesmo artigo, são proibidos, *não sendo necessária, para o efeito, uma decisão prévia*" - sendo certo que, por outro lado e correspectivamente, nos termos do nº 2, da mesma norma do referido Regulamento, "os acordos, as decisões e as práticas concertadas referidos no nº 1, do artigo 81º do Tratado que satisfaçam as condições previstas no nº 3 do mesmo artigo, *não são proibidos, não sendo necessária, para o efeito, uma decisão prévia*".

O nº 3, desse artigo 1º, do Regulamento nº 1/2003, no mesmo sentido dos números precedentes e referindo-se, por seu turno, à aplicação do artigo 82º do Tratado CE, explicita, também, que: "A exploração abusiva de uma posição dominante referida no artigo 82º do Tratado é proibida, não sendo necessária, para o efeito, uma decisão prévia".

Neste actual regime de aplicação dos artigos 81º e 82º³¹⁰ do Tratado CE, deixam, portanto, de ser notificadas, pelas empresas, quaisquer práticas de

³¹⁰ Na realidade, a notificação prévia à Comissão dos comportamentos susceptíveis de se subsumirem ao artigo 82º do Tratado CE (abusos de posição dominante) não estava prevista, no âmbito do regime instituído pelo Regulamento nº 17 de 1962. A referência agora constante do nº 3, deste artigo 1º, do Regulamento nº 1/2003, terá tomado em consideração aquelas situações em que, indirectamente e através do conhecimento de comportamentos de entente (portanto, sobretudo na sequência de notificações prévias de coligações projectadas pelas empresas), a Comissão, após a análise do respectivo mercado relevante, concluíra que o artigo

entente eventualmente abrangidas pelo Direito Comunitário e a apreciação da respectiva validade de tais práticas far-se-á, conseqüentemente e por todos os interessados, directa e imediatamente, *ex-lege* – e isto, sem a orientação interpretativa que representava a resposta à notificação prévia, por parte da Comissão, adoptada, em princípio, sob a forma de uma decisão³¹¹.

O regime actual, privando, assim, as empresas da possibilidade de obterem decisões (ditas) de isenção individual ou mesmo de “não aplicação” do

82º seria aplicável a tal situação (as empresas envolvidas dispunham de uma posição dominante no respectivo mercado).

³¹¹ Com efeito, no âmbito da vigência do regime antecedente de aplicação dos artigos 81º e 82º do Tratado CE (instituído pelo Regulamento nº 17 de 1962) e, em particular, no que dizia respeito à aplicação do artigo 81º, consagrava-se o ónus, a cargo das empresas e das associações de empresas, da “notificação prévia” à Comissão, dos comportamentos projectados ou acordados por tais empresas. “Notificação prévia” essa, dirigida à Comissão, sendo prévia relativamente à execução desses comportamentos das empresas, hipoteticamente subsumíveis a tal norma do Tratado. Tratava-se de um ónus (e não de uma obrigação jurídica) na medida em que a falta de notificação tinha como consequência a impossibilidade de as empresas em causa (e, no caso, em falta, relativamente a tal notificação) não poderem, ulteriormente, beneficiar de uma eventual decisão de “isenção individual”, á luz do nº 3, do artigo 81º do Tratado CE. Ora, na sequência dessa notificação prévia, a Comissão, de facto, poderia emitir, respectivamente e para além das ditas decisões de isenção individual (se considerasse estarem verificados, no caso concreto, os requisitos impostos pelo nº 3, do artigo 81º do Tratado CE), uma decisão de “não oposição” (“não aplicação” do respectivo artigo 81º) ou ainda, uma decisão de *proibição* do comportamento projectado e notificado. Por outro lado, era também possível (e frequente) a emissão, pela Comissão, de uma “declaração provisória” que atestasse a não oposição a tal comportamento: “atestado ou certificado negativo”, sem possuir o carácter formal de uma decisão e sem vincular, definitivamente, a Comissão, relativamente a uma ulterior apreciação e decisão – decisão esta, mais fundamentada ou, porventura, instruída com novos elementos de informação e de prova. Este “certificado negativo” funcionava como uma espécie de atestado relativo e provisório, sobre a validade do comportamento em causa, assemelhando-se, portanto, a uma declaração que titulava uma “não decisão” (não legitimando, conseqüentemente, a invocação ulterior de eventuais direitos, ou mesmo expectativas, adquiridos). Para uma súmula do regime da “notificação prévia”, vigente no âmbito do Regulamento nº 17 de 1962 e introdutória, precisamente, à oportunidade e função das “cartas – orientação” ou “orientações informais” da Comissão, PEDRO MADEIRA FROUFE, *ob. cit.* (*A Aplicação dos Artigos 81º e 82º do Tratado CE...*), p. 169 a 171.

artigo 81º, do Tratado CE, impõe-lhes a tarefa de avaliarem e determinarem, elas próprias, se os seus acordos restringem, ou não, a concorrência, violando, porventura, o Direito Comunitário. E, importa não esquecer que, desta forma e relativamente aos acordos, decisões de associação e práticas concertadas entre empresas, estas sujeitam-se, com o novo regime de “excepção legal” de aplicação do nº 3, do artigo 81º e já sem a antecedente notificação prévia, a ver tais comportamentos, eventualmente já em plena fase de execução, serem considerados e declarados nulos – e, repita-se, nos termos nº 1, do artigo 1º, do Regulamento nº 1/2003, “não sendo necessária, para o efeito, uma decisão prévia³¹²”.

Por isso mesmo (pela aplicação *ex-lege* dos artigos 81º e 82º do Tratado CE), emerge, também, deste regime introduzido pelo Regulamento nº 1/2003, outra consequência que contribui, numa outra perspectiva, para um previsível acréscimo de insegurança jurídica, sentido pelas empresas: “(...) nenhuma autoridade ou órgão jurisdicional, nacional ou comunitário, terá poderes para tomar decisões positivas com efeitos constitutivos de direitos, susceptíveis de conferir a um acordo ou parte dele *imunidade* contra as intervenções de outras autoridades de concorrência ou tribunais³¹³”.

Esta consequência terá, também, justificado parcialmente a criação das anteriormente abordadas “decisões de privação de competência”, adoptadas pela Comissão, nos termos do nº 6, do artigo 11º do Regulamento nº 1/2003 (ou seja, um dos novos actos introduzidos, no sistema de *defesa da concorrência* comunitário, pela respectiva reforma e, em particular, pelo Regulamento nº 1/2003).

³¹² Importa lembrar que, por um lado, nos termos gerais de Direito e, por outro, de acordo com o artigo 2º, do Regulamento nº 1/2003, pertencerá à empresa ou associação de empresas que invoca o benefício do nº 3, do artigo 81º, produzir a prova necessária - em caso de eventual litígio - de que o seu comportamento preenche todos os requisitos estabelecidos nessa norma.

³¹³ JOSÉ LUIS CRUZ VILAÇA, *A Modernização da aplicação das regras comunitárias de concorrência segundo a Comissão Europeia. Uma reforma fundamental*, in Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Volume Comemorativo do 75º Tomo do Boletim da Faculdade de Direito, *Coimbra 2003*, p. 722 e 723.

Sob o ponto de vista da aplicação impositiva, de carácter público, dos artigos em causa do Tratado CE, podemos dizer que a uma espécie de controlo preventivo e prévio, centralizado na Comissão, sucedeu, com o Regulamento nº 1/2003 e em virtude da aplicação directa e imediata de tais normativos (sobretudo, da integralidade do artigo 81º do Tratado CE), um controlo *ex-post*. Assim sendo, verifica-se, também e conseqüentemente, uma significativa exigência acrescida de auto-responsabilização por parte das empresas e das associações de empresas que desenvolvem comportamentos passíveis de serem enquadrados á luz de tais regras.

Numa outra perspectiva complementar, sem considerarmos os mecanismos de avocação ou de privação de competências das autoridades nacionais, introduzidos a favor da Comissão (como a possibilidade contemplada no nº 6, do artigo 11º do Regulamento nº 1/2003), podemos, também, sublinhar o facto de este novo sistema de “excepção legal” e de controlo *a posteriori*, passar a ser garantido, paralela e concorrentemente, quer pela Comissão quer pelas autoridades nacionais (ou seja, pelo conjunto das autoridades integrantes da rede europeia de autoridades da concorrência) e, ainda, pelos próprios Tribunais dos Estados-membros³¹⁴ – o que será, também, um factor de incerteza, para as empresas que operam no Mercado Comum.

Ora, perante esta configuração do novo regime de aplicação dos artigos 81º e 82º (focalizamo-nos, agora, principalmente no artigo 81º, uma vez que, como já referimos em nota antecedente, a notificação prévia vigente no âmbito do Regulamento nº 17 de 1962, era dirigida, directamente, para as situações de entente), inevitavelmente e, pelo menos, em relação aos primeiros anos de vigência do Regulamento nº 1/2003, existirá, então e comparativamente com o regime antecedente de aplicação daquelas normas do Tratado CE, um acréscimo de insegurança jurídica. Pelo menos, esta terá sido a previsão do

³¹⁴ Como já tivemos a oportunidade de assinalar, o artigo 5º do Regulamento nº 1/2003 atribui a competência necessária, às autoridades dos Estados-membros responsáveis em matéria de concorrência, para aplicar, em processos individuais, os artigos 81º e 82º do Tratado CE, sendo certo, por outro lado, que o artigo 6º do mesmo Regulamento outorga, igualmente, a mesma competência de aplicação, aos Tribunais dos Estados-membros.

legislador comunitário e terá, igualmente, justificado, desde logo, nos considerandos explicativos e introdutórios do Regulamento nº 1/2003 (considerando nº 38), ter sido expressamente consagrada a possibilidade de a Comissão emitir, a pedido das empresas e associações de empresas, tais “cartas – orientação” ou “orientações informais”.

3.2 – A existência de questões novas e relevantes (requisito fundamental de emissão das “Cartas de Orientação”).

63. Ora, a Comissão acabou por concretizar, na sua Comunicação sobre a “orientação informal relacionada com questões novas relativas aos artigos 81º e 82º do Tratado CE que surjam em casos individuais (“Cartas de Orientação”)³¹⁵”, integrada no “Pacote Modernização”, a possibilidade aberta pelo considerando nº 38 do Regulamento nº 1/2003. Com efeito, neste seu acto (não vinculativo), a Comissão define as circunstâncias e as condições que entende deverem verificar-se para dar resposta a tais solicitações (pedidos de orientação) das empresas.

Assim, nos termos da mencionada Comunicação, estas “Cartas de Orientação” de resposta às solicitações formuladas pelas empresas e associações de empresas, só serão emitidas, pela Comissão, se estiverem em causa *questões novas* relacionadas com a interpretação dos artigos 81º e 82º do Tratado CE.

O número 5 da referida Comunicação, estabelece, com efeito, que: “Nos casos que (...) suscitam verdadeiras incertezas por apresentarem questões novas ou não resolvidas em relação à aplicação dos artigos 81º e 82º, as empresas poderão pretender obter orientações informais por parte da Comissão. Quando o considere apropriado e sob reserva das suas prioridades de aplicação da lei, a Comissão poderá fornecer tais orientações informais sobre questões novas relacionadas com a interpretação dos artigos 81º e/ou 82º, através de uma declaração escrita (carta de orientação) ”.

³¹⁵ (2004/C 101/06). Jornal Oficial nº C 101, de 27.04.2004, p. 78.

Os critérios necessários para que uma questão seja considerada *nova e relevante*, podendo merecer, portanto, da parte da Comissão, uma orientação, através de uma destas cartas informais, estão traçados, sobretudo, nos números 8 a 10, da Comunicação referida³¹⁶. Assim, o número 9 da Comunicação tem o cuidado de, indirectamente, sublinhar o carácter meramente informal, das orientações da Comissão, na medida em que,

³¹⁶ Resultam dos termos da Comunicação (em especial, do seu número 8) que uma questão só deverá ser considerada nova e relevante, portanto, para efeito de emissão de uma “carta – orientação”, se, *cumulativamente*, estiverem preenchidos (na óptica da Comissão) os seguintes critérios:

- i) estiver em causa a resolução de uma questão jurídica efectivamente nova (uma questão de “aplicação da lei”, segundo a terminologia da alínea *a*, do número 8, da Comunicação), no sentido em que não existe ainda, no quadro vigente do *acquis communautaire* (jurisprudência comunitária, orientações gerais de acesso público cartas de orientação anteriores e práticas decisórias precedentes), uma resposta dada a tal questão;
- ii) uma avaliação *prima facie* da questão concluir ser útil a sua clarificação, tendo em conta, respectivamente, - a importância económica do caso, na perspectiva dos interesses dos consumidores envolvidos na prática em causa; considerando que tal prática ou acordo poderá corresponder (ou corresponde mesmo) a “uma utilização económica mais alargada” (na nossa perspectiva, este enunciado quererá significar que existe a forte probabilidade de se verificar um alargamento do mercado, na perspectiva dos consumidores), e ainda, considerando, também, “a importância dos investimentos associados à transacção relativamente à dimensão das empresas em causa e a medida em que a transacção afecta uma operação estrutural, como seja a criação de uma empresa comum que não exerce todas as funções de uma entidade económica autónoma” (pessoalmente, criticamos o carácter demasiadamente aberto e ambíguo destas formulação que, recorde-se, deveriam ser entendidas como sub-critérios concretizadores, suficientemente operativos e transparentes, do critério da utilidade da questão levantada pelas empresas, à Comissão). Segundo LAURENCE IDOT, estes três requisitos ou sub-critérios orientadores da importância que o esclarecimento da questão reveste, serão alternativos, não se situando, de resto, ao mesmo nível. A *utilidade* da “carta de orientação” é apreciada, respectivamente, ao nível dos consumidores, do sector económico em causa e das empresas que praticam a conduta que origina as dúvidas – LAURENCE IDOT, *ob. cit.* (*Droit Communautaire de la Concurrence...*), p. 133, parágrafo 305;
- iii) ser possível dar uma resposta, por parte da Comissão, sem ser necessário proceder-se ao apuramento de novos factos, para além daqueles que constam da informação já fornecida pela empresas que solicitam a “carta de orientação”.

expressamente, refere que esta Instituição “não considerará um pedido de carta de orientação”, sempre que as questões suscitadas sejam idênticas ou semelhantes àquelas que são objecto de um processo pendente nos Tribunais comunitários ou, ainda, num processo que corra termos na Comissão, nas autoridades da concorrência de um qualquer Estado-membro ou nos Tribunais nacionais.

Saliente-se, neste contexto, o facto de, excepcionalmente, nos termos do número 10 da Comunicação, admitir-se que as empresas possam solicitar uma “Carta de Orientação” à Comissão, “relativamente a questões suscitadas por um acordo ou prática planeados, isto é, *antes* da concretização desse acordo ou prática” - sendo certo, porém, que, neste caso, “a operação deve ter atingido um grau de desenvolvimento suficientemente avançado para que o pedido seja considerado”.

Nesta hipótese, de certa forma, a possibilidade, para as empresas interessadas, de solicitarem uma orientação informal à Comissão, antecipando a execução da prática planeada, bem assim como a possibilidade de obterem uma resposta, acaba por aproximar a situação em que se encontram tais empresas, em termos de certeza jurídica, daquela situação em que se encontrariam, caso tivessem ainda ao seu dispor, para este efeito, o mecanismo da “notificação prévia” que vigorava (pelo menos, em relação à aplicação do artigo 81º do Tratado CE), à luz do Regulamento nº 17 de 1962.

No entanto, este possível paralelismo entre as “cartas de orientação” e aquelas decisões de resposta às notificações prévias (previstas no quadro do regime estabelecido pelo Regulamento nº 17 de 1962), deixa de se poder fazer, com propriedade, se atendermos ao número 25 da Comunicação em causa. A Comissão não quis, realmente, aproximar ou confundir esta figura das “cartas de orientação” informal, com as anteriores decisões de resposta às notificações prévias, previstas no Regulamento de 1962, para efeito de aplicação do artigo 81º do Tratado CE. Na realidade, o referido número 25 da Comunicação sobre as “cartas de orientação”, estabelece o seguinte:

“As cartas de orientação não constituem decisões da Comissão e não vinculam as autoridades em matéria de concorrência nem os tribunais dos

Estados-membros com competência para aplicar os artigos 81º e 82º. No entanto, as autoridades em matéria de concorrência e os tribunais dos Estados-membros podem ter em conta as cartas de orientação emitidas da Comissão, desde que as considerem úteis no contexto de um processo”.

Podemos concluir, do enunciado transcrito, que a Comissão pretendeu deixar claro o facto de as “cartas de orientação” não produzirem efeitos jurídicos vinculativos (no caso, auto-vinculativos) e, conseqüentemente, não poderem ser objecto de um eventual recurso de anulação, nos termos do artigo 230º do Tratado. Esta é, pelo menos, a perspectiva daquela Instituição e, à luz desta posição, poderá, também, fundamentar-se e compreender-se melhor o número 11 da respectiva Comunicação. Com efeito, a Comissão esclarece, nesse número 11, que:

“Um pedido de carta de orientação não prejudica a competência da Comissão para dar início a um processo, nos termos do Regulamento nº 1/2003, relativamente aos factos apresentados no pedido”.

Partindo desta preocupação/esclarecimento expresso pela Comissão, no transcrito número 11, da Comunicação em causa, podemos, assim, concluir (sempre na perspectiva seguida por esta Instituição) que o pedido de uma destas declarações escritas, não prejudica a competência da Comissão para dar início a um processo, relativamente aos factos apresentados. Se enveredarmos por uma interpretação extensiva - que, aqui, julgamos apropriada - diremos, então, que tal competência não será prejudicada não só pelo mencionado pedido, mas também pela emissão de tal declaração escrita (da “carta de orientação” de resposta a tal pedido). Ou seja, tal como os anteriores *atestados* ou *certificados negativos* que, no fundo, titulavam uma “não decisão” e não conferiam qualquer direito às empresas que deles beneficiavam, também agora, estas “Cartas de Orientação”, não garantem definitivamente, na perspectiva da Comissão, segurança jurídica à empresa que a solicita. Este instrumento informal e informativo, apenas proporciona, portanto, uma relativa segurança *de facto*, em virtude de expressar um esclarecimento qualificado, da própria Comissão - mas, mais nada do que uma mera opinião/esclarecimento,

não vinculativo e insusceptível de impugnação judicial, designadamente, nos termos do artigo 230º do Tratado CE.

Este entendimento da Comissão, relativamente ao carácter meramente informal, não vinculativo e não impugnável judicialmente das “cartas de orientação”, é ainda mais nítido se lermos, também (e conjugadamente com os números enunciados anteriormente), o número 7 da Comunicação. Com efeito, este ponto da Comunicação em causa adverte que “ (...) esta possibilidade (as “Cartas de Orientação”) não deve interferir com o principal objectivo do Regulamento (nº 1/2003), que consiste em assegurar uma aplicação eficaz da lei. Consequentemente, a Comissão apenas poderá prestar orientação informal a empresas se tal for compatível com as suas prioridades de aplicação da lei”.

Em resumo, podemos concluir pela insusceptibilidade de impugnação judicial destas “cartas de orientação”. Na perspectiva enunciada pela Comissão, estas declarações (as referidas “cartas”) deverão ser unicamente utilizadas como um instrumento auxiliar (meramente informal) de atenuação do desconforto ou insegurança jurídica, eventualmente sentido pelas empresas com a introdução do regime de “excepção legal”, promovido pelo Regulamento nº 1/2003, no que diz respeito à aplicação dos artigos 81º e 82º do Tratado CE.

II

As “declarações de não aplicabilidade”

3.3 – As “Declarações de não aplicabilidade” e as (extintas) decisões de “isenção individual”

64. A denominada “declaração de não aplicabilidade” é um outro *novo* acto introduzido pelo Regulamento nº 1/2003, cuja impugnabilidade judicial, nos termos do artigo 230º do Tratado CE, poderá, também, ser equacionada.

O artigo 10º do Regulamento, com efeito, atribui uma nova faculdade à Comissão, nos termos seguintes:

“Sempre que o interesse público comunitário relacionado com a aplicação dos artigos 81º e 82º do Tratado assim o exija, a Comissão, pode, através de decisão, declarar oficiosamente que o artigo 81º do Tratado não se aplica a um acordo, decisão de associação de empresas ou prática concertada, quer por não estarem preenchidas as condições do nº 1 do artigo 81º do Tratado, quer por estarem preenchidas as condições do nº 3 do artigo 81º do Tratado”.

A parte final deste artigo do Regulamento nº 1/2003 - surgindo destacada num segundo e último parágrafo - estende a faculdade em causa, à aplicação do artigo 82º do Tratado CE:

“A Comissão pode do mesmo modo fazer declaração semelhante (ou seja, declaração oficiosa de não aplicabilidade) relativamente ao artigo 82º do Tratado”.

Na realidade, com a entrada em vigência do novo regime de aplicação dos artigos 81º e 82º do Tratado CE, introduzido pelo Regulamento nº 1/2003 e com a consequente extinção das decisões de “isenção individual”, típicas do anterior regime instituído pelo Regulamento nº 17 de 1962 (e do então vigente sistema de “notificação prévia” dos acordos entre empresas), a Comissão viu-se privada de um (relativamente) importante meio de divulgação da sua prática e da Política da concorrência comunitária.

A publicação das referidas “decisões de isenção individual” permitia à Comissão divulgar os princípios gerais aplicáveis em matéria de *defesa da concorrência*, para um determinado sector de actividade económica.

Além disso, essas decisões eram, também, nessa função assinalada de divulgação das linhas orientadoras da acção da Comissão, particularmente úteis, na medida em que acabavam por explicitar tais orientações, a propósito de ententes concretas. No anterior regime de aplicação dos artigos 81º e 82º do Tratado CE, como refere IDOT³¹⁷, a Comissão apoiava-se, por vezes, em alguns casos paradigmáticos para exprimir – através das “decisões de isenção individual” – a sua posição relativamente à aplicação das regras de concorrência a um sector determinado. Nos casos em que tal se verificou, a Comissão acabava por adoptar uma decisão particularmente detalhada e com um certo carácter pedagógico – como sucedeu no conhecido “caso dos perfumes” (decisões relativas à *Yves Saint Laurent*³¹⁸ e à *Givenchy*³¹⁹). Esta

³¹⁷ LAURENCE IDOT, *ob. cit.* (*Droit Communautaire...*), p. 130, parágrafo 294.

³¹⁸ Decisão 92/33/CEE, de 16.12.1991 - *Yves Saint Laurent Parfums* - relativa a um processo de aplicação do então artigo 85º do Tratado CE (actual artigo 81º). Jornal Oficial, nº L 12, de 18.01.1992, p. 24. Esta decisão foi objecto do acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 12 de Dezembro de 1996, Acórdão *Leclerc vs. Comissão*, Processo nº T-19/92, Colectânea, p. II-1851, que anulou aquela decisão de 1991, apenas em parte e na medida em que essa decisão entendeu que uma disposição do contrato de distribuição em causa, autorizando a *Yves Saint Laurent Parfums* a apreciar (negativamente) a candidatura de retalhistas cuja actividade de perfumaria não constituía a sua actividade comercial principal, não entrava no âmbito de aplicação do então nº 3, do artigo 85º do Tratado CE (actual 81º). O Tribunal de Primeira Instância, no entanto e no essencial, confirmou a validade da “isenção individual” concedida pela Comissão.

³¹⁹ Decisão 92/428/CEE da Comissão, de 24 de Julho de 1992, relativa a um processo de aplicação do artigo 85º do Tratado CEE, também a um sistema de distribuição selectiva da *Parfums Givenchy*. Jornal Oficial nº L 236, de 19.08.1992, p. 11. Esta decisão deu origem ao Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 12 de Dezembro de 1996, Acórdão *Kruidvat vs. Comissão*, Processo nº T – 87/92, Colectânea p. II – 1931 e ainda, ao Acórdão do Tribunal de Justiça de 17 de Novembro de 1998, Processo nº C – 70/97 – P, Colectânea, p. I – 07183.

preocupação pedagógica, de certa forma, poder-se-á ainda encontrar subjacente ao artigo 10º do Regulamento³²⁰.

Assim, poder-se-á compreender a faculdade consagrada a favor da Comissão, no transcrito artigo 10º do Regulamento, como sendo, também, um instrumento de divulgação da Política comunitária da concorrência - uma vez que, desde 1 de Maio de 2004, aquela Instituição passou a estar privada, para esse fim, das referidas "decisões de isenção individual".

Se tivermos em mente, na análise do artigo 10º do Regulamento, esta comparação com as referidas "decisões de isenção individual", então, o facto de as "declarações de não aplicabilidade" do artigo 82º do Tratado CE surgirem consagradas num parágrafo destacado (quase autónomo), ganha algum sentido. O objectivo do Regulamento foi o de disponibilizar à Comissão um instrumento relativamente sucedâneo das mencionadas "decisões de isenção individuais", em termos de divulgação das suas linhas de actuação. Recorde-se que aquelas decisões anteriormente existentes, destinavam-se, unicamente, à aplicação (no caso, à não aplicação) do artigo 81º do Tratado CE. No entanto, o legislador comunitário, neste artigo 10º do Regulamento nº 1/2003, acabou por incluir, também, no objecto possível de uma "declaração de não aplicabilidade", o artigo 82º do Tratado CE³²¹.

Em síntese, o objectivo prosseguido com estas "declarações de não aplicabilidade" é duplo: em primeiro lugar, dar resposta às preocupações das empresas, confrontadas, a partir da entrada em vigência do Regulamento nº 1/2003, com novos problemas e com um (relativo) acréscimo de insegurança jurídica; depois, servir de instrumento de divulgação da Política da concorrência

³²⁰ Como também entende IDOT – *ob.cit. (Droit Communautaire...)*, p. 131, ainda no parágrafo 294: "Cette idée se retrouve dans cette *catégorie nouvelle des décisions* en constatation d'inapplication». O sublinhado é da nossa responsabilidade.

³²¹ « Plus nouveau par rapport à la pratique antérieure est le fait que ces décisions pourront viser également l'article 82 CE. Cela est certainement bienvenu en particulier pour les secteurs nouvellement ouverts à la concurrence, où la limite entre la pratique abusive et la pratique licite n'est pas toujours aisée à tracer » - LAURENCE IDOT, *ob. cit. (Droit Communautaire...)*, p. 131, parágrafo 298.

comunitária e das linhas de actuação da Comissão, contribuindo, assim, para uma aplicação uniforme do sistema de *defesa da concorrência* da União.

3.4 – O “interesse público comunitário”

65. A “declaração de inaplicabilidade” (seja relativamente ao artigo 81º ou relativamente ao artigo 82º do Tratado CE) é adoptada *oficiosamente* pela Comissão e justifica-se (a sua adopção e a respectiva oportunidade) com o “interesse público comunitário relacionado com a aplicação dos artigos 81º e 82º do Tratado” (artigo 10º do Regulamento nº 1/2003).

Torna-se compreensível que a Comissão, neste caso (“declaração de não aplicabilidade”), actue *oficiosamente*: não só a função de instrumento de divulgação da Política da concorrência, também assinalada a este tipo de declarações, impõe que a decisão sobre a sua oportunidade seja da inteira responsabilidade da Comissão, como, por outro lado, existe a necessidade de se não voltar a consagrar, através destes instrumentos previstos no artigo 10º do Regulamento, um acto análogo a uma decisão de resposta a uma “notificação prévia” (tal como sucedia no âmbito de vigência do Regulamento nº 17 de 1962).

O requisito de fundo exigido, nos termos daquele artigo 10º, para que a Comissão possa emitir (se assim o entender) uma “declaração de não aplicabilidade”, é o da verificação do “interesse público comunitário relacionado com a aplicação dos artigos 81º e 82º do Tratado”. Importa, assim, compreender as linhas estruturantes do que pode, ou não, ser considerado “interesse público comunitário”. Recorde-se, desde já, que a expressão em causa, começa por ser utilizada no considerando nº 14, do Regulamento nº 1/2003 que introduz e (muito sintética e directamente) justifica o referido artigo 10º (desse Regulamento):

“Em *casos excepcionais*, quando o *interesse público comunitário* o exija, poderá também ser útil que a Comissão aprove uma *decisão de carácter declaratório* em que constate a não aplicação da proibição estabelecida pelos artigos 81º e 82º do Tratado, a fim de clarificar a legislação e assegurar a sua

aplicação coerente na Comunidade, especialmente no que se refere *a novos tipos de acordos ou práticas que não estejam consagrados na jurisprudência existente, nem na prática administrativa*³²²

A redacção deste considerando permite-nos, numa primeira leitura, concluir que as declarações de não aplicabilidade previstas no artigo 10º do Regulamento nº 1/2003 não se destinam a uma utilização corrente, por parte da comissão, uma vez que, desde logo, serão suscitadas por casos “excepcionais”. Logo, podemos associar a excepcionalidade de tais situações ao referido interesse público comunitário: a satisfação deste, assegurar-se-á (também) pelo esclarecimento de tais tipos de casos ou de situações excepcionais. Por outro lado, da redacção do considerando invocado, resultam, ainda, ilustrações do que serão tais tipos de casos excepcionais, cujo esclarecimento reporta ao “interesse público comunitário”: “novos tipos de acordos ou práticas que não estejam consagrados na jurisprudência existente, nem na prática administrativa”. Ou seja, este conceito indeterminado concretiza-se - independentemente de outros sentidos que possa assumir e de outras densificações relevantes noutros contextos - com a clarificação de tipos de questões efectivamente novas, em termos de Direito da concorrência comunitário e da sua *praxis* de aplicação, ou de jurisprudência eventualmente contraditória (quer nacional quer comunitária)³²³.

Esta linha de entendimento relativamente ao “interesse público comunitário” acaba por ser, tendencialmente, mais restrita do que a subjacente ao conceito de “interesse comunitário”, já abordado jurisprudencialmente. Na verdade, o qualificativo “público”, acrescentado ao interesse comunitário, deixa antever que o sentido pretendido pelo legislador para a expressão “interesse público comunitário”, deverá ser mais limitado (e excepcional) do que o do mero “interesse comunitário”. Mas, como referimos, este último conceito foi já abordado pela jurisprudência comunitária, nomeadamente, no Acórdão do

³²² Os sublinhados são da nossa autoria e pretendem destacar os elementos que nos auxiliam na concretização desse requisito de fundo, exigido para a emissão de uma declaração de não aplicabilidade e que é o “interesse público comunitário”.

³²³ Neste sentido, LAURENCE IDOT, *ob. cit.* (*Droit Communautaire...*), p. 130, parágrafo 295.

Tribunal de Primeira Instância de 18 de Setembro de 1992, *Acórdão Automec II*³²⁴ e no âmbito da questão do regime das queixas – agora, nos termos do artigo 7º do Regulamento nº 1/2003, denominadas “denúncias”. Ora, esta questão – a do sentido da expressão “interesse público comunitário”, principalmente, para efeito de justificação de uma “declaração de não aplicabilidade”, emitida nos termos do artigo 10º do Regulamento - remete-nos, por comparação com a expressão “interesse comunitário”, para o regime das denúncias. Abordaremos esse regime das denúncias, *infra*, referindo-nos, principalmente, àquilo que, de novo, nele foi introduzido com o Regulamento nº 1/2003.

66. Importa, ainda, notar que estas decisões (artigo 10º do Regulamento nº 1/2003) podem declarar, quando adoptadas e emitidas a propósito da aplicação (ou não aplicação) do artigo 81º do Tratado CE, que a Comissão entende o seguinte, relativamente a um determinado tipo de comportamentos: i) o nº 1, daquela regra do Tratado não se aplica (ou seja, o comportamento não se subsume a tal norma) ou então, ii) aplicando-se, a Comissão entende, porém, que as condições estabelecidas no nº 3, desse mesmo artigo 81º do Tratado CE, encontram-se preenchidas no tipo de comportamentos equacionado - pelo que se justifica, conseqüentemente, a não aplicação da proibição prevista no artigo 81º do Tratado CE.

Como salientamos já anteriormente, esta “declaração de não aplicabilidade” relativamente ao artigo 82º do Tratado CE, é, de facto, uma inovação.

No entanto, se pensarmos nas orientações da Comissão constantes da sua Comunicação de 3 de Dezembro de 2008 (e relativa à aplicação do artigo 82º do TCE a comportamentos unilaterais de exclusão)³²⁵, poderemos antever o

³²⁴ Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 18 de Setembro de 1992, *Automec vs. Comissão*, Processo nº T-24/90, correntemente designado por *Acórdão Automec II*, Colectânea, p. II-2223.

³²⁵ Comunicação da Comissão “Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82º do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em

conteúdo previsível de tais declarações, emitidas, oficiosamente, a propósito da (não) aplicabilidade daquele artigo do Tratado.

Sem desenvolvermos, por agora, a problemática da reforma da aplicação do artigo 82º do Tratado CE, poderemos esperar que, de acordo com as referidas orientações da Comissão, as “declarações de não aplicabilidade” possam revestir, proximamente, um particular interesse para a compreensão do que, face a situações concretas, a Comissão entenderá como sendo um comportamento justificado ou injustificado (e, portanto, proibido) em função dos seus eventuais efeitos sobre o “bem-estar dos consumidores”. Saliente-se, com efeito, que o “bem-estar dos consumidores” (“consumer welfare”), de acordo com tais orientações de Dezembro de 2008 e em conformidade com algumas declarações políticas da Comissária Neelie Kroes³²⁶, deverá passar a ser o objectivo (último) e o critério referencial da aplicação do artigo 82º do Tratado CE³²⁷.

posição dominante”- *C(2009) 864 final*. Note-se que referimos, agora, a versão em língua portuguesa que foi ulteriormente (em relação á data de 3 de Dezembro de 2008) publicada em 09.02.2009. Disponível na *Internet* (Julho de 2009), no sítio oficial da Comissão, em: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/index.html>

³²⁶ “ Article 82 enforcement should focus on real competition problems: In other words, behaviour that has actual or likely restrictive effects on the market, which harm consumers”, in Discurso da Comissária Neelie Kroes de 23 de Setembro de 2005, no *Fordham Corporate Law Institute*, disponível, na *Internet*, em: <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/05/537&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en> (consulta efectuada em Julho de 2009).

³²⁷ Recordem-se, desde já e no sentido atribuído à orientação em causa, algumas linhas de orientação anunciadas pela Comissão, no nº 5, da referida Comunicação de 3 de Dezembro de 2008: “ Na aplicação do artigo 82º ao comportamento de exclusão por parte de empresas em posição dominante, a Comissão irá privilegiar os tipos de conduta *mais prejudiciais para os consumidores*. Os benefícios que a concorrência proporciona aos consumidores são preços mais baixos, melhor qualidade e maior variedade de bens e serviços novos ou melhorados. Assim, a Comissão pretende orientar a aplicação da lei no sentido de assegurar o bom funcionamento dos mercados e *o benefício por parte dos consumidores da eficiência e da produtividade resultantes de uma concorrência efectiva* entre as empresas”. Além disso, a Comissão, no nº 7 da mesma Comunicação refere, ainda, o seguinte: “ (...) a Comissão reconhece que o mais importante é a protecção de um verdadeiro processo de concorrência e não a mera protecção

Assim sendo, talvez a Comissão acabe por socorrer-se deste instrumento previsto no artigo 10º do Regulamento nº 1/2003 para concretizar (e desenvolver) as linhas gerais da referida Comunicação (pouco operativas, por si só consideradas) e ir orientando o sentido da reforma da aplicação daquele artigo 82º do Tratado.

3.5 – Susceptibilidade de impugnação judicial

67. Caracterizadas, nos termos anteriormente expostos, as “declarações de não aplicabilidade” (artigo 10º do Regulamento nº 1/2003), importa saber se estas declarações (actos adoptados officiosamente pela Comissão) são, ou não, susceptíveis de impugnação judicial.

Ora, a possibilidade de as “declarações de não aplicabilidade” poderem ser judicialmente discutidas, através de um recurso de anulação, dependerá, sobretudo, do tipo de efeitos que tais declarações da Comissão possam produzir.

Uma declaração emitida pela Comissão, nos termos do artigo 10º do Regulamento, produzirá efeitos jurídicos externos, afectando (positiva ou negativamente) a esfera jurídica das empresas?

Se atentarmos, novamente, nas indicações que nos são fornecidas pelo considerando nº 14 do Regulamento nº 1/2003, somos levados a concluir pelo efeito meramente declaratório dessas “declarações de não aplicabilidade”.

Além disso, tais declarações, limitando-se a exprimir o entendimento da Comissão sobre a aplicação – no caso, não aplicação – dos artigos 81º e/ou 82º do Tratado, a um *tipo* de situações descrito e caracterizado nesse próprio acto (não se referindo, nem se dirigindo *individualmente* a uma empresa ou associação de empresas), não criarão, em princípio, direitos, nem expectativas legítimas, passíveis de serem invocados, num recurso de anulação. De resto, a

dos concorrentes. Isso poderá significar que os concorrentes que tenham um desempenho inferior para os consumidores em termos de preço, gama de oferta, qualidade e inovação poderão desaparecer do mercado”. Abordaremos e criticaremos esta perspectiva (ou, pelo menos, algumas aparentes incongruências dos enunciados da Comissão sobre esta matéria), *infra*.

Comissão poderá, sempre, intervir ulteriormente sobre práticas ou tipos de práticas objecto, a título officioso, de uma dessas suas declarações, nomeadamente, se as razões económicas ou políticas subjacentes à emissão de tais declarações, se alterarem. Sob o ponto de vista normativo, não encontramos nenhum impedimento relativamente a esta hipótese, sendo certo que a afirmação desta possibilidade parece-nos estar linearmente de acordo com a razão de ser da criação destas declarações (como referimos, pensadas para produzirem efeitos meramente declaratórios – considerando nº 14 do Regulamento nº 1/2003).

Perante estes argumentos, poderíamos, de facto, concluir pela insusceptibilidade de impugnação judicial destas “declarações de não aplicabilidade”.

No entanto, se, como referimos atrás, estas declarações – que, recorde-se, nos termos do artigo 10º do Regulamento, adoptam a forma de decisões da Comissão - não criam, *em princípio e numa primeira observação*, direitos, nem expectativas legítimas, passíveis de serem invocados judicialmente, o facto é que existem, também, razões que nos podem levar a, no mínimo, discutir a efectiva impugnabilidade dessas declarações.

Assim, importa realçar, novamente, que a Comissão emite as declarações em causa, sob a forma de uma decisão: “(...) a Comissão pode, através de decisão, declarar officiosamente que o artigo 81º do Tratado não se aplica a um acordo, decisão de associação de empresas ou prática concertada (...)” – nº1, do artigo 10º do Regulamento nº 1/2003.

Ora, o artigo 16º do Regulamento - consagrando, a respeito da aplicação dos artigos 81º e 82º do Tratado CE, a aplicação da doutrina da “barreira única” nas relações entre a ordem jurídica comunitária e os ordenamentos dos Estados-membros - não distingue qualquer tipo (eventualmente declaratório ou não) de decisão, adoptado pela Comissão. Com efeito, nos termos deste artigo do Regulamento, os tribunais nacionais, assim como as autoridades da concorrência dos Estados-membros, quando se pronunciarem sobre acordos, decisões ou práticas ao abrigo do artigo 81º ou 82º do Tratado CE, não

poderão tomar decisões contrárias a eventuais decisões já anteriormente adoptadas pela Comissão, sobre tais casos.

Poderá, assim, defender-se, em conformidade com uma interpretação literal e formal deste artigo 16º do Regulamento nº 1/2003, que uma decisão da Comissão, tomada oficiosamente nos termos do artigo 10º deste Regulamento, acabará sempre por afectar as autoridades e os Tribunais dos Estados-membros. Consequentemente, por isso mesmo, essa decisão poderá interessar às empresas ou associações de empresas (afectando positivamente a respectiva esfera jurídica) que, de alguma forma, praticam ou se envolvem nos tipos de situações objecto de tal decisão/"declaração de não aplicabilidade". E quando nos referimos a estas empresas ou associações podemos, também, equacionar terceiras empresas que não propriamente aquelas que desenvolvem a actividade que motivou, da parte da Comissão, uma "declaração de não aplicabilidade", como terceiras empresas que se assumem como concorrentes daquelas. Dito de outra forma, uma decisão, adoptada nos termos do artigo 10º do Regulamento nº 1/2003 e consagrando uma "declaração de não aplicabilidade", acabará, sempre, por potencialmente poder afectar os interesses de concorrentes das empresas que se envolvem nos tipos de situações objecto daquelas "declarações de não aplicabilidade" dos artigos 81º e/ou 82º do Tratado CE (e isto, em virtude do mencionado artigo 16º do mesmo Regulamento e da sua conseqüente afirmação da doutrina da "barreira única"). Sendo assim, estariam verificados os requisitos da *afecção directa e individual* da esfera jurídica dessas terceiras empresas que, então, poderiam assumir a qualidade de recorrentes, nos termos do quarto parágrafo do artigo 230º do Tratado CE, contra uma decisão/"declaração de não aplicabilidade" (*acto unilateral da Comissão*).

Pensamos, assim e em conclusão, que permanece em aberto a possibilidade de as decisões em causa, poderem ser objecto de um recurso de anulação (desde que, naturalmente, os requisitos exigidos pelo artigo 230º do Tratado CE, casuisticamente, se encontrem reunidos).

III

As Medidas Cautelares

3.6 – As alterações introduzidas pelo Regulamento nº 1/2003. Breve comparação com o regime da Lei nº 18/2003.

68. O artigo 8º do Regulamento nº 1/2003 veio positivar a possibilidade de serem ordenadas medidas cautelares (medidas provisórias).

Nos termos dessa norma, a Comissão poderá, oficiosamente, ordenar tais medidas por um período de tempo determinado, embora renovável e com o objectivo de fazer face ao risco de um prejuízo grave e irreparável para a concorrência.

A possibilidade de serem ordenadas tais medidas provisórias, existia já no âmbito de vigência do Regulamento nº 17 de 1962, se bem que este não contemplasse expressamente tal possibilidade. Foi, com efeito, a jurisprudência comunitária que, com base numa interpretação ampla do artigo 3º daquele Regulamento de 1962³²⁸, acabou por institucionalizar tais medidas. O Despacho

³²⁸ Artigo 3º, do Regulamento nº 17 de 1962 ("Cessação das infracções"): 1 – Se a Comissão verificar, a pedido ou oficiosamente, uma infracção ao disposto no artigo 85º ou ao artigo 86º do Tratado, pode, através de decisão, obrigar as empresas e as associações de empresas em causa a pôr termo a essa infracção. 2 – Podem apresentar um pedido para esse efeito: a) Os Estados-membros; b) As pessoas singulares ou colectivas que invoquem um interesse legítimo. 3 – (...) a Comissão pode, antes de tomar a decisão referida no nº 1, dirigir às empresas e associações de empresas em causa recomendações com o fim de fazer cessar a infracção". Ora, da leitura desta norma do Regulamento nº 17, para além do respectivo nº 1 que serviu de base à interpretação ampla que o Tribunal de Justiça seguiu no Despacho de 17.01.1980, destaca-se o nº 3 que, até certo ponto, poderá permitir um relativo paralelismo com as "declarações de não aplicabilidade" actuais, previstas nos termos do artigo 10º do Regulamento nº 1/2003. Pese embora as distintas configurações daquelas declarações e das recomendações então previstas nos termos deste nº 3, do artigo 3º do Regulamento nº 17, em parte, esta anterior regra e tais "declarações de não aplicabilidade", também prosseguem a finalidade comum de serem instrumentos de divulgação das linhas principais de acção da Comissão e de divulgação de aspectos relativos á Política da concorrência comunitária.

do Tribunal de Justiça de 17 de Janeiro de 1980³²⁹, proferido no caso *Camera Care Ltd. vs. Comissão*, assumiu, então, especial relevância. Com efeito, o Tribunal de Justiça, nesse seu Despacho, veio afirmar, claramente, que a Comissão detinha competência para decidir - com base no nº 1, do referido artigo 3º do Regulamento nº 17 de 1962 - a aplicação de medidas provisórias, em resposta a uma solicitação efectuada pelas partes requerentes³³⁰.

O artigo 8º do actual Regulamento nº 1/2003, como dissemos, positivou a possibilidade de a Comissão ordenar tais medidas provisórias. No entanto, esse artigo 8º acabou por alterar um importante aspecto característico destas medidas – pelo que poderemos, com propriedade e atendendo a tal modificação, considerar que as medidas provisórias actualmente consagradas acabam por corresponder a *novos* actos, introduzidos pelo Regulamento nº 1/2003, no sistema de aplicação das regras comunitárias de *defesa da concorrência*.

Ora, a modificação a que nos referimos diz respeito ao facto de, nos termos do artigo 8º do Regulamento nº 1/2003, estas medidas provisórias passarem a ser ordenadas oficiosamente pela Comissão, retirando-se a possibilidade de as empresas e as associações de empresas poderem requerer,

³²⁹ Despacho do Tribunal de Justiça de 17.01.1980, proferido no Processo nº 792/79 R., *Recueil*, p. 119 (não pudemos aceder a nenhuma edição em língua portuguesa).

³³⁰ Pode ler-se, no referido Despacho, que: "Les hésitations manifestées par la Commission (note-se: a Comissão tinha rejeitado um pedido de aplicação de medidas provisórias, solicitado por uma das partes envolvidas no caso em apreço) résultent du fait que le Règlement nº 17 ne confère pas expressément à la Commission, lorsqu'elle este saisie de plaintes en vertu de l'article 3 du Règlement, ou lorsqu'elle procède d'office en vertu de la même disposition, le pouvoir de prendre des mesures provisoires en attendant qu'elle soit en état de statuer sur le fond » - nº 12, do Despacho. Depois, nº 21 deste Despacho e ainda sobre esta questão da competência da Comissão, o Tribunal afirmou que "(...) la Commission dispose des pouvoirs nécessaires en vue de faire droit à la demande de la requérante, si elle estime qu'en l'occurrence cette demande est justifiée ». Este Despacho, declara, na sua conclusão, o seguinte : « Il appartient à la Commission de décider, en vertu de l'article 3, paragraphe 1, du Règlement nº 17, s'il y a lieu de prendre des mesures provisoires a la suite de la demande introduite par la requérante ».

mediante a prova de um interesse legítimo, tais medidas (ao contrário do que sucedia no âmbito de aplicação do Regulamento nº 17 de 1962).

No regime antecedente (de origem jurisprudencial, como referimos), as poucas vezes em que a Comissão ordenou medidas provisórias fê-lo, com efeito, na sequência de queixas apresentadas por empresas³³¹.

Nos termos do nº 1, do artigo 8º do Regulamento nº 1/2003, actualmente, só a Comissão poderá decidir sobre a oportunidade e necessidade de tais medidas cautelares, verificados os requisitos estabelecidos nessa norma. No fundo, tais requisitos correspondem àqueles que, correntemente e em termos de princípios gerais de Direito processual, são exigidos para que se decrete este tipo de medidas: uma verificação, *prima facie*, da aparência de infracção (ou seja, o *fumus boni iuris*) e a urgência que decorre do facto de, sem tais medidas, poder sobrevir um prejuízo grave e irreparável para a concorrência.

O artigo 8º positivou, assim, estas medidas provisórias nos seguintes termos:

“ 1 - Em caso de urgência devida ao risco de um prejuízo grave e irreparável para a concorrência, a Comissão pode, actuando oficiosamente, com base no apuramento *prima facie* de uma infracção, ordenar, mediante decisão, medidas provisórias.

2 – As decisões aprovadas nos termos do nº 1 são aplicáveis por um período de tempo determinado e podem ser renovadas, se tal for necessário e adequado”.

69 – Este artigo 8º do Regulamento, atribui, portanto, de um modo claro, uma reserva exclusiva de competência a favor da Comissão, no que diz respeito às medidas provisórias (excluindo os particulares interessados e, eventualmente, outras Instituições, assim como os Estados-membros que, nos termos do nº 2, do artigo 7º do Regulamento podem apresentar denúncias à Comissão, em matéria de infracção às regras de *defesa da concorrência*).

³³¹ LAURENCE IDOT, *ob. cit.* (*Droit Communautaire...*), p. 125, parágrafo 285.

Esta atribuição exclusiva é, de resto, confirmada no nº 80, da “Comunicação relativa ao tratamento de denúncias pela Comissão nos termos do artigo 81º e 82º do Tratado CE³³²” – Comunicação esta, também integrante do “Pacote Modernização”.

O nº 80 dessa Comunicação, esclarece - referindo-se a “situações específicas” e, em particular, às medidas provisórias – que: “(...) O artigo 8º do Regulamento nº 1/2003 torna bem claro que os autores de uma denúncia não podem solicitar (à Comissão) a aplicação de medidas provisórias nos termos do nº 2, do artigo 7º do Regulamento nº 1/2003.³³³ Os pedidos de medidas provisórias por parte de empresas podem ser apresentados junto dos Tribunais dos Estados-membros, que se encontram bem posicionados para decidir sobre tais medidas”.

Esta última afirmação relativa à posição dos Tribunais dos Estados-membros é completada pela Comissão, em nota (nota nº 70) a este nº 80 da Comunicação, referindo-se, também, às autoridades nacionais da concorrência: “Em função do caso, as autoridades da concorrência dos Estados-membros também podem estar bem colocadas para adoptar medidas provisórias”.

Assim, com esta clarificação (nº 80, da referida Comunicação), parece ser apropriado concluir-se que o objectivo efectivamente almejado pelo artigo 8º do Regulamento nº 1/2003 era (também) excluir a possibilidade de as decisões da Comissão relativas às medidas provisórias, serem impugnadas judicialmente.

Em rigor e concretizando melhor esta observação, o objectivo da positivação empreendida pelo artigo 8º do Regulamento nº 1/2003, foi, também, o de evitar que as decisões de rejeição de medidas provisórias

³³² (2004/C 101/05) – Jornal Oficial nº C 101, de 27.04.2004, p. 65.

³³³ Nos termos desse mencionado nº2, do artigo 7º, podem apresentar denúncias para que a Comissão desencadeie um processo tendente à verificação e cessação de uma infracção (nº1, do artigo 7º do Regulamento nº 1/2003), as pessoas singulares e colectivas que invoquem um interesse legítimo, bem como os Estados-membros.

solicitadas pelos particulares (nomeadamente, pelas empresas denunciadas de alegadas infracções), pudessem vir a ser objecto de recursos de anulação³³⁴.

Sobre este ponto, salientamos e aderimos à crítica formulada por IDOT³³⁵: se, porventura e à luz das regras de repartição de competências para tratar dos casos concretos (nomeadamente, em virtude do funcionamento dos mecanismos previstos quer no nº 6, do artigo 11º quer no artigo 13º, ambos do Regulamento nº 1/2003 – *supra* equacionados) uma situação for da competência exclusiva da Comissão³³⁶, não se vislumbram razões suficientemente fortes para que o denunciante de uma alegada infracção não possa solicitar, também e desde logo, medidas provisórias. De resto, não é certo que se encontrem, em todos os ordenamentos jurídicos dos 27 Estados-membros, procedimentos de urgência aptos a dar resposta a este tipo de solicitação (pedidos de medidas provisórias). Além disso – como referiremos, *infra*, a propósito do regime das denúncias, introduzido pela reforma – o próprio Regulamento nº 1/2003, no nº 1, do seu artigo 27º, afirma, em tese geral que os autores das denúncias devem ser “estritamente associados ao processo”. Seria lógico, em conformidade com esta orientação geral, permitir-se que aqueles que denunciasses alegadas infracções, pudessem também e se nisso demonstrassem ter um interesse legítimo, solicitar (conjuntamente com a denúncia) a aplicação de medidas provisórias.

A este respeito e focalizando esta questão específica no ordenamento jurídico português, o artigo 27º, da Lei nº 18/2003 de 11 de Junho (Lei da Concorrência), prevê a possibilidade de a Autoridade da Concorrência, sempre que investigue uma prática (que entenda ser) susceptível de “provocar um prejuízo iminente, grave e irreparável ou de difícil reparação para a concorrência ou para os interesses de terceiro”, poder “em qualquer momento

³³⁴ Neste sentido, VAN BAEL & BELIS, *ob. cit.* (*Competition Law...*), p. 1100. Também LAURENCE IDOT, *ob. cit.* (*Droit Communautaire...*), p.125 – 126, parágrafo 285.

³³⁵ LAURENCE IDOT, *ob. cit.* (*Droit Communautaire...*), p. 126, parágrafo 285. No entanto, note-se que a redacção do texto de IDOT refere-se, ainda, ao projecto ou proposta do Regulamento nº 1/2003: “La rédaction du Project aurait mérité d’être revue”.

³³⁶ Ou seja, o caso concreto dever ser tratado, sob o ponto de vista processual, unicamente no plano comunitário.

do inquérito ou da instrução, ordenar preventivamente a imediata suspensão da referida prática ou quaisquer outras medidas provisórias necessárias à imediata reposição da concorrência ou indispensáveis ao efeito útil da decisão a proferir no termo do processo” (nº 1, do referido artigo 27º da Lei da Concorrência).

Estas medidas poderão ser adoptadas pela Autoridade quer officiosamente, quer a requerimento de qualquer interessado, sendo certo que “vigorarão até à sua revogação pela Autoridade e, em todo o caso, por período não superior a 90 dias, salvo prorrogação devidamente fundamentada” (nº 2, do referido artigo 27º).

Esta regra da Lei da Concorrência, nos termos do respectivo nº 2, do artigo 22º (“Normas aplicáveis”), é também aplicável “aos processos por infracção aos artigos 81º e 82º do Tratado (...) pela Autoridade, ou em que esta seja chamada a intervir, ao abrigo das competências que lhe são conferidas pela *alínea g, do nº1 do artigo 6º dos Estatutos da Autoridade da Concorrência, anexos ao Decreto-lei nº 10/2003, de 18 de Janeiro*³³⁷”.

Em síntese, portanto, o sistema português de aplicação das regras de defesa da concorrência – inclusivamente, das regras dos artigos 81º e 82º do Tratado CE, por força das referidas disposições do nº 2, do artigo 22º da Lei da Concorrência e alínea g) do nº 1, do artigo 6º dos Estatutos anexos ao Decreto-Lei nº 10/2003 – contempla a possibilidade de um interessado poder, através de requerimento dirigido à Autoridade da Concorrência, solicitar que sejam adoptadas medidas provisórias (nº 2, do artigo 27º da Lei da Concorrência). Assim sendo, nesse caso (requerimento apresentado à Autoridade por um particular que faça prova do respectivo interesse, pedindo, nos termos do nº 2, do artigo 27º da Lei da Concorrência, a adopção de medidas provisórias), uma

³³⁷ A redacção desta nº 2, do artigo 22º da Lei da Concorrência apresenta, efectivamente, um erro, ao dispor “alínea g), do nº1, do artigo 6º do Decreto-Lei nº 10/2003, de 18 de Janeiro” (que se refere à articulação entre a Autoridade da Concorrência e as autoridades reguladoras sectoriais) e não aquilo que, em versão corrigida, transcrevemos no texto (ou seja, artigo 6º dos Estatutos anexos ao referido Decreto-Lei). De todo o modo, a alínea g, do nº1, do artigo 6º dos Estatutos, determina que incumbe à Autoridade da Concorrência exercer “todas as competências que o direito comunitário confira às autoridades administrativas nacionais no domínio das regras de concorrência aplicáveis às empresas”.

eventual decisão de rejeição, por parte da Autoridade da Concorrência ou, simplesmente, a não adopção de tais medidas, poderá ser objecto de recurso, aplicando-se o definido nos termos dos artigos 53º e seguintes da Lei da Concorrência e, subsidiariamente, o regime de impugnação contenciosa de actos administrativos definidos no Código de Processo nos Tribunais Administrativos.

Regressando à crítica, *supra* efectuada, relativamente à solução do artigo 8º do Regulamento nº 1/2003, não temos, contudo e como já referimos, dados sobre a consagração de soluções idênticas à existente nos termos da Lei da Concorrência portuguesa (ou portadoras do mesmo efeito útil), em todos os ordenamentos jurídicos da União.

3.7 – A iniciativa dos particulares.

70. Ora, de todo o modo, importa notar, novamente, que a jurisprudência comunitária tem vindo a reconhecer o direito de os agentes económicos que estejam a ser prejudicados pelos efeitos de práticas (alegadamente) infractoras das regras de concorrência, poderem requerer (à Comissão) a aplicação de medidas provisórias.

Para além do já *supra* mencionado caso *Camera Care Ltd. vs. Comissão* e do Despacho do Tribunal de Justiça de 17 de Janeiro de 1980, proferido no âmbito desse processo (pioneiro, na afirmação da linha jurisprudencial referida), também ulteriormente, no âmbito do caso *Ford vs. Comissão* que deu origem ao Acórdão do Tribunal de Justiça de 28 de Fevereiro de 1984³³⁸, foi reafirmada a mesma linha de entendimento³³⁹.

³³⁸ Acórdão do Tribunal de Justiça de 28 de Fevereiro de 1984, Acórdão *Ford of Europe Incorporated and Ford-Werke Aktiengesellschaft vs. Comissão*, Processos Apensos nº 229 e 228/82 R., Colectânea, p. 1129

³³⁹ Referimo-nos, particularmente, ao Despacho do Presidente do Tribunal de Justiça de 29 de Setembro de 1982, Colectânea, p. 3091. No entanto, no mesmo sentido, podemos, também, referir o Despacho do Presidente do Tribunal de Primeira Instância de 21 de Maio de 1990, proferido no âmbito do caso *Peugeot vs. Comissão*, Processo T – 23/90 R., Colectânea, p. II – 185, bem assim como o respectivo Acórdão proferido neste caso, ou seja, o Acórdão do

Assim sendo, é muito provável que um particular, tendo sido destinatário de uma decisão de recusa de admissibilidade de um pedido de aplicação de medidas provisórias ou de não aplicação dessas medidas, com o fundamento (em ambos os casos) de que, nos termos do artigo 8º do Regulamento nº 1/2003, apenas a Comissão poderá oficiosamente decidir sobre tal aplicação, possa (tal particular), com sucesso e com base na jurisprudência comunitária antecedente, ver o Tribunal de Justiça admitir-lhe um recurso de anulação, interposto contra tal decisão de rejeição do seu pedido ou de recusa da aplicação das referidas medidas provisórias.

Igualmente, pensamos que tal probabilidade se manterá se, porventura, a Comissão nada responder a tal requerimento (nem actuar em conformidade com a respectiva solicitação) e o particular em causa, interpuser um recurso por omissão, nos termos do terceiro parágrafo, do artigo 232º do Tratado CE – e isto, desde que, naturalmente, todos os requisitos previstos naquela norma do Tratado se encontrem preenchidos (nomeadamente, a exigência estabelecida no segundo parágrafo, daquele artigo: “Este recurso só é admissível se a Instituição em causa tiver sido previamente convidada a agir. Se, decorrido o prazo de dois meses a contar da data do convite, a Instituição não tiver tomado posição, o recurso pode ser introduzido dentro de novo prazo de dois meses”³⁴⁰).

71. Uma última nota, relativamente a estas decisões adoptadas oficiosamente pela Comissão, nos termos do artigo 8º do Regulamento nº 1/2003: a Comissão poderá, de acordo com o estabelecido na alínea b), do nº

Tribunal de Primeira Instância de 12 de Julho de 1991, Colectânea, p. II – 653. Ainda, incidindo, também, sobre a questão das medidas provisórias (e sua admissibilidade), ver Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 24 de Janeiro de 1992, num processo em que esteve em causa, precisamente, a recusa de aplicação de tais medidas – Acórdão *La Cinq, S.A. vs. Comissão*, Processo nº T – 44/90, Colectânea, p. II – 1.

³⁴⁰ Reconheça-se, contudo, que esta hipótese será pouco viável: os requisitos e os prazos exigidos, nos termos do artigo 232º do Tratado – nomeadamente, no transcrito segundo parágrafo – dificilmente se compatibilizarão com a urgência justificativa de tais medidas provisórias.

2, do artigo 23º do Regulamento, aplicar uma coima às empresas ou associações de empresas que não respeitam uma decisão ordenando medidas provisórias. Por outro lado ainda, de acordo com a alínea b), do nº 1, do artigo 24º do Regulamento nº 1/2003, poderão, também, ser aplicadas pela Comissão, sanções pecuniárias compulsórias “às empresas e associações de empresas até 5% do volume de negócios diário médio realizado durante o exercício precedente, por cada dia de atraso, a contar da data fixada na decisão”, com o intuito de se compelirem tais empresas ou associações de empresas a acatarem uma decisão que imponha medidas provisórias.

Nos casos agora assinalados, já não se coloca em causa a impugnabilidade, nos termos gerais do artigo 230º do Tratado CE, de tais decisões da Comissão, adoptadas por esta Instituição oficiosamente e impondo as referidas sanções pecuniárias ou coimas.

CAPÍTULO 4º - As Denúncias

72. As alterações introduzidas no regime (de origem jurisprudencial) das medidas provisórias (sobretudo, a atribuição, a favor da Comissão, de uma competência exclusiva para as ordenar) poderão ser, também, analisadas comparativamente com as alterações promovidas pela reforma em curso e respeitantes ao regime das *denúncias*.

Deparamos, na realidade, com *novas regras* sobre essa temática, resultantes da reforma do direito comunitário da concorrência (e, concretamente, dos Regulamentos nº 1/2003 e nº 773/2004, de 7 de Abril de 2004, “relativo à instrução de processos pela Comissão para efeitos dos artigos 81º e 82º do Tratado CE” e integrante já mencionado “Pacote Modernização”). As novas regras e conseqüentes alterações por elas introduzidas no regime anteriormente vigente, levam-nos a considerar que a (actual) denúncia³⁴¹ acaba por apresentar, agora, especificidades suficientes que permitem analisá-la como sendo um acto novo, resultante do movimento de reforma em curso.

No entanto, importa salientar que, centrando-nos apenas no Regulamento nº 1/2003, as alterações respeitantes à consagração e/ou remissão para as “denúncias”, com efeito, não serão, numa primeira leitura, salientes: por exemplo, a referência efectuada às denúncias no artigo 7º deste acto normativo – particularmente, no nº 2, desse artigo 7º - são basicamente uma reprodução do que já era estabelecido no artigo 3º do Regulamento nº 17 de 1962. Na realidade, mesmo considerando a mudança terminológica que, efectivamente, permite-nos, agora, nominarmos como “denúncia” aquilo que antes, durante a vigência do Regulamento nº 17 de 1962, era referido como

³⁴¹ Em rigor, segundo a terminologia antecedente, falaríamos em “pedido” – ver nº 1 e 2, do artigo 3º, do antecedente Regulamento nº 17 de 1962: “Se a Comissão verificar, a pedido ou oficiosamente (...)” e, ainda, “ Podem apresentar um pedido para este efeito: a) Os Estados-membros; b) As pessoas singulares ou colectivas que invoquem um interesse legítimo””. Curiosamente, a versão, em língua francesa, deste Regulamento de 1962, refere-se, expressamente, a “queixa” (“plainte”).

“pedido”, a similitude entre os dois referidos normativos é notória. Assim, nos termos do nº 2, do artigo 3º do (antecedente) Regulamento nº 17 de 1962, estabelecia-se que:

- “Podem apresentar um *pedido* para esse efeito (ou seja, “obrigar as empresas e associações de empresas em causa a pôr termo a essa infracção”):

a) Os Estados-membros;

b) As pessoas singulares ou colectivas que invoquem um interesse legítimo”.

Por outro lado, o nº 2, do artigo 7º do (actual) Regulamento nº 1/2003, determina que:

“Estão habilitados a apresentar uma *denúncia* na acepção do nº 1 as pessoas singulares ou colectivas que invoquem um interesse legítimo, bem como os Estados-membros”.

Ora, recordemos que a transformação do regime de aplicação dos artigos 81º e 82º do Tratado CE num regime de “excepção legal”, operada, desde logo, com o artigo 3º do Regulamento nº 1/2003, acabou por implicar um acréscimo de importância dos próprios particulares e das autoridades e jurisdições nacionais, no que diz respeito à aplicação impositiva das regras de *defesa da concorrência* comunitárias³⁴².

Referimos que essa foi, *numa primeira observação*, uma das consequências resultante do novo regime de “excepção legal” (descentralizado em favor do nível nacional), na medida em que, simultaneamente e a respeito de outros institutos que se relacionam, também, com o papel dos particulares e das autoridades nacionais, tal aplicação descentralizada e tal acréscimo de importância (seja dos particulares ou das autoridades nacionais), acabaram por

³⁴² Seja a aplicação impositiva de carácter público (“public enforcement”), isto é, aquela que é levada a cabo pelas autoridades da concorrência (agindo, mesmo, frequentemente, de forma oficiosa) e pelos Tribunais internos, seja a aplicação impositiva de carácter privado (o “private enforcement”), concretizada, também, através dos Tribunais dos Estados-membros, porém, impulsionada pelos particulares e pelas respectivas denúncias ou acções judiciais, por eles intentadas.

ser limitados. Podemos ilustrar esta conclusão com as situações que já abordamos anteriormente e relativas ao novo regime das “medidas provisórias” (artigo 8º do Regulamento), bem assim como respeitantes às consequências advenientes da adopção de uma decisão, pela Comissão, nos termos do nº 6, do artigo 11º do Regulamento nº 1/2003 (nestes último caso, consequências em termos de avocação, por aquela Instituição, da competência³⁴³ das autoridades dos Estados-membros).

4.1 – O objecto da denúncia.

73. Mas, sob o ponto de vista normativo, quais são os actos que, directamente e na sequência da reforma, têm por objecto as denúncias?

No âmbito do Regulamento nº 1/2003, encontramos as denúncias referidas de forma directa, apenas no respectivo artigo 7º (“Verificação e cessação da infracção”). Com efeito, o nº 1, desta norma, daquele Regulamento, atribui competência à Comissão para verificar a existência de uma infracção aos artigos 81º e 82º do Tratado CE, “na sequência de uma denúncia ou oficiosamente”.

O nº 2, desse artigo 7º, esclarece, como transcrevemos atrás, que podem apresentar uma denúncia “as pessoas singulares ou colectivas que invoquem um interesse legítimo, bem como os Estados-membros”.

Por outro lado, de um modo indirecto, a última frase do nº 1, do artigo 27º do Regulamento nº 1/2003, refere-se, ainda, à denúncia, quando indica que: “ (...) Os autores das denúncias são estritamente associados ao processo (conduzido pela Comissão e relativo, nos termos deste nº 1 da norma referida, à aplicação dos artigos 7º, 8º, 23º e nº 2, do artigo 24º daquele mesmo Regulamento) ”.

³⁴³ Bem entendido, avocação da competência que essas autoridades nacionais detinham para aplicar os artigos 81º e 82º do Tratado – e isto, apesar da consagração, feita em termos de *princípio geral* pelo Regulamento nº 1/2003, tanto do regime da excepção legal, como da descentralização da aplicação desses normativos comunitários.

Ora, esta última indicação – tendo o carácter de uma declaração de intenções e de um princípio de orientação processual, independentemente de ser, ou não, vertido em normativos concretos – poderá revelar, como notamos *supra*, alguma incoerência ou, pelo menos, uma relativa desconformidade, quando menciona, também, o artigo 8º do Regulamento nº 1/2003, respeitante às “medidas provisórias”.

Nos termos desta última norma, foi retirada aos particulares a possibilidade de requererem à Comissão a adopção das medidas em causa.

O artigo 8º do Regulamento, de facto, concentrou em exclusivo na Comissão, a competência (exercida em termos officiosos) para ordenar tais medidas cautelares ou provisórias, retirando, portanto, aos próprios particulares denunciadores de alegadas violações dos artigos 81º e 82º do Tratado, a hipótese de requererem tais medidas e de, assim, protegerem os seus interesses, afectados pelas violações denunciadas.

A indicação feita no nº 1, do artigo 27º do Regulamento nº 1/2003, no sentido de os denunciadores serem “estritamente associados ao processo”, pode, inclusivamente e quando relacionada (ainda que indirectamente) com o artigo 8º desse Regulamento, sugerir que a Comissão, de facto, até admite considerar *informalmente* pedidos de medidas provisórias que acompanhem as denúncias recebidas – associando, dessa forma, ao processo, os denunciadores e, simultaneamente, requerentes informais de tais medidas que não podem solicitar institucionalmente.

No fundo, esta hipótese de actuação da Comissão – se, porventura, lhe for reconhecida alguma propriedade - só reforça aquilo que já assinalamos, a propósito das modificações que o artigo 8º do Regulamento nº 1/2003 introduziu no anterior regime (essencialmente jurisprudencial) das medidas provisórias: houve, com a positivação normativa efectuada por aquele artigo do Regulamento, o intuito de subtrair ao respectivo controlo judicial, as decisões de aplicação das medidas em causa/ou de recusa em ordenar tal aplicação.

4.2 – O regime do Regulamento (CE) nº 773/2004 da Comissão e a Comunicação relativa ao tratamento de denúncias pela Comissão: a denúncia como instrumento de efectividade dos artigos 81º e 82º do Tratado CE.

74. Além das normas indicadas do Regulamento nº 1/2003, encontramos, também, dois actos de direito derivado que desenvolvem e esclarecem o regime das denúncias: o mencionado Regulamento (CE) nº 773/2004 da Comissão, “relativa à instrução de processos (...) para efeitos dos artigos 81º e 82º do Tratado CE³⁴⁴” e ainda, a Comunicação “relativa ao tratamento de denúncias pela Comissão nos termos dos artigos 81º e 82º do Tratado CE³⁴⁵”

O Regulamento (CE) nº 773/2004 foi adoptado (nomeadamente, na parte que diz respeito às denúncias) nos termos da alínea a), do nº 1, do artigo 33º do Regulamento nº 1/2003 que autoriza a Comissão a tomar medidas adequadas à “forma, ao conteúdo e outras modalidades das denúncias apresentadas nos termos do artigo 7º (do Regulamento nº 1/2003), bem como ao procedimento aplicável às rejeições das denúncias”. Com efeito, os artigos 5º a 9º deste Regulamento (CE) nº 773/2004, dedicam-se ao “Tratamento das denúncias”, incluindo a respectiva rejeição (artigos 7º e 9º).

Estas regras, de facto, aproveitaram muito do regime jurídico antecedente, de origem jurisprudencial; no entanto, representam, também, pela primeira vez no sistema de *defesa da concorrência* comunitário, uma institucionalização normativa e formalmente vinculativa do regime em causa.

A Comunicação referida, pese embora não consagrar formalmente uma ordenação vinculativa, assume um relevo incontornável – como, de resto, vem sendo comum a todas as Comunicações de que a Comissão se socorre, no âmbito do Direito da concorrência comunitário (onde estes actos, de facto, proliferam).

Trata-se, numa certa perspectiva, da manifestação de uma espécie de *soft law* que, contudo - e como observamos já, a propósito dos critérios de

³⁴⁴ Regulamento de 7 de Abril de 2004, Jornal Oficial, nº L 123, de 27.04.2004, p. 18.

³⁴⁵ Comunicação da Comissão (2004/C 101/05), Jornal Oficial, nº C 101, de 27.04.2004, p. 65.

determinação das sanções pecuniárias aplicadas por violação das regras comunitárias de concorrência - tem vindo a transformar-se, em virtude da jurisprudência comunitária, num verdadeiro *hard-law*. Assiste-se, portanto, à imposição e à institucionalização de algumas orientações, práticas e regras desprovidas formalmente de carácter vinculativo (porque contidas em Comunicações), através da respectiva e reiterada aceitação jurisprudencial³⁴⁶.

Importa, reter, desde já, duas notas, relativamente à Comunicação e, conseqüentemente, respeitantes ao regime das denúncias, actualmente em vigência.

Em primeiro lugar, saliente-se que, nos termos do nº 6, dessa orientação fornecida pela Comissão, esta Instituição não aborda, neste documento, as situações que, no fundo, envolvendo os Estados-membros, suscitem a intervenção do Tribunal de Justiça.

Assim, o nº 6 da Comunicação, declara expressamente que este acto não se refere 1) às denúncias apresentadas por Estados-membros, nos termos do nº 2, do artigo 7º do Tratado CE, nem, por outro lado, 2) às denúncias (de um Estado-membro ou de um particular) que solicitem "a intervenção da Comissão contra um Estado-membro, nos termos do nº 3, do artigo 86º em articulação com os artigos 81º e 82º do Tratado CE" (ou seja, denúncias que envolvam empresas públicas ou empresas às quais sejam concedidos direitos especiais ou

³⁴⁶ Relembremos, agora, o que afirmamos sobre as Comunicações (ou seja, sobre o referido *soft law*, cada vez mais transformado em *hard-law*), a propósito da determinação das sanções pecuniárias aplicadas pela Comissão - apoiando-nos, de resto, no Acórdão do Tribunal de Justiça de 28 de Junho de 2005, Acórdão *Dansk Rorindustri e outros vs. Comissão* (anteriormente referido). Assim, o Tribunal, nessa matéria da determinação das sanções pecuniárias, muito frequentemente auto limita a sua apreciação a um *mero controlo da legalidade estrita* da sanção aplicada, no sentido em que costuma verificar unicamente se a Comissão, na determinação de tal sanção (frequentemente, uma coima), foi coerente consigo própria, aplicando correctamente os critérios por si enunciados e publicitados na sua Comunicação relativa à matéria em causa.

A questão colocar-se-á e discutir-se-á, nos mesmos termos, a propósito não só da determinação das sanções pecuniárias, mas também relativamente a muitas outras temáticas, cuja ordenação é marcada pelo recurso frequente a Comunicações e orientações ("guide-lines"), formalmente não vinculativas.

exclusivas e, ainda, as empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse económico geral) ou 3) às denúncias relativas ao artigo 87º do Tratado, sobre auxílios estatais (e, naturalmente, contra um Estado-membro) e, finalmente, 4) não se refere, também, às denúncias contra infracções cometidas por Estados-membros e, relativamente às quais, a Comissão poderá agir através do artigo 226º do Tratado (acção por incumprimento).

Neste último caso (4), a Comissão remete, por seu turno, para a sua Comunicação ao Parlamento Europeu e ao Provedor de Justiça, de 2002, "relativa às relações com o autor da denúncia em matéria de infracções ao direito comunitário³⁴⁷" e, da qual consta um anexo que estabelece um conjunto de medidas administrativas a favor do autor da denúncia - sendo certo, porém, que a Comissão ressalva, expressamente, que tais medidas "não alteram o conteúdo bilateral do processo de incumprimento previsto no artigo 226º do Tratado CE".

Ora, compreende-se que, em função do equilíbrio político existente na arquitectura institucional da União, entre os Estados-membros e a Comissão (representante do interesse supranacional comunitário), esta pretenda desenvolver um regime específico, relativamente às denúncias de Estados-membros e/ou envolvendo Estados-membros.

Por outro lado, tal como é ressaltado expressamente na Comunicação de 2002, ao Parlamento Europeu e ao Provedor de Justiça, haverá uma prioridade de utilização da via jurisdicional (em especial, do artigo 226º do Tratado – acção por incumprimento) quando a denúncia possa estar relacionada com factos que configurem uma violação do direito comunitário, por parte dos Estados-membros.

Recorde-se que, nos termos do artigo 226º do Tratado CE, não só a Comissão dispõe de uma via de actuação contra um Estado-membro, mediada e decidida pelo Tribunal de Justiça, como percorrerá, obrigatoriamente e antes de intentar a acção judicial, uma fase pré-contenciosa (primeiro parágrafo do

³⁴⁷ Comunicação da Comissão COM(2002) 141 final, Jornal Oficial, nº C 244, de 10.10.2002, p. 5.

artigo 226º, do Tratado CE) que poderá, desde logo, resolver o diferendo de uma forma mais conveniente e confortável, sob o prisma das relações políticas.

Dito isto, pensamos ser justificável esta diferença de tratamento, no que diz respeito ao regime das denúncias, promovida pela Comissão. Compreende-se, pelo exposto e na nossa perspectiva, que exista, nesta matéria e em termos de orientação e *praxis* da Comissão, uma dualidade de regimes – sendo certo, conseqüentemente, que o regime antecedente, de carácter jurisprudencial, continuará, então, a vigorar no que diga respeito ao tratamento dessas denúncias ressalvadas pela Comissão, no nº 6 da sua Comunicação de 2004, relativa à instrução de processos de aplicação dos artigos 81º e 82º do Tratado CE³⁴⁸.

A segunda nota que pretendíamos introduzir a respeito da Comunicação sobre o regime das denúncias, actualmente em vigência, prende-se com o anúncio efectuado pela Comissão, no nº 4 daquela Comunicação de 2004, relativamente ao desenvolvimento de um sistema informal de denúncias ou de participações de factos relevantes, para efeito de aplicação do sistema comunitário de *defesa da concorrência*.

A Comissão, na verdade, faz acompanhar a introdução do novo regime das denúncias, da “criação de um sítio na *Web* especialmente destinado a receber informações de cidadãos e de empresas que desejem comunicar à Comissão suspeitas de infracção aos artigos 81º e 82º do Tratado” (nº 4, da Comunicação referida). A Comissão esclarece, ainda, no referido nº 4 da Comunicação, os objectivos deste sistema que poderemos apelidar de “denúncias informais”:

“Essas informações (assim colectadas informal e espontaneamente) podem constituir o ponto de partida para uma investigação da Comissão” (*idem*). Existe, aqui, uma assumpção clara da utilidade que a

³⁴⁸ Criticando, contudo, o facto de esta dualidade de regimes se manter, sobretudo, porque o regime antecedente é de base jurisprudencial, ver LAURENCE IDOT, *ob. cit.* (*Droit Communautaire...*), p. 104, parágrafo 221, em nota 293. No entanto, na exposição tópica do regime das denúncias, saído da reforma em curso, seguimos de perto esta autora.

participação/intervenção dos particulares poderá ter para o sistema de aplicação impositiva das regras de concorrência comunitárias.

Em paralelo, exprime-se, indirectamente, uma ideia (ou mesmo crença?), também justificativa do objectivo do reforço da aplicação impositiva destas regras pelos Tribunais nacionais, designadamente, através de acções desencadeadas pelos particulares (ou seja, o reforço do denominado “private enforcement”): a ideia de que as empresas e os cidadãos em geral, entre si e através das respectivas actuações (naturalmente, prossequindo os seus interesses particulares) reforçam a eficácia da aplicação deste sistema de *defesa da concorrência*. Todos, em suma, poderão (e deverão) fiscalizar e/ou contribuir para o cumprimento das regras de *defesa da concorrência*. Numa certa perspectiva - que denota uma aproximação às características tradicionais da aplicação do sistema *antitrust* norte-americano - as denúncias e as acções judiciais das empresas e das associações de empresas, entre si, serão um garante (senão mesmo, o principal garante) da aplicação e da eficácia dessas regras comunitárias.

A Comissão declara, ainda e a este respeito, em nota (nº 4) a este nº 4 da Comunicação em causa, que “(...) trata da correspondência de informadores de acordo com os princípios da boa conduta administrativa” – o que suscita a IDOT, dois comentários que realçamos: não só tal declaração de intenções não deixará de inquietar as empresas³⁴⁹, como importa não esquecer, também, que as denúncias (ou participações) informais já existiam e permitiam à Comissão, desde há muito, desencadear investigações^{350/351}.

³⁴⁹ O uso da expressão “informadores” relativamente a estes “denunciantes informais”, talvez não seja, com efeito, a mais feliz. A versão francesa desta Comunicação adopta, também, a (mesma) expressão “informateurs”.

³⁵⁰ LAURENCE IDOT, *ob. cit.* (*Droit Communautaire...*), p. 104, (220).

³⁵¹ A Comissão, nesse nº 4, da Comunicação referida, indica um endereço postal e ainda um sítio, na Internet, para que os particulares que assim o desejem, fazerem chegar as suas informações sobre eventuais infracções aos artigos 81º e 82º do Tratado. Registe-se, apenas, que o sítio indicado não funciona, devendo, em alternativa, consultar-se a seguinte página oficial http://ec.europa.eu/competition/consumers/contacts_pt.html#1. O endereço de correio

4.3 – A admissibilidade das denúncias.

75. As inovações introduzidas no regime das denúncias (anteriormente denominadas, como referimos, “pedidos”) dizem respeito à admissibilidade, assim como à própria apreciação, pela Comissão, de tais denúncias. Referimo-nos, portanto e na sequência do que expusemos anteriormente sobre a respectiva diferenciação (dualidade) de regimes, às denúncias apresentadas por *particulares* (empresas e associações de empresas), visando *comportamentos praticados*, também, *por particulares*.

A admissibilidade da denúncia depende de algumas condições que deverão ser apreciadas e, conseqüentemente, decididas pela Comissão.

Assim, existe, desde logo, uma condição ou requisito de forma³⁵²: os denunciantes deverão utilizar e seguir um formulário próprio – *Formulário C (Denúncia nos termos do artigo 7º do Regulamento nº 1/2003)* – constante de um anexo ao Regulamento (CE) nº 773/2003 e à Comunicação relativa ao tratamento das denúncias pela Comissão. Este formulário deverá ser utilizado e entregue à Comissão, pelos denunciantes, em triplicado. Nos termos do nº 2, do artigo 5º do Regulamento (CE) nº 773/2004, em rigor, deverão ser apresentados “três exemplares da denúncia em papel e, se possível, um em formato electrónico”, podendo, ainda, o autor da denúncia (se nisso tiver interesse) apresentar uma versão não confidencial.

A apresentação da versão não confidencial será, segundo a nossa interpretação, um ónus dos denunciantes e não uma obrigação formal relativa à apresentação da denúncia. Além disso, as denúncias formais, deverão ser apresentadas numa das línguas oficiais da União (nº 3, do mencionado artigo 5º, daquele Regulamento).

electrónico entretanto disponibilizado para tais “denúncias informais” é: comp-market-information@ec.europa.eu. (consulta em Julho de 2009)

³⁵² A consagração positiva deste requisito representa, com efeito, uma novidade relativamente ao regime jurisprudencial antecedente.

Note-se que, tal como sucedia no regime jurisprudencial antecedente, em princípio, a Comissão poderá apreciar as denúncias a qualquer momento; no entanto será preciso conjugar esta possibilidade de apreciação livre (quer dizer, sem estar sujeita a um determinado momento processual), com aquilo que é estabelecido no nº 1, do artigo 2º do Regulamento (CE) nº 773/2004:

“A Comissão pode dar início a um processo tendo em vista a adopção de uma decisão nos termos do capítulo III do Regulamento nº 1/2003 (ou seja, decisões da Comissão de verificação e de cessação de uma infracção, de aplicação de medidas provisórias, de declaração de não aplicabilidade e de compromissos) em qualquer momento, mas não após a data em que tiver formulado uma apreciação preliminar nos termos do nº 1 do artigo 9º desse Regulamento ou uma comunicação de objecções (ou seja, apreciação preliminar ou comunicação de objecções por parte da Comissão relativamente à aprovação de um compromisso) ou da data em que tiver sido publicada uma comunicação nos termos do nº 4, do artigo 27º do mesmo Regulamento, consoante a que ocorrer em primeiro lugar” (ou seja, da data em que a Comissão tiver publicado “um resumo conciso do processo e do conteúdo essencial dos compromissos ou da actuação que se propõe seguir”, para que qualquer interessado possa, dentro do prazo fixado nessa publicação, apresentar as suas observações).

Note-se, ainda, que a Comissão, nos termos do segundo parágrafo, do nº 1, do artigo 5º do Regulamento (CE) nº 773/2004, poderá prescindir de parte das informações solicitadas no formulário C, incluindo documentos nele exigidos - sublinhando-se, assim, indirectamente, o carácter funcional da denúncia, designadamente a sua subordinação aos interesses e à condução processual efectuada pela Comissão (que, portanto, acabará, em última instância, por deter o poder de decisão definitivo sobre a aceitação ou rejeição dessas denúncias).

4.4 – A admissibilidade das denúncias (cont.). A posição das associações (de empresas e de consumidores) e dos consumidores. As denúncias *pro bono público*.

76. Existe outro requisito de admissibilidade das denúncias, para além do requisito formal atrás mencionado (a utilização conforme do formulário C), imposto, desde logo, no nº 2, do artigo 7º do Regulamento nº 1/2003 e reafirmado no nº 1, do artigo 5º do Regulamento (CE) nº 773/2004: a existência, da parte dos denunciantes, de um “interesse legítimo”. Trata-se, portanto, de um requisito material ou substantivo: “As pessoas singulares e colectivas devem demonstrar um *interesse legítimo* para poderem apresentar uma denúncia nos termos do artigo 7º do Regulamento (CE) nº 1/2003³⁵³”.

A Comunicação de 2004, relativa ao “tratamento das denúncias”, nos seus números 33 a 40, pronunciando-se sobre este requisito, segue uma via exemplificativa (suportando-se na jurisprudência e na prática da Comissão) para tentar delimitar, em termos operativos, o conceito de interesse legítimo.

Com efeito, a Comissão começa por esclarecer que a condição do interesse legítimo não levantava, habitual e anteriormente, problemas de maior, na medida em que na sua prática antecedente (prévia, portanto, à positivação do regime das denúncias, saído da reforma do Direito da concorrência comunitário), “a condição do interesse legítimo não foi, frequentemente, objecto de dúvida, uma vez que a maior parte dos autores das denúncias se encontravam numa posição em que eram directa e negativamente afectados pela alegada infracção³⁵⁴”.

Poderemos, conseqüentemente, concluir que os eventuais problemas levantados pela integração do conceito de interesse legítimo, colocar-se-ão naquelas situações em que o denunciante não é afectado directa e negativamente pela prática denunciada, sendo que, ao invés, existirá, sempre, para a Comissão, interesse legítimo justificativo da admissibilidade de uma

³⁵³ Transcrição do nº 1, do artigo 5º, do Regulamento (CE) nº 773/2004. O sublinhado é da nossa autoria.

³⁵⁴ Número 34, da Comunicação de 2004.

denúncia, quando o autor desta demonstre o seu prejuízo, de uma forma directa e (pressupõe-se) individualizada, resultante da conduta denunciada.

Ora, nos ditos casos que poderão ser, na perspectiva da Comissão, problemáticos³⁵⁵, o critério orientador para a verificação de tal condição (interesse legítimo) será, em princípio, o da actuação do denunciante no mesmo mercado relevante em que se verifica a alegada infracção ou a afectação directa e negativa dos seus (desse denunciante) interesses³⁵⁶.

No entanto, aparentemente e em função da *alternatividade* expressa pela Comissão no referido nº 36 da sua Comunicação, uma empresa que não se movimenta no mesmo mercado relevante, mas que é afectada, directa e negativamente, pela prática em causa poderá, então, também ser portadora de um interesse legítimo, para efeito de denúncia.

Esse poderá ser o caso, por exemplo, de uma empresa excluída de um determinado sistema de distribuição. De resto, a Comissão, no mencionado nº 36 da Comunicação em causa, ilustra a sua síntese sobre o que poderá integrar o conceito de interesse legítimo, precisamente, com esse caso - para além de referir, ainda, a situação das partes no próprio acordo ou na prática objecto de denúncia ou ainda a situação dos concorrentes que tenham sido prejudicados, alegada e directamente, pelo comportamento denunciado.

Há, aqui, um paralelismo entre este entendimento de interesse legítimo justificativo da admissibilidade da denúncia apresentada e as condições requeridas no quarto parágrafo, do artigo 230º do Tratado CE, para a admissibilidade do recurso de anulação, interposto por um particular que não seja destinatário directo do acto impugnado (ou seja, as condições da afectação directa e individual do recorrente, pelo acto relativamente ao qual, mesmo sem ser o seu destinatário formal e nominado, pretende impugnar).

³⁵⁵ Nos termos do nº 34 da Comunicação, "(...) há situações em que a condição do «interesse legítimo» exige uma análise mais aprofundada para se concluir que é satisfeita".

³⁵⁶ Seguindo os exemplos jurisprudenciais fornecidos pela Comissão no nº 35 da sua Comunicação, assim como nos termos da respectiva síntese conclusiva expressa, ainda, no mesmo documento (nº 36).

Segundo o nº 37 da Comunicação, as associações de consumidores podem, também, apresentar denúncias à Comissão, presumindo-se que são detentoras, portanto e em princípio, de um interesse legítimo.

Esta última afirmação – que introduz a possibilidade de associações (designadamente, de consumidores) serem denunciantes - segue, de todo o modo, a jurisprudência comunitária, expressa no Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 18 de Maio de 1994, Acórdão *Bureau Européen des Unions des Consommateurs (BEUC) vs. Comissão*³⁵⁷ e ainda, no Acórdão do mesmo Tribunal de 24 de Janeiro de 1995, Acórdão *BEMIM vs Comissão*³⁵⁸.

Nos termos deste último aresto, o Tribunal de Primeira Instância afirmou, inequivocamente, que o interesse legítimo existe para uma associação (no caso concreto, uma associação de empresas e não de consumidores) - embora esta *não seja directamente afectada* como empresa que opere no mercado em causa - desde que, por um lado, essa associação tenha o direito de representar os interesses dos seus membros/associados e, por outro, que o comportamento denunciado seja susceptível de lesar esses mesmos interesses (dos referidos associados).

Seguindo, portanto, a jurisprudência comunitária (nomeadamente, os referidos Acórdãos do Tribunal de Primeira Instância), não existem dúvidas sobre a existência de um “interesse legítimo”, susceptível de justificar a admissibilidade das respectivas denúncias, por parte de associações (de consumidores e de empresas).

³⁵⁷ Processo nº T – 37/92, Colectânea, p. II -285. Com efeito, o Tribunal de Primeira Instância, nesse Acórdão (respectivo nº 36), relativo a um litígio que opunha as associações *Bureau européen des unions de consommateurs* (Belga) e *National Consumer Council* (Inglesa), à Comissão, declarou o seguinte: “ (...) Ora, por um lado, a Comissão não contesta o legítimo interesse dos recorrentes (as associações) em apresentarem um pedido nos termos do artigo 3, n. 2, alínea b), do Regulamento n. 17 e, por outro, é um facto que a decisão impugnada não atendeu ao pedido apresentado pelos recorrentes. Por essa razão, este argumento (que era o argumento apresentado pela Comissão da não impugnabilidade de uma rejeição de um pedido/denúncia, efectuada pela associação em causa) deve ser rejeitado”.

³⁵⁸ Processo T-114/92, Colectânea, p. II – 147.

Poderão, também, apresentar denúncias, os próprios consumidores, individualmente considerados (clientes finais), “cujos interesses económicos sejam directa e negativamente afectados na sua qualidade de compradores de bens e serviços que são objecto de uma infracção” (nº 37 da Comunicação).

Neste caso, novamente, a prova do interesse legítimo far-se-á com a demonstração daquela qualidade concreta de clientes finais, sendo, aqui, relevante a jurisprudência do Tribunal de Primeira Instancia que resultou, por exemplo, do Acórdão de 7 de Junho de 2006, Acórdão *Österreichische Postsparkasse AG vs. Comissão*³⁵⁹.

No caso que suscitou este último Acórdão do Tribunal de Primeira Instância discutia-se, também, a possibilidade de um cliente de um banco (de resto, um partido político austríaco) poder, no fundo, ter um interesse legítimo para apresentar uma denúncia, relativamente a práticas lesivas da concorrência.

O Tribunal entendeu que, de facto, um cliente final adquirente de bens ou de serviços poderia preencher o requisito respeitante ao interesse legítimo, para efeito de aplicação do artigo 3º do Regulamento nº 17 de 1962 - podendo, assim, apresentar uma denúncia (apresentar um “pedido”, segundo a terminologia desse Regulamento de 1962) – desde que demonstrasse que *os seus interesses económicos tinham sido ou poderiam vir a ser lesados*, devido à alegada infracção às regras da concorrência (infracção essa que pretendia denunciar)³⁶⁰.

O Tribunal esclareceu, ainda, que o reconhecimento da qualidade de denunciante a um cliente final, dependeria da possibilidade de este (enquanto cliente) sofrer um prejuízo económico devido às práticas em causa, e não da sua eventual participação directa (nomeadamente, na qualidade de hipotético concorrente) em cada um dos mercados dos produtos objecto do inquérito da Comissão.

³⁵⁹ Acórdão de 7 de Junho de 2006, *Österreichische Postsparkasse AG e Bank für Arbeit und Wirtschaft AG vs. Comissão*, Processos apensos T – 213/01 e T – 214/01, Colectânea, p. II – 1601.

³⁶⁰ Acórdão de 7 de Junho de 2006 referido, nº 114

Mas, neste Acórdão de 7 de Junho de 2006, o Tribunal enunciou outras conclusões conexas com a questão da admissibilidade das denúncias dos particulares/clientes de bens ou serviços, objecto de práticas violadoras das regras de concorrência. Segundo o Tribunal, o entendimento anteriormente expresso de “interesse legítimo”, não equivale ao esvaziamento da substância de tal conceito, dando-lhe, hipoteticamente, um sentido excessivamente amplo. Por outro lado ainda (e isto, em resposta a um dos argumentos esgrimidos nos articulados), tal entendimento também não é susceptível de abrir o caminho para uma eventual acção popular (no fundo, fazendo das denúncias, material e efectivamente, uma acção desse tipo)³⁶¹.

Na verdade, segundo a fundamentação do Tribunal de Primeira Instância, admitir-se que há um interesse legítimo da parte de um consumidor final³⁶², não equivale a considerar-se que todas as pessoas singulares ou colectivas são titulares de tal interesse, para efeito, precisamente, de apresentação de uma denúncia. Também as objecções relativas ao risco de multiplicação dos pedidos (denúncias) e às dificuldades dos procedimentos administrativos que decorreriam do reconhecimento da qualidade de denunciante a clientes finais (também alegadas nos articulados) não foram consideradas relevantes, pelo Tribunal³⁶³. Tais objecções e eventuais riscos, não poderão ser validamente invocados, na perspectiva do Tribunal, com o intuito de se limitar o reconhecimento de um interesse legítimo a um particular (cliente) – desde que este demonstre ter sido economicamente lesado pela prática anticoncorrencial objecto da denúncia³⁶⁴.

Por fim, segundo a Comunicação (respectivo nº 33), considera-se que “os Estados-membros têm um interesse legítimo em todas as denúncias que decidam apresentar³⁶⁵”.

³⁶¹ *Idem*, nº 116.

³⁶² Bem entendido: um consumidor final apto a demonstrar a existência de uma lesão dos seus interesses económicos, resultante de um acordo que pretende denunciar.

³⁶³ *Idem*, nº 117.

³⁶⁴ *Idem*, ainda nº 117.

³⁶⁵ Neste ponto em particular (Artigo 7º, nº 2, do Regulamento nº 1/2003), relativo ao estatuto dos Estados-membros enquanto denunciante, segue-se a mesma solução e a mesma

Importa, agora e depois de termos passado em revista quem ou que entidades e em que condições serão portadoras de um interesse legítimo para justificarem a admissibilidade de uma denúncia, referir que, ao invés, a Comissão entende não dever aceitar uma simples invocação, pelos denunciantes, de um “interesse geral” como sendo suficiente para de considerar preenchido o requisito do “interesse legítimo”. Ou seja, a Comissão não considera como interesse legítimo na acepção do nº 2, do artigo 7º do Regulamento nº 1/2003, “o interesse de pessoas ou organizações que desejem avançar considerações de interesse geral sem demonstrarem que elas ou os seus membros podem ser directa e negativamente afectados pela infracção (*pro bono publico*)³⁶⁶”. Igualmente e na mesma linha de raciocínio, também não se pode considerar que demonstrem um interesse legítimo na acepção do nº2, do artigo 7º do Regulamento nº 1/2003, os denunciantes que levem ao conhecimento da Comissão alegadas infracções ao “interesse público” (novamente e segundo a expressão utilizada pela Comissão, *pro bono publico*)³⁶⁷.

Em caso de dúvida sobre a verificação do referido interesse legítimo, naturalmente, o ónus da prova incumbe ao denunciante³⁶⁸.

Importa salientar ainda, a este propósito do preenchimento do requisito substantivo do interesse legítimo, que a Comissão poderá dar seguimento, de forma oficiosa, a um processo, mesmo quando se tenha baseado numa denúncia que não reflecta a existência, da parte do respectivo denunciante, de

terminologia já anteriormente adoptada, no quadro do Regulamento nº 17 de 1962 – mais especificamente, no seu artigo 3º. Neste ponto não houve, portanto, com a reforma, nenhuma mudança de perspectiva e de consideração do estatuto de “denunciante natural” dos Estados-membros. Também sobre este ponto em particular, respeitante aos Estados-membros, “(...) which are deemed to have a legitimated interests for all complaints they lodge” - ALISON JONES e BRENDA SUFRIN – *EC Competition Law: Text, Cases and Materials, 3th. Ed.*, Oxford University Press, 2007, p. 1289 e em nota 722.

³⁶⁶ Número 38 da Comunicação.

³⁶⁷ Número 39 da Comunicação.

³⁶⁸ O nº 40 da Comunicação confirma este entendimento natural, em matéria de ónus da prova do interesse legítimo: “Os autores da denúncia têm de demonstrar o seu interesse legítimo”.

tal interesse. No entanto, para se resguardar da hipótese inversa, a Comissão também esclarece que estará, nestes casos (falta de um interesse legítimo) habilitada a não dar início ao processo (portanto, a rejeitar a denúncia)³⁶⁹.

4.5 – O procedimento (tratamento das denúncias pela Comissão).

77. Uma vez verificados os requisitos ou condições assinalados anteriormente (quer formais, quer substantivos - ou seja, respectivamente, a utilização do “formulário C” e ainda, a verificação da existência de um “interesse legítimo” do denunciante), então, a Comissão apreciará a denúncia, podendo seguir *duas vias processuais* diferentes.

Tivemos já a oportunidade de referir que, nos termos do artigo 13º do Regulamento nº 1/2003, a Comissão (e não só, também outras autoridades dos Estados-membros) poderá rejeitar uma denúncia que lhe seja apresentada, desde logo, com o fundamento de que outra autoridade (ou seja, uma autoridade nacional) já recepcionou, anteriormente, a mesma denúncia ou deu oficiosamente início a um processo, relativamente à mesma (alegada) infracção. Esta será a primeira das referidas vias processuais e consubstancia-se, portanto, numa *rejeição imediata* da denúncia, com base no mencionado artigo 13º do Regulamento nº 1/2003.

O artigo 9º do Regulamento (CE) nº 773/2004 determina, apenas, uma obrigação a cargo da Comissão se, porventura, esta Instituição tiver procedido a uma rejeição imediata, nos termos assinalados (ou seja, com o fundamento indicado naquele artigo 13º do Regulamento nº 1/2003): a Comissão deverá, nesse caso, “informar de *imediato* o autor da denúncia sobre a autoridade nacional responsável em matéria de concorrência que está a instruir ou já instruiu o processo”. Esta obrigação e o seu cumprimento são também sublinhados no nº 25 da Comunicação de 2004.

Considerando ainda esta hipótese de rejeição imediata de uma denúncia, por parte da Comissão, com o fundamento enunciado nos termos do artigo 13º

³⁶⁹ Ainda o mesmo nº 40 da Comunicação.

do Regulamento nº 1/2003, poder-se-á suscitar a questão da possível impugnação judicial de tal rejeição.

Terão os autores da denúncia, nestas situações, algum direito processual; existirá, porventura, alguma via de controlo judicial de tal rejeição, fundamentada na invocação do facto de outra autoridade (nacional) ter já em mãos o caso concreto, objecto da denúncia apresentada?

Ora, poderá argumentar-se que a Comissão quando invoca o fundamento previsto no artigo 13º do Regulamento nº 1/2003 para rejeitar uma denúncia, apenas verifica e comunica uma situação de facto (a saber, outra autoridade ter já recebido previamente uma denúncia sobre os mesmos comportamentos e/ou estar já a agir oficiosamente). Assim sendo, a decisão de rejeição, bem assim como a própria comunicação efectuada pela Comissão e na qual esta informa o autor da denúncia rejeitada, não terão carácter decisório.

O acto de rejeição, adoptado e fundamentado nos termos do artigo 13º do Regulamento nº 1/2003, não seria, assim, susceptível de impugnação judicial. De resto, nesta perspectiva, então e pelo exposto, esse acto de rejeição nunca afectará, ele próprio, direitos e possíveis expectativas dos autores da denúncia.

Além disso, a utilização do mecanismo previsto no artigo 13º do Regulamento nº 1/2003, tendo como justificação directa e imediata a necessidade de evitar os riscos de uma aplicação incoerente das regras de *defesa da concorrência* comunitárias (riscos esses inerentes à descentralização em favor do nível nacional, promovida pelo Regulamento nº 1/2003), acaba, também, por ser reconduzível ao "interesse comunitário". Rigorosamente, a utilização do mecanismo do artigo 13º do Regulamento nº 1/2003, pela Comissão, significa que, em princípio, a abertura de uma investigação aos factos denunciados, não terá interesse comunitário - desde logo, porque essa investigação e a subsequente avaliação desses factos à luz dos artigos 81º e/ou 82º do Tratado CE, poderão ser efectuadas pelas autoridades nacionais (que, de resto, já iniciaram tais tarefas). Se tal ocorre, presume-se, na lógica do mecanismo (e do sistema de aplicação das regras comunitárias referidas, implementado pelo Regulamento nº 1/2003) que tal caso denunciado à

Comissão será adequadamente tratado ao nível nacional. Em função da lógica da subsidiariedade, conseqüentemente, poderíamos dizer que o próprio interesse comunitário (neste caso, concretizado através do respeito de tal princípio) passa pelo não tratamento do caso pela Comissão e, conseqüentemente, pela rejeição da denúncia efectuada a esta Instituição.

Ora, este tipo de fundamentação - associado ao facto de a Comissão se encontrar, em termos normativos, clara e inequivocamente suportada no artigo 13º do Regulamento nº 1/2003, quando rejeita, assim, um caso de alegada violação do artigo 81º ou 82º do Tratado CE – anula qualquer margem de apreciação (quer da legalidade, quer da oportunidade), por parte da jurisdição comunitária. A decisão da Comissão só poderá, efectivamente, ser questionada judicialmente quanto a eventuais aspectos formais (por exemplo, falta de informação relativa à autoridade nacional responsável que está a instruir ou já instruiu o processo) ou de falta de fundamentação clara e suficiente ou, eventualmente, no que diga respeito a erros sobre o facto de o caso denunciado ter (ou não) sido anteriormente objecto de instrução, por outra autoridade de um Estado-membro.

No entanto, como notam alguns comentadores³⁷⁰, em rigor, do mencionado artigo 13º do Regulamento nº 12003, não resulta, automática e imediatamente, a rejeição da denúncia apresentada. Com efeito, recorde-se que, nos termos da parte final do nº 1, daquela norma do Regulamento nº 1/2003, estabelece-se que a Comissão “pode (...) rejeitar uma denúncia com o fundamento de que uma autoridade responsável em matéria de concorrência de um Estado-membro está já a instruir o processo”. Trata-se, aqui, de consagrar uma possibilidade, não se desencadeando, portanto, um efeito jurídico obrigatório pelo simples facto de, precedentemente, outra autoridade

³⁷⁰ ERIC GIPPINI – FOURNIER, *The Modernisation of European Competition Law: First Experiences with Regulation 1/2003 – Community Report to the FIDE Congress 2008*, p. 22, in *FIDE Congress 2008*, Vol. 2: *THE MODERNISATION OF EUROPEAN COMPETITION LAW - INITIAL EXPERIENCES WITH REGULATION 1/2003*, (HERIBERT FRANZ KOECK / MARGIT MARIA KAROLLUS – Eds.), Vienna, 2008. Disponível na *Internet* em: <http://ssrn.com/abstract=1139776>

ter recepcionado uma denúncia ou ter desencadeado a “instrução do processo” (em rigor, de um processo contra os mesmos comportamentos já denunciados). Igualmente, nos mesmos termos, tal possibilidade é, também, consagrada em relação às autoridades nacionais (existe a possibilidade de rejeição da denúncia por parte de uma autoridade de um Estado-membro se, porventura, uma ou várias outras autoridades tiverem já recebido uma denuncia prévia ou tenham já “oficiosamente dado início a um processo”, contra o mesmo comportamento – 1ª parte, do nº1 e nº2, ambos do artigo 13º do Regulamento nº 1/2003).

Sendo assim, poderemos, então, também dizer que o acto de rejeição de uma denúncia, com o fundamento proporcionado pelo artigo 13º do Regulamento nº 1/2003, constituir-se-á materialmente como sendo uma decisão da Comissão, susceptível de afectar directa e individualmente os interesses do denunciante e, por conseguinte, merecendo o controlo judicial.

Além disso e contribuindo, também, para a consideração do acto de rejeição como sendo uma decisão propriamente dita e adoptada, no uso dos respectivos poderes discricionários, pela Comissão³⁷¹, saliente-se que, ainda que nenhuma outra autoridade da concorrência tenha previamente recebido uma denúncia e/ou dado início oficiosamente a um processo sobre o “mesmo caso”, a Comissão poderá sempre rejeitar a denúncia. Importa, com efeito, realçar a parte final do considerando nº 18 do Regulamento nº 1/2003 que, reportando-se especificamente ao artigo 13º em consideração, afirma o seguinte: “(...) Essa disposição (o artigo 13º do Regulamento nº 1/2003) não deve prejudicar a faculdade de a Comissão rejeitar uma denúncia por falta de interesse comunitário, mesmo quando nenhuma autoridade responsável em matéria de concorrência tenha indicado a sua intenção de se ocupar do processo, faculdade que lhe é reconhecida pela jurisprudência do Tribunal de Justiça”.

Independentemente de considerarmos o acto de rejeição, nos termos do artigo 13º do Regulamento nº 1/2003, como constituindo-se – ou não – como

³⁷¹ Susceptível, portanto, de ser impugnada, designadamente por quem é directa e individualmente afectado por essa concreta decisão – neste caso, os autores da denúncia assim rejeitada pela Comissão.

uma decisão em sentido próprio e susceptível de ser impugnada judicialmente, a Comissão tem vindo a adoptar uma prática que, materialmente, acaba por indiciar uma aproximação, da parte desta Instituição, ao entendimento agora referido (no fundo, o carácter de verdadeira decisão do acto de rejeição de uma denúncia, fundamentado nos termos do artigo 13º do Regulamento).

No âmbito da aplicação do Regulamento nº 1/2003, a Comissão tem vindo, efectivamente, a indicar sempre ao autor da denúncia um prazo para se pronunciar sobre a rejeição projectada e fundamentada nos termos do artigo 13º do Regulamento³⁷².

78. Se excluirmos a rejeição imediata, com fundamento no artigo 13º do Regulamento nº 1/2003, deparamos, então, para as restantes hipóteses de rejeição da denúncia, com uma segunda via processual que deverá ser seguida correntemente pela Comissão. Este outro caminho reconduz-se, basicamente, ao regime de origem jurisprudencial, vigente antes da reforma do Direito da concorrência comunitário e, em particular, da aplicação dos Regulamento nº 1/2003 e nº 773/2004³⁷³.

A Comissão relembra o seu poder discricionário para, em função do critério do "interesse público", explicitar a sua margem de manobra no que diga respeito ao tratamento das denúncias e, inclusivamente, no que, porventura, possa envolver desvios às regras e orientações por si enunciadas, na própria Comunicação de 2004. É atribuindo este sentido de reserva (e de auto-

³⁷² Socorremo-nos, aqui, novamente de GIPPINI – FOURNIER que afirma o seguinte: " My own view is that the right to be heard cannot be made dependent on whether it is expressly provided for in Regulation 773/2004. Hence, at a minimum the Commission should indicate its intention to reject the complaint, and allow for a reasonable period for any comments. This has been the practice of the Commission under Regulation 1/2003". ERIC GIPPINI – FOURNIER, *ob. cit.* (*The Modernisation of European Competition Law...*), p. 23.

³⁷³ Como nota IDOT (cuja exposição sintética continuamos, nesta matéria, a adoptar como referência): "Dans les autres hypothèses, les textes examinés (quer dizer, sobretudo, o Regulamento CE nº 773/2004 e a Comunicação de 2004) reprennent le droit positif d'origine jurisprudentielle en y apportant quelques précisions". LAURENCE IDOT, *ob. cit.*, (*Droit Communautaire...*), p. 107, parágrafo 231.

protecção, nomeadamente, face a possíveis tentativas de impugnação judicial de actos praticados no decurso do tratamento das denúncias) que compreendemos as declarações da Comissão nos nºs 27 e 28 da mencionada Comunicação:

“A Comissão, ao contrário dos tribunais civis, cuja missão é salvaguardar os direitos individuais dos particulares, é uma autoridade administrativa que deve agir na prossecução do interesse público. É uma característica inerente a esta missão da Comissão, enquanto instância de aplicação da lei, o facto de dispor de uma margem de discricionariedade no estabelecimento de prioridades para a sua actividade³⁷⁴”.

Na sequência deste enunciado, a Comissão especifica, ainda, que “está habilitada a atribuir diferentes graus de prioridade às denúncias que lhe sejam apresentadas e pode basear-se no interesse comunitário de um caso como critério de prioridade”, podendo, também, legitimamente e com base nesse “interesse comunitário”, rejeitar denúncias (quando o caso não revista “suficiente interesse comunitário³⁷⁵”). No entanto, neste caso, como resulta da jurisprudência comunitária e como é reconhecido inequivocamente pela Comissão, “o autor da denúncia (rejeitada) tem direito a receber uma decisão da Comissão, sem prejuízo do disposto no nº 3, do artigo 7º do Regulamento nº 773/2004³⁷⁶”. Ou seja, nestas outras situações que não se reconduzem à invocação do fundamento previsto no artigo 13º do Regulamento nº 1/2003 (atrás referida), uma rejeição será sempre sindicável judicialmente, revestindo o carácter de uma decisão formal, impugnável nos termos do artigo 230º do Tratado CE.

³⁷⁴ Número 27 da Comunicação “relativa ao tratamento de denúncias pela Comissão nos termos dos artigos 81º e 82º do Tratado CE”, de 2004.

³⁷⁵ Números 28 e ainda, em parte, 41 da Comunicação

³⁷⁶ Parte final do nº 28 da Comunicação. O nº 3, do artigo 7º daquele Regulamento determina: “Se o autor da denúncia não apresentar as suas observações dentro do prazo fixado pela Comissão, a denúncia é considerada retirada”.

Salientando alguns traços marcantes da via processual seguida pela Comissão quando analisa/trata das denúncias não rejeitadas imediatamente, refira-se que, de acordo com o nº 42 da Comunicação, a Comissão deverá examinar atentamente os elementos de facto e de direito constantes da denúncia. Nesse procedimento de análise, será possível identificar, pelo menos, duas fases: uma fase preliminar e outra complementar.

Ora, na fase de apreciação preliminar da denúncia, a Comissão formará um primeiro juízo sobre o seu mérito e a sua oportunidade que, contudo, até poderá ser definitivo, caso a Comissão acabe por concluir no sentido da respectiva rejeição.

Se Comissão, efectivamente, concluir, durante esta fase preliminar, pela falta de fundamento para agir, esta Instituição deverá informar o autor da denúncia e convidá-lo a apresentar as suas observações ou informações complementares, dentro de um prazo razoável.

No entanto, de acordo com o nº 71 da Comunicação, o "autor da denúncia pode solicitar um prolongamento do prazo para apresentar as observações. Segundo as circunstâncias, a Comissão pode conceder essa extensão".

A este propósito, é relevante a sequência de passos prevista no artigo 7º do Regulamento (CE) nº 773/2004: a Comissão informa o autor da denúncia das suas razões (a não existência de fundamentos bastantes para agir), fixando-lhe um prazo para que este apresente, por escrito, as suas observações. Trata-se da denominada (pela doutrina e na *praxis* da Comissão) "carta - artigo 7º"³⁷⁷ que poderá, nos termos do nº 55 da Comunicação, ser precedida de uma troca informal de pontos de vista entre o autor da denúncia e a Comissão, com o objectivo de clarificar alguns aspectos (quer jurídicos quer factuais) da denúncia apresentada.

³⁷⁷ "Carta artigo 7º" que sucede à anterior "carta artigo 6º" do Regulamento nº 99/63 que, entretanto, deu origem ao Regulamento nº 2242/98 que foi seguido, em grande medida, pelo actual Regulamento (CE) nº 773/2004. Assim, o actual artigo 7º deste Regulamento de 2004 (em particular, o seu nº 1) retoma o antecedente artigo 6º daquele Regulamento nº 2242/98.

Note-se, também, que em relação à “carta – artigo 7º” e à eventual solicitação fixada para que o autor da denúncia a complemente com as suas observações escritas, o nº 3, desse artigo do Regulamento (CE) nº 773/2004, estabelece que se “o autor da denúncia não apresentar as suas observações dentro do prazo fixado pela Comissão, a denúncia é considerada retirada”. Esta indicação, constante do Regulamento (CE) nº 773/2004, em princípio não deverá poder ser flexibilizada através do recurso à margem de poder discricionário de que a Comissão dispõe e expressamente sublinha no já mencionado nº 27 da Comunicação. Esta cominação para a não apresentação de observações dentro do prazo fixado³⁷⁸, não só consta de um acto vinculativo (o mencionado Regulamento), como parece configurar-se, por razões de economia e de ritmo processual, como sendo imperativa. Aparentemente, a Comissão terá mesmo que considerar tal denúncia retirada, caso se verifique o circunstancialismo previsto naquele nº 3, do artigo 7º do Regulamento (CE) nº 773/2004, sem embargo de poder, autónoma e de forma oficiosa, investigar ulteriormente os indícios apresentados nessa denúncia - entretanto retirada, por não apresentação, dentro do prazo fixado, das observações solicitadas ao seu autor.

Importa salientar ainda a respeito da mencionada “carta - artigo 7º” as indicações constantes quer do Regulamento (CE) nº 773/2004, quer da Comunicação.

A carta deverá indicar, de forma sumária, as razões justificativas da posição assim adoptada, nesse momento, pela Comissão (nº 1, artigo 7º do Regulamento) e fixar de forma clara o referido prazo para apresentação das observações escritas (ainda o mesmo artigo 7º daquele Regulamento e os nºs 56 e 68 da Comunicação).

Esse prazo (cujo não respeito implica, como vimos, a retirada da denúncia), não poderá ser, de todo o modo, inferior a quatro semanas (nº 2, do artigo 17º do Regulamento de 2004 e ainda, nº 70 da Comunicação). Se a Comissão acabar por, desde logo e no termo desta fase de análise preliminar,

³⁷⁸ Incluindo, naturalmente, a sua extensão (“prolongamento”) eventualmente concedida pela Comissão, nos termos do nº 71 da Comunicação.

rejeitar a denúncia, saliente-se que, como já o referimos, adoptará uma decisão nesse sentido e, nos termos do nº 1, do artigo 8º do Regulamento (CE) nº 773/2004, o denunciante poderá “requerer o acesso aos documentos em que a Comissão tiver baseado essa sua apreciação preliminar”.

Neste ponto, importa sublinhar uma das inovações expressamente introduzidas pelo novo regime das denúncias, relativamente ao antecedente, de origem jurisprudencial: “o autor da denúncia (rejeitada) não pode ter acesso a segredos comerciais e outras informações confidenciais pertencentes a outros interessados directos envolvidos no processo (parte final, do nº 1, do artigo 8º do Regulamento de 2004). Além disso, os “documentos a que o autor da denúncia tiver tido acesso no âmbito dos processos de aplicação dos artigos 81º e 82º do Tratado instruídos pela Comissão só podem ser por ele utilizados para efeitos de processos judiciais ou administrativos com vista à aplicação dessas disposições do Tratado” (nº 2, do artigo 8º do Regulamento).

Estas inovações merecem relevo, na medida em que facilitam e clarificam as condições de impugnação judicial da decisão de rejeição da denúncia – de resto, já afirmada em termos de tradição jurisprudencial comunitária³⁷⁹.

79. Se a denúncia não tiver sido rejeitada, nem retirada³⁸⁰ e se a Comissão considerar que, afinal e em função das informações obtidas através das observações apresentadas pelo denunciante, essa denúncia merece ser, efectivamente, considerada, abre-se, então, a segunda fase de análise que atrás denominamos de “fase complementar”.

Nesta fase complementar, a Comissão deverá, de um modo definitivo, adoptar uma posição que passará ou pela abertura de um processo, nos termos

³⁷⁹ Ver, neste sentido e para mais indicações e referências jurisprudências, LAURENCE IDOT, *ob. cit.* (*Droit Communautaire*), p. 107 e 108, parágrafos 233, 234 e 235.

³⁸⁰ Nomeadamente, em consequência de uma não apresentação das observações escritas solicitadas, nos termos anteriormente referidos, ou em virtude da sua eventual apresentação intempestiva.

do artigo 7º do Regulamento nº 1/2003³⁸¹, tendo em vista a aplicação dos artigos 81º e/ou 82º do Tratado, ou ainda, pela rejeição definitiva da denúncia.

80. Tendo a Comissão decidido, após a análise complementar, rejeitar a denúncia, então, deverá sempre adoptar uma decisão (formal), nesse sentido. Esta decisão será sempre susceptível de recurso judicial, nos termos do artigo 230º do Tratado CE. Em princípio, aquilo que atrás referimos a propósito da rejeição preliminar da denúncia (ou seja, da sua rejeição na sequência da fase de análise preliminar), aplicar-se-á, de igual modo, agora, a propósito desta rejeição definitiva.

A este respeito, há que salientar, novamente, o facto de o poder discricionário da Comissão permanecer e manifestar-se também aqui – ou seja, relativamente à rejeição adoptada na sequência da análise complementar. Com efeito, como nota IDOT, a margem de discricionariedade da Comissão e o princípio da oportunidade relativamente ao desencadear das investigações não são postos em causa, no que respeita à aceitação e/ou rejeição das denúncias³⁸². Pelo menos e atendendo àquilo que a Comissão declara no nº 41 da Comunicação sobre o tratamento das denúncias, tal será assim quando não estejam em causa competências exclusivamente suas, como será o caso da retirada do benefício da aplicação de um “regulamento de isenção” a um caso concreto, objecto de uma denúncia (ver, novamente, o Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 1992, Acórdão *Automec*³⁸³).

³⁸¹ Ou ainda, com o andamento de tal processo, a adopção ou de um compromisso – artigo 9º desse Regulamento nº 1/2003, ou de medidas provisórias – artigo 8º do mesmo Regulamento.

³⁸² LAURENCE IDOT, *ob. cit.* (*Droit Communautaire...*), p. 108, parágrafo 238.

³⁸³ Processo nº T – 24/90, *Automec vs. Comissão*, Colectânea, p. II – 2223, especialmente, respectivos nºs 77 e 85. Ora, estes casos que envolvem “competências exclusivas da Comissão”, no âmbito do Regulamento nº 1/2003 e após a descentralização em favor do nível nacional, promovida por esse Regulamento, corresponderão aos casos de retirada do benefício da aplicação de um “regulamento de isenção por categoria de acordos”, a uma situação concreta.

Esta hipótese está, efectivamente, prevista no artigo 29º do Regulamento nº 1/2003, especialmente, no seu nº 1: “Se, por força da competência que lhe foi atribuída por um

Ora, a rejeição da denúncia poderá fundamentar-se em razões de fundo ou, ao invés, em razões de carácter processual (em sentido amplo).

81. Começando, em primeiro lugar, pelas razões processuais (em sentido amplo), nelas incluímos os casos atinentes ao já abordado "interesse comunitário" - em rigor e neste caso, falta do referido "interesse comunitário". Os nºs 43 a 45 da Comunicação sobre o tratamento das denúncias, explicitam as orientações da Comissão para a avaliação da existência de tal interesse e, conseqüentemente, também para a fundamentação da rejeição da denúncia com base na sua falta.

Destacamos, a este propósito e de entre o conjunto das orientações/critérios enunciados não taxativamente no nº 44 daquela Comunicação, o facto de poder ser motivo de rejeição de uma denúncia, por falta de interesse comunitário, a existência da possibilidade, para o denunciante, de intentar uma acção (com o intuito de salvaguardar os seus interesses afectados pela situação em causa) nos Tribunais nacionais. Nesta hipótese, o interesse comunitário é, portanto, limitado pelo respeito da subsidiariedade e pelo sentido descentralizador da reforma da aplicação dos artigos 81º e 82º do Tratado CE.

Ora, entrecruza-se, também, aqui, a possibilidade de rejeição ou de suspensão do tratamento de um caso (em rigor, da instrução do respectivo processo), atribuída a uma autoridade nacional ou à Comissão, nos termos do artigo 13º do Regulamento nº 1/2003.

Interessa-nos, agora e centrando-nos no papel da Comissão, assinalar algumas notas complementares relativamente às considerações que atrás

regulamento do Conselho, (...), para aplicar o nº 3 do artigo 81º do Tratado por via de regulamento (os mencionados "regulamentos de isenção"), a Comissão tiver declarado o nº 1 do artigo 81º do Tratado não aplicável a certas categorias de acordos, decisões de associações de empresas ou práticas concertadas, pode, oficiosamente ou na sequência de uma *denúncia*, retirar o benefício desse regulamento de isenção, se considerar que num determinado caso, um acordo, decisão de associação ou prática concertada abrangidos por esse regulamento (...) produzem efeitos incompatíveis com o nº 3, do artigo 81º do Tratado". Salientamos, com efeito, a hipótese de ter sido uma denúncia a desencadear a acção da Comissão.

expusemos, a respeito desta possibilidade de *reatribuição indirecta* de competência, entre os membros da rede europeia de autoridades da concorrência³⁸⁴.

Assim, quando a Comissão utiliza o artigo 13º do Regulamento nº 1/2003 para rejeitar uma denúncia “com o fundamento de que uma autoridade responsável em matéria de concorrência de um Estado-membro está já a instruir o processo” relativamente aos factos, perante si, denunciados, acabará também por adoptar, nesse sentido, uma decisão formal – uma decisão de rejeição da denúncia, terminando, assim, a referida fase de análise complementar. Claro está que não é de excluir a hipótese de, logo na fase preliminar de análise da denúncia, tal rejeição poder ser decidida. Assim poderá suceder se, porventura, nessa fase preliminar, a Comissão tiver já em seu poder a informação suficiente relativamente à instrução de um processo, anteriormente empreendida por uma autoridade nacional da concorrência, visando os mesmos factos que, perante si (Comissão), foram denunciados.

Recorde-se que o nº 24 da Comunicação sobre “a cooperação no âmbito da rede de autoridades da concorrência³⁸⁵” esclarece o seguinte:

“O artigo 13º do Regulamento do Conselho pode ser aplicado a parte de uma denúncia ou a parte de um processo. Pode acontecer que apenas parte de uma denúncia ou parte de um processo iniciado oficiosamente se sobreponha a um processo já instruído ou em instrução por outra autoridade (...). Nesse caso, a Autoridade Nacional da Concorrência que recebeu a denúncia tem o direito de rejeitar parte dela com base no artigo 13º do Regulamento do Conselho e de se ocupar da parte restante de forma adequada. O mesmo princípio se aplica ao arquivamento do processo”.

³⁸⁴ Sobre tal “reatribuição indirecta”, recordemos o que afirmamos anteriormente: o artigo 13º do Regulamento nº 1/2003, apenas confere a possibilidade de rejeição ou de suspensão do tratamento de um caso (em rigor, da instrução do respectivo processo) a uma autoridade nacional e à Comissão. Assim sendo, a referida reatribuição de casos e de competências, no âmbito desse artigo 13º daquele Regulamento, processar-se-á apenas de forma indirecta, ou seja, por via da rejeição do tratamento (da instrução) dos casos em apreço.

³⁸⁵ Jornal Oficial, nº C 101 de 27.04.2004, p. 43.

Assim, parece que a Comissão poderá, também e fundamentando-se na utilização do artigo 13º do Regulamento nº 1/2003, rejeitar *parcialmente* uma denúncia, reflectindo isso mesmo na sua decisão sobre a denúncia analisada – ou seja, uma decisão formal que rejeita apenas parcialmente a denúncia em causa. Registe-se, no entanto, que tal hipótese não é referida expressamente naquela Comunicação sobre “a cooperação no âmbito da rede das autoridades da concorrência”, nem tão pouco na Comunicação sobre o tratamento das denúncias.

O Regulamento (CE) nº 773/2004 - que, como salientamos, nos seus artigos 5º a 9º (respectivo Capítulo IV), refere-se especificamente ao regime das denúncias - também nada indica, expressamente, quanto a essa possibilidade. O Regulamento agora mencionado, no seu artigo 9º, prevê, com efeito, a hipótese de rejeição de uma denúncia, por parte da Comissão, com base no artigo 13º do Regulamento nº 1/2003. No entanto, nesse seu artigo 9º, o Regulamento em causa apenas se preocupa em garantir que a Comissão informa, de imediato, o autor da denúncia assim rejeitada, “sobre a autoridade nacional responsável em matéria de concorrência que está a instruir ou já instruiu o processo”.

Esta possibilidade de rejeição parcial de uma denúncia, por parte da Comissão, decorre, no entanto, da própria fundamentação que suporta tal possibilidade, relativamente às autoridades dos Estados-membros: a flexibilidade na utilização do mecanismo do artigo 13º do Regulamento nº 1/2003.

A Comissão considera, efectivamente, imprescindível a flexibilidade não só para o bom funcionamento do dito mecanismo do artigo 13º do Regulamento nº 1/2003, como também para todo o sistema de aplicação das regras de *defesa da concorrência* - como, de resto, é claramente afirmado no nº 22 da Comunicação sobre a “cooperação no âmbito da rede de autoridades da concorrência”. Neste nº 22, salientam-se algumas vantagens advenientes dessa (imprescindível) flexibilidade: “(...) a apreciação das especificidades de cada processo individual”; a possibilidade de uma autoridade poder não querer reexaminar o caso, mesmo que uma denúncia tenha sido rejeitada por outra

autoridade na sequência de uma investigação do mérito do caso ou então, o inverso. Como se conclui no referido nº 22 daquela Comunicação, uma tal flexibilidade “também facilita uma aplicação coerente das regras (ou seja, dos artigos 81º e 82º do Tratado CE) ”.

Ora, esta flexibilidade permite-nos justificar, assim, a possibilidade de rejeição parcial de uma denúncia, por parte da Comissão. De resto, esta possibilidade poderá, ainda, encontrar suporte normativo numa interpretação abrangente da parte final do nº 1, do artigo 13º do Regulamento nº 1/2003, quando se afirma que a Comissão “pode igualmente rejeitar uma denúncia com o fundamento de que uma autoridade responsável em matéria de concorrência de um Estado-membro está já a instruir o processo³⁸⁶”.

Finalmente, ainda a propósito do “interesse comunitário” no contexto da rejeição de denúncias, o nº 44 da Comunicação sobre o tratamento destas, abre a hipótese de a Comissão “poder igualmente decidir que não é apropriado (entenda-se, à luz de tal interesse) investigar uma denúncia quando as empresas em causa concordarem em alterar o seu comportamento de tal forma que a Comissão possa considerar que deixou de ser do interesse comunitário intervir³⁸⁷”. Poderá, também, deixar de existir tal interesse se os

³⁸⁶ Em rigor, talvez devêssemos falar aqui de uma interpretação enunciativa, fundamentada num argumento de “maioria de razão” (se a hipótese de rejeição total é admitida, então, a rejeição apenas parcial também o será)

³⁸⁷ Ver, a este respeito e sobre um caso de rejeição de uma denúncia, Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 16 de Setembro de 1998, Acórdão *International Express Carriers Conference (IECC) vs. Comissão*, Processo nº T – 110/95, Colectânea, p. II – 3605, em particular, nº 57 e 58: “Tendo em conta este objectivo geral e a missão confiada à Comissão, o Tribunal considera que, sob reserva de fundamentar essa decisão, a Comissão pode decidir que não é oportuno dar seguimento a uma denúncia de práticas contrárias ao artigo 85º, nº 1, do Tratado (actualmente, artigo 81º, nº1) quando os factos em análise lhe permitam legitimamente crer que os comportamentos das empresas em causa serão alterados num sentido favorável ao interesse geral. Em tal situação, compete à Comissão, no âmbito da sua missão de vigilância da boa aplicação do Tratado, decidir se é no interesse da Comunidade incitar as empresas postas em causa pelo procedimento administrativo a alterar os seus comportamentos em consideração das acusações que lhes foram feitas (...) e exigir delas a

comportamentos denunciados tiverem cessado³⁸⁸. “Contudo, para este efeito, a Comissão terá de averiguar se os efeitos anticoncorrenciais persistem e se a gravidade das infracções ou a persistência dos seus efeitos confere eventualmente à denúncia interesse comunitário” – ainda, o nº 44 da referida Comunicação.

garantia de que esses comportamentos serão efectivamente alterados no sentido que preconiza em vez de declarar formalmente numa decisão que esses comportamentos de empresas violam as normas de concorrência do Tratado”. No mesmo sentido, confirmando o sentido desta argumentação, Acórdão do Tribunal de Justiça de 17 de Maio de 2001, Acórdão proferido em sede de recurso da decisão do Tribunal de Primeira instância (Acórdão proferido no Processo nº T – 110/95, referido anteriormente), Processo nº C – 449/98 P, Colectânea p. I – 3875, especialmente, nºs 44 a 47.

³⁸⁸ Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 15 de Janeiro de 1997, Acórdão *Syndicat français de l'Express International e outros vs. Comissão*, Processo nº T – 77/95, Colectânea, p. II – 1, nº 57: “Tendo presente este objectivo geral e a missão atribuída à Comissão, o Tribunal considera que, sob reserva de fundamentar tal decisão, a Comissão pode legitimamente decidir que não é oportuno dar seguimento a uma denúncia de práticas que cessaram ulteriormente. É tanto mais assim quanto, como no caso em apreço, essa cessação é o resultado da acção da Comissão. A este respeito, o Tribunal salienta que pouco importa saber com que fundamento jurídico é adoptada uma decisão que põe fim às práticas denunciadas, devendo apenas ser tomado em conta o efeito dessa decisão”. No mesmo sentido, Acórdão do Tribunal de Justiça de 4 de Março de 1997, Acórdão *Union française de l'Express (UFEX) e outros vs. Comissão*, Processo nº C – 119/97 P, Colectânea, I – 1341, nº 95: “A Comissão não pode apenas basear-se no simples facto de que práticas pretensamente contrárias ao Tratado cessaram para decidir arquivar por falta de interesse comunitário uma denúncia destas práticas, sem ter verificado se não persistiam efeitos anticoncorrenciais e se, eventualmente, a gravidade dos atentados alegados à concorrência ou a persistência dos seus efeitos não eram susceptíveis de conferir a esta denúncia um interesse comunitário”.

É de notar que no (já antecedente referido) Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 18 de Maio de 1994, Acórdão *Bureau Européen des Unions de Consommateurs (BEUC) vs. Comissão*, foi considerado que um compromisso não escrito entre um Estado-membro e um terceiro Estado, exterior á Política Comercial Comum, não seria relevante para que se pudesse concluir que o comportamento denunciado tinha cessado (Acórdão citado, respectivo nº 113 – *apud*, JOSÉ LUIS DA CRUZ VILAÇA e MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES, *Código da Concorrência*, Almedina, 2004, p. 558, em nota 2).

82. A rejeição da denúncia poderá, também, ser motivada por razões de fundo, relacionadas com o facto de os comportamentos em causa não colocarem em risco os artigos 81º e 82º do Tratado CE – ou, pelo menos e de acordo com a apreciação efectuada pela Comissão, não ser possível demonstrar que colidem com tais normativos do Tratado.

Na realidade, tal rejeição poderá resultar não só do facto de os comportamentos denunciados não serem qualificados como violadores daquelas regras comunitárias de *defesa da concorrência*, como também porque se verifica existir uma insuficiência de provas susceptíveis de sustentar essa alegada violação.

Estes dois tipos de razões justificativas de uma rejeição são, de resto, indicados na Comunicação relativa ao tratamento das denúncias. O respectivo nº 47, por um lado, refere-se à hipótese da insuficiência de provas, indicando que a denúncia, “quando não fundamentar suficientemente as alegações apresentadas, pode ser rejeitada por essa razão”. Por outro lado, os nºs 48 a 52 dessa Comunicação indicam razões decorrentes da própria qualificação dos comportamentos denunciados à luz dos normativos referidos, susceptíveis de fundamentarem a referida rejeição.

Tais razões (de qualificação) indicadas e sistematizadas pela Comissão são: a insusceptibilidade de os acordos ou práticas denunciadas afectarem o comércio entre os Estados-membros (número 49 da Comunicação), o facto de os acordos objecto da denúncia não restringirem, de forma sensível, a concorrência, sendo, portanto, abrangidos pelas orientações constantes da denominada Comunicação *de minimis*³⁸⁹ (número 50 da Comunicação), a

³⁸⁹ A Comissão define e publicita, regularmente, os critérios que entende seguir no que diz respeito a acordos entre empresas que, embora sendo subsumíveis ao nº 1, do artigo 81º do Tratado CE, acabam por (na perspectiva da Comissão) não afectar significativamente a concorrência no Mercado Comum. São os acordos de pequena importância que não restringem sensivelmente a concorrência nos termos daquela norma do Tratado, comumente designados por “acordos de minimis”. A mais recente Comunicação “de minimis”, relativamente aos acordos entre empresas, é de 2001: Jornal Oficial nº C 368 de 22 de Dezembro de 2001, p. 13.

Trata-se de uma prática regular da Comissão, no âmbito da gestão da política da concorrência, em particular, da aplicação impositiva que incumbe (também) à Comissão fazer do artigo 81º

existência de um “regulamento de isenção por categoria” de acordos que seja aplicável às práticas denunciadas (número 51 da Comunicação) e ainda, o facto de o acordo objecto da denúncia poder suscitar um juízo de balanço económico favorável, ou seja, merecer a aplicação do nº 3, do artigo 81º do Tratado CE (número 52, da referida Comunicação³⁹⁰).

Estas razões justificativas indicadas e publicitadas pela Comissão não serão, contudo, exaustivas, nem taxativas. Com efeito o nº 48 da Comunicação começa por referir o seguinte: “Os critérios para a aplicação jurídica de acordos ou práticas à luz dos artigos 81º e 82º do Tratado não podem ser analisados de forma exaustiva na presente Comunicação.

Contudo, os potenciais autores de denúncias devem recorrer às extensas orientações que a Comissão disponibiliza, para além de outras fontes e, em especial, a jurisprudência dos tribunais comunitários e as práticas decisórias da Comissão”.

Na realidade, esta advertência/indicação sublinha, mais uma vez, o poder discricionário de que a Comissão dispõe para apreciar (e, conseqüentemente, poder rejeitar) as denúncias.

do Tratado CE. Assim, a Comissão quantifica, nessa sua Comunicação, através de limiares de quotas de mercado, as restrições da concorrência que não são consideradas sensíveis nos termos do nº 1 do artigo 81º do Tratado CE.

³⁹⁰ De uma forma muito clara, o nº 52 da Comunicação afirma o seguinte, referindo-se à causa de rejeição indicada: “Acordos que restrinjam a concorrência na acepção do nº 1 do artigo 81º do Tratado CE podem satisfazer as condições previstas no nº 3 do mesmo artigo. Nos termos do nº 2 do artigo 1º do Regulamento nº 1/2003, e não sendo necessária para o efeito uma decisão administrativa prévia, estes acordos não são proibidos”. Além disso, este nº 52 da Comunicação em causa remete, também, para outra Comunicação da Comissão, integrante do “Pacote Modernização”: Comunicação sobre as “orientações relativas à aplicação do nº 3 do artigo 81º do Tratado CE”, Jornal Oficial, nº C 101, de 27.04.2004, p. 97.

4.6 – Efeitos da decisão de rejeição de uma denúncia. A susceptibilidade de impugnação judicial³⁹¹.

83. A adopção de uma decisão que rejeite uma denúncia produz, naturalmente, determinados efeitos que se repercutem na esfera quer da Comissão quer dos denunciantes.

Estas decisões são, desde logo, impugnáveis nos tribunais comunitários, de acordo com os termos e os princípios gerais do sistema jurisdicional da União (poderão ser, nomeadamente, objecto de um recurso de anulação). O nº 77 da Comunicação sobre o tratamento das denúncias relembra isso mesmo: “A decisão de rejeição de uma denúncia é susceptível de recurso para os tribunais comunitários”.

Essa impugnabilidade é pacificamente afirmada, em tese geral e na jurisprudência comunitária, pese embora as reservas que, sob o ponto de vista da viabilidade material e efectiva de tal apreciação judicial, levantamos anteriormente, a respeito das decisões de rejeição de uma denúncia, adoptada com base no artigo 13º do Regulamento nº 1/2003.

Além disso, os nºs 78 e 79 da Comunicação indicam algumas das implicações/efeitos desencadeados por uma decisão de rejeição de uma denúncia.

Assim, em princípio, o denunciante não terá a possibilidade de requerer a reabertura do procedimento de reapreciação da denúncia rejeitada (e, conseqüentemente, dos factos por si denunciados) - a menos que apresente novos elementos relevantes para a decisão da Comissão. Mais explicitamente: “Uma decisão de rejeição de uma denúncia inibe os autores (...) de requerem a reabertura da investigação, salvo se apresentarem novos elementos de prova significativos”. Ao invés, “a Comissão pode reabrir um processo em

³⁹¹ Reportamo-nos, agora, às situações de rejeição que não se enquadram na primeira via processual de rejeição que atrás assinalamos - ou seja, já não nos centramos, agora, na questão da impugnabilidade judicial da (eventual) decisão de rejeição imediata, decidida com base no artigo 13º do Regulamento nº 1/2003. Sobre esta problemática, pronunciamo-nos já anteriormente: *supra*, nº 77.

determinadas circunstâncias³⁹²”. Em rigor, a Comissão poderá sempre, *oficiosamente* e ainda que não reabra propriamente o processo conducente à reanálise da mesma denúncia, investigar eventuais infracções aos artigos 81º e 82º do Tratado e abrir um (novo) processo tendente à adopção de uma decisão de verificação e de cessação de tais infracções (artigo 7º do Regulamento nº 1/2003) e/ou, em paralelo, conducente à adopção de medidas provisórias (artigo 8º do mesmo Regulamento)³⁹³. Poderá, também, oficiosamente, desencadear um processo conducente à adopção de uma decisão de “não aplicabilidade” dos artigos 81º e/ou 82º do Tratado CE a determinados comportamentos – inclusivamente àqueles que foram objecto da denúncia rejeitada – e isto, sempre que o “interesse público comunitário assim o exija” (artigo 10º do Regulamento nº 1/2003).

Mas, nesta matéria do regime das denúncias, uma das consequências da descentralização, para o nível nacional, da aplicação dos artigos 81º e 82º do Tratado CE, traduz-se no facto de as autoridades nacionais competentes em matéria de concorrência, poderem aplicar os artigos 81º e /ou 82º do Tratado CE aos factos objecto de uma denúncia dirigida à Comissão e que esta rejeitou. Na realidade, a decisão de rejeição de uma denúncia não implica uma tomada de posição definitiva e material, sobre os factos denunciados – mas, tão-somente, uma apreciação sobre a viabilidade e a aceitação de tal denúncia. Assim sendo, se, porventura, uma autoridade nacional decidir instruir um processo para apreciação, à luz dos artigos 81º e 82º do Tratado CE, dos factos objecto de uma denúncia rejeitada pela Comissão, não existe nenhum impedimento de princípio, nem técnico-normativo que obstaculize a actuação dessa autoridade nacional. De resto, precisamente porque a decisão de rejeição adoptada pela Comissão não traduz uma apreciação e uma tomada de posição

³⁹² Número 78 da Comunicação sobre o tratamento das denúncias.

³⁹³ Tal processo poderá, também, levar à aprovação de um compromisso, nos termos do artigo 9º do Regulamento nº 1/2003.

definitiva sobre tais factos, não será, sequer, posto em causa, nessa hipótese, o princípio *non bis in idem*³⁹⁴.

No fundo, na perspectiva das autoridades dos Estados-membros que abram um processo tendente à aplicação dos artigos 81º e/ou 82º do Tratado CE, relativamente aos factos constantes da denúncia rejeitada pela Comissão, a respectiva decisão (comunitária) de rejeição será apenas um elemento de facto a ter em conta nesse processo nacional – sendo, de certo modo, comparável às anteriores (antes da entrada em vigência do Regulamento nº 1/2003) “cartas de conforto” emitidas pela Comissão e cujo regime acabou por ser abordado pela jurisprudência comunitária (por exemplo, Acórdão do Tribunal de Justiça de 10 de Julho de 1980³⁹⁵, Acórdão suscitado por um reenvio prejudicial do *Tribunal de Commerce* de Paris, no caso integrante da denominada “jurisprudência dos perfumes” e que opôs *Anne Marty, S.A. à Estée Lauder*)³⁹⁶.

4.7 – Os direitos dos denunciantes.

84. Importa salientar que os próprios autores da denúncia dispõem de alguns direitos de participação no âmbito do procedimento seguido pela Comissão, em sede de tratamento das denúncias.

No entanto, como salienta, a este propósito, a própria Comissão, o procedimento (que dissemos dividir-se numa fase de análise preliminar e numa outra fase de análise complementar³⁹⁷) não se sujeita ao princípio do

³⁹⁴ E isto, mesmo admitindo-se que o processo de investigação e de avaliação de tais factos denunciados, materialmente, merece um tratamento e beneficia de uma natureza (para)judicial, na perspectiva das garantias de defesa do visado.

³⁹⁵ Acórdão do Tribunal de Justiça de 18.10.1980, Processo nº 37/79, Colectânea, p. 2481

³⁹⁶ LAURENCE IDOT, *ob. cit.* (*Droit Communautaire...*), p. 110, parágrafo 244 e em nota 312.

³⁹⁷ Temos vindo a seguir, na exposição que traçamos sobre o tratamento das denúncias, uma divisão em duas partes ou duas fases, dos passos seguidos pela Comissão. Temo-nos referido, com efeito, à fase da análise preliminar e a uma segunda fase que denominamos fase de análise complementar. Na realidade, esta sistematização dos passos percorridos pela Comissão acaba por corresponder melhor aos momentos decisivos do procedimento seguido pela Comissão, no tratamento das denúncias recepcionadas. Corresponde às duas decisões fundamentais adoptadas pela Comissão, no decurso de tal procedimento: a decisão preliminar

contraditório e, na perspectiva da Comissão, não deverá, portanto, confundir-se com um processo de natureza jurisdicional.

O nº 59 da Comunicação sobre o tratamento das denúncias esclarece, com efeito, o seguinte:

“Ao longo de todo o procedimento, os autores das denúncias beneficiam de um conjunto de direitos previstos nos artigos 6º a 8º do Regulamento nº 773/2004. No entanto, os processos da Comissão em casos de concorrência *não são procedimentos contraditórios* entre o autor da denúncia, por um lado, e as empresas que são objecto de investigação, por outro. Consequentemente, os direitos processuais dos autores das denúncias não são tão amplos quanto o direito de defesa das empresas que são objecto de um processo de infracção”.

Compreende-se esta preocupação em afastar dúvidas sobre a eventual natureza jurisdicional do procedimento de tratamento das denúncias: ainda que um processo de verificação de uma infracção, nos termos do artigo 7º do Regulamento nº 1/2003, possa começar sob o impulso de uma denúncia (para além da actuação oficiosa da própria Comissão), existe uma distinção – tendencialmente, uma distinção quanto às respectivas naturezas, motivada pelos diferentes objectivos - entre este processo (que, sublinhe-se, mais uma vez, poderá, ou não, ter o seu impulso genético numa denúncia) e o procedimento seguido para o tratamento das denúncias. Este (o tratamento das

ou provisória e a decisão definitiva de aceitação e/ou de rejeição da denúncia. No entanto, a Comunicação sobre o tratamento das denúncias refere três fases - ver respectivos nºs 55, 56 e 57. Na realidade, segundo a sistemática seguida no texto, as duas primeiras fases indicadas na Comunicação (respectivos nºs 55, 56 e primeira parte do nº 57) corresponderão à primeira fase de análise preliminar. Na nossa perspectiva, no fundo, a parte do procedimento descrito pela Comissão, nos nºs 56 e nº 57 (primeira parte), são, ainda, mesma fase, não justificando a separação efectuada na Comunicação. Ou seja, esses nºs 56 e 57 (primeira parte) descrevem a fase da análise preliminar, conducente à fase conclusiva, em termos definitivos (a segunda fase, na nossa exposição) que é, por seu turno, referida também no nº 57 (segunda parte) da Comunicação - sendo, contudo, aí, denominada por “terceira fase do processo”: “(...) Em todos os outros casos, na terceira fase do processo, a Comissão toma conhecimento das observações apresentadas pelo autor da denúncia e ou dá início a um processo contra o objecto da denúncia ou toma a decisão de a rejeitar”.

denúncias) será entendido como um procedimento instrumental, relativamente ao processo que a Comissão possa vir a prosseguir de aplicação propriamente dita dos artigos 81º e/ou 82º do Tratado CE.

O tratamento de uma denúncia poderá justificar e desencadear, ou não, um processo de aplicação dos artigos 81º e 82º do Tratado, mas, na perspectiva da Comissão, não conferirá especiais direitos ao denunciante e não deverá sobrevalorizar o seu interesse em que exista um processo por infracção dos artigos 81º e 82º do Tratado CE, na medida em que a decisão sobre a abertura deste processo é da competência da Comissão (e das autoridades nacionais integrantes da rede europeia de autoridades da concorrência).

No fundo, existe, aqui, uma linha de fronteira pressuposta entre a aplicação impositiva de carácter público-institucional das regras de *defesa a concorrência* ("public enforcement") e a aplicação impositiva de carácter privado, empreendida pelos terceiros interessados (concorrentes ou não), sendo que neste último caso, em princípio, essa aplicação sob impulso particular ("private enforcement") deverá caber aos tribunais (nacionais). Esta aplicação impositiva de carácter privado sujeitar-se-á a regras e a princípios processuais (nomeadamente, ao princípio fundamental do contraditório) que garantirão os direitos e interesses legítimos desses particulares - nesse caso, dos autores das respectivas acções judiciais.

Será nesta perspectiva que poderemos, assim, entender a Comissão quando esta sublinha o facto de os direitos dos denunciantes serem *mais limitados* do que os direitos das empresas denunciadas e visadas por uma eventual investigação. Na realidade, a Comissão compara, ao fazer esta advertência, processos diferentes, prosseguindo tendencialmente objectivos imediatos distintos: o tratamento das denúncias propriamente dito e o processo por infracção às regras dos artigos 81º e/ou 82º do Tratado CE (que, poderá ter sido originado por uma denúncia, ou não).

Assim sendo, os direitos que o Regulamento (CE) nº 773/2004 confere especificamente aos denunciantes (no âmbito do procedimento respeitante ao tratamento das denúncias) poderão ser enunciados, seguindo a seguinte sistematização pressuposta nas indicações efectuadas por aquele Regulamento:

i) direitos que emergem quando a Comissão decide investigar os factos denunciados ou seja, já durante a fase *de análise complementar* da denúncia e, por outro lado, ii) direitos que são conferidos ao denunciante quando, ao invés, a Comissão não pretende, numa primeira apreciação, dar seguimento à denúncia e isto, portanto, ainda na fase de análise que denominamos de *fase preliminar*³⁹⁸.

Assim, no primeiro caso (i) – ou seja, quando a Comissão já decidiu averiguar os factos denunciados, encontrando-se, conseqüentemente, na fase de análise complementar da denúncia - temos os seguintes direitos:

- o direito de receber informação quando a Comissão acaba por desencadear uma investigação sobre os factos denunciados³⁹⁹, particularmente, o direito de receber uma cópia da versão não confidencial da comunicação de objecções que a Comissão dirigiu à empresa (ou empresas) alegadamente infractoras – nº 1, do artigo 6º do Regulamento (CE) nº 773/2004 e nº 64 da Comunicação sobre o tratamento das denúncias;

- o direito de apresentar as suas observações escritas sobre tal comunicação de objecções, dentro de um prazo que lhe seja fixado pela Comissão e por esta comunicado quando envia a referida cópia da versão não confidencial dessa comunicação (de objecções) – ainda nº 1, do artigo 6º do Regulamento (CE) nº 773/2004 e nº 64 da Comunicação mencionada;

- o eventual direito de o denunciante apresentar também oralmente essas observações – ou seja, “os seus pontos de vista” – durante a audição oral dos interessados (“a quem tiver sido transmitida uma comunicação de objecções”) – nº 2, do artigo 6º do Regulamento e nº 65 da Comunicação.

No segundo caso (ii) temos, portanto, direitos que resultam de situações relativas ao tratamento das denúncias ainda na fase de análise preliminar e que já anteriormente referimos, como sendo:

³⁹⁸ Em rigor, a Comissão ainda não concluiu definitivamente, nessa fase de análise preliminar, se pretende ou não dar seguimento a tal denúncia.

³⁹⁹ Investigação esta que poderá ser entendida já como o início de um processo conducente à aplicação dos artigos 81º e 82º do Tratado, mas que, neste momento, será ainda uma investigação dirigida para uma decisão sobre a aceitação, ou rejeição, da denúncia.

- o direito de conhecer as razões pelas quais a Comissão entende, ainda na fase de análise preliminar, não dar seguimento à denúncia efectuada e apresentar as suas observações escritas, podendo, nesses termos, contribuir, ou não, para uma alteração da posição da Comissão de molde a que esta Instituição desencadeie, pelo menos, a fase de análise complementar da denúncia - no fundo, o direito de participação, previsto nos termos do artigo 7º do Regulamento nº 773/2004, que já referimos anteriormente;

- o direito de requerer o acesso (e, portanto, de aceder efectivamente) aos documentos em que a Comissão tiver baseado a sua decisão preliminar de não dar seguimento à denúncia (portanto, na fase de análise preliminar) – nº 1, do artigo 8º do Regulamento.

Uma nota, ainda, para referir a protecção dos segredos comerciais e de outras informações confidenciais. Na realidade, nos termos dos nºs 66 e 67 da Comunicação sobre o tratamento das denúncias, os denunciantes poderão beneficiar do respectivo regime de protecção se, porventura, apresentarem, “por sua própria iniciativa ou a pedido da Comissão, documentos que contenham segredos comerciais ou outras informações confidenciais”. Todas as informações confidenciais serão protegidas pela Comissão, aplicando-se, aqui, quer o princípio geral expresso no artigo 287º do Tratado CE, quer a regra sobre o sigilo profissional especificamente expressa no artigo 28º do Regulamento nº 1/2003. Além disso, importa conjugar, a este respeito, os normativos indicados com as regras dos artigos 15º e 16º do Regulamento (CE) nº 773/2004, em matéria de acesso aos processos e utilização dos documentos neles constantes e ainda, no que diz respeito à identificação e protecção das informações confidenciais. De certo modo, poderemos dizer que os denunciantes vêm, também, a respectiva esfera de protecção e de direitos (enquanto autores de denúncias) reforçada com a aplicação do regime resultante dos normativos indicados – pese embora, esse regime não ser um específico regime protector decorrente da posição (processual) dos autores das denúncias, mas sim um regime de aplicação geral.

4.8 – As denúncias à luz da Lei nº 18/2003: as linhas gerais do respectivo regime (na perspectiva da articulação entre o regime comunitário e o regime português).

85. A Lei da Concorrência portuguesa actualmente em vigência (a Lei nº 18/2003, de 11 de Junho) admite, também, a existência de denúncias.

Na realidade, o nº 1, do artigo 24 daquela Lei, determina que a Autoridade da Concorrência (Adc) proceda à abertura de um inquérito sempre que “tome conhecimento, *por qualquer meio*, de eventuais práticas proibidas pelos artigos 4º, 6º e 7º (...)”.

Como se infere da expressão “por qualquer meio”, a Adc poderá, então, tomar conhecimento de violações à Lei da Concorrência e agir em conformidade, quer *oficiosamente*, quer através de *denúncia*⁴⁰⁰.

Ora, a denúncia, pelo seu lado, tanto poderá corresponder às participações que, nos termos do nº 2, daquele artigo 24º, os “serviços da administração directa, indirecta ou autónoma do Estado, bem como autoridades administrativas independentes” devem obrigatoriamente efectuar de “factos de que tomem conhecimento, susceptíveis de serem qualificados como práticas restritivas da concorrência”, como poderá, também, traduzir-se numa queixa efectuada pelos particulares (denúncias de agentes económicos, sejam eles pessoas singulares ou colectivas, actuando quer como consumidores, quer como empresas).

A Lei da Concorrência pressupõe, portanto, dois tipos de denúncia quanto à respectiva origem ou denunciante⁴⁰¹, embora, aparentemente, não indique nenhuma distinção de regime. De resto, a Lei em causa só faz uma referência a um aspecto que poderemos considerar atinente ao regime das denúncias, no âmbito do sistema português: o artigo 25º da Lei da

⁴⁰⁰ MIGUEL MENDES PEREIRA, *ob. cit.* (*Lei da Concorrência...*), p. 278.

⁴⁰¹ As denúncias efectuadas no cumprimento de uma obrigação legal, pelos “serviços da administração directa, indirecta ou autónoma do Estado, bem como as autoridades administrativas independentes” e as denúncias efectuadas por particulares, ou seja, por pessoas singulares ou colectivas, consumidores finais ou empresas – podendo ser, estas empresas e na nossa perspectiva, concorrentes directas das empresas denunciadas, ou não.

Concorrência, no seu nº 2, consagra uma obrigação para a Adc e um correspondente direito para os denunciante.

Assim, de acordo com o normativo mencionado (nº2, do artigo 25º daquela Lei nº 18/2003), a Adc não poderá arquivar um inquérito que tenha sido aberto na sequência de uma denúncia, “sem dar previamente conhecimento das suas intenções ao denunciante, concedendo-lhe um prazo razoável para se pronunciar”.

Não existe, portanto, no regime da Lei da Concorrência e ao contrário do que sucede no âmbito do Direito comunitário, a sujeição das denúncias (em rigor, do respectivo tratamento) a um regime específico que se traduza num processo ou procedimento especial e expressamente previsto, em termos normativos.

86. Ora, nos termos da Lei da Concorrência, o processo conducente à aplicação dos seus artigos 4º (práticas proibidas de entente), 6º (proibição de abuso de posição dominante) e 7º (abuso de dependência económica) e, portanto, a verificação de alguma infracção a estes normativos, inicia-se com a abertura (oficiosa ou, como referimos, na sequência de denúncia) de um *inquérito* aos factos alegadamente ilícitos – artigo 24º da referida Lei. Está em causa, portanto, o início de um processo sancionatório de carácter gracioso, instaurado pela Adc com o intuito, precisamente, de “sancionar práticas ou comportamentos legalmente tipificados e declarados puníveis como contra-ordenações” e que “terminam, em geral, pela aplicação de uma coima, com possibilidade de aplicação de medidas acessórias⁴⁰²”.

Importa, neste ponto, explicitar que é usual subdividir os processos promovidos e prosseguidos pela Adc (processos graciosos) em “processos de supervisão” e “processos sancionatórios”, como é o caso dos processos agora referidos.

⁴⁰² NORBERTO SEVERINO, *O Processo na Lei da Concorrência*, in ANTÓNIO GOUCHA SOARES e MARIA MANUEL LEITÃO MARQUES (Coordenação), *Concorrência. Estudos*, Almedina, 2006, p. 125.

Os primeiros (os denominados processos de supervisão), nos termos da Lei da Concorrência, têm por objecto a apreciação prévia das operações de concentração e a justificação/não-proibição de acordos e das práticas previstas no artigo 4º daquela Lei, por “juízo de balanço económico favorável ou positivo” (nº 2, do artigo 5º da Lei da Concorrência).

Nos termos do artigo 22º da Lei da Concorrência, aplicam-se ao processo por infracção das regras dos artigos 4º, 6º e 7º da Lei da Concorrência, as regras deste diploma relativas, precisamente, aos processos em questão (especificamente, regras dos artigos 17º a 29º) e ainda, “subsidiariamente, o regime geral dos ilícitos de mera ordenação social”⁴⁰³.

Assim sendo, com a abertura do inquérito, entra-se na fase (ainda) administrativa do processo contra-ordenacional conducente à eventual aplicação de sanções, por parte da Adc (ver artigo 54º do Decreto-Lei nº 433/82, de 27 de Outubro – Regime Geral das Contra-Ordenações).

Durante o inquérito, a Adc promove as diligências de investigação necessárias à identificação das práticas restritivas proibidas pelos artigos mencionados da Lei da Concorrência e dos respectivos agentes aos quais tais práticas são imputadas.

O inquérito corresponderá à fase processual destinada à realização de diligências de investigação sobre a efectiva existência, ou não, de uma infracção, bem assim como à fase processual destinada a identificar os infractores e respectiva responsabilidade e descobrir e recolher provas que permitam a conclusão desta fase.

Nos termos da alínea a), do nº 1 do artigo 17º do Estatutos da Adc, competirá ao Conselho (da Adc) aprovar a abertura do inquérito.⁴⁰⁴

⁴⁰³ O nº 1, do artigo 22º da Lei da Concorrência – que, atrás, referimos salientando, de resto, a contradição que, com esta norma, ostenta o artigo 19º da mesma Lei – determina, com efeito, o seguinte: “Os processos por infracção ao disposto nos artigos 4º, 6º e 7º, regem-se pelo disposto na presente secção, na secção I do presente capítulo e, subsidiariamente, pelo regime geral dos ilícitos de mera ordenação social”.

⁴⁰⁴ MIGUEL MOURA E SILVA, *ob. cit.* (*Direito da Concorrência...*), p. 165. Importa enquadrar este órgão (o Conselho) da Adc: nos termos do artigo 11º dos referidos Estatutos – que

Voltando ao nº 1, do artigo 24º da Lei da Concorrência, este normativo (em rigor, a sua definição ínsita de inquérito) “transpõe para o domínio jusconcorrencial o consagrado no artigo 262º, nº 1, do Código de Processo Penal⁴⁰⁵ para o processo penal, e no artigo 54º, nº 1, do Regime Geral das Contra-Ordenações⁴⁰⁶ para o processo contra-ordenacional geral⁴⁰⁷”.

A referida fase do inquérito (a fase inicial ou desencadeadora do processo) concluir-se-á com uma decisão, por parte da Adc, no sentido ou do arquivamento desse processo ou da abertura da instrução (artigo 25º da Lei da Concorrência).

Esta (a *instrução*) iniciar-se-á com a notificação efectuada pela Adc às empresas ou associações de empresas visadas (artigo 26º e alínea *b*, do nº 1,

constam do anexo ao Decreto-Lei nº 10/2003, de 18 de Janeiro – “O Conselho é o órgão máximo da Autoridade, responsável pela aplicação da legislação de promoção e defesa da concorrência, bem como pela direcção dos respectivos serviços (...)”. O Conselho é composto por um presidente e dois ou quatro vogais (nº1, do artigo 12º dos Estatutos). Os seus membros são nomeados por resolução do Conselho de Ministros, sob proposta do ministro responsável pela área da economia, ouvidos os ministros responsáveis pela área das finanças e da justiça e deverão ser indicados “ de entre pessoas de reconhecida competência, com experiência em domínios relevantes para o desenvolvimento das atribuições cometidas à Autoridade” (nº2, do artigo 12º dos referidos Estatutos). Por outro lado, os membros do Conselho “não podem ser exonerados do cargo antes de terminar(em) o mandato” (de cinco anos, renovável uma vez nos termos dos nºs 2 e 3 do artigo 13º dos Estatutos), salvo em caso de dissolução do Conselho por resolução do Conselho de Ministros, em caso de falta grave, de responsabilidade colectiva” – artigo 15º dos mencionados Estatutos.

⁴⁰⁵ O referido nº 1, do artigo 262º do Código de Processo Penal define, efectivamente, o inquérito nos termos seguintes: “O inquérito compreende um conjunto de diligências que visam investigar a existência de um crime, determinar os seus agentes e a responsabilidade deles e descobrir e recolher as provas, em ordem à decisão sobre a acusação”

⁴⁰⁶ Nos termos do mencionado artigo 54º, nº 1 do Decreto-Lei nº 433/82, de 27 de Outubro (7º versão, com as alterações introduzida pela Lei nº 109/2001, de 24 de Dezembro – que, contudo, não modificou o referido artigo 54º): “O processo iniciar-se-á oficiosamente, mediante participação das autoridades policiais ou fiscalizadoras ou ainda mediante denúncia particular.” O respectivo nº 2, desse mesmo artigo 54º, completa a indicação antecedente, explicitando que: “A autoridade administrativa procederá à sua investigação e instrução, finda a qual arquivará o processo ou aplicará uma coima”.

⁴⁰⁷ MIGUEL MENDES PEREIRA, *ob. cit.* (*Lei da Concorrência...*), p. 277.

do artigo 25º, ambos da Lei da Concorrência). A fase da instrução, ordinariamente, destina-se à investigação propriamente dita, efectuada pelos serviços da Adc, dos factos apurados no inquérito e à realização do respectivo enquadramento jurídico, realizado, também, em função dos elementos apurados e/ou obtidos pela Adc (elementos de facto obtidos, como se referiu, na fase do inquérito ou, porventura, apresentados pelas empresas interessadas, quer as visadas directamente no processo, quer aqueles que são apresentados por terceiros, inclusivamente, por denunciante).

Note-se que, nos termos do artigo 27º da Lei da Concorrência, a Adc poderá ainda e a qualquer momento do inquérito ou da instrução, ordenar *medidas provisórias* (cautelares).

A instrução concluir-se-á, nos termos do artigo 28º da Lei da Concorrência, com a decisão final da Adc, na qual esta autoridade poderá:

- a) ordenar o arquivamento definitivo do processo;
- b) declarar a existência de uma prática restritiva da concorrência (ou seja, declarar a existência de uma violação das regras dos artigos 4º, 6º ou 7º da Lei da Concorrência) e, se for caso disso, ordenar, ainda, a cessação da prática violadora em causa ou dos seus efeitos;
- c) aplicar as coimas e demais sanções previstas na Lei e, ainda,
- d) autorizar um acordo entre empresas, com base num juízo de balanço económico positivo, ou seja, não proibir tal acordo, fundamentando-se na aplicação do artigo 5º da Lei da Concorrência.

Tivemos, também, já a oportunidade de mencionar, a propósito das referências *supra* efectuadas a algumas decisões do Tribunal de Comércio de Lisboa⁴⁰⁸ – e isso, no contexto da conjugação dos artigos 19º e 22º da Lei da Concorrência e, em particular, a propósito da interpretação ab-rogante que aquele Tribunal fez do referido artigo 19º - que, da decisão final da Adc que *aplique coimas ou outras sanções* previstas na Lei⁴⁰⁹, caberá recurso judicial

⁴⁰⁸ Tribunal de Comércio de Lisboa, 3º Juízo, Processo nº 769/05.6TYLSB e também, Tribunal de Comércio de Lisboa, Processo nº 766/06.4TYLSB.

⁴⁰⁹ Ou seja, da decisão da Adc adoptada no termo ou conclusão da fase da instrução do processo.

para o Tribunal de Comércio de Lisboa, com efeito suspensivo –nº 1, do artigo 50º da Lei da Concorrência.

Igualmente e agora nos termos do nº 2, daquele artigo 50º, das demais decisões, despachos ou outras medidas adoptadas pela Autoridade (portanto, decisões, despachos ou medidas *não* sancionatórias), caberá, também, recurso para o mesmo Tribunal de Comércio de Lisboa. Neste último caso, porém, o recurso terá efeito meramente devolutivo e seguirá os termos e os limites fixados no nº 2 do artigo 55º do Regime Geral das Contra-ordenações.

Completando esta indicação relativa às vias de recurso, podemos salientar que, de acordo com o artigo 52º da Lei da Concorrência, poder-se-á, ainda, recorrer para o Tribunal da Relação de Lisboa das decisões proferidas pelo Tribunal de Comércio, seguindo-se, sempre, o regime geral dos ilícitos de mera ordenação social, aplicável, portanto, às decisões sancionatórias.

O Tribunal da Relação de Lisboa decide, nestes casos, em última instância, sendo que dos acórdãos proferidos por este Tribunal, não caberá recurso ordinário (nº 2, do artigo 50º).

No entanto, relativamente às decisões da Adc que *não* apliquem coimas, nem outras sanções, importa reter o nº 1, do artigo 54º da Lei da Concorrência: “das decisões da Autoridade proferidas em procedimentos administrativos (...), cabe recurso para o Tribunal de Comércio de Lisboa, a ser tramitado como *acção administrativa especial*” (nº 1, do citado artigo 54º da referida Lei). Este recurso “tem efeito meramente devolutivo, salvo se lhe for atribuído, exclusiva ou cumulativamente com outras medidas provisórias, o efeito suspensivo por via do decretamento de medidas provisórias” - nº 2, do mesmo artigo 54º.

Por outro lado ainda, das decisões proferidas pelo Tribunal de Comércio de Lisboa, nas *acções administrativas* interpostas contra as decisões da Adc, “cabe recurso jurisdicional para o Tribunal da Relação de Lisboa e deste, limitado à matéria de Direito, para o Supremo Tribunal de Justiça” - nº 1, do artigo 55º, da Lei da Concorrência. Se o recurso jurisdicional referido cingir-se, apenas, a questões de direito, ele será interposto directamente para o Supremo Tribunal de Justiça - nº 2, do artigo 55º. Estes recursos jurisdicionais, de todo o

modo, apenas “têm efeito devolutivo” - nº 3, do mesmo artigo 55º, da Lei da Concorrência.

87. Nesta incursão sobre alguns aspectos processuais característicos do ordenamento jurídico português da concorrência, importa registar uma variante do processo conducente à aplicação do artigo 4º da Lei da Concorrência. Na realidade, referimo-nos a uma variante que se constitui, quando considerada em si mesma, como uma manifestação de um processo (ou, em rigor, procedimento) gracioso de *supervisão*: o processo de avaliação prévia da eventual não aplicação do artigo 4º da Lei da Concorrência a certos acordos e das práticas previstas nessa norma, com base num “juízo de balanço económico favorável ou positivo”.

Dito de outro modo, trata-se da justificação, na sequência de uma avaliação prévia pela Adc, das práticas proibidas pelo artigo 4º daquela Lei da Concorrência, nos termos do seu nº 2, do artigo 5º.

O Regulamento nº 9/2005, de 3 de Fevereiro⁴¹⁰ vem estabelecer o procedimento relativo à mencionada avaliação prévia das práticas previstas no artigo 4º da Lei da Concorrência, tendo revogado e substituído a Portaria nº 1097/93, de 29 de Outubro que, até à aplicação daquele Regulamento, se encontrava transitoriamente em vigor, regulando tal procedimento.

Ora, a Lei da Concorrência previu - seguindo, um pouco, a lógica do sistema comunitário da “notificação prévia”, instituído pelo Regulamento nº 17 de 1962, relativamente às práticas merecedoras da aplicação do artigo 81º do Tratado CE – a possibilidade de uma avaliação prévia, por parte da Adc, dos comportamentos previstos no artigo 4º (acordos, decisões de associação de empresas e práticas concertadas). Com efeito, o já mencionado nº 2, do artigo 5º daquela Lei nacional, determina o seguinte:

“As práticas previstas no artigo 4º (da Lei da Concorrência) *podem* ser objecto de avaliação prévia por parte da Autoridade da Concorrência (...), segundo procedimento a estabelecer por regulamento a aprovar pela Autoridade nos termos dos respectivos Estatutos”.

⁴¹⁰ Diário da República, IIª Série, nº 24 de 3 de Fevereiro de 2005, p. 1746.

Ao contrário do que sucedia no âmbito de aplicação do Regulamento nº 17 de 1962, esta avaliação prévia instituída pela Lei da Concorrência não configura, sequer, um ónus a cargo das empresas envolvidas em tais práticas. Como resulta, de resto, literalmente, da norma transcrita, trata-se, aqui, de uma mera possibilidade/direito de avaliação prévia de uma conduta, em favor das empresas que a projectem e que nela se envolvam. Além disso, a invocação por parte de uma empresa das causas de justificação previstas no artigo 5º da Lei da Concorrência (a alegação da existência de um “juízo de balanço económico positivo”) pode dar-se mesmo no decurso de um processo sancionatório, de carácter contra-ordenacional, por violação do nº 1, do artigo 4º da Lei da Concorrência⁴¹¹.

Este procedimento – ao contrário das vias processuais referidas como integradoras do conjunto dos processos de sancionatórios – é um *procedimento administrativo*, relativamente ao qual se aplica, em consequência e subsidiariamente, o Código do Procedimento Administrativo.

Trata-se, de certo modo, de um procedimento paralelo (e com traços de proximidade) àquele que é seguido para o controlo prévio das operações de concentrações (essencialmente, nos termos dos artigos 30º a 41º da Lei da Concorrência).

Ora, este procedimento iniciar-se-á através de um pedido efectuado de acordo com um formulário adoptado, no Regulamento nº 9/2005, para este efeito (respectivo Anexo II desse Regulamento da Adc).

As empresas podem motivar-se a desencadear a avaliação prévia, em função do resultado que esta visa alcançar. Assim, qualquer empresa ou associação de empresas que participe em acordos, decisões ou outras práticas referidas no nº 1 do artigo 4º da Lei nº 18/2003 “pode apresentar à Autoridade

⁴¹¹ MIGUEL MENDES PEREIRA, *ob. cit.* (*Lei da Concorrência...*), p. 143, referindo-se, a título ilustrativo, ao processo SIC/PT Multimédia/TV CABO que deu origem á sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa de 10 de Agosto de 2007, Processo nº 1050/06.9TYLSB e ainda, ao Comunicado da Adc nº 20/2006, disponível na Internet em: <http://www.concorrenca.pt/Comunicados.asp> (consulta Agosto de 2009).

da Concorrência (...), um pedido de avaliação prévia de ais práticas, com vista a obter:

a) A *declaração de legalidade* da prática em causa à face do disposto no nº 1 do artigo 4º da Lei nº 18/2003;

b) A declaração de inaplicabilidade à prática em causa do disposto no nº 1 do artigo 4º da Lei nº 18/2003, por se verificarem as causas de justificação previstas no artigo 5º, nº 1, do mesmo diploma”.

Uma vez recepcionado o pedido de avaliação prévia, a Adc promoverá no prazo de 15 dias contados a partir da data de produção dos respectivos efeitos (ou seja, na data de pagamento de uma taxa exigível nos termos do artigo 10º do Regulamento em causa), a publicação do conteúdo essencial do pedido, em dois jornais de expansão nacional, com o objectivo de que terceiros interessados possam apresentar as suas observações no prazo que tiver sido, para esse efeito, fixado - sendo que esse prazo nunca poderá ser inferior a trinta dias (confrontar artigo 4º do Regulamento nº 9/2005).

O nº 2 do artigo 6º do referido Regulamento, a decisão de inaplicabilidade do nº1, artigo 4º da Lei da Concorrência “é sempre concedida por um período determinado e pode incluir condições e obrigações, sendo susceptível de renovação, caso se mantenham as condições de aplicação do nº1 do artigo 5º da Lei nº 18/2003”. Há, aqui, neste ponto, uma similitude com a duração e os termos condicionais aos quais também se encontravam sujeitas as “decisões de isenção individual” que, no sistema de aplicação do artigo 81º do Tratado CE, vigente no âmbito do Regulamento nº 17 de 1962, eram adoptadas pela Comissão.

Observe-se, ainda, que por força do artigo 7º do Regulamento nº 9/2005, decorridos noventa dias sobre a data do pedido de avaliação prévia⁴¹², os requerentes poderão, através de pedido devidamente fundamentado e dirigido à Adc, solicitar a esta autoridade que a prática objecto de avaliação

⁴¹² Entenda-se, sobre a data de produção de efeitos desse pedido que, nos termos do nº 6, do artigo 3º do Regulamento, corresponde à data do pagamento da taxa devida e referida no artigo 10º do mesmo Regulamento nº 9/2005.

(prévia) seja considerada *provisoriamente válida*, devendo a Adc proferir uma decisão sobre este pedido de validade provisória no prazo de dez dias.

88. Em síntese, a dinâmica procedimental do pedido de avaliação prévia, previsto no nº 2, do artigo 5º da Lei da Concorrência, poderá ser sistematizada nos seguintes termos: após a recepção do pedido e nos quinze dias subsequentes à data de produção de efeitos (ou seja, a data de pagamento da taxa devida, nos termos do artigo 10º do Regulamento nº 9/2005), a Adc promoverá a publicação dos elementos essenciais de tal pedido. Nessa publicação, a Adc fixará um prazo para que terceiros interessados possam apresentar as suas observações sobre a prática objecto do pedido de avaliação prévia. Este prazo, contudo, não poderá ser inferior a 30 dias (a contar da data de publicação).

Ora, neste procedimento possibilitado pelo nº 2, do artigo º da Lei da Concorrência, em rigor, não existe formal e materialmente a fase do inquérito. Na realidade, após a produção de efeitos do pedido apresentado à Adc, esta desenvolve, desde logo, a fase da instrução. De resto, a solicitação, a eventual recepção e a consequente análise das observações escritas apresentadas por terceiros interessados, correspondem a diligências e a actos (materialmente) instrutórios.

Assim sendo, essa instrução tem, também, um prazo limite: noventa dias a contar da data em que o pedido de avaliação prévia produz efeitos. Isto significa, conseqüentemente, que a Adc tem esse prazo de noventa dias para decidir. A decisão poderá adoptar os seguintes conteúdos:

a) Declarar a legalidade da prática avaliada face ao nº 1 do artigo 4º da Lei da Concorrência se, porventura, a Adc concluir durante a *supra* mencionada instrução que tal prática não é abrangida pela proibição constante do mencionado nº 1, do artigo 4º daquela Lei.

b) Declarar a inaplicabilidade do nº 1 d artigo 4º da Lei da Concorrência, caso, porventura, a Adc conclua que a prática em avaliação é passível de ser justificada nos termos do nº 1 do artigo 5º daquela Lei – ou seja, merece um “juízo de balanço económico” positivo ou favorável.

c) Poderá, também a decisão da Adc concluir, declarando-a, a ilegalidade da prática objecto de avaliação prévia, não medida em que ela suscita a aplicação do nº 1, do artigo 4º da Lei da Concorrência, sem poder ser, contudo, justificada, nos termos do nº1, do artigo 5º da mesma Lei.

Finalmente, decorrido o mencionado prazo-limite dos noventa dias para que a instrução seja concluída e se, porventura, a Adc nada tiver decidido, então, os requerentes da avaliação prévia poderão, através de requerimento, solicitar que aquela autoridade considere provisoriamente válida a prática cuja avaliação prévia ainda não foi concluída (decidida). Neste caso, a decisão sobre a validade provisória da prática em questão deverá ser tomada no prazo máximo de dez dias, contadas a partir da data de recepção do respectivo requerimento (nº 2, do artigo 7º do Regulamento nº 9/2005).

89. Note-se, ainda, que a reforma em curso do Direito da concorrência comunitário e, concretamente, a entrada em vigência do Regulamento nº 1/2003, limitaram significativamente o recurso à via processual da apreciação prévia das práticas eventualmente subsumíveis ao artigo 4º da Lei da Concorrência.

Na realidade, decorre do regime da "excepção legal" da aplicação dos artigos 81º e 82º do Tratado CE, introduzido pelo mencionado Regulamento que, no que diga respeito a acordos e demais práticas com relevo jurídico-comunitário (ou seja, susceptíveis de afectarem o comércio entre os Estados-membros), relativamente aos quais esteja em causa a aplicação daquelas normas do Tratado, cessou a possibilidade (em rigor, tratava-se de um ónus) de se suscitar tal avaliação prévia.

Foi abolido no plano comunitário, em virtude da entrada em vigência do regulamento nº 1/2003, o antecedente sistema da "notificação prévia" (introduzido pelo Regulamento de aplicação de 1962) e criado, portanto, o referido sistema dito da "excepção legal", "por via do qual a aplicação do nº 3, do artigo 81º do Tratado CE se convola numa *excepção processual ao dispor*

das empresas, destinada a neutralizar a acusação de prática anticoncorrencial e a provocar a inaplicabilidade da proibição ínsita no nº 1 do artigo 81º⁴¹³”.

A obrigação de dar cumprimento ao novo sistema comunitário da “exceção legal”, relativamente a práticas abrangidas pelo artigo 81º (e, também, 82º) do Tratado CE, tem como consequência o facto de o procedimento da “apreciação prévia” previsto no nº 2, do artigo 5º da Lei da Concorrência, não poder desencadear-se em relação aos comportamentos previstos no artigo 4º daquela Lei e que integrem, simultaneamente, o âmbito de aplicação do artigo 81º do Tratado CE.

Tal possibilidade de “avaliação prévia” consagrada na Lei portuguesa, restringe-se, assim e desde 1 de Maio de 2004, aos casos de *aplicação exclusiva* da legislação nacional – ou seja, àqueles casos em que a prática em equação só seja passível de desencadear a aplicação do artigo 4º da Lei da Concorrência, sem ter relevo comunitário e sem suscitar, simultaneamente, a aplicação do artigo 81º do Tratado CE. Neste ponto em particular, sobressai a discrepância (ausência de convergência processual) ainda existente entre o ordenamento português e o comunitário.

90. Assim, tendo como pano de fundo quer o regime comunitário das denúncias, quer, ainda, o processo previsto, nos termos da Lei da Concorrência, para a tutela das regras de *defesa da concorrência* referidas, interessa suscitar algumas questões, a propósito, precisamente, das denúncias e do seu regime, no ordenamento português.

Vimos já que as denúncias voluntárias – ou seja, as denúncias de particulares⁴¹⁴ - são admitidas, nos termos do nº 1, do artigo 24º da Lei da Concorrência, para efeito de abertura do inquérito, ou seja, como impulso

⁴¹³ MIGUEL MENDES PEREIRA, *ob. cit.* (*Lei da Concorrência...*), p. 142.

⁴¹⁴ Não vamos, a título principal, focalizar, agora, a nossa atenção nas denúncias *obrigatórias*, referidas na Lei da Concorrência, ou seja, aquelas que incumbem aos serviços da administração do Estado ou autoridades administrativas independentes – nº 2, do artigo 24º da Lei da Concorrência

inicial de actuação da Adc, na sua missão de proceder à aplicação impositiva das regras nacionais de *defesa da concorrência*.

No entanto, importa, também, recordar novamente que, nos termos do nº 2, do artigo 22º da Lei da Concorrência, o processo seguido pela Adc para identificar e, eventualmente, punir as infracções àquelas normas internas de *defesa da concorrência* – e cujas respectivas fases, topicamente, descrevemos atrás⁴¹⁵ – será, também, o mesmo processo que a Adc prosseguirá, relativamente ao tratamento de eventuais infracções aos artigos 81º e 82º do Tratado CE.

Com a entrada em vigência em 1 de Maio de 2004 do Regulamento nº 1/2003 e, em especial, por força do disposto no artigo 3º desse acto comunitário, as autoridades dos Estados-membros responsáveis em matéria de concorrência, passaram a estar, também, obrigadas a aplicar os artigos 81º e 82º do Tratado CE, às práticas que, encontrando-se abrangidas pelo respectivo Direito interno, sejam igualmente subsumíveis àquelas regras comunitárias⁴¹⁶. Assim sendo, uma empresa ou um consumidor que pretenda denunciar uma prática violadora dos artigos 81º e 82º do Tratado CE – e desde que tal prática seja simultaneamente enquadrável nos dispositivos da Lei da Concorrência – poderá dirigir-se também à Adc.

De resto, a lógica do próprio sistema comunitário (subjacente, por exemplo, às orientações fornecidas pela Comissão, na sua Comunicação sobre o tratamento das denúncias) aponta para que, prioritariamente, tal tipo de denúncia seja apresentado junto das respectivas autoridades nacionais e, conseqüentemente, tratada preferencialmente pelas autoridades (ou mesmo, pelos Tribunais) dos Estados-membros⁴¹⁷.

⁴¹⁵ *Supra*, em 86., 87., 88 e 89.

⁴¹⁶ Ou seja, afectem igualmente o comércio entre os Estados-membros. De resto, importa referir que, em virtude do princípio da lealdade comunitária e, em particular, do primado (seu corolário), o mencionado artigo 3º do Regulamento nº 1/2003, torna, de todo o modo e no limite, desnecessária a remissão feita no nº 2, do artigo 22º da Lei da Concorrência.

⁴¹⁷ ALISON JONES e BRENDA SUFRIN, *ob. cit.* (*EC Competition Law...*), p. 1287.

Ora, esta última nota faz sobressair ainda mais o que atrás mencionamos sobre a pouca atenção dispensada pela Lei da Concorrência (e, de um modo geral, pelo sistema português) às denúncias e (sobretudo) ao seu regime.

Essa insuficiente atenção sublinha-se, assim, se a compararmos com a preocupação comunitária em positivar um regime para as denúncias (que, anteriormente à reforma, decorria, sobretudo, da *praxis* da Comissão e da jurisprudência do Tribunal de Justiça e do Tribunal de Primeira Instância) e se pensarmos, também, que existe uma competência concorrente, entre as autoridades nacionais e a Comissão, no que diz respeito à recepção de tais denúncias sobre práticas proibidas pelos artigos 81º e 82º do Tratado CE.

91. Enunciaremos, seguidamente, algumas questões que, face à Lei da Concorrência, poderão suscitar-se, a propósito das denúncias.

Assim, quais são as condições de admissibilidade de uma denúncia apresentada junto da Adc? Esta questão pressupõe, numa outra perspectiva, saber quem pode assumir-se como denunciante.

Por outro lado, poderemos questionarmo-nos sobre que direitos terão os denunciantes e, correspectivamente, que deveres deverão ser, perante aqueles, cumpridos pela Adc. Dito de outro modo, importa determinar que obrigações emergem, para a Adc, da recepção de uma denúncia.

Esta última interrogação reconduz-nos a uma outra que, partindo de outro ângulo de observação, a engloba: Existe, ou não, algum procedimento relativo ao tratamento das denúncias ao qual a Adc esteja vinculada? Aparentemente, não foi previsto, de forma expressa, tal procedimento, ou seja, a Adc adoptará e seguirá, dentro da sua esfera de discricionariedade, as diligências que entenda melhor adequarem-se ao tratamento de tais denúncias, dentro dos prazos por si determinados – sujeitando-se, contudo, ao quadro amplo do respeito pela legalidade. Consequentemente, importa saber que tipo e qual o âmbito dos poderes de apreciação de uma denúncia, por parte da Adc?

92. Ora, como vimos, na Lei da Concorrência apenas encontramos uma referência (implícita) à possibilidade da existência de denúncias (nº 1, do artigo

24º daquela Lei, e, concretamente, quando neste normativo é utilizada a expressão “tomar conhecimento, por qualquer via, de eventuais práticas proibidas”) e ainda, a consagração de um direito dos denunciante (e uma obrigação da Adc): a necessária informação prévia, por parte da Adc ao denunciante, de arquivamento do processo, concluindo-e, assim, desde logo, a fase do inquérito, quando este tenha sido instaurado com base numa denúncia.

Nessa informação a Adc deverá, ainda, conceder ao denunciante, um prazo razoável para se pronunciar (nº 2, do artigo 25º da Lei da Concorrência).

Assim sendo, relativamente às condições de admissibilidade de uma denúncia e seguindo a linha de análise desenvolvida em relação às denúncias efectuadas junto da Comissão, respeitantes a eventuais infracções aos artigos 81º e/ou 82º do Tratado CE, poderemos, também, encontrar um aspecto formal ao qual se deverá sujeitar a denúncia. No entanto, tal formalismo no âmbito do sistema português - ao contrário do que sucede com o “formulário C” exigível para as denúncias comunitárias - não reveste um carácter obrigatório. Com efeito, a Adc disponibiliza um formulário para os autores das denúncias efectuarem a sua participação, com o intuito de os orientar no que diz respeito à sua própria auto-avaliação sobre a relevância e a qualificação dos factos que pretendem denunciar e ainda, com o objectivo de facilitar a transmissão de informação à Adc.

A Adc disponibiliza na *Internet* e no seu *sítio* oficial, um “formulário de queixa” (note-se que a própria Adc utiliza a expressão “queixa” e não “denúncia”), salientado, como se referiu, que considera oportuno divulgar, por essa via, esse formulário, precisamente porque a respectiva “tomada em consideração (quer do formulário referido, quer das explicações que o acompanham), embora sem carácter obrigatório”, pode funcionar “como quadro de referência para a formalização de denúncias relativamente a práticas anti-concorrenciais”.

Esclarece, ainda, a Adc que, “com esta iniciativa, pretende-se, assim, atingir simultaneamente dois objectivos:

1. Permitir aos potenciais queixosos uma melhor avaliação do enquadramento das práticas objecto de denúncia no âmbito das atribuições da Autoridade da Concorrência; 2. Definir linhas de orientação sobre o modo de formulação de queixas que permitam à Autoridade da Concorrência melhorar o seu desempenho no tratamento das práticas anti-concorrenciais⁴¹⁸”.

93. Considerando, agora, as eventuais condições de fundo, exigíveis para a admissibilidade de uma denúncia à luz do direito interno português, poderemos, em parte e perante a ausência de indicações normativas, tentar resolver algumas dúvidas que se suscitam, através de uma aplicação analógica do regime comunitário.

Essa aplicação analógica será, de todo o modo, apenas parcial e tendencial, na medida em que, por um lado, reconhece-se o princípio da autonomia processual dos ordenamentos internos e, por outro, há que atender, também, às práticas e tradições desenvolvidas pelas autoridades dos Estados-membros, pelos respectivos direitos administrativos e outras especificidades próprias e características de cada sistema interno. A invocação de uma possível aplicação analógica do regime comunitário, pressupõe, assim e desde logo, o reconhecimento da necessidade de tal aplicação, bem assim como a prévia identificação/delimitação da matéria juridicamente relevante, não regulada.

Ora, poderão, efectivamente, existir situações em que a lealdade comunitária e ainda, a necessidade de aplicação uniforme das regras comunitárias de *defesa da concorrência*, imponham mesmo o recurso a tal aplicação analógica do regime comunitário. É possível anteverem-se casos nos quais, perante a ausência de indicações normativas no ordenamento português e em face do risco de desconformidade notória na admissibilidade e no tratamento das denúncias⁴¹⁹, tal aplicação analógica e, conseqüentemente, uma certa convergência processual, sejam não só convenientes, como exigíveis.

⁴¹⁸ http://www.concorrencia.pt/FAQs_queixas.asp (disponível em Agosto de 2009).

⁴¹⁹ Nomeadamente, porque o sistema comunitário impõe, como vimos, certas limitações à posição e à defesa dos respectivos interesses dos denunciantes.

Vimos que no nº 2, do artigo 7º do Regulamento nº 1/2003 e ainda, no nº 1, do artigo 5º do Regulamento (CE) nº 773/2004, exige-se, para que uma denúncia à Comissão seja admitida, a existência de um “interesse legítimo” da parte dos denunciantes. Trata-se, portanto, de um requisito material de admissibilidade da denúncia comunitária: nos termos do nº 1, do artigo 5º do Regulamento (CE) nº 773/2003, as pessoas singulares e colectivas “devem demonstrar um interesse legítimo para poderem apresentar uma denúncia nos termos do artigo 7º do Regulamento (CE) nº 1/2003”.

Concluimos, também, que, a este respeito (e no plano comunitário), os eventuais problemas levantados pela integração do conceito de “interesse legítimo” colocavam-se naquelas situações em que o denunciante não era afectado directa e negativamente pela prática denunciada. Para a Comissão, ao invés, existiria, sempre, um “interesse legítimo” justificativo da admissibilidade de uma denúncia, quando o seu autor demonstrasse ter arcado com um prejuízo, de uma forma directa e individualizada, em resultado da conduta denunciada⁴²⁰.

Em síntese e socorrendo-nos dos já *supra* mencionados nºs 35 e 36⁴²¹ da Comunicação sobre o tratamento das denúncias, podemos afirmar que, em termos de *praxis* comunitária (nomeadamente, da Comissão), o critério orientador para a verificação de tal condição de fundo requerida para a admissibilidade de uma denúncia (ou seja, o “interesse legítimo”) será, em princípio, o da actuação do denunciante no mesmo mercado relevante em que se verifica a alegada infracção ou a afectação directa e negativa dos seus (desse denunciante) interesses.

Tal critério ou, em rigor, tais critérios *alternativos* legitimam, também, a conclusão de que o denunciante não terá necessariamente que se assumir

⁴²⁰ Referimo-nos às denúncias promovidas por particulares, pessoas singulares ou colectivas ou até mesmo, nos termos da jurisprudência *BENIM*, certas associações. Notamos, também, que em relação aos Estados-membros, considera-se que estes terão sempre um “interesse legítimo” quando promovem uma denúncia.

⁴²¹ No qual, recorde-se, a Comissão ilustra com algumas situações – tipo o seu entendimento do que é o “interesse legítimo”

como um concorrente directo das empresas cujas práticas denuncia. Reconhece-se “interesse legítimo” mesmo a agentes que operam em mercados relevantes diferentes, como é, de resto, ilustrado pela Comunicação, no referido nº 36 da sua Comunicação sobre o tratamento das denúncias, ao referir o caso das empresas excluídas de determinados sistemas de distribuição, pela empresa distribuidora⁴²².

Para além disso, a exigência da demonstração de um “interesse legítimo”, por parte do denunciante, não exclui, igualmente, a possibilidade de consumidores finais (pessoas singulares) poderem efectuar uma denúncia admissível. Importa, para tal, que os consumidores/denunciante possam demonstrar que são afectados negativamente, de forma directa e, conseqüentemente, individualizada, pela prática denunciada.

A jurisprudência comunitária, além disso, legitima, também, associações (nomeadamente, associações de consumidores) a apresentarem denúncias, entendendo que, nesses casos, existe “interesse legítimo” de tais entidades, desde que estas, por um lado, detenham o direito de representar os interesses dos seus membros/associados e, por outro, desde que o comportamento denunciado seja susceptível de lesar esses mesmos interesses (dos seus associados).

Ora, este requisito de fundo imposto pelo sistema comunitário para a admissibilidade das denúncias efectuadas à Comissão (a exigência de um “interesse legítimo” do denunciante), contrasta com a ausência - pelo menos, expressa normativamente - de igual condição, relativamente à admissibilidade das denúncias previstas nos termos da Lei da Concorrência (portuguesa).

Relembre-se que, de acordo com o Regulamento nº 1/2003, as autoridades dos Estados-membros estão, também, obrigadas a aplicar os artigos 81º e 82º do Tratado CE, às práticas que, encontrando-se abrangidas pela respectiva legislação nacional, integrem, simultaneamente, os pressupostos de aplicação daqueles normativos comunitários. De igual modo e em conformidade com o Regulamento nº 1/2003, a mesma previsão existe na

⁴²² Ver, também, no mesmo sentido, ALISON JONES e BRENDA SUFRIN, *ob. cit.* (*EC Competition Law...*), p. 1289.

Lei da Concorrência, relativamente à Adc: nº 2 do artigo 22º dessa Lei e, ainda, alínea g), do nº 1, do artigo 6º dos Estatutos da Adc, em Anexo ao Decreto-Lei nº 10/2003, de 18 de Janeiro.

Assim sendo e em conformidade com a remissão efectuada no nº 2, do artigo 22º da Lei da Concorrência – nomeadamente, para o nº 1, do artigo 24º dessa Lei - é possível apresentar-se uma denúncia de um comportamento alegadamente violador daquelas referidas normas do Tratado CE, junto da Adc - sendo, esta autoridade, competente para desencadear o respectivo processo de aplicação desses artigos 81º e 82º (bem entendido, se no caso em apreço tais comportamentos denunciados também suscitarem a aplicação das regras nacionais).

Podemos afirmar que aquele requisito do “interesse legítimo” acaba por restringir, efectivamente, o leque potencial de denúncias admissíveis, apresentadas à Comissão. Limita, portanto, em tese, essa admissibilidade, uma vez que, desde logo, não preenchem tal requisito do “interesse legítimo” as denúncias fundadas no mero interesse geral (na expressão utilizada na Comunicação sobre o tratamento das denúncias, aquelas que são efectuadas “pro bono” público).

A ausência de tal requisito no sistema português poderá, consequentemente, facilitar a admissibilidade de uma denúncia sobre as mesmas práticas alegadamente violadoras dos artigos 81º e/ou 82º do Tratado CE, se apresentada junto da Adc e não directamente perante a Comissão.

No limite, uma denúncia apresentada junto da Adc sobre tais práticas, poderá, inclusivamente, suscitar a abertura de um inquérito por parte desta autoridade, mesmo que tenha sido apresentada por quem agiu motivado unicamente por um interesse geral difuso – isto é, sem ser concorrente directo das empresas visadas, nem ter sofrido, directa e individualizadamente, um prejuízo adveniente das práticas denunciadas.

Importa, neste ponto, perguntar se a situação descrita anteriormente – ou seja, a exigência de distintos (e mais exigentes) requisitos de admissibilidade de uma denúncia de alegadas infracções aos artigos 81º e 82º do Tratado CE, quando tal denúncia é efectuada à Comissão,

comparativamente com aquela que, (também) sobre os mesmos factos, é dirigida à Adc – não prejudica, ainda que indirectamente, a aplicação uniforme daquelas regras comunitárias.

Considerando tal discrepância (resultante do facto de, nos termos da Lei e do sistema português, não se imporem especiais requisitos para a admissibilidade de uma denúncia), será que princípios como o da lealdade comunitária e o da aplicação uniforme do direito comunitário serão postos em causa? Ou, por outro lado, poderemos compreender e justificar tal diferença assinalada, com base na autonomia processual reconhecida aos ordenamentos internos? Melhor, será que o reconhecimento de tal autonomia sobrepõe-se à eventual aplicação não – uniforme⁴²³ das regras dos artigos 81º e 82º do Tratado CE?

94. Ora, pensamos que a autonomia processual reconhecida aos sistemas nacionais, bem assim como o sentido (e o objectivo proclamado) da descentralização, para o nível das autoridades (e tribunais) dos Estados-membros, da aplicação das regras comunitárias em causa, promovida pelo Regulamento nº 1/2003, não justificam, em princípio, tal diferença respeitante às condições de admissibilidade das denúncias sobre as mesmas alegadas violações das regras comunitárias referidas.

Até certo ponto, a própria jurisprudência comunitária tem vindo a assumir um sentido cada vez mais abrangente e impositivo do entendimento operativo do princípio da lealdade (e dos seus corolários, como, por exemplo, a interpretação conforme) – o que, neste caso, poderia levar-nos a considerar que, tendencialmente, haveria a necessidade de se promover uma convergência entre o regime das denúncias decorrente da Lei da Concorrência e o regime comunitário.

Poder-se-ia, ainda sobre aquelas questões formuladas (afecção da lealdade e da aplicação uniforme do Direito comunitário; autonomia processual

⁴²³ Bem entendido, neste ponto em particular da admissibilidade das denúncias, portanto, em relação ao modo como os particulares poderão (mais facilmente, ou não) dar o impulso inicial do processo conducente à aplicação impositiva de carácter público, cautelas regras.

nacional vs. aplicação uniforme daquele direito), defender que a lógica descentralizadora proclamada pela reforma e, em particular, pelo Regulamento nº 1/2003, admitiriam uma solução nacional que facilitasse o aumento de denúncias sobre possíveis infracções às regras comunitárias, quando essas denúncias fossem apresentadas junto das autoridades dos Estados-membros.

Alguns comentadores – sublinhando, precisamente, essa preferência da Comissão, no sentido de que as denúncias relativas a alegadas infracções aos artigos 81º e 82º do Tratado sejam encaminhadas e tratadas preferencialmente pelas autoridades e Tribunais dos Estados-membros – observam, inclusivamente, a natural divergência de interesses entre os potenciais autores de denúncias e a Comissão⁴²⁴. Com efeito, enquanto esta entende (ainda que não o afirme expressa e impositivamente) que tais denúncias (nomeadamente, da parte de concorrentes) deverão ser apresentadas preferencialmente no nível nacional e, em particular, dando origem, inclusivamente, a acções judiciais cíveis, nos Tribunais dos Estados-membros (a aplicação impositiva de carácter privado das regras da concorrência ou “private enforcement”), os particulares estarão, em princípio, mais interessados em apresentar as suas denúncias directamente à Comissão ou, quando muito, às respectivas autoridades nacionais.

Na perspectiva de um particular - nomeadamente, de um concorrente lesado com determinadas práticas – será previsivelmente mais fácil e menos dispendioso tentar sustar os comportamentos alegadamente ilícitos através das autoridades responsáveis (promovendo denúncias, seja à Comissão, seja às respectivas autoridades nacionais), do que promover acções judiciais cíveis para ressarcimento dos danos. Apesar da aposta que a reforma (também) fez em relação ao “private enforcement”, os destinatários dessa aposta (os particulares) preferirão, tendencialmente, ver os seus problemas serem ultrapassados através da aplicação impositiva pública (“public enforcement”) das regras de *defesa da concorrência* – até mesmo porque a margem de autonomia processual de que os ordenamentos nacionais dispõem, não garante

⁴²⁴ Tal é o caso de ALISON JONES e de BRENDA SUFRIN, *ob. cit.* (*EC Competition Law...*), p. 1287.

que em todos os Estados-membros seja (igualmente) viável desencadearem-se acções judiciais.

95. Regressando, porém, à hipótese que atrás avançamos – ou seja, a presença ínsita na reforma e na arquitectura do regime de aplicação dos artigos 81º e 82º do Tratado CE, do objectivo de facilitar a aceitação das denúncias apresentadas junto das autoridades nacionais⁴²⁵ - afigura-se pertinente indagar a razão de ser da exigência ou requisito (para a admissibilidade das denúncias apresentadas à Comissão) do “interesse legítimo” da parte do denunciante.

Esse “interesse legítimo” resultará - em tese geral e seguindo, principalmente, os quadros do direito privado e do direito processual – do facto de existir, para alguém (no caso, o autor da denúncia) um *envolvimento* com os factos praticados e que são objecto da denúncia.

Esse envolvimento poderá, até, não chegar a conferir, necessariamente, um direito subjectivo ao denunciante, no sentido de permitir que este, com base naquele seu hipotético direito e/ou na sua violação, possa accionar, directa e judicialmente, o denunciado, exigindo a cessação do comportamento ilícito por este praticado. No entanto, o referido envolvimento acabará sempre por reflectir uma situação em que o autor da denúncia será portador, *no mínimo*, de um “interesse legalmente protegido” (socorrendo-nos da dogmática do direito privado).

Os casos em que se verifica existirem “interesses legalmente protegidos” são diversificados. Partindo dos exemplos enunciados pela Comissão na sua Comunicação sobre o tratamento das denúncias e fazendo uma aproximação aos quadros do direito privado, poderemos referir que tais interesses resultam da existência de regras que visam directamente a protecção de interesses da comunidade (interesses gerais, portanto) e, simultânea e reflexamente,

⁴²⁵ Já não falando, mesmo, do objectivo de promoção das acções cíveis, intentadas por particulares, nos seus Tribunais nacionais (a promoção do denominado “private enforcement”) – uma vez que esse objectivo foi assumido expressamente.

interesses particulares sem que estes sejam tutelados por direitos subjectivos⁴²⁶.

Assim sendo, o denunciante poderá não deter nenhum direito subjectivo no sentido de poder exigir que os denunciados cumpram efectivamente aquelas regras (no caso, *as regras de defesa da concorrência*); mas, se do seu incumprimento resultar um prejuízo (directo e individualizado) para o autor da denúncia, ficará o infractor daquelas regras obrigado a indemnizar os danos causados (esta será a lógica de base motivadora da aplicação impositiva de carácter privado das regras de concorrência – ou seja, o “private enforcement” que a reforma, como já referimos, também pretendeu reforçar). Neste contexto, compreende-se a exigência de que o denunciante seja afectado negativamente (ou corra esse risco), de forma directa e individualizada, pela prática que pretende denunciar.

Ora, o “interesse legítimo” pode desempenhar a função de critério atributivo de legitimidade e de capacidade processual activa. No fundo, assegura a existência de um envolvimento ou relação pertinente entre quem pretende intentar uma acção judicial (o seu autor), a outra parte (o denunciado) e o caso concreto controvertido - relação essa que se inexistir, impossibilitará (para o hipotético autor) o recurso à via judicial.

Em termos comunitários, apesar de podermos concluir que a Comissão – nomeadamente, em face dos critérios e das ilustrações fornecidas na *supra* referida Comunicação sobre o tratamento das denúncias – tem vindo a interpretar a noção operativa de “interesse legítimo” de um modo amplo⁴²⁷, o facto é que este requisito desempenha a função de factor de cerceamento ou de limitação da admissibilidade das denúncias. Como, de resto, sob o ponto de vista processual, servirá, também, de factor de limitação à legitimidade e capacidade processual concretas de alguém que pretenda hipoteticamente desencadear uma acção judicial e não esteja em condições de demonstrar

⁴²⁶ HEINRICH EWALD HORSTER – *A Parte Geral do Código Civil Português. Teoria Geral do Direito Civil*, Almedina (2ª reimpressão da ed. de 1992), Coimbra, 2003, p. 222-223.

⁴²⁷ No que tem sido, de resto, apoiada pela jurisprudência comunitária. Sobre esta nota, ver as referências de VAN BAEL & BELLIS, *ob. cit.* (*Competition Law...*), p. 1039.

possuir tal interesse (ou seja, como atrás referimos, tal envolvimento com o caso e a eventual contraparte).

Na perspectiva comunitária, o “interesse legítimo” (ou a sua ausência) restringe, assim, o potencial caudal de denúncias passíveis de serem apresentadas e tratadas pela Comissão que, de resto, poderá, sempre, limitar o seguimento por si dado a tais denúncias (ainda que não lhes falte este requisito de fundo respeitante à respectiva admissibilidade), invocando, por outro lado, a falta de “interesse comunitário”. Com efeito, recorde-se que os autores particulares das denúncias (ainda que demonstrando possuírem um “interesse legítimo”) não têm o direito de exigirem da parte da Comissão uma decisão sobre as alegadas e denunciadas violações dos artigos 81º e 82º do Tratado CE – e isto ainda que tais denúncias sejam admissíveis. Compete à Comissão, no âmbito da respectiva esfera de discricionariedade, decidir se deve, ou não, desencadear uma investigação. A Comissão estabelece, como vimos, as suas prioridades, em termos de política da concorrência comunitária, podendo, conseqüentemente, atribuir diferentes graus (de prioridade no que respeite ao respectivo tratamento) a determinados casos.

A situação, contudo, será diferente se tal denúncia for apresentada por um Estado-membro: neste caso, de acordo com o nº 1, do artigo 85º do Tratado CE e ainda, em conformidade com o sentido da jurisprudência *Automec II*, a Comissão é obrigada a “instruir os casos de presumível infracção” aos princípios enunciados nos artigos 81º e 82º do Tratado CE.

Apesar da tendência assinalada e seguida pela Comissão de adoptar uma interpretação ampla do que seja o “interesse comunitário”, a exigência deste requisito de fundo para a admissibilidade das denúncias apresentadas àquela Instituição terá, então e também, como razão de ser, evitar-se uma proliferação dessas denúncias. A breve indagação sobre o significado do “interesse legítimo” como requisito de legitimidade e de capacidade processual que atrás esboçamos, significam, também, isso mesmo.

No desenho do sistema comunitário de aplicação das regras de *defesa da concorrência*, por razões simultaneamente de economia de recursos e de conformidade com o sentido descentralizador, em benefício do nível nacional,

da reforma⁴²⁸, compreende-se que, preferencialmente, se tente restringir o leque de denúncias apresentadas por particulares - e isto, mesmo apesar do sentido tendencialmente amplo da interpretação que a Comissão faz do "interesse legítimo".

Esta conclusão permite-nos pensar que, ao invés da lógica comunitária assinalada, os sistemas nacionais deverão ser mais abertos relativamente à admissibilidade das denúncias (e isto para contrabalançar a preferência restritiva daquele sistema comunitário)?

Tal como actualmente sucede no ordenamento português, será que os Estados-membros deverão abster-se de limitar essa admissibilidade das denúncias, deixando cair a exigência de demonstração do "interesse legítimo" por parte do denunciante?

Não cremos que se possa afirmar esse sentido mais aberto dos sistemas nacionais como uma decorrência (e, até certo ponto, como orientação implícita) do regime comunitário, à qual os ordenamentos internos dos Estados-membros estão sujeitos⁴²⁹. Com efeito, entrará, aqui, em jogo a reconhecida autonomia processual dos ordenamentos e dos sistemas de aplicação nacionais das regras de *defesa da concorrência*.

No entanto, focalizando-nos na configuração do sistema português decorrente da actual Lei da Concorrência, pensamos que não existe nenhum obstáculo relevante (nomeadamente, de corrente dos imperativos da integração e da necessidade de aplicação uniforme do Direito comunitário) à solução seguida pela Lei da Concorrência, no sentido de tornar, mais aberta e mais fácil a apresentação de denúncias à Adc, comparativamente com tal apresentação efectuada junto da Comissão - e isto relativamente às denúncias de alegadas infracções aos artigos 81º e 82º do Tratado.

⁴²⁸ E, de um modo mais geral e mediato, em conformidade, também, com os imperativos decorrentes do próprio princípio da subsidiariedade.

⁴²⁹ Até mesmo porque existem sistemas nacionais que seguem, de perto, o sistema comunitário no que diz respeito à admissibilidade de denúncias relativas a alegadas infracções quer às respectivas regras internas de *defesa da concorrência*, quer relativamente às alegadas infracções aos artigos 81º e 82º do Tratado CE.

96. Enunciamos, atrás, algumas questões que, na perspectiva da comparação dos regimes das denúncias – comparação essa a desenvolver, respectivamente, entre o regime que emerge da Lei da Concorrência e o regime comunitário⁴³⁰ – poderão, com propriedade, suscitar-se.

Assim, verificamos que as condições de admissibilidade de uma denúncia apresentada junto da Comissão são mais restritivas (dessa admissibilidade) do que aquelas que, à luz da Lei da Concorrência, existem relativamente às denúncias apresentadas junto da Adc.

Em rigor, não só as condições formais que, no sistema interno português, existem, são meramente indicativas⁴³¹ (a possível, mas não obrigatória, utilização de um formulário divulgado pela Adc no seu *sítio na Internet*), como nada se prevê, nesse sistema, no que diz respeito à necessidade de ser demonstrado um “interesse legítimo” do denunciante, como requisito de admissibilidade da denúncia.

Assim sendo, mesmo estando em causa a denúncia (“queixa”, segundo a terminologia utilizada pela Adc na apresentação do respectivo formulário) de factos alegadamente violadores dos artigos 81º e 82º do Tratado CE (e não apenas de possíveis infracções aos artigos 4º, 6º e 7º da Lei da Concorrência), não se torna necessário que o autor da denúncia faça prova, nos termos anteriormente expostos, do seu “interesse legítimo”. De resto, assim sendo, não existem condições especiais ou limitações impostas à qualidade de (potencial) denunciante: qualquer empresa (no sentido em que este conceito é utilizado no Direito da concorrência), movimentando-se ou não no mesmo

⁴³⁰ Regime comunitário específico do tratamento das denúncias, resultante, do Regulamento nº 1/2003, do Regulamento (CE) nº 773/2004 da Comissão, de 27.04.2004 e relativo “à instrução de processos pela Comissão para efeitos dos artigos 81º e 82º do Tratado CE” (Jornal Oficial nº L 123 de 27.04.2004) e, ainda, da Comunicação da Comissão 2004/C 101/05, “relativa ao tratamento de denúncias (...) nos termos dos artigos 81º e 82º do Tratado CE (Jornal Oficial, nº C 101, de 27.04.2004, p. 65).

⁴³¹ Não são, portanto, efectivas condições de admissibilidade, mas tão-somente elementos auxiliares da boa apresentação da denúncia.

mercado no qual se verificam as práticas alegadamente infractoras, sendo, ou não, concorrente directa das empresas que adoptam essas práticas ilícitas, poderá assumir-se como autora de uma denúncia, junto da Adc. Igualmente, um consumidor, uma associação de consumidores ou uma associação empresarial, poderá fazê-lo, assim como – generalizando - qualquer pessoa singular ou colectiva, ainda que se mova sem qualquer interesse directo que não seja, apenas, o da prevenção da legalidade e do bom funcionamento do mercado (ou seja, movida com intuito “pro bono” público, segundo a expressão utilizada na Comunicação da Comissão sobre o tratamento das denúncias).

Na realidade, à luz do (parco) regime português actual, não existe nenhum impedimento a que alguém, ainda que não afectado directa e individualizadamente, ou mesmo indirectamente, pelas práticas em causa, possa apresentar uma denúncia.

Ora, se não existem condições particulares impostas à qualidade de denunciante, também não se vislumbram direitos específicos destes⁴³², após a apresentação da denúncia – nem, correspectivamente, obrigações da parte da Adc, para com eles.

Nos termos do nº 2, do artigo 25º da Lei da Concorrência, se o inquérito tiver sido instaurado com base numa denúncia, a Adc será, com efeito, obrigada a dar conhecimento, ao denunciante, das suas intenções de proceder ao respectivo arquivamento. Essa norma refere-se expressamente à “denúncia de qualquer interessado” que, como assinalamos, poderá ser, no limite, qualquer pessoa singular ou colectiva, ainda que não demonstre possuir um “interesse legítimo”, ou seja, (e continuando a ter como referência a solução comunitária), mesmo que não seja afectada, directa e de forma individualizada, pelas práticas alegadamente violadoras dos artigos 81º e 82º do Tratado (e, simultaneamente, violadoras das práticas proibidas nos termos dos artigos 4º, 6º e 7º das Lei da Concorrência).

Apesar de o artigo 28º da Lei da Concorrência não o afirmar expressamente, será de aplicar, aqui e relativamente à decisão de arquivamento do processo após a *conclusão da instrução* (ou seja, alínea *a*, do

⁴³² Nessa particular qualidade (de denunciante).

nº 1 do artigo 28º daquela Lei), a mesma solução prevista no nº 2 do artigo 25º.

Assim, uma vez que no caso de uma decisão de arquivamento do inquérito, a Adc tem o dever de dar conhecimento prévio dessa (projectada) decisão ao denunciante para que este possa pronunciar-se, também em caso de arquivamento do processo, agora na sequência da conclusão da instrução, o autor da denúncia deverá ser notificado, sendo-lhe oferecida idêntica possibilidade de se pronunciar. Isto, bem entendido, quando o processo tiver sido iniciado pela Adc, com base numa denúncia.

Para além do assinalado dever imposto à Adc, nos termos do nº 2, do artigo 25º da Lei da Concorrência⁴³³ – e que corresponderá à audiência prévia dos interessados no procedimento administrativo – o sistema português não prevê nenhuma outra obrigação da Adc para com os autores das denúncias, nem nenhum direito específico destes⁴³⁴.

⁴³³ E, nos termos anteriormente expostos, de idêntico dever, no caso de arquivamento do processo finda a instrução do mesmo – nº 1 do artigo 28º da mesma Lei. Note-se, no entanto, que esta última situação (ou seja, a notificação do denunciante relativamente ao arquivamento do processo, finda a fase da instrução), não está prevista expressamente – ao invés do que sucede com o dever imposto à Adc, nos termos do nº 2, do artigo 25º da Lei da Concorrência. Na realidade, para se alcançar aquela solução enunciada (comunicação ao denunciante da projectada decisão de arquivamento do processo, no termo da instrução), interpretamos extensivamente o nº 2, daquele artigo 25º.

⁴³⁴ Com efeito, poder-se-á discutir se, nos termos do nº 2, do artigo 27º da Lei da Concorrência, as “medidas cautelares” poderão, também, ser adoptadas pela Adc, a requerimento dos denunciantes, uma vez que a formulação utilizada pelo legislador, nesse normativo, é a seguinte: “As medidas previstas neste artigo (ou seja, as medidas cautelares) podem ser adoptadas pela Autoridade oficiosamente ou a requerimento de *qualquer interessado* (...)”.

O denunciante será sempre um interessado (em sentido amplo) no processo. Ora, uma vez que, como vimos, a Lei da Concorrência não impõe especiais condições à admissibilidade das denúncias, nem requisitos particulares para que alguém (ou uma entidade) possa assumir-se como autor de uma denúncia admissível, nem sequer a exigência do “interesse legítimo” (fazendo a comparação com o sistema comunitário), então, tendencialmente, poderíamos pensar que qualquer denunciante poderia ser entendido como “interessado”, para efeito de requerimento da adopção de medidas cautelares. De resto, o denunciante (qualquer

denunciante, continuando a seguir o raciocínio atrás exposto) poderia, então, requerer tais medidas, desde logo, na própria denúncia apresentada. No entanto, não nos parece que o legislador tivesse em vista esta interpretação (tão) ampla de interessado. De facto, o sentido com que o legislador parece ter querido utilizar, aqui, a expressão “interessado” – para delimitar quem pode (legitimamente) requerer tais medidas e, portanto, influenciar directamente ou condicionar o processo em curso – não deverá equivaler ao denunciante (todo e qualquer denunciante) que, como referimos e para efeito de apresentação de uma denúncia, poderá, inclusivamente, ser alguém que apenas pretende agir “pro bono” publico, interessado, única e difusamente, no bom funcionamento do mercado e no cumprimento, em geral, da legalidade. Ou seja, alguém que não é, sequer, afectado directa e individualizadamente pelas práticas denunciadas – portanto, sem ostentar um interesse directo e individual (ou, se quisermos, retornando ao quadro conceitual utilizado no sistema comunitário, alguém sem um “interesse legítimo”).

Ora, esta observação a propósito da determinação de quem é “interessado”, nos termos e para efeito do nº 2, do artigo 27º da Lei da Concorrência (adopção de medidas cautelares a “requerimento de qualquer interessado”), remete-nos necessariamente para os quadros do direito processual administrativo e do Código do Procedimento Administrativo, também aqui aplicável, como vimos anteriormente, a título subsidiário (artigo 22º da Lei da Concorrência). Deveremos, portanto, socorrer-nos dos quadros conceituais pressupostos no domínio do procedimento administrativo - nomeadamente, daqueles que estão ínsitos nos artigos 52º e 53º daquele Código (Capítulo II – “Dos Interessados”, da Parte II – “Dos Sujeitos”), bem assim como nos subseqüentes artigos 54º e 55º do mesmo diploma legal - para integrar o conceito de “interessados”, determinando, assim, quem pode requerer, à Adc, a adopção de medidas cautelares. Em termos paralelos, note-se que, nos termos do artigo 33º da Lei da Concorrência, estabelece-se, a propósito do procedimento de controlo das operações de concentração entre empresas, a obrigação de a Adc promover a publicação dos elementos essenciais da notificação de uma operação de concentração, “a fim de que quaisquer *terceiros interessados* possam apresentar observações (...)”. Com as devidas adaptações, em sede de concretização, no âmbito dos respectivos procedimentos específicos, os “interessados” (que podem requerer medidas cautelares) e estes últimos “terceiros interessados” (que poderão, após a publicação referida no artigo 33º da Lei da Concorrência, apresentar as suas observações), terão em comum posicionarem-se como detentores de interesses protegidos que poderão ser afectados com o desenrolar dos processos desenvolvidos pela Adc. Enunciando topicamente os elementos integrantes do desenho conceitual de “interessados”, partindo, como dissemos, do quadro do procedimento administrativo, diremos que, antes de mais, para se ser interessado, será necessário ostentar-se legitimidade procedimental. Esta legitimidade procedimental ou a sua afirmação como pressuposto e requisito necessário da qualidade de interessado, tem em vista, precisamente, restringir as categorias dos sujeitos que podem

intervir no procedimento, no seu desenrolar. O conceito de interessado, constrói-se, portanto, partindo da referida legitimidade. Esta legitimidade, por seu turno, há-de implicar, muitas vezes pelo menos, uma intervenção efectiva (positiva ou negativamente assumida, é indiferente) no procedimento e não a mera possibilidade de aí intervir - MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, PEDRO COSTA GONÇALVES e JOÃO PACHECO DE AMORIM, *ob. cit. (Código...)*, p. 271 e 272, também citados por MIGUEL MENDES PEREIRA, *ob. cit. (Lei da Concorrência)*, p. 306. Ora, mas haverá vários tipos de interessados – sendo certo que, de facto, para se ser interessado, é necessário possuir-se legitimidade procedimental, porém, não bastará esta legitimidade para se ser sempre interessado e ter direito a todas as posições que a lei reconhece a pessoas titulares dessa qualificação, no seio do próprio procedimento. Poderemos referir, por um lado, os *interessados obrigatórios* e, por outro, os *interessados secundários ou facultativos*. Os primeiros são aqueles cuja respectiva qualidade (de interessados) decorre automaticamente da posição jurídica material face à decisão a que o procedimento tende e isto, na medida em que sejam titulares de um direito subjectivo que poderão fazer valer no âmbito desse procedimento. No caso do nº 2, do artigo 27º da Lei da Concorrência, naturalmente, as empresas directamente visadas com a aplicação das concretas medidas cautelares, serão *interessados obrigatórios*. Os *interessados secundários ou facultativos* serão aqueles que detêm interesses legalmente protegidos face à decisão a que o procedimento chegará e por isso, detêm legitimidade procedimental. No entanto, neste caso, apesar de tal legitimidade e da titularidade de tais interesses, não ficam automaticamente investidos de uma posição jurídica formal no procedimento, em resultado dessa legitimidade, sendo-lhes, assim, exigida a constituição, por sua própria iniciativa, dessa posição jurídica formal para que possam ser reconhecidos como interessados – MIGUEL MENDES PEREIRA, *Idem*, p. 307, continuando a apoiar-se em MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, PEDRO COSTA GONÇALVES e JOÃO PACHECO DE AMORIM, *idem*, p. 273. Ora, no caso que nos ocupa, decorrente do nº 2, do artigo 27º da Lei da Concorrência, pensamos que se configuram como interessados secundários ou facultativos - podendo, portanto, requerer as medidas cautelares previstas naquela norma - todas as pessoas singulares ou colectivas, sendo ou não concorrentes das empresas às quais serão impostas tais medidas (portanto, interessadas obrigatórias) que podem reflexamente beneficiar com tal imposição. Por exemplo, uma terceira empresa relativamente àquelas que alegadamente se envolveram em práticas restritivas da concorrência (uma entente), cujos efeitos no respectivo mercado relevante a prejudicam. Um consumidor de uma empresa que se envolveu numa prática alegadamente ilícita, prejudicando-o (àquele consumidor), impondo-lhe, por hipótese e em resultado daquela prática, condições de fornecimento restritivas e excessivamente onerosas.

Recorde-se que esta incursão no conceito de “interessado”, para efeito de requerimento de medidas cautelares, tem em vista determinar se o denunciante poderá, ou não, requerer as referidas medidas (nos termos do nº 2, do artigo 27º da Lei da Concorrência). A nossa conclusão, face ao exposto, é a seguinte: o denunciante poderá ser entendido como um

Esta conclusão aplica-se, igualmente, às situações em que porventura esteja, também, em causa a aplicação, por parte da Adc, dos normativos comunitários de *defesa da concorrência*.

Tal significa, conseqüentemente, que o denunciante não dispõe de um estatuto processual específico, no sistema português. Por outro lado, também não existe um procedimento especial, instituído normativamente, para o tratamento das denúncias (ao invés do que sucede no âmbito comunitário, sobretudo – com uma consagração positivada normativamente – após a reforma e a entrada em vigência dos Regulamentos nº 1/2003 e nº 773/2004). A Adc adoptará e seguirá, portanto, dentro da sua esfera de discricionariedade, as diligências que entenda melhor adequarem-se ao tratamento das denúncias junto de si apresentadas, dentro dos prazos por si determinados – respeitando, contudo, o quadro amplo da legalidade.

Esse quadro significa que, apesar de não existir no sistema de aplicação das regras de *defesa da concorrência* (inclusivamente, dos artigos 81º e 82º do Tratado CE) previsto pela Lei portuguesa, um procedimento específico de tratamento das denúncias, a Adc terá que se subordinar às regras e aos princípios jurídico-normativos que regem a sua actividade - neste caso, a sua actividade sancionatória, uma vez que as denúncias ou “queixas” visam a

interessado, podendo, portanto, requerer à Adc a adopção de medidas cautelares, desde que, nos termos do Código do Procedimento Administrativo e do respectivo universo teleológico, seja, também e pelo menos, um *interessado secundário ou facultativo*. Assim sendo, nem todos os autores de denúncias poderão ser, para os efeitos considerados (nº 2, do artigo 27º da Lei da Concorrência) considerados interessados – por exemplo, não o serão aqueles denunciantes que agiram apenas com um intuito “pró bono” público. Assim sendo, o denunciante poderá requerer a adopção, por parte da Adc, de medidas cautelares, não propriamente porque seja um denunciante, mas sim porque, para além de o ser, é também um interessado, nos termos exposto e decorrentes do Código de Procedimento Administrativo – aqui aplicado subsidiariamente. Neste sentido, permanece válida a afirmação de que o sistema português não prevê expressa e especificamente nenhuma outra obrigação da Adc para com os denunciantes, nem nenhum direito específico destes (enquanto denunciantes), para além daquele que é consagrado no nº 2, do artigo 25º da Lei da Concorrência (a Adc não pode arquivar um inquérito instaurado com base numa denúncia, sem dar previamente conhecimento das suas intenções ao autor da denúncia).

instauração de processos conducentes à verificação, cessação e consequente punição das alegas infracções denunciadas⁴³⁵.

Uma denúncia é um dos dois possíveis factos/impulsos processuais geradores de um processo sancionatório que se iniciará, como referimos, com a abertura do respectivo inquérito. Está, portanto, em causa um processo (sancionatório) contra-ordenacional, cuja primeira fase ou fase inicial, correspondente ao inquérito, não deixa de ser um processo administrativo, sujeito à aplicação do respectivo Código de Procedimento (Administrativo). Em rigor, situando-nos no contexto do Regime Geral das Contra-Ordenações, o inquérito – que, repita-se, poderá ser desencadeado por uma denúncia – corresponde ao primeiro momento da fase administrativa do processo contra-ordenacional⁴³⁶.

⁴³⁵ Recapitulando, as infracções aos artigos 4º, 6º e 7º da Lei da Concorrência; as infracções à suspensão decidida nos termos do nº 1, do artigo 11º da Lei da Concorrência ou à violação (desrespeito) de decisões adoptadas em conformidade com a alínea *b*), do nº 1 do artigo 37º daquela Lei (no domínio do controle das operações de concentração); igualmente, a violação ou desrespeito de decisões que decretem medidas provisórias, nos termos do artigo 27º da Lei da Concorrência; o não acatamento das condições impostas às empresas pela Adc, nos termos previstos no nº 4, do artigo 11º, no nº 3, do artigo 23º e no nº 2, do artigo 37º, todos da mesma Lei; infracções à obrigação de notificação prévia de uma operação de concentração, nos termos do artigo 9º da Lei da Concorrência; violação do dever de prestação de informações, ou infracções pela prestação de informações falsas, inexactas ou incompletas, quando tais informações foram pedidas pela Adc, no uso dos seus poderes sancionatórios ou de supervisão; violação do dever de colaboração com a Adc, ou obstrução ao exercício, por esta autoridade, dos poderes previstos no artigo 17º da referida Lei da Concorrência; falta de comparência injustificada, em diligências de processos para os quais tenham sido notificados, de testemunhas, peritos ou de representantes das empresas denunciantes ou infractoras e ainda, infracções por violação dos artigos 81º e 82º do Tratado CE que, como dissemos, são tipificadas, nos termos da Lei da Concorrência, como contra-ordenações, puníveis nos termos dos artigos 42º e seguintes dessa mesma Lei.

⁴³⁶ MIGUEL MENDES PEREIRA, *ob. cit.* (*Lei da Concorrência...*), p. 277, sublinhando que a tramitação prevista no quadro da Lei da Concorrência apresenta-se como mais detalhada do que a consagrada no Regime Geral das Contra – Ordenações, na medida em que no âmbito daquela Lei, sobressai a clara separação (em termos de consagrações normativas) entre o inquérito (a referida primeira fase de carácter administrativo do processo contra-ordenacional)

Assim sendo, terminada essa primeira fase (de carácter administrativo) do processo sancionatório, desencadeado pela denúncia, a Adc poderá proceder ao arquivamento do processo (alínea a, do nº 1, do artigo 25º da Lei da Concorrência), sendo que, nesses termos e no contexto desta fase administrativa, aquela eventual decisão de arquivamento deverá ser entendida como sendo uma *decisão final*, pondo termo ao respectivo processo. Daqui decorre o dever imposto à Adc, nos termos do nº 2 do referido artigo 25º da Lei da Concorrência: dar conhecimento prévio ao autor da denúncia - notificando-o - da intenção de se proceder ao dito arquivamento (decisão final). Concretiza-se, assim, o dever (e o direito) de audiência prévia dos interessados.

Ora, se está aqui em causa a audiência prévia dos interessados, naquele processo decisório administrativo, então, como notam alguns comentadores, esse dever de "dar previamente conhecimento" aos interessados da intenção projectada de adoptar uma decisão final de arquivamento, será, também, extensível às próprias empresas denunciadas, "sempre que tenha havido lugar a conhecimento público da instauração do inquérito ou quando aquela(s) tenha(m) tomado conhecimento do mesmo (do inquérito) por qualquer outra forma, como será o caso, por exemplo, de ter(em) recebido da parte da Adc um pedido de informações ao abrigo dos poderes sancionatórios previstos no artigo 17º da Lei da Concorrência⁴³⁷".

Tal já não sucederá com a decisão da Adc de dar início à instrução (alínea b, do nº 1 do artigo 25º da Lei da Concorrência), na medida em que esta decisão não será uma decisão final, mas antes um acto preparatório de uma ulterior decisão final, adoptada no termo dessa fase da instrução (artigo 28º da Lei da Concorrência).

– artigo 24º e alínea a), do nº 1, do artigo 25º, ambos da Lei da Concorrência, e a fase da instrução – alínea b), do nº 1, do mesmo artigo 25º e seguintes, daquela Lei. Esta separação destina-se a dar cumprimento ao princípio do contraditório

⁴³⁷ MIGUEL MENDES PEREIRA, *ob. cit.* (*Lei da Concorrência...*), p. 279 e 280.

IIIª PARTE

O Enquadramento Institucional numa perspectiva crítica. O triângulo " *Comissão - Rede europeia da concorrência - Tribunal*".

Enquadramento Geral.

**Os riscos de uma ineficaz e ineficiente aplicação da Política da concorrência.
A necessidade de uma reforma do funcionamento da Comissão.**

97. A reforma ou modernização do Direito da concorrência comunitário – em particular, da aplicação dos artigos 81º e 82º do Tratado CE – teve, também, como *leit motif* e de acordo com o discurso assumido oficialmente pela Comissão no Livro Branco de 1999, a garantia de uma aplicação eficaz e uniforme daquelas regras⁴³⁸.

A Comissão - que promoveu o impulso e a concretização da reforma e, em particular, a adopção do Regulamento nº 1/2003 - sempre defendeu e justificou abertamente, desde 1999, a sua posição reformista com a verificação de que o regime então vigente, em si própria (Comissão) centralizado e instituído pelo primeiro Regulamento de aplicação daquelas normas do Tratado CE (o Regulamento nº 17 de 1962), impossibilitava uma tutela e uma vigilância eficazes dos comportamentos das empresas, à luz das referidas normas de *defesa da concorrência* comunitárias.

⁴³⁸ De resto, a necessidade de reformar o Direito de *defesa da concorrência* comunitário foi fundamentada, na perspectiva da Comissão, quer no *Livro Branco sobre a modernização das regras de aplicação dos artigos 85º e 86º do Tratado CE*, de 28.04.1999, Programa da Comissão nº 97/027, (1999/C 132/01), Jornal Oficial nº C 132 de 12.05.1999, p 1., quer na *Exposição de motivos* ("Explanatory Memorandum") da proposta de Regulamento do Conselho, COM (2000) 582 final de 27.09.2000, disponível na *Internet*, em:

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2000:0582:FIN:EN:PDF> (Agosto de 2009).

Aquele primeiro regime de aplicação dos artigos 81º e 82º do Tratado CE já não permitia, em virtude no novo contexto económico hodierno (complexo e globalizado) e no quadro de numa Europa integrada por quinze Estados-membros (já em véspera do grande alargamento a Leste), “garantir uma fiscalização eficaz” daquelas regras e, em particular, do nº 3, do artigo 81º do Tratado CE – tal como é exigido nos termos da alínea *b*), do nº 2, do artigo 83º do mesmo Tratado. Recorde-se que esta norma indica, na realidade, como finalidade da adopção de actos de direito derivado vinculativos (no caso Regulamentos e Directivas), no domínio da aplicação dos princípios constantes dos artigos 81º e 82º do Tratado CE, o seguinte:

“Determinar as modalidades de aplicação do nº 3, do artigo 81º, tendo em conta a necessidade, por um lado, de *garantir uma fiscalização eficaz* e, por outro, de *simplificar o mais possível o controlo administrativo*”.

Na realidade, o discurso da Comissão que esteve, em boa medida, na base do sentido norteador da reforma empreendida pelo Regulamento nº 1/2003 – ou seja, a *descentralização*, para o nível nacional, das regras dos artigos 81º e 82º do Tratado CE e, conseqüentemente, o correspondente *alargamento* da base institucional de aplicação dessas regras que se traduz numa *generalização* da respectiva aplicação – enfatizava, cada vez mais, a impossibilidade de ser dada resposta, em tempo adequado, às notificações prévias, fixadas pelo nº 1, do artigo 4º, do Regulamento nº 17 de 1962.

Tal tarefa, levada a cabo exclusivamente pela Comissão, consumia grande parte dos seus recursos técnicos, financeiros e humanos.

Aquela Instituição e os seus serviços afectos à concorrência (antiga Direcção Geral IV e actual DG COMP) estavam aprisionados na obrigatoriedade de análise e de emissão de decisões relativas a práticas e comportamentos notificados previamente e que, as mais das vezes, eram pouco significativos em termos de lesões à estrutura concorrencial do mercado comunitário.

Com tal sobrecarga de trabalho e afectação de recursos na prossecução de tais tarefas, faltava à Comissão, conseqüentemente, a capacidade para se concentrar na prevenção, na fiscalização *ex-officio* e no tratamento de situações que – muitas vezes, resultantes das próprias inovações e

desenvolvimentos da actividade económica - eram, de facto, as mais relevantes em termos de *defesa da concorrência*, na União Europeia (por exemplo, as denominadas, no jargão comunitário, violações *hard-core* das regras de *defesa da concorrência*).

Assim – e independentemente da maior ou menor premência de uma racionalização dos recursos da Comissão e da efectiva necessidade de mudanças no funcionamento daquela Instituição⁴³⁹- o facto é que uma das razões de base invocadas para a reforma foi, desde logo, o risco de ineficácia e de ineficiência do funcionamento da *estrutura institucional* da Política da concorrência comunitária. Pelo menos, atentando no discurso oficial da Comissão, tal risco e a escassez de recursos adequados à eficaz e eficiente prossecução da sua missão no novo contexto da União alargada, foi a primeira e imediata justificação para o desencadear da reforma e, em particular, da substituição do Regulamento nº 17 de 1962.

O movimento de centralização – descentralização/re-centralização da Política da concorrência comunitária.

98. A doutrina, de um modo geral, aponta como factor justificativo da concreta estrutura institucional comunitária existente, desde os primórdios da integração, em matéria de concorrência, a necessidade, precisamente, de efectivar essa mesma integração comunitária, através da construção do Mercado Comum.

Numa Europa comunitária ainda incipiente, com apenas seis Estados-membros e tendo como objectivo prioritário (de garantia de sobrevivência do próprio processo de integração) a construção de um Mercado Comum, justificava-se uma estrutura Institucional da Política da concorrência centralizada na Comissão.

A Comissão, de resto, subordinaria as suas opções e decisões em matéria de Política da concorrência a tal objectivo prioritário. Dito de outro

⁴³⁹ Adaptando-se, assim, a uma União com um maior número de Estados-membros e, conseqüentemente, de casos relevantes à luz da Política da concorrência comunitária.

modo, a aplicação das regras comunitárias de *defesa da concorrência* serviria, também, de *instrumento de integração* (entenda-se, de efectivação do Mercado Comum), devendo, conseqüentemente, a aplicação daquelas regras ser centralizada (preferencialmente, em exclusividade), na esfera de poder da Instituição comunitária que, em primeira linha, prosseguia quotidianamente tal integração: ou seja, na esfera de poder da Comissão Europeia.

Assim, *integração negativa e construção do Mercado Comum*, estariam em consonância com um determinado funcionamento institucional, em matéria de concorrência comunitária, centralizado em torno da Comissão Europeia.

Note-se que, a propósito da reforma agora em curso e da sua justificação, os argumentos da construção do Mercado Comum (Mercado Interno) e da necessidade de construir/efectivar a integração, deixaram de ser invocados.

Na realidade, o quadro de objectivos e de prioridades políticas da União e, naturalmente, a acção da Comissão, já não é, naturalmente, o mesmo dos primeiros anos da integração europeia comunitária. As metas que justificaram a tendencial centralização da Política da concorrência comunitária na esfera da Comissão, assim como a utilização instrumental daquela Política (tendo em vista a construção do Mercado Comum), deixaram de fazer sentido - principalmente após o Tratado de Maastricht, ou seja, no quadro do actual estágio de integração e no âmbito da actual União Europeia já alargada.

Assim, compreendem-se as prioridades da Comissão no que respeita à Política da concorrência. Essas prioridades serão, doravante, definidas já em função do desenvolvimento de considerações atinentes à Política da concorrência em si mesma considerada, ou seja, já sem as amarras que, para essa Política, resultavam do facto de toda a atenção institucional comunitária estar centrada na construção do Mercado Comum e, portanto, todas as políticas comuns reflectirem (enquanto instrumentos mais ou menos imediatos e assumidos) esse objectivo prioritário.

Os factores organizativos, a racionalização dos meios utilizados em matéria de *antitrust* na União (e, em particular, no que respeita à aplicação impositiva de carácter público dos artigos 81º e 82º do Tratado CE), a perda de

eficácia da acção da Comissão poderão, efectivamente, ter sido importantes, motivando, também e seguramente, a reforma – como, de resto, foi assumido pela Comissão nos documentos públicos atrás mencionados. Porém, importa notar, igualmente, que para promover essa reforma ou modernização do Direito da concorrência comunitário, o quadro de objectivos de que partiu a Comissão já não foi o mesmo das primeiras décadas de integração: a Comissão já pôde concentrar-se e tentar seguir uma lógica política autónoma e concorrencial, propriamente dita. No quadro actual e relativamente à definição e aplicação da Política da concorrência comunitária, deixou de fazer (tanto) sentido a vertente instrumental e subordinada a outros objectivos políticos e económicos diferentes da liberdade de concorrência (por exemplo, a construção do Mercado Interno) daquela Política⁴⁴⁰.

A Comissão tem a possibilidade de se assumir como uma efectiva autoridade técnica específica e supranacional, em matéria jusconcorrencial. Esta Instituição pode assumir-se, reforçando a sua autoridade técnica específica, como a principal entidade *polycymaking* de uma Política da concorrência comunitária já voltada, prioritariamente, para o funcionamento do mercado em si mesmo considerado e entendido como instituição de racionalidade económica e de liberdade. A Comissão poderá, assim, consequentemente, concentrar-se na criação e no desenvolvimento de uma ideologia concorrencial europeia própria.

Daí que, tendo deixado de ser prioritário o objectivo “construção do Mercado Único” (porque basicamente atingido⁴⁴¹), seja possível aliviar a aplicação centralizada (sobretudo, em termos administrativos e operativos) dos artigos 81º e 82º do Tratado CE.

⁴⁴⁰ Pese embora, contudo, não poderemos apartar esta Política comum do seu contexto natural e da sua razão de ser. Com efeito, não poderemos, nem deveremos – como foi assinalado *supra*, na Iª Parte do presente texto – separar e considerar esta Política da concorrência comunitária autonomamente, em relação à sua *ecologia*, a saber, a integração europeia.

⁴⁴¹ Pelo menos, na sua vertente negativa, de remoção (institucional) dos obstáculos à não discriminação em razão da nacionalidade.

No fundo, da centralização da Política da concorrência comunitária, justificada por imperativos de construção do Mercado Comum, passou-se a um quadro de possível descentralização inerente, agora, ao desenvolvimento de uma Política e de uma cultura concorrenciais especificamente europeias – Política e cultura essas que, agora, são encaradas abertamente como servindo de base/quadro institucional económico de uma União (quase continental) com vinte e sete Estados-membros.

Logo, poderíamos sintetizar a posição da Comissão relativamente a esta importante política comum do seguinte modo: a uma integração incipiente e com um Política da concorrência comunitária instrumental relativamente a essa integração (logo, centralizada na esfera da Instituição que, em primeira linha, era a *locomotiva* de tal integração em amadurecimento), sucedem, agora, as condições, num quadro de integração já solidificado, para o desenvolvimento de uma Política da concorrência efectivamente voltada para objectivos próprios concorrenciais que, de todo o modo, a Comissão pretende também definir e implementar. Daí a possibilidade de uma descentralização/generalização da *aplicação* das regras de *defesa da concorrência* do Tratado CE: isso não só é necessário operativamente para garantir uma efectividade daquelas regras, como para libertar a Comissão para um papel *menos* empenhado nessa aplicação directa e *mais* dirigido para a determinação das linhas da Política da concorrência (reservando-se, relativamente a tal aplicação daquelas regras, um papel de, sobretudo, controlo, com pouca e selectiva intervenção directa).

A uma descentralização na aplicação das regras de concorrência, promovida formal e imediatamente no sentido do nível nacional, sucederá um reforço do papel técnico-político, de supervisão, da Comissão – uma seja, uma *re-centralização* da concorrência (agora em termos de influência/poder político autónomo) em torno daquela Instituição.

Ponto de Ordem.

99. Ora, na perspectiva atrás delineada, a análise da reforma ou modernização do Direito de *defesa da concorrência* comunitário deverá ser, em

grande medida, acompanhada e integrada por uma reflexão sobre o funcionamento institucional da concorrência – assim como sobre as prioridades últimas e o sentido desse funcionamento. É essa descrição/reflexão que tentaremos desenvolver nesta IIIª Parte, centrando-nos no *triângulo* institucional saído da reforma em curso (nomeadamente, do Regulamento nº 1/2003): *Comissão – rede europeia da concorrência – Tribunal de Justiça* (e Tribunal de Primeira Instância).

Analisaremos, na perspectiva da Comissão, o significado do movimento de descentralização e de generalização, para o nível nacional, das atribuições e competências de aplicação das regras dos artigos 81º e 82º do Tratado.

Concluiremos que, na realidade – assumindo-se a “rede europeia da concorrência” como a base do funcionamento do mencionado triângulo institucional - subjaz ao movimento de descentralização, num outro plano (ou seja, no plano da determinação dos contornos definidores da própria Política comum considerada), um movimento de sentido inverso: aquilo que apelidamos de *re-centralização*, a favor da Comissão, da *defesa da concorrência* comunitária.

100. O capítulo 2º, *infra*, abordará, em traços gerais, a denominada “principals-agent theory” (“teoria da agência”).

Na realidade, esta teoria – os seus teoremas de base e, no fundo, a sua perspectiva de análise – afigura-se-nos como sendo particularmente útil, tendo em vista a clarificação de alguns traços (porventura, menos ostensivos ou evidentes, numa primeira observação) da reforma introduzida pelo Regulamento nº 1/2003. Como veremos, a via metodológica de análise seguida pela “teoria da agência”, partindo do pressuposto (implícito) de que, em princípio, *o poder não se reparte voluntariamente e sem contrapartidas*, tenta identificar *incentivos* para a ocorrência de situações de repartição de atribuições e de competências (de poder), num determinado quadro de relacionamento institucional.

No fundo, numa primeira observação, o Regulamento nº 1/2003 acaba por repartir e redistribuir poderes detidos pela Comissão. A descentralização e a

generalização promovidas por esse Regulamento, no que respeita à aplicação dos artigos 81º e 82º do Tratado CE, significarão, numa primeira leitura, uma perda de poderes da Comissão (nos termos daquela teoria, o “agente”), relativamente aos Estados-membros (os “mandantes”). Além disso – e apesar das razões de carácter organizacional, logístico e dos riscos de perda de eficácia da actuação da Comissão, por esta invocadas como justificação de tal movimento de descentralização – tal perda de poder é voluntária, na medida em que o impulso gerador do referido Regulamento nº 1/2003, parte, precisamente, da própria Instituição que cede, no quadro desse Regulamento, parte das suas atribuições e competências, em benefício do nível nacional de aplicação dos mencionados normativos do Tratado CE.

Assim, numa segunda leitura ou observação da reforma introduzida pelo Regulamento nº 1/2003, apoiada na perspectiva da “teoria da agência”, poderemos identificar como contrapartida de tal descentralização para o nível nacional, no que respeita à aplicação dos artigos 81º e 82º do Tratado CE, um movimento inverso de reforço dos poderes da Comissão, no plano da própria decisão política em matéria de *defesa da concorrência* comunitária (no fundo, uma *re-centralização*, novamente na esfera da Comissão, dos poderes de *policymaking* desta Instituição).

CAPÍTULO 1º - O Sistema Institucional da União Europeia.

1.1– Abordagem geral. Um sistema *quadripartido*, sob o ponto de vista orgânico

101. O sistema institucional da União, quando observado *estaticamente*, mantém, desde a década de 1950 – ou seja, desde os seus impulsos institutivos originários - os mesmos traços estruturantes.

Observando os primeiros cinquenta anos de integração, podemos dizer que a configuração institucional ou orgânica da actual União Europeia suporta-se, ainda, na estrutura nuclear original das Comunidades. O sistema institucional que (ainda) se vai mantendo, parece não ser mais do que o resultado de uma evolução pouco sinuosa do sistema inicial, contendo-se, ainda, na matriz da “arquitectura” institucional dos primeiros anos de integração comunitária.

Na realidade, hoje em dia, o sistema institucional ou orgânico da União, apesar de mais completo e complexo do que aquele em que se suportaram os primeiros passos das então Comunidades Europeias, reflectindo, sob o ponto de vista técnico-organizacional, equilíbrios políticos difíceis e, conseqüentemente, de institucionalização normativa frequentemente complexa, não deixa, porém, de repousar nos mesmos alicerces de há cinquenta anos.

Numa perspectiva estática, apesar de o desenho institucional da União visualizar-se, hoje em dia, com uma mancha mais extensa e carregada, sendo mais preenchido de Instituições e de órgãos que também sustentam, por seu turno, redes de agências e comités⁴⁴², não deixa de, nuclearmente, ancorar-se nas mesmas quatro Instituições originárias: Conselho (de ministros, actualmente, Conselho da União Europeia), Comissão, Tribunal de Justiça (e,

⁴⁴² A muito salientada “comitologia” teve, efectivamente, necessidade de se desenvolver como *sub-ramo* do conhecimento e da ciência político-constitucional da integração, captando e sistematizando a inter-acção de toda essa infinidade de entidades que gravitam em torno das Instituições, precisamente, em consequência da já incontornável proliferação de tais entidades (agências, comités, observatórios, grupos institucionalizados de peritos) quer em quantidade, quer em influência técnica nos vários processos de decisão.

em funcionamento desde 1989, o Tribunal de Primeira Instância) e Parlamento Europeu.

Houve, naturalmente, mudanças – desde logo, as mudanças introduzidas com o Tratado de União Europeia (Maastricht, assinado em 7 de Fevereiro de 1992); no entanto, será apropriado referir-se que, nessa perspectiva estática, o sistema evoluiu a partir da estrutura institucional *quadripartida* inicial, sem, contudo, a pôr em causa. Essa evolução/crescimento passou, nomeadamente, pela introdução - ou, pelo menos, consagração normativa - de novas Instituições, como foi o caso do Conselho Europeu⁴⁴³ e do Tribunal de Primeira Instância⁴⁴⁴.

O Tratado da União Europeia, com efeito, criou um quadro institucional único, ou seja, partindo das Instituições existentes, desenhou um sistema orgânico comum para os “três pilares” da União⁴⁴⁵: o pilar comunitário, propriamente dito, a PESC (o pilar da *Política Externa e de Segurança Comum*) e o pilar da cooperação policial e judiciária, em matéria criminal.

⁴⁴³ O Conselho Europeu – que reúne, designadamente, todos os chefes de estado ou de governo, e ainda, o Presidente da Comissão Europeia – “dará à União os impulsos necessários ao seu desenvolvimento e definirá as respectivas orientações políticas gerais” (artigo 4º, do Tratado da União Europeia), não sendo, portanto, uma Instituição executiva. A sua previsão normativa, actualmente, no já referido artigo 4º do Tratado da União Europeia, correspondeu à institucionalização de cimeiras de chefes de Estado que, regularmente, ocorreram desde os primeiros anos de funcionamento das Comunidades. Na cimeira de Paris, de 1974, sob proposta da França, foi decidido (naquilo que foi o início do processo de institucionalização normativa desta Instituição) que os chefes de Estado dos, então, nove Estados-membros, acompanhados dos respectivos ministros dos negócios estrangeiros, reunir-se-iam ordinariamente três vezes por ano, para avaliarem e promoverem a integração e a cooperação política entre os respectivos Estados..

⁴⁴⁴ Em funcionamento, de forma autónoma relativamente ao Tribunal de Justiça, desde 1989.

⁴⁴⁵ Entre outros, FAUTO DE QUADROS, *Droit de l'Union européenne. Droit constitutionnel et administratif de l'Union européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2008, p. 187. Refira-se, também e a este propósito, que foi também o Tratado da União Europeia (Maastricht) que introduziu essa pouco feliz lógica do “pilares” que ainda se vai mantendo. O Tratado de Lisboa – se eventualmente puder entrar efectivamente em vigência – acaba por tal lógica e com os referidos “pilares” da União.

Actualmente, o sistema institucional integra o Conselho Europeu, o Parlamento Europeu, o Conselho da União Europeia (o anteriormente denominado Conselho de Ministros), a Comissão, o Tribunal de Justiça e o Tribunal de Primeira Instância e o Tribunal de Contas.

Além do sistema institucional propriamente dito (e, como tal, nominado na terminologia dos Tratados), existe ainda um conjunto de entidade e órgãos (sem a denominação formal de "Instituições") que integra, em sentido amplo, esse sistema.

É corrente seguir-se uma sistematização doutrinal que agrupa tais órgãos em quatro categorias, a saber:

a) Órgãos de *controlo*. O único que, presentemente, faz parte desta categoria é o "Mediador", criado pelo Tratado da União Europeia e consagrado no artigo 195º do TCE.

b) Órgãos *consultivos*. Estes integram o Comité Económico e Social – artigos 257º e seguintes do TCE, bem assim como o Comité das Regiões – artigos 263º e seguintes do Tratado CE.

c) Órgãos/entidades de *gestão*, como é o caso do Banco Central Europeu (BCE) – artigos 8º e 105º a 113º do Tratado CE e, ainda, do Banco Europeu de Investimentos (BEI) – artigos 9º e artigo 266º do Tratado CE).

d) Órgãos *auxiliares*, ou seja, os órgãos criados pelo Conselho da União Europeia ou pela Comissão, com a função de auxiliarem estas Instituições no desempenho das respectivas competências. Salienta-se, entre todos esses órgãos auxiliares, o COREPER (Comité dos Representantes Permanentes) que desempenha as funções de *staff* técnico do Conselho, existindo, ainda, inúmeros grupos *ad-hoc* de peritos nacionais que colaboram, em diversas matérias, com a Comissão. De resto, um exemplo ilustrativo destes grupos e dos seus desempenhos, poderá ser – situando-nos no contexto da política (recente) da concorrência - o *Economic Advisory Group for Competition Policy* (EAGCP) que apresentou, em Julho de 2005, o seu Relatório (a solicitação da Comissão) intitulado "An economic approach to article 82". Este documento

serviu de base ao “Discussion Paper” publicado, também em 2005, pela Comissão que, ainda durante o mesmo ano, o submeteu a discussão pública.

Os documentos referidos (e aquela consulta pública) foram produzidos no âmbito do processo de modernização do direito da concorrência, empreendido pela Comissão e, neste caso, conducente à adopção e publicação, em Dezembro de 2008, da Comunicação sobre a reforma da aplicação do artigo 82º do Tratado CE⁴⁴⁶.

102. Referimo-nos ao núcleo fundamental da estrutura institucional comunitária como sendo (de base) quadripartida, pensando nos órgãos ou Instituições que inicialmente compunham aquela estrutura.

No entanto, sem pretendermos problematizar, aqui, aspectos constitucionais e organizativos da União⁴⁴⁷, poderemos referir que tal

⁴⁴⁶ Comunicação de 3 de Dezembro de 2008 sobre “as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82º do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante” – COM(2008). A versão em língua portuguesa desta Comunicação foi ulteriormente publicada em 09.02.2009 - C(2009) 864 final. Disponível na *Internet*, no sítio oficial da Comissão, em http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/guidance_pt.pdf (Agosto de 2009)

⁴⁴⁷ Para um levantamento rápido desses aspectos, na nossa literatura, entre outros e para além de FRANCISCO LUCAS PIRES, *Introdução ao Direito Constitucional Europeu*, Almedina, Coimbra, 1997, FAUSTO DE QUADROS, *ob. cit (Droit de l’Union européenne)*, MIGUEL POIARES MADURO, *A Constituição plural. Constitucionalismo e União Europeia*, Principia, Estoril/Cascais, 2006, PAULO FERREIRA DA CUNHA, *Novo Direito Constitucional Europeu*, Almedina, Coimbra, 2005, centrando-se, principalmente, na problemática da “Constituição Europeia” ou “Tratado Constitucional”, aprovado pelo Conselho Europeu de Bruxelas de 18 de Junho de 2004 e assinado, em Outubro desse ano, em Roma. Essa “Constituição Europeia” foi rejeitada em França e na Holanda, através de referendo. Ver, também, ANTÓNIO GOUCHA SOARES, *A União Europeia* (sobretudo, capítulo “VI – As Instituições e o Processo político”), Almedina, Lisboa, 2006, ANA MARIA GUERRA MARTINS, *Curso de Direito Constitucional da União*, Almedina, Lisboa, 2004. Ver, ainda, no contexto da problemática do *novus* constitucionalismo (também europeu), J. J. GOMES CANOTILHO, «*Brançosos*» e *Interconstitucionalidade. Itinerários dos Discursos sobre a Historicidade Constitucional*, Almedina, Coimbra, 2006. GOMES CANOTILHO entende que o processo de integração deve ser analisado a partir de uma “teoria da interconstitucionalidade” (uma rede de constituições nacionais convivendo e interagindo no

composição orgânica inicial, integrando quatro Instituições (ou órgãos de poder), corresponde e é função, também, do próprio sistema de repartição de poderes e competências, pensado para a União, desde a sua génese (ou seja, desde a década de 1950, com os Tratados institutivos das Comunidades Europeias).

O sistema de repartição de poderes na União afasta-se, numa primeira observação, da tradição constitucional europeia (naturalmente, referente a um constitucionalismo estadual⁴⁴⁸), sob o ponto de vista da repartição *tripartida*

mesmo espaço político). Outro tópico relativo a esta discussão sobre, no fundo, o constitucionalismo europeu (ver nota subsequente e as referências aí efectuadas, sobretudo a JOSEPH H.H. WEILER e ANNE VAN AAKEN) é aquela respeitante ao “constitucionalismo multinível”. PEREIRA MENAUT observa, com efeito, o seguinte: “El actual constitucionalismo de la Union Europea, como otros anteriores a él – Estados Unidos, la Commonwealth – es multinivel y debería seguir siéndolo, pero de manera que el nivel más alto no absorba, en teoría ni en la práctica, a los más bajos. La constitucionalidad no reside toda en un único nivel y no se deriva toda del nivel más alto” – ANTONIO-CARLOS PEREIRA MENAUT, *De la Constitución al Mini-Tratado: Outro Modelo Constitucional para Europa?*, in ALESSANDRA SILVEIRA (Coordenação) – *50 Anos do Tratado de Roma, Quid Iuris*, Lisboa, 2007, p. 57 e, em particular, 66.

⁴⁴⁸ Na realidade, só será possível entender um (possível) constitucionalismo europeu (em rigor, constitucionalismo da integração europeia) se partirmos do princípio de que o dito *constitucionalismo* deverá conceitualmente autonomizar-se da *constituição*, sobretudo, de “constituição formal (escrita)”. Situando o debate especificamente no contexto de uma certa realidade (académica) alemã e comentando alguns ensaios de JOSEPH H. H. WEILER (por exemplo, *The Reformation of European Constitutionalism*, in *Journal of Common Market Studies*, nº 35, 1997, p. 97 a 131), ANNE VAN AAKEN, regista seguinte observação: “Constitutionalism has to be differentiated from constitution. Constitution is traditionally associated with nation states, (...) this is even reflected in the notions used (*Verfassungsstaat*, *Rechtsstaat*, *Staatsvolk*) which makes it difficult for German scholars to think a constitution without a state and its demos” - ANNE VAN AAKEN, *A Functional Approach to International Constitutionalism: The Value Added of a Social Science Contribution*, University of St. Gallen Law School, *Working Paper* nº 2008 – 08, May 2008 e, também, *Archiv fur Rechts – und Sozialphilosophie (ARSP) Beiheft*, 2008. Igualmente disponível na *Internet* (formato *Working Paper*), em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1137525 (*Social Science Research Network*/ Agosto de 2009).

dos poderes do Estado (expressão formal e tradicional do princípio da separação de poderes)⁴⁴⁹.

Ver, também, ANTONIO-CARLOS PEREIRA MENAUT, *Creecer en Constitucionalismo sin creecer en Estatismo. Una propuesta de Arquitectura Constitucional para la EU, in Temas de Integração*, 2º semestre 2001/1º semestre 2002, nºs 12 e 13, p. 105. De todo o modo, o facto é que “constitucionalismo” (nomeadamente, agora, “o constitucionalismo europeu”) e “constituição”, por vezes, desenvolvem um processo de inter-acção ou mesmo de atracção que podem tender a movimentos de convergência. Por vezes, circunstancialmente e no decurso desses movimentos de convergência, verifica-se a tendência de *fortalecer* e/ou *corporizar* o constitucionalismo através da feitura de uma constituição (com o risco de aprisionamento do primeiro, no espartilho da segunda e, conseqüente enfraquecimento daquele constitucionalismo e inoperatividade ou mesmo inviabilidade de uma eventual constituição). Diríamos que essa atracção por apenas *levar a sério* o constitucionalismo codificado numa constituição (no sentido de constituição formal, escrita) é, ainda, um reflexo da dificuldade assinalada por ANNE VAN AAKEN: pensar a constituição (e, por maioria de razão, o constitucionalismo), sem um estado nação (“to think a constitution without a state and its demos”). E isto apesar de se falar, por vezes, em “pan-constitucionalização típica da contemporaneidade” (PAULO FERREIRA DA CUNHA, *ob. cit.*, p. 11).

Em parte, todo o processo que envolveu a “Constituição Europeia” ou “Tratado Constitucional” de 2004 (que sucumbiu às mãos dos eleitores franceses e holandeses nos respectivos referendos promovidos nesses Estados-membros, relativamente a tal “Constituição”), ilustra essa tendência e a concretização do risco assinalado: se o constitucionalismo europeu vai fazendo o seu percurso de desenvolvimento e, simultaneamente, de sedimentação, o facto é que se inviabilizou uma possível constituição para a Europa (pelo menos, durante os tempos mais próximos).

⁴⁴⁹ Como também salienta FAUSTO DE QUADROS, *ob. cit. (Droit de l’Union européenne...)*, p. 189, citando, de resto, o Acórdão do Tribunal de Justiça de 6 de Junho de 1982, *Acórdão França, Itália e Reino - Unido vs. Comissão*, Processo nº 188 e 189/80, *Recueil*, p. II -573. Nesse Acórdão, o Tribunal de Justiça declarou, com efeito, que a Comissão detinha, à luz do quadro institucional traçado pelo Tratado, não só poderes de execução e de fiscalização (“surveillance”), mas também poderes legislativos, de modo a que – e ao contrário do que, nesse caso, defendia o governo do Reino - Unido - as suas Directivas (as Directivas adoptadas pela Comissão, no exercício dos poderes que lhe foram especificamente atribuídos pelo Tratado) tinham o mesmo valor e natureza que as directivas adoptadas pelo Conselho. O governo do Reino - Unido entendia, ao invés, que apenas o Conselho teria competências legislativas originárias (vislumbrando-se, também, subjacente à argumentação desenvolvida pelo referido governo daquele Estado-membro, o pressuposto de uma repartição/separação

O sistema da União, com efeito, poderá ser qualificado de sistema quadripartido, correspondendo a quatro tipos de poder político (e, conseqüentemente, quatro tipos de órgãos ou Instituições de base, como já foi assinalado) que, na organização e no funcionamento comunitário, existem.

Assim - tendencialmente autonomizados entre si (numa lógica de *checks and balances*), mas também e simultaneamente, complementando-se e interagindo funcionalmente (mais do que será habitual suceder nas realidades constitucionais estaduais) - podemos assinalar como compondo tal estrutura quadripartida, o poder legislativo (ou, em rigor, normativo - comunitário), o poder executivo, o poder de fiscalização ou de controlo e, naturalmente, o poder judicial.

1.2- A tríplice legitimidade do poder exercido pelas Instituições.

103. O poder político da União - concretamente, o poder político quotidianamente exercido na construção da integração europeia comunitária - repousa, contudo, numa tripla legitimidade.

linear de poderes e de funções, entre as Instituições das Comunidades, seguindo, de certo modo, a lógica estadual da separação dos poderes estadual clássica). O Tribunal, no nº 6 do aresto em questão, declara que: " (...) L'article 155 p'voit, dans des termes presque identiques à ceux employés à l'article 145 pour décrire la même fonction du Conseil, que la Commission dispose d'un pouvoir de décision propre dans les conditions prévues dans le Traité ».

Não deixamos, ainda, de salientar - porque particularmente clara e impressiva - a nota que FAUSTO DE QUADROS, *idem*, expressa, a este propósito: "(...) il n'est pas possible - et ceci résulte principalement de la volonté expresse des auteurs des traités - de trouver un simile entre le système de répartition des pouvoirs dans l'Union ou dans les Communautés et le système étatique. On ne pouvait même pas l'espérer, sachant que l'Union et les Communautés n'ont pas encore atteint le modèle étatique. (...) l'évolution de l'intégration européenne vers une union politique ne doit pas nécessairement être faite selon les modèles classiques d'organisation du pouvoir politique. Ceci constitue, d'ailleurs, pour le juriste et pour le spécialiste de la science politique, un des grands attraits du processus de construction européenne ».

A construção comunitária é, geneticamente, marcada por uma permanente tensão dialéctica, nela existente, entre duas componentes da sua natureza política: a componente estadual e a supranacional.

Na realidade, desde a sua origem que a especificidade desta construção política – uma entidade, sob o ponto de vista assinalado, híbrida e que, em virtude desse seu hibridismo, mereceu, da parte de Jacques Delors, o qualificativo de O.P.N.I (“objecto político não identificado”) – resulta dessa permanente tentativa de integração de diferentes legitimidades políticas (diferentes e, potencialmente, conflituantes): a legitimidade nacional/estadual e a supra estadual. A própria expressão “comunitário/a” resultou da necessidade de apelar *ex-novo* essa inovadora experiência política europeia do pós-segunda guerra mundial, não sendo, então, enquadrável em nenhuma das categorias de organização política, historicamente conhecidas.

Reflectindo a tensão dialéctica entre as duas componentes e, conseqüentemente, as duas legitimidades políticas atrás referidas (ou seja, a estadual/nacional e a supranacional), a estrutura orgânica comunitária definiu a Comissão como o órgão/Instituição independente dos Estados-membros, prosseguindo e representando o “interesse comunitário”.

A Comissão foi pensada como sendo o verdadeiro órgão supra estadual, depositária e guardiã da independência do projecto (político) da integração, sendo mesmo designada, no Tratado CECA (Tratado de Paris, de 1951) como instituição “supranacional” (artigo 9º, daquele Tratado que manteve a expressão até ao denominado “Tratado de fusão” ou Tratado de Bruxelas, de 1965)⁴⁵⁰.

Nesse equilíbrio de legitimidades políticas imposto pela presença, simultânea, de uma componente supranacional e outra nacional, marcando a

⁴⁵⁰ A razão de ser deste qualificativo surgir, assim, assumidamente, no Tratado CECA, poderá, também, decorrer das vicissitudes que marcaram, sob o ponto de vista da tática e da negociação políticas então desenvolvidas, o processo conducente à adopção e à assinatura, em 18 de Abril de 1951, do Tratado. Voltaremos, *infra*, a este ponto (crucial para a compreensão do próprio desenho institucional comunitário – e que, como dissemos, ainda subsiste na sua estrutura nuclear - e, especialmente, da escolha da configuração da Comissão Europeia).

integração, o Conselho (em rigor, ambos os Conselhos – quer o da União, quer o Conselho Europeu) assume-se, na estrutura institucional comunitária e em contraposição com a Comissão, como sendo o representante dos interesses de todos os Estados-membros (e, internamente, o fórum de expressão desses interesses), prosseguindo uma actuação assente na cooperação inter-governamental.

Esta contraposição (esta tensão/controlo recíprocos, entre a Comissão e o Conselho), numa certa perspectiva, além de reflectir as duas legitimidades políticas que, desde a respectiva origem, estiveram caracteristicamente presentes na integração, confirma, também, a vocação (pró) federal das Comunidades, claramente afirmada no Plano Schuman, de 1950. Com efeito, nos sistemas federais e, em particular, no que nesses sistemas se reporta ao exercício do poder político-legislativo, coexistem a representação da federação (do todo federal, supra-estadual) e a representação dos Estados federados⁴⁵¹.

Ora, actualmente – sobretudo, desde 1979, com a eleição do Parlamento Europeu por sufrágio universal directo – identificam-se, na dinâmica do exercício do poder político na União, três tipos de legitimidade.

Para além da originária (e, diríamos, genética e, portanto, inultrapassável) tensão entre a legitimidade supranacional (corporizada pela Comissão) e a legitimidade decorrente da vontade soberana dos Estados-membros, ou seja, a legitimidade nacional (assegurada pelo Conselho), assume-se, também, a existência de uma legitimidade democrática. Esta é identificada com o Parlamento Europeu que, bem entendido, não representa um “povo europeu” (que não existe), mas sim os “povos dos Estados reunidos na Comunidade” (artigo 190º do Tratado CE).

Desde o Tratado de Maastricht, com efeito, assumiu-se (mesmo normativamente) a “cidadania europeia”, se bem que, naturalmente, em termos complementares à cidadania nacional (artigo 17º do Tratado CE) e, a par da

⁴⁵¹ Nos Estados- Unidos, a coexistência da Câmara dos representantes e do Senado; na Alemanha, o *Bundestag* e o *Bundesrat*. FAUSTO DE QUADROS, *ob. cit.* (*Le droit de l'Union européenne...*), p. 190-191.

“Europa dos Estados”, passou a sublinhar-se, igualmente, a dimensão da integração comunitária correspondente à “Europa dos estados e dos cidadãos”.

O sentido da evolução do discurso político - legitimador do próprio processo de integração tem vindo, com efeito, a reflectir e a acompanhar o reforço do papel político e decisório do Parlamento Europeu (desde o Acto Único Europeu), no funcionamento da União. Esta evolução passa e alimenta-se, também, da construção política e jurídica (constitucional) da “democracia europeia” ou mesmo, “democracia transnacional” (em curso de desenvolvimento paralelo e, por vezes, interligado, com a referida evolução do discurso político - legitimador da integração europeia).

Em síntese, o poder político comunitário, actualmente, sustenta-se numa tríplice legitimidade: a nacional, a supranacional ou comunitária (interesse comunitário) e a democrática ou dos cidadãos.

O poder político e o papel ou influência concreta da Comissão no fluir da construção comunitária (ou seja, a sua capacidade efectiva de intervir e de moldar os processos de decisão) é, no contexto atrás exposto, o critério referencial decisivo para avaliarmos o sentido da evolução política da União. O grau e a solidez de tal poder e dessa influência (mesmo em termos de *real politik*) serão, simultaneamente, o reflexo e o factor determinante da configuração política que a integração comunitária vai adoptando.

1.3– A Comissão no centro da reforma (sob o ponto de vista Institucional)

104. Sob o ponto de vista institucional, a reforma ou modernização do Direito da concorrência comunitário (que tem no Regulamento nº 1/2003 a sua posituação normativa mais impressiva e geradora de consequências mais estruturantes) faz-se sentir, desde logo, no papel (sempre central) da Comissão Europeia.

A Comissão surgiria sempre no epicentro da reforma em curso, não só porque o impulso técnico e político desse processo modernizador teve origem

nessa Instituição⁴⁵² (de certo modo, os Estados-membros – o mesmo equivalerá a dizer-se, o Conselho - e as demais Instituições que intervêm no processo de decisão normativo, como o Parlamento Europeu, seguiram, no uso das respectivas competências outorgadas pelo Tratado, o impulso político e a argumentação técnica justificativa da Comissão), mas também porque o balanço dessa reforma passa, necessariamente, por uma avaliação do “novo” papel da Comissão e pelo balanço dos seus poderes, relativamente à definição e à gestão da Política da concorrência.

A compreensão do alcance da reforma em curso – que se afirma *descentralizadora* a favor do nível nacional de aplicação dos normativos comunitários de *defesa da concorrência* e pretende promover a aplicação impositiva de carácter privado, através dos Tribunais dos Estados-membros, desses normativos⁴⁵³ - requer, também e necessariamente, uma análise da *nova posição ou estatuto* ocupados pela Comissão, no domínio da Política da concorrência (uma análise relativamente à capacidade de definição e de gestão desta Política, por parte da Comissão).

Ora, suscitam-se várias questões sobre tal estatuto da Comissão⁴⁵⁴, a propósito do impacto que a reforma teve (tem) na estrutura institucional de

⁴⁵² Não nos referimos, agora, especificamente à iniciativa legislativa ou “poder de iniciativa” normativa, na medida em que esse poder já é detido pela Comissão.

⁴⁵³ E, principalmente, quando a aplicação impositiva de carácter público ou “public enforcement” – aplicação essa, tradicionalmente centralizada na Comissão – monopolizava, na prática, o sistema de aplicação do Direito da concorrência comunitário.

⁴⁵⁴ Tal problematização do estatuto da Comissão não é de agora, não foi suscitada pela reforma em curso. Diríamos que essa discussão é recorrente e, numa certa perspectiva, implica a avaliação da actuação do próprio Tribunal de Justiça e do Tribunal de Primeira Instância. Na realidade, habitualmente, a discussão centra-se, na doutrina, em torno dos poderes (eventualmente excessivos) de que a Comissão dispõe no domínio da Política da concorrência comunitária e da intervenção do Tribunal, porventura limitadora de tais poderes excessivos. Neste sentido, têm sido apontados exemplos jurisprudenciais mais recentes – VAN BAEL & BELIS, *ob. cit. (Competition Law...)*, p. 12: “It is clear (...) that the Commission is at the core of the development of EC competition policy and that it enjoys broad powers. (...) In several majors cases, such as *Tetra Laval*, *Schneider Electric*, *Airtours*, *Bayer* and (...) *Volkswagen*, the Court of First Instance has imposed limits on the Commission’s actions”.

aplicação das regras comunitárias de *defesa da concorrência*. Algumas dessas questões prendem-se, directamente, com aspectos técnicos da actuação da Comissão, agora, à luz do regime instituído pelo Regulamento nº 1/2003. Antecedentemente, abordamos, já, alguns desses aspectos e questões que se debatem a propósito das competências novas da Comissão (e respectivo exercício), introduzidas pelo regime de aplicação dos artigos 81º e 82º do Tratado CE, decorrente do Regulamento nº 1/2003.

Poderá, também e continuando a adoptar como pano de fundo a reforma em curso, problematizar-se outro tipo de aspectos menos técnico-normativos e menos atinentes directamente ao *estatuto processual* da Comissão⁴⁵⁵.

Estes aspectos e questões que, agora, referimos e que certos sectores da doutrina têm vindo, recentemente, a levantar de forma mais veemente, não se ligam, nem se circunscrevem apenas à reforma do Direito da concorrência comunitário (se bem que essa reforma tenha feito recrudescer a intensidade desses debates), mas contextualizam-se, de um modo mais amplo e mediato, na própria análise da Política da concorrência comunitária e, por vezes, na reflexão político-constitucional (e *ontológica*) relativa ao processo de integração europeia comunitária.

Deparamos com um exemplo desse tipo de preocupações no debate suscitado pelo facto de, no quadro europeu, uma Instituição com as características da Comissão ser a responsável suprema pela aplicação e (materialmente, em grande medida, pela própria configuração) da Política da concorrência.

É questionada a adequação e, sobretudo, a eficácia do quadro institucional da Política da concorrência comunitária, em virtude de ser colocada na esfera daquela Instituição *colegial* e não alheia, de facto, a uma pluralidade de interesses diversos (também políticos), a responsabilidade pela aplicação e (também materialmente) pela definição de tal Política.

⁴⁵⁵ Na verdade, as prerrogativas processuais da Comissão, bem assim como os seus deveres, decorrem, ainda, da sua posição institucional – ou, em rigor, aqueles serão (deverão ser) um reflexo desta.

Na realidade, a colegialidade é um dos traços característicos do funcionamento da Comissão, sendo, igualmente, uma decorrência natural da lógica de equilíbrio/tensão entre a vertente supra nacional e a estadual que se encontra na base do processo de integração. Com efeito, nos termos do artigo 1º do Regulamento Interno da Comissão⁴⁵⁶, esta Instituição “age colegialmente, em conformidade com as disposições do presente regulamento e seguindo as orientações políticas definidas pelo seu presidente”.

Na realidade, esse carácter colegial baseia-se na *igualdade* dos membros da Comissão (os Comissários) quando estes participam na tomada de decisões da instituição. O princípio da colegialidade implica que as decisões são tomadas em comum (consenso) e que todos os membros são colectivamente responsáveis por cada uma delas. O Colégio de Comissários é, por conseguinte, um órgão de decisão colectivo que se exprime a uma só voz.

Ora, nesta linha e reportando-nos ainda ao Regulamento Interno da Comissão, o respectivo artigo 4º indica os processos ou a metodologia de adopção das decisões da Comissão (reunião, processo escrito, processo de habilitação e processo de delegação), sendo certo que, de acordo com o artigo 8º do mesmo Regulamento, esta Instituição decide sob proposta de um ou vários dos seus membros (Comissários), podendo, qualquer um deles, solicitar uma votação. Neste caso, ou seja, se não decidir por consenso, tendo, por conseguinte, sido solicitada uma votação, as decisões da Comissão serão “adoptadas pela maioria do número de membros previsto no Tratado. Esta maioria é necessária independentemente do sentido e da natureza da decisão” (artigo 8º do Regulamento Interno da Comissão).

Ora, como dissemos, esta colegialidade característica do funcionamento da Comissão Europeia, poderá, numa certa perspectiva, colocar embaraços à eficácia das decisões desta Instituição, em matérias acentuadamente técnicas como é o caso daquelas que respeitam à definição e, sobretudo, à aplicação da Política (e do Direito) da concorrência. Daí, ser questionada a escolha de uma entidade/Instituição como a Comissão Europeia para polarizar, em si, a

⁴⁵⁶ Regulamento Interno da Comissão C(2000) 3614, Jornal Oficial nº L 308, de 8.12.2000, p.

estrutura institucional de aplicação das regras de *defesa da concorrência* no quadro da União.

Novamente, cremos que a influência norte-americana é, também, sentida nesta linha crítica, na medida em que, o termo corrente da comparação institucional subjacente às interrogações levantadas pela escolha da Comissão Europeia como Instituição central da Política da concorrência comunitária (e da sua aplicação)⁴⁵⁷, é a *Federal Trade Commission*.

Na base das dúvidas e preocupações suscitadas está, portanto e em grande medida, o cotejo entre a Comissão Europeia e a *Federal Trade Commission* norte-americana ou, se quisermos, a comparação, sob o prisma institucional, entre o sistema *antitrust* dos Estados-Unidos e o sistema comunitário de *defesa da concorrência*.

⁴⁵⁷ Ou seja e sintetizando tais interrogações, a escolha da Comissão – ou de uma Instituição com as suas características – terá sido a melhor, no que diz respeito à superintendência da aplicação da Política da concorrência?

CAPÍTULO 2º - A “teoria da agência”.

(Contributo para a análise dos efeitos institucionais da reforma do Direito da concorrência comunitário, promovida pelo Regulamento nº 1/2003).

105. Como referimos já (*supra*, “Enquadramento Geral”), pressuporemos em alguns aspectos da exposição que, doravante, iremos traçar, alguns pontos de vista e enfoques metodológicos de análise, característicos da denominada “teoria da agência” (“Principal – agent theory”)⁴⁵⁸.

Importa, desde já e preliminarmente, anotar o seguinte: optamos, aqui, por esta expressão – *agência* – não no sentido técnico-jurídico (nomeadamente, contratual) rigoroso do termo. Pretendemos, com essa tradução/adaptação livre da expressão anglo-saxónica “principal – agent theory”, reflectir a ideia de relação entre quem outorga ou delega poderes em terceiros, para não só o representar, mas, sobretudo, para desenvolver (com autonomia, sem estar sujeito aos termos restritos de um mandato detalhado, uma actividade que conduzirá a resultados finais e mediatos esperados e coincidentes com os interesses gerais daquele outorgante (“mandante”, nesse sentido amplo). O sentido da expressão que utilizamos deverá, portanto, para melhor ser apreendido, contextualizar-se, sobretudo, no plano das relações institucionais – políticas (e, por conseguinte, não nos quadros técnico-jurídicos do Direito privado).

Esta teoria tem revelado alguma aceitação doutrinal enquanto instrumento metodológico de análise das relações de poder e de representação, nomeadamente, entre órgãos e/ou instituições que, num determinado quadro constitucional, repartem funcionalmente entre si o exercício do poder político.

⁴⁵⁸ Naturalmente, nem sempre subordinaremos expressamente o curso da exposição aos termos de tal teoria; no entanto, a perspectiva da “teoria da agência” estará pressuposta, ainda que nem sempre directamente, em grande parte do caminho que seguiremos e das conclusões alcançadas durante o percurso expositivo desta IIIª Parte – principalmente, na explicação histórica que traçaremos, *infra*, no Capítulo 3º, relativamente à opção institucional originária, em matéria de Política da concorrência comunitária, seguida pelo Tratado de Paris de 1951 (CECA)

Os teoremas e a perspectiva que esta abordagem (“teoria da agência”) fornece – em suma, os respectivos quadros metodológicos de análise que ela propicia – *adequam-se particularmente bem a algumas características intrínsecas da própria estrutura institucional comunitária*, em particular, no que diz respeito à posição da Comissão enquanto Instituição tipicamente comunitária, representante do interesse político/interesse geral da integração e com atribuições e competências tendencialmente administrativas/executivas (por conseguinte, com uma vocação e informação técnicas especializadas, no domínio de cada política comum, mais aprofundadas do que qualquer uma das restantes Instituições da União).

Tendo surgido, como referiremos *infra*, especialmente vocacionada para a compreensão de relações entre Instituições e/ou entidades, marcadas por diferentes níveis de acesso à informação relevante – ou seja, relações marcadas por *assimetrias de informação* entre as partes – a “teoria da agência” poderá problematizar com acerto (e fornecer pistas de resolução para os problemas por si formulados) os efeitos do novo regime introduzido pelo Regulamento nº 1/2003, sob o ponto de vista da estrutura institucional da concorrência comunitária.

Na verdade, relativamente a tais efeitos advenientes da reforma promovida pelo Regulamento em causa, o problema que, com propriedade, se poderá formular em termos gerais, passará pela compreensão das motivações determinantes – numa perspectiva de poder – de um movimento de descentralização da aplicação dos artigos 81º e 82º do Tratado CE que implica, aparentemente, uma perda parcial desse mesmo poder, até então detido pela Instituição que promoveu, precisamente, tal movimento (a Comissão).

Em termos mais lineares, poderíamos questionar as contrapartidas de uma perda voluntária de poder (de aplicação de regras que traduzem uma parte significativa e muito relevante da Política da concorrência comunitária) para quem cede tal poder (neste caso, para a Comissão).

Ora, assim, compreende-se que encontremos na literatura sobre as questões institucionais da Política da concorrência – nomeadamente, no que diz respeito à análise do papel da Comissão Europeia no sistema comunitário de

defesa da concorrência – o recurso frequente a esta teoria / perspectiva metodológica de análise. Tal é o caso, por exemplo, da GIANDOMENICO MAJONE⁴⁵⁹, STEPHEN WILKS⁴⁶⁰ e de OLIVER BUDZINSKI⁴⁶¹, entre outros.

106. A referida teoria (“principals-agent theory”) surgiu inicialmente associada aos problemas de *assimetria de informação* entre os contratantes, no domínio da actividade seguradora⁴⁶². No entanto, rapidamente foi adoptada

⁴⁵⁹ GIANDOMENICO MAJONE, *Dilemmas of European Integration: The Ambiguities and Pitfalls of Integration by Stealth*, Oxford University Press, 2005 e ainda, *Regulation and Public Policy*, Comunicação apresentada em sessão pública (Conferência) promovida Conferência promovida pela Associação Portuguesa de Bioética, Lisboa, 15 de Maio de 2009 (em curso de publicação).

⁴⁶⁰ STEPHEN WILKS, *Agency Escape: Decentralization or Dominance of the European Commission in the Modernization of Competition Policy?*, in *Governance: An International Journal of Policy, Administration, and Institutions*, Vol. 18, nº 3, July 2005, p. 431.

⁴⁶¹ OLIVER BUDZINSKI, *Modern Industrial Economics and Competition Policy: Open Problems and Possible Limits*, intervenção pública na Conferência subordinada ao tema *Foundations and Limitations of an Economic Approach to Competition Law*, promovida pelo *Max-Planck-Institute for Intellectual Property, Competition and Tax Law*, Munique, 12 e 13 de Março de 2009 e disponível, na *Internet*, em: <http://ssrn.com/abstract=1420855> (consulta em Agosto de 2009). Publicado, ulteriormente, como *working paper*, com o mesmo título, por *University of Southern Denmark*, Esbjerg and OLIVER BUDZINSKI, *Department of Environmental and Business Economics*, IME Working Paper 93/09, June 2009.

⁴⁶² É habitualmente referido o trabalho de MICHAEL SPENCE e RICHARD ZECKHAUSER, *Insurance, Information and Individual Action*, in *AER - The American Economic Review*, 61 (2), 1971, p. 380, como sendo um dos introdutores da mencionada teoria. Sob o ponto de vista *económico e institucional*, a origem da “teoria da agência” (ou “principal – agente”) é atribuída, respectivamente, a STEPHEN ROSS e a BARRY M. MITNICK, com os seguintes trabalhos: STEPHEN ROSS – *The Economic Theory of Agency: The Principal’s Problem*, in *AER - The American Economic Review*, 62 (2), 1973, p. 134; BARRY M. MITNICK- *Fiduciary rationality and public policy: the theory of agency and some consequences*, Comunicação apresentada no *ANNUAL MEETING OF THE AMERICAN POLITICAL SCIENCE ASSOCIATION*, New Orleans, 1973, ambos referidos pelo próprio BARRY M. MITNICK – *Origin of the Theory of Agency. An account by One of the Theory’s Originators, Working Paper Series*, University of Pittsburgh, January 2006, disponível na *Internet* em: <http://ssrn.com/abstract=1020378>. Este artigo de MITNICK (um dos “originators”, empregando a sua própria auto-qualificação) reveste-se de um particular interesse para um estudo geral da referida “teoria da agência”. Na verdade, este texto não só

como instrumento de análise noutras áreas quer da actividade económica e empresarial (por exemplo, no domínio dos recursos humanos e do estudo do funcionamento das organizações), quer no âmbito político-institucional.

O problema ou “dilema” nuclear da teoria poderá ser expresso através da seguinte questão: como será possível assegurar a melhor prossecução dos interesses do “mandante”⁴⁶³ quando o “mandatário” ou “agente” (a entidade que recebe tal delegação) dispõe de mais informação específica (por exemplo, informação técnica necessária para a prossecução do dito “mandato”) e prossegue interesses próprios, diferentes dos da entidade “mandante” (o “principal”)?

Note-se - exemplificando concretamente com o caso da Política da concorrência comunitária - que será possível (e particularmente apropriado, seguindo o prisma de análise desta teoria) utilizar como ponto de partida e como critério orientador do estudo das relações entre os Estados-membros (“principals”) e a Comissão Europeia (“agent”), o “dilema” mencionado. De resto, no excuro histórico que percorreremos *infra*⁴⁶⁴, na busca da razão de ser (originária) da opção institucional seguida pelo Tratado de Paris de 1951⁴⁶⁵, seguir-se-á, de um modo pressuposto, a perspectiva característica desta teoria – ainda que não sujeitemos (expressamente) tal descrição/análise histórica aos termos do *discurso* específico e às interrogações metodológicas da “teoria da agência”.

relata sinteticamente os aspectos doutrinários mais marcantes do desenvolvimento da teoria em consideração, ao longo de mais de trinta anos e na perspectiva (balanço?) de um dos seus criadores (ou divulgadores iniciais), como faz sobressair a *abordagem integrada* (entre o *económico* e o *institucional*) que, na perspectiva da “teoria do agente”, deve ser prosseguida no estudo das situações/problemas concretos.

⁴⁶³ Ou seja, da entidade que *delega* poderes para a prossecução de atribuições originariamente suas; o “principal” segundo a terminologia correntemente utilizada, em língua inglesa, neste contexto.

⁴⁶⁴ Capítulo 3º, desta IIIª Parte.

⁴⁶⁵ Ou seja, a escolha da Alta Autoridade e não de uma possível *Agência internacional/comunitária antitrust*, politicamente independente e não colegial.

Aquilo que esta teoria ("principal-agent theory") equaciona e tenta compreender, reconduz-se, sempre, aos problemas que subjazem (implicitamente) à arquitectura e ao funcionamento de uma qualquer estrutura institucional, nomeadamente, quando existem, nessa estrutura, órgãos que prosseguem atribuições e competências (os "agentes") que lhes são outorgadas por outras entidades (os "mandantes"), com o intuito de concretizarem, da melhor forma possível, os interesses destas (dos referidos "mandantes"). Na realidade, tais problemas acabam por se centrar na repartição de poder político, sendo certo que este poder é progressivamente conquistado pelo órgão "mandatário" ao seu "mandante", apoiando-se aquele, precisamente, nessa vantagem comparativa adveniente da informação e especialização técnica que, cada vez mais, detém.

Em síntese, o problema de base abordado por esta "teoria da agência", nesse campo das estruturas institucionais, acaba por nos conduzir à composição ou necessidade de tentar sintetizar interesses (efectiva ou potencialmente) divergentes, próprio dos órgãos ou Instituições "agentes" ou "mandatárias", com os interesses específicos (e prévios) dos órgãos "mandantes".

Ilustrando com outras áreas de análise conexas, ainda, com a Política da concorrência, a "teoria da agência" mostra-se, também, particularmente adequada ao estudo, mais amplo, da regulação económica (ver, por exemplo e entre outros já referidos, o trabalho de MAJONE).

Esta teoria - seguindo-se, agora, uma linha mais económica - gira em torno da preocupação em ser encontrado um *sistema de incentivos*, no quadro das relações entre o mandante ("principal") e o "agente" ("agent"), que possa assegurar uma actuação deste último em conformidade efectiva com os interesses daquele, compensando ou anulando a assimetria de informação de base, existente naquela relação.

107. São elucidativas as explicações (gerais) sobre esta teoria (nomeadamente, sobre os seus objectivos e os elementos de que se socorre,

nas análises por si prosseguidas) avançadas por MITNICK (um dos seus criadores):

“In short, Ross (outro dos primeiros impulsionadores desta “teoria da agência”) introduced the study of agency in terms of problems of *compensation contracting*; agency was seen, in essence, as an incentives problem. Mitnick introduced the now common insight that institutions form around agency and evolve to deal with agency, in response to essential imperfection of agency relationship: Behavior never occurs as it is preferred by the principal because it does not pay to make it perfect. But society creates institutions that attend to these imperfections, managing or buffering them, adapting to them, or becoming chronically distorted by them. Thus, to fully understand agency, we need both streams – *to see the incentives as well as the institutional structures*”⁴⁶⁶.

Assim, sob o ponto de vista (eminentemente) económico, o problema sobre o qual a teoria em causa tentará, directa e imediatamente, incidir, residirá na escolha de um adequado sistema de compensações (incentivos) que induza o “agente” a adoptar um comportamento coincidente com os interesses prosseguidos efectivamente pelo “mandante” (pelo “principal”).

A atenção desta teoria centralizar-se-á, então e sob o ponto de vista económico, no mencionado sistema de incentivos e nas relações contratuais ou de “mandato” que permitirão efectuar-se a outorga desses incentivos; centrar-se-á, também, nas condições de informação que poderão condicionar os “agentes”, no contexto dessas suas relações com os “mandantes”,

No entanto, não nos poderemos esquecer da advertência feita por MITNICK e já atrás transcrita e sublinhada: para uma compreensão integral da teoria, deveremos perspectivar ambos os enfoques – ou seja, o económico e o institucional - por ela desenvolvidos; não poderemos deixar de considerar, de forma integrada, quer o sistema de incentivos, quer as estruturas institucionais existentes. De resto, nos casos concretos porventura analisados (“the real

⁴⁶⁶ BARRY M. MITNICK, *ob. cit.* (*Origin of the Theory of Agency...*), p. 2. Os sublinhados são da nossa responsabilidade.

world”, continuando a empregar certas expressões de MITNICK), uma análise conclusiva não poderá destringer essas duas vertentes da teoria.

Será oportuno (porque elucidativo) realçar novamente outra passagem da explicação fornecida por MITNICK, considerando, agora, a aplicação da “teoria da agência” ao domínio do “normativo” (“normative theory”):

“It was not unusual in the formal work on economic agency to see a focus on *normative theory*. (...) researchers asked such questions as, is there an optimal fee schedule that would align the agent and principal under certain conditions? Approaches of this type often seek to derive general principles from assumptions about initial conditions, abstract relationships among variables, and so on, via formal proofs. Having derived the principles, some researchers may then search for empirical evidence consistent with the abstract result. In contrast, from the beginning Mitnick’s institutional approach focused on developing the core theory logics of agency that made it possible to generate statements about behavior in the real world, i.e., descriptive theory: How can we explain a series of diverse but commonly observed contexts of agent-principal relationships using the logics of agency theory? For example, under what conditions are lawyers, acting as advocates in a conflict, more or less likely to reach an settlement? Why do critics of the performance of public agencies focus on preventing self – enriching behavior by public employees rather than on the problem itself, relatively poor outcomes for the public interest? This emphasis on descriptive theory continued over the years. For example, Mitnick’s more recent theory of testaments (...), a component of his institutional agency approach, addresses such questions as, why do selective colleges limit the number of recommendation letters from applicants? Why do organizations hire imperfectly trained employees? (...) All of these apparently diverse circumstances can be understood by applying the logics of institutional agency theory⁴⁶⁷”.

108. Sistematizando algumas ideias-chave, poderemos dizer que a “teoria da agência”, tal como, de forma tópica, foi referida anteriormente,

⁴⁶⁷ *Idem*.

fornece uma perspectiva metodológica de análise do quadro institucional da Política da concorrência comunitária que se afigura particularmente esclarecedora em relação a algumas questões emergentes da reforma em curso, no âmbito da referida Política e Direito comunitários. De resto, tal perspectiva (“teoria da agência”) tem tido ecos e aceitação na literatura mais recente.

Esta teoria (“principal – agent theory”) e a perspectiva de análise por ela salientada, ao concentrar-se na *assimetria de informação* e nos *interesses divergentes* (ou, no mínimo, não coincidentes) característicos da relação estabelecida e desenvolvida entre os “mandantes” (no caso que nos ocupa, os Estados-membros⁴⁶⁸) e o “agente” (a Comissão), apontam, no fundo, para as relações políticas de poder que, naturalmente, subjazem sempre à dinâmica institucional comunitária.

Com alguma propriedade, no sentido agora salientado, poderemos dizer que a teoria em causa toca no cerne de um problema eminentemente constitucional ou *para-constitucional*: a organização e o exercício do poder na União Europeia, reflectido, naturalmente, nas opções e no modelo de relacionamento Institucional consagrado.

As conclusões que se alcancem, perspectivando-se, à luz da teoria em causa, o impacto da reforma do Direito da concorrência comunitário sobre a estrutura Institucional que, na União, serve a Política da concorrência, serão conclusões que nos desenharão o estado das relações de poder intra-institucional, saído dessa reforma ou modernização.

Ora, aparentemente e nessa perspectiva da “teoria da agência”, tendo a reforma promovido uma *descentralização* e uma conseqüente *generalização* da competência de aplicação dos artigos 81º e 82º do Tratado CE, poderíamos dizer que, de forma pouco corrente e pouco ortodoxa, a história da reforma

⁴⁶⁸ Ou então, numa outra perspectiva, o Conselho se, por hipótese, admitirmos que, nas matérias atinentes à Política da concorrência, é facilmente alcançável, nesta Instituição, uma posição comum que reflecta os interesses efectivamente assumidos por todos os vinte e sete Estados-membros.

(saliente-se: promovida e impulsionada pela Comissão) traduz-se numa perda voluntária de poder, por parte do "agente", a favor dos "mandantes".

No entanto, uma observação mais serena e sofisticada poderá legitimar uma conclusão oposta: sob a aparência da auto-proclamada descentralização de competências (e, previamente, de atribuições) a favor do nível nacional (no que respeita à aplicação daqueles normativos estruturantes do sistema de *defesa da concorrência* comunitário), verificou-se a criação de condições propiciadoras de um notável reforço dos poderes e do papel efectivo da Comissão.

Digamos que - embora de forma não directa e linear e recordando Eça de Queiroz - sob o manto diáfano da descentralização, esconde-se um verdadeiro movimento de centralização dos poderes da Comissão. Neste movimento emerge como figura/Instituição *de facto* fundamental a "rede europeia de autoridades da concorrência", surgindo-nos, por outro lado ainda, como sintoma desse reforço dos poderes da Comissão, a crescente importância e frequência do denominado *soft-law*.

CAPÍTULO 3º - A Comissão Europeia.

3.1 – Autoridade técnica supranacional e (politicamente) independente vs. Entidade supranacional de natureza e composição heterogêneas (“multi-constituency organisation”)

109. Vamo-nos debruçar sobre os termos da questão (institucional e também político-constitucional) atrás enunciada, partindo dos tópicos avançados por alguns sectores da doutrina⁴⁶⁹, antecedendo, mesmo, o processo de decisão normativa que culminou com a adopção e entrada em vigência, em 1 de Maio de 2004, do Regulamento nº 1/2003.

Na realidade, o ponto de partida do debate referido, reconduz-se à questão de se saber porque é que no quadro comunitário a definição e, sobretudo, a aplicação da política da concorrência, não estão na esfera de competência de uma autoridade técnica independente, tal como, correntemente, sucede em vários Estados⁴⁷⁰.

Essa questão, como nota KARAGIANNIS, decorre do seguinte pressuposto: existem algumas políticas – entre as quais se encontra a Política da concorrência – cujo grau de eficiência alcançado na sua aplicação é significativamente superior quando essa aplicação é prosseguida por entidades técnicas, politicamente independentes (Autoridades reguladoras)⁴⁷¹. De um modo linear, o tipo de instituições que prossegue a aplicação de uma determinada política (ou seja, a natureza dessa instituição, as suas

⁴⁶⁹ YANNIS KARAGIANNIS, *Why The EU Does Not Have An Independent Competition Agency? French and Transaction Costs in Early European Integration*, Institut Barcelona d'Etudis Internacionals, CIDOB Ed., Barcelona, 2008, GIANDOMENICO MAJONE, *obs. cit. (Dilemmas...)* e *Regulation...*), DAVID J. GERBER, *Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus*, Oxford Univesrity Press, 1998.

⁴⁷⁰ Estados-membros ou terceiros Estados, como é o caso, por exemplo, dos Estados-Unidos.

⁴⁷¹ YANNIS KARAGIANNIS, *ob. cit. (Why The EU Does Not Have...)*, p. 4. No mesmo sentido, GIANDOMENICO MAJONE, *ob. cit (Regulation ...)*

características organizacionais e decisórias, o seu posicionamento e/ou dependência política e funcional) afecta os resultados económicos e políticos que se almejam e que, efectivamente, se obtêm através dessa prossecução.

Numa outra perspectiva - coincidente, contudo, com o sentido final do pressuposto anteriormente referido – poderá concluir-se (em termos gerais) que a independência do respectivo órgão de aplicação diminui o risco de uma política padecer, precisamente, de uma vulnerabilidade política, aumenta a credibilidade dessa aplicação (e, conseqüentemente, da própria política em si mesma considerada, da sua justeza e necessidade, ou, pelo menos, da sua imagem pública) e potencia o seu equilíbrio e assertividade, diminuindo os riscos de ineficiência⁴⁷².

Ora, a Comissão Europeia (tal como a Instituição comunitária sua antecessora, ou seja, a Alta Autoridade da CECA) não detém a natureza e as características de um órgão técnico e politicamente independente. Não é uma Autoridade reguladora independente⁴⁷³, como, por exemplo e restringindo-nos

⁴⁷² KENNETH SAUL ROGOFF, *The Optimal Degree of Commitment to an intermediate Monetary Target*, in *Quarterly Journal of Economics*, 100 (4): 1169-1189, 1985, *apud* YANNIS KARAGIANNIS, *ob. cit (Why The EU Does Not...)*, *idem*. Segundo KARAGIANNIS, ilustrando e concretizando a ideia de ROGOFF: "The monetarist drive to eliminate unnecessary inflation premiums, thus leads to the creation of independent central banks with conservative bankers. Similarly, the liberal drive to establish consumer sovereignty and to eliminate unnecessary anti-competitive premiums thus leads to the creation of independent competition regulators staffed with expert bureaucrats", KARAGIANNIS, *idem*.

⁴⁷³ Com efeito, as Autoridade Reguladoras Independentes integram a categoria doutrinal da "administração independente", limitada, apenas, pela lei (subordinadas à legalidade) e controladas também unicamente pelo poder judicial. Seguindo VITAL MOREIRA e FERNANDA MAÇAS, a independência "é característica essencial, o traço que permite distinguir estas entidades em relação às outras estruturas administrativas e pode ser entendida num sentido orgânico (estrutural) num sentido funcional (quanto à actividade). (...) A independência (sob o ponto de vista orgânico) consiste essencialmente no facto de os titulares não poderem ser destituídos pelo Governo antes de terminado o seu mandato" – VITAL MOREIRA e FERNANDA MAÇAS, *Autoridades Reguladoras Independentes, Estudo e Projecto de Lei-Quadro*, Coimbra Ed., 2003, p. 25. Ver, também, na nossa literatura, MARIA MANUEL LEITÃO MARQUES, JOÃO PAULO SIMÕES DE ALMEIDA e ANDRÉ MATOS FORTE, *Concorrência e Regulação (A relação*

à realidade lusa, a Autoridade da Concorrência (Decreto-Lei nº 10/2003 e Lei nº 18/2003) e como são, normalmente, as entidades responsáveis pela aplicação dessa política, ao nível nacional.

A Comissão é uma Instituição empenhada na própria definição da Política da concorrência comunitária (e, portanto, nessa medida, é uma entidade comprometida, não independente, com os termos dessa política por si não só aplicada, mas também definida) e, por outro lado ainda, adopta como referencial prioritário da sua actuação, o *interesse comunitário*, subordinando-se, então, ao interesse político geral da União (e não, específica e exclusivamente, ao interesse técnico económico ou jusconcorrencial, considerados, em si mesmos, prioritários).

Habitualmente, de acordo com os quadros tradicionais da análise desenvolvida pela literatura política (ou político-jurídica) não se sublinham estes aspectos característicos (*de facto*) da Comissão, preferindo-se caracterizá-la de uma forma tendencialmente neutra, sob o ponto de vista político. É correntemente destacado o seu carácter de *braço executivo/administrativo* da União e, conseqüentemente, é frequente observar-se a Comissão através da óptica (ainda) reconduzível ao princípio da separação dos poderes ou, pelo menos, pressupondo implicitamente essa lógica do constitucionalismo tradicional.

Como notam alguns comentadores, este prisma de observação e de análise habitualmente desenvolvido relativamente à Comissão, não significa que (na referida literatura político-jurídica) não se reconheçam traços politicamente

entre a Autoridade da Concorrência e as autoridades de Regulação Sectorial), Coimbra Ed., 2005.

Note-se, contudo, que a noção de Autoridade Reguladora Independente, atrás seguida e característica do domínio do Direito Administrativo e das Ciências da Administração, também não apreende (o enfoque não é, naturalmente, esse) as possíveis influências políticas e ideológicas dos membros dessa Autoridades, nem as correlações de forças político-partidárias que, muitas vezes, determinam a composição e a orientação efectivamente seguida (e, portanto, a dependência *de facto*) dos respectivos membros e dessas entidades, enquanto um todo colectivo. A preocupação e o enfoque centra-se na independência formal relativamente ao Governo (na garantia formal de *desgovernamentalização*).

distintivos das preferências da Comissão, nem se olvidem as suas tendências (históricas e circunstanciais) ideológicas⁴⁷⁴; sobrevaloriza-se, no entanto e essencialmente, o carácter tecnocrático e burocrático desta Instituição, tendendo a considerá-la como uma entidade *despolitizada*, designadamente, no que diz respeito ao seu funcionamento interno. Pouca atenção se presta, em resumo, às vicissitudes e às tensões internas do funcionamento da Comissão, próprias de um órgão colegial. Consequentemente, tende a ignorar-se o *substrato* sociológico, político e a representação (ou, simplesmente, a influência) de interesses pessoais ou económicos dos Comissários que, naturalmente, reflectir-se-ão (mais directa e imediatamente, ou mais mediadamente) nos processos de decisão internos (formais ou informais) e nas posições assumidas externamente pela Comissão, enquanto Instituição comunitária, movimentando-se em inter-acção com as demais Instituições.

A este respeito – ou seja, a propósito da pouca atenção dispensada pelas análises desenvolvidas a respeito da Comissão, àquele seu *substrato* interno – alguma literatura do domínio da ciência política e da teoria das relações internacionais, utiliza, ainda assim, expressões que indiciam a Comissão como sendo, apesar de tudo, uma Instituição politicamente não independente (ou não neutra, no sentido tecnocrático), como, por exemplo, “Alta Autoridade ideológica” (HAAS⁴⁷⁵) ou “actor corporativo” (SHARPF⁴⁷⁶).

Ora, sendo a Comissão uma Instituição colectiva, funcionando na lógica da colegialidade e reflectindo, portanto, na respectiva composição, uma heterogeneidade de interesses, cosmovisões e sensibilidades políticas e ideológicas (é uma “multi-constituency organisation”, segundo a qualificação de

⁴⁷⁴ Ver, nesse sentido, KARAGIANNIS, *ob. cit.* (*Why The EU Does Not Have....*), p. 4.

⁴⁷⁵ HERNEST BERNARD HAAS, *The uniting of Europe: Political, Social, and Economic Forces. 1950-1957*. Standord University Press, 1958, p. 452, *apud* YANNIS KARAGIANNIS, *ob. cit.* (*Why The EU Does Not Have....*), p. 4.

⁴⁷⁶ FRITZ W. SCHARPF, *Games Real Actors Play: Actor-Centered Institutionalism in Policy Research*. Westview Press, Oxford, 1997, p. 54, *apud* YANNIS KARAGIANNIS, *ob. cit.* (*Why The EU Does Not Have....*), p. 5.

KARAGIANNIS⁴⁷⁷ ou então, segundo MAJONE, é uma Instituição com uma “composite nature”⁴⁷⁸) será possível que muitas das soluções propostas e desenvolvidas internamente, em relação a determinadas políticas sectoriais, sejam, pela dinâmica do funcionamento colegial dessa Instituição, obstaculizadas ou modificadas, em virtude de outros interesses divergentes e atinentes a outras políticas.

Poder-se-ão, assim sendo, antever situações em que uma determinada proposta, fundada até em argumentos estritamente técnicos, acabe por ser sacrificada em função dos compromissos necessários e da composição de interesses (heterogéneos, como referimos), inerentes ao funcionamento colegial da Instituição.

⁴⁷⁷ « (...) the CEC (Comissão) is a multi-constituency organisation where decisions are taken collegially, and which the Directorate General for Competition (DG COMP) represents only 1/27th. of the vote. Since others Commissioners respond to different constituencies, DG COMPO may be unable to pursue its mandate” - YANNIS KARAGIANNIS, *idem*.

Neste ponto – a colegialidade – existe uma similitude com o que se passa no âmbito das Autoridades Reguladoras Independentes, à luz da doutrina e do Direito portugueses. Assim, para VITAL MOREIRA e FERNANDA MAÇAS, em geral “as Autoridades Administrativas Independentes são autoridades colegiais, embora o número, a origem e o modo de designação dos titulares seja variável” – VITAL MOREIRA e FERNANDA MAÇAS, *ob. cit (Autoridades Reguladoras...)*, p. 26. E, em sentido paralelo àquele que KARAGIANNIS também segue nas suas observações sobre o carácter “multi-constituency” da Comissão Europeia, VITAL MOREIRA e FERNANDA MAÇAS salientam, ainda, que a referida colegialidade “permite o pluralismo na composição destas entidades (as Autoridades Administrativas Independentes), o que favorece a troca de experiências e o confronto de saberes diferentes”, VITAL MOREIRA e FERNANDA MAÇAS, *idem* (o sublinhado é da nossa responsabilidade). É interessante notar que, no discurso que, relativamente á Comissão Europeia, se centra nas desvantagens dessa heterogeneidade, aliada à colegialidade, as razões apontadas como factores positivos por VITAL MOREIRA e FERNANDA MAÇAS, relativamente às Autoridades Administrativas Independentes, sejam tidos como factores de potencial inoperância (da Comissão). Ver transcrição antecedente, *supra*, de KARAGIANNIS.

⁴⁷⁸ GIANDOMENICO MAJONE, *Delegation of Powers and the Fiduciary Principle*, Comunicação pública apresentada em *CONNEX Workshop* – Paris, em 11 de Maio de 2005 e disponível, na *Internet*, em:

http://www.mzes.unimannheim.de/projekte/typo3/site/fileadmin/research%20groups/6/reader/Majone_Connex_Paris.pdf.

Estes aspectos característicos da Comissão são, também, aceites e registados pela literatura jurídica – pese embora, esta não se detenha, habitualmente, nas possíveis relações entre tais aspectos característicos e as decisões emanadas pela Comissão.

VAN BAEL & BELIS, por exemplo, assinalam que, de facto e em consequência da respectiva natureza colegial, as decisões da Comissão não são proferidas de acordo com uma lógica estritamente legal, acabando por, necessariamente, reflectir um conteúdo político (emergirem de um contexto político)⁴⁷⁹.

Assim sendo, em rigor, quando a Comissão se envolve na determinação e na aplicação de uma política sectorial, não existirá nem uma total autonomia técnica, nem uma independência absoluta, susceptíveis de serem acreditadas *àquela Instituição como um todo* (desde logo, esse todo unificado, em virtude da colegialidade, não existe no funcionamento e nos processos de decisão internos).

Esta observação sustenta, também, para vários autores, a seguinte conclusão: em princípio, a definição e a aplicação de certas políticas comuns será, necessariamente, menos eficiente, comparativamente com a correspondente gestão dessas mesmas políticas, prosseguida ao nível interno/estadual, por entidades responsáveis unicamente sob o ponto de vista técnico, politicamente independentes e não colegiais. Tal seria o caso (menor eficiência) da Política da concorrência comunitária.

Nessa linha raciocínio, a Comissão Europeia, portanto, nunca poderia atingir os níveis de eficiência que uma Autoridade (técnica) reguladora, efectivamente independente e não colegial⁴⁸⁰, poderá alcançar.

⁴⁷⁹ “The Commission as a collegiate body is not seen to participate in the proceedings: the defendant’s fate is sealed in an *ex parte* meeting. Furthermore the Commission is not a tribunal but rather a political institution. As a result, its decisions are not made on purely legal grounds but emerge in a political context”. – VAN BAE & BELIS, *ob. cit.* (*Competition Law...*), p. 24

⁴⁸⁰ Como se pressupõe serem habitualmente (ou, pelo menos, tendencialmente) as *autoridades nacionais responsáveis pela concorrência*. Vimos, contudo, que, pelo menos no que respeita à colegialidade, esse também não é o caso da Autoridade da Concorrência portuguesa.

GIANDOMENICO MAJONE, analisando a Comissão a partir de um prisma decorrente de uma teoria denominada da “escolha racional” das decisões políticas e referindo-se ao carácter colegial da Comissão e à sua composição heterogénea, propôs, mesmo, a importação para a União Europeia do sistema de regulação e de supervisão norte-americano (tecnicamente especializado e independente).

Entende MAJONE que, com a sua natureza colegial e composição heterogénea (“composite nature”), a Comissão apresenta uma insuficiente competência específica para a prossecução das suas funções relativas à Política da Concorrência (“a lack of «distinctive institutional competence»”)⁴⁸¹.

110. Assim, regressemos à questão formulada no início do ponto precedente: porque é que no caso específico da União Europeia e da sua política da concorrência, não foi criada uma espécie de Autoridade técnica supranacional, politicamente independente e responsável pela definição e aplicação dessa Política? De resto, o caso da *International Ruhr Authority (IRA)*⁴⁸² – até mesmo em razão dos seus erros e da sua revelada incapacidade

⁴⁸¹GIANDOMENICO MAJONE (ed.), *Regulating Europe*, Routledge, London, 1996, *apud* YANNIS KARAGIANNIS, *ob. cit. (Why The EU Does Not...)*, p. 8. e também (MAJONE, 1996), *apud* ISABEL CAMISÃO e LUIS LOBO-FERNANDES, *Construir a Europa. O processo de integração entre a teoria e a história*, Princípa, Lisboa, 2005, p. 45. Na realidade, a perspectiva de GIANDOMENICO MAJONE assenta numa teoria das “escolhas racionais” decorrente da perspectiva e dos quadros metodológicos de análise fornecidos pela denominada (na literatura anglo-saxónica) “principals-agent theory” (“teoria da agência”) que abordaremos e também utilizaremos *infra*.

⁴⁸² A *International Ruhr Authority (IRA)* foi uma agência de regulação, no pós-IIª Guerra Mundial, das indústrias do carvão e do aço, bem assim como da exportação de tais produtos, da região alemã do Ruhr. A assinatura do Acordo de criação de uma Autoridade Internacional para o Ruhr ocorreu em 28 de Abril de 1949, em Londres. Na realidade, este exemplo invocado no texto, sob o ponto de vista formal, poderá não ser totalmente procedente, na medida em que essa Autoridade era de *base internacional/intergovernamental* e, portanto, alheia a uma lógica de supranacionalidade – pese embora o facto de, materialmente e na perspectiva alemã, ser entendida como uma organização que impunha, exterior e *unilateralmente*, restrições à sua política interna.

A *International Ruhr Authority* foi, no fundo, uma consequência da guerra e da rendição alemã, na medida em que tinha por objectivo principal impedir que o carvão e o aço - nos quais assentava, em grande medida, a economia alemã - não fossem utilizados para fins militares, pela novel República Federal Alemã. Com efeito, o referido Acordo Internacional de Londres (assinado, como se referiu, em Abril de 1949), começava por declarar o seguinte: "Whereas international security and general economic recovery require: that the resources of the Ruhr shall not in the future be used for the purpose of aggression but shall be used in the interests of peace; that access to the coal, coke and steel of the Ruhr, which was previously subject to the exclusive control of Germany, be in the future assured on an equitable basis to the countries cooperating in the common economic good". Por outro lado e como dissemos anteriormente, as respectivas funções imediatas da Autoridade passavam pela regulação da produção e da exportação do carvão e do aço da região do Ruhr: "The Authority shall make a division of coal, coke and steel from the Ruhr as between German consumption and export (...)" – artigo 14º, alínea a), do Acordo Internacional de Londres, de 28 de Abril de 1949 (criação de uma Autoridade Internacional para o Ruhr). Para uma consulta ao texto integral do Acordo, ver *European Navigator*, na *Internet*, em: <http://www.ena.lu/> (Agosto de 2009)

A França de De Gaulle desempenhou um papel determinante na história da referida *Autoridade Internacional* e, subsequentemente, essa Autoridade/agência esteve também, se bem que *indirectamente*, ligada ao impulso originário da integração - em concreto, à criação da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA) e à assinatura do Tratado de Paris de 1951 (Tratado CECA). A França encarou a Autoridade Internacional em causa (nela se empenhando) como uma alternativa à manutenção do controlo militar directo sobre a República Federal Alemã. A agência em causa permitiria, nessa óptica francesa, manter uma regulação e uma supervisão daqueles recursos fundamentais para a indústria militar de então (recursos fundamentais para fins militares e não só: na realidade o carvão e o aço tinham, também, uma muito significativa importância económica e social, em virtude da organização sólida existente na respectiva indústria do Ruhr). Pela via indirecta daquela Autoridade Internacional, a França tentava manter a influência sob a política alemã do pós-IIª guerra. No entanto, a *International Ruhr Authority* mostrou-se rapidamente inoperante e incapaz de cumprir os seus objectivos e desempenhar as suas funções (estabelecidas no artigo 14º daquele Acordo Internacional de Londres) e foi abandonada em 1950. Esse falhanço terá sido um dos factores determinantes que levaram a França a aceitar o Plano Schuman e a ideia de integração nele contida. Tal plano (Schuman) e a ideia de integração europeia, foram encarados pela França, como um instrumento de influência sobre a indústria alemã do carvão e do aço, alternativo à referida Autoridade Internacional.

A *International Ruhr Authority* integrava como membros, para além de representantes dos Aliados ocidentais (Bélgica, França, Luxemburgo, Holanda, Reino Unido e Estados Unidos), também os representantes da República Federal Alemã, se bem que, na prática, a agência

de acção - poderia ter funcionado como um precedente exemplar e pedagógico, dissuasor de uma tentativa de regulação supranacional ou internacional que não fosse efectivamente independente sob o ponto de vista político e rigorosamente especializada, na perspectiva técnica.

Em suma, estava bem presente na vida política de então, o fracasso da referida *International Ruhr Authority*.

O caso dessa Autoridade Internacional e as suas dificuldades de acção e de aceitação, sempre poderiam motivar os autores e os negociadores dos Tratados institutivos (desde logo, do Tratado de Paris de 1951 – CECA) a evitarem, radicalmente, a existência de *influências políticas* (ainda que indirectas e reflexas) na entidade que seria responsável pela Política da concorrência, no âmbito comunitário.

Além disso, sob a observação atenta dos fundadores do processo de integração, estaria, também, a política *antitrust* norte-americana, cuja lógica assentava (e assenta) não só numa aplicação impositiva judicial, de impulso privado, bastante forte (“private enforcement”), como na acção das *agências* (ou Autoridades) independentes de regulação.

funcionou, efectivamente, só com os representantes dos Estados Aliados. DAVID PHINNEMORE/LEE MCGOWAN, *A Dictionary of the European Union*, Routledge, London, 2002, p. 241 (última edição – a 4ª - em 2008). DIETRICH ORLOW, *Common Destiny. A Comparative History of the Dutch, French, and German Social Democratic Parties, 1945 – 1969*, Berghahn Books, Oxford – New York, 2000, p. 174. Para uma síntese breve, de carácter histórico-político, sobre a questão do Ruhr e da respectiva Autoridade Internacional, WALTER KAMPS, *No more guns from the Ruhr!*, in *geschichte.nrw.de/chronicle*, registo relativo ao ano de 1949, disponível em: <http://www.geschichte.nrw.de/artikel.php?artikel%5Bid%5D=50&lkz=en> (consulta em Julho de 2009).

Nessa crónica/registo relativo ao ano de 1949, de WALTER KAMPS, pode ler-se: “Canons and the materials needed for weapons of all kinds were produced in the Ruhr during two world wars. But the Ruhr industrial area is not simply a workshop of German militarism; its heavy industries form the “economic heart of Europe” e, ainda, sobre os objectivos politico-estratégicos da Autoridade: “Production quotas are carefully set to strike a balance between Germany's own needs, on the one hand, and foreign demand, on the other. Thanks to its wider powers, the Ruhr Authority effectively exerts control over the German economy as a whole - and its authority extends beyond the immediate period of occupation”.

Não será, naturalmente, plausível, pensar-se que um hipotético desconhecimento da “solução norte-americana”, alternativa àquela que acabou por ser seguida no âmbito das Comunidades Europeias, tivesse sido a causa da opção europeia comunitária. Naquele contexto histórico e político, era relativamente expectável - e, em princípio, teria sido perfeitamente compreensível - que o exemplo do sistema norte-americano de regulação *antitrust* fosse importado para o âmbito europeu da (então ainda incipiente) integração⁴⁸³.

Têm sido avançadas, pela doutrina, várias hipóteses explicativas da opção seguida pelos fundadores do processo de integração (Monnet, Schuman, Hallstein e Adenauer, entre outras figuras incontornáveis da génese desse processo), no que diz respeito à Política da concorrência e à entrega da sua tutela dirigente/supervisora a uma Instituição com as características da Comissão Europeia⁴⁸⁴.

Uma dessas explicações com mais divulgação é aquela que sublinha a importância que, no pós-IIª guerra mundial e no espaço europeu, tiveram, entre as elites intelectuais e políticas, as concepções ordoliberais⁴⁸⁵. Nessa medida, também a política da concorrência, conseqüentemente, seria bastante popular entre as mencionadas elites, sendo considerada como imprescindível na construção de uma nova ordem económica, assente na liberdade dos agentes e das empresas (livre concorrência). Alguns dos antigos ideais *antitrust* europeus (em parte, gerados e desenvolvidos na Áustria do fim do século XIX e representativos de uma tentativa de aliança entre ideais do liberalismo e

⁴⁸³ Como, de resto, tem defendido GIANDOMENICO MAJONE, como referimos, *supra*, ponto precedente do texto.

⁴⁸⁴ YANNIS KARAGIANNIS, *ob. cit.* (*Why The EU Does not...*), p. 9-12, traça uma síntese tópica daquelas que serão, segundo o autor mencionado, algumas das hipóteses explicativas mais correntes, seguidas pela doutrina (“Liberal inter-governmentalism and political economy of integration”, “ideational political economy of integration”, “hegemonic theory of international political economy” e “the economics of political transaction costs”).

⁴⁸⁵ Retomaremos, com mais pormenor, este tópico do ordoliberalismo, noutro contexto do presente trabalho, nomeadamente, quando nos debruçarmos sobre o abuso de posição dominante.

controle administrativo, no que dizia respeito à ordenação da economia⁴⁸⁶) teriam sido vigorosamente defendidos como ponto de partida e como pressupostos da construção de uma nova ordem europeia.

No entanto, a lógica ordoliberal, deveria ter conduzido à institucionalização de uma autoridade independente sob o ponto de vista político, especializada tecnicamente e imparcial (quer dizer, actuando em função de referências e de imperativos unicamente técnicos e objectivos), para o desempenho das funções que foram acometidas à Comissão (e, originariamente, à Alta Autoridade CECA).

A criação de uma espécie de “Agência Europeia dos Cartéis e dos Monopólios”, por exemplo, teria feito mais sentido, de acordo com uma lógica ordoliberal, do que a opção seguida e consagrada no Tratado de Paris de 1951 (ou seja, a escolha da Alta Autoridade, com as suas características intrínsecas), para o desempenho das funções de definição e de aplicação da Política da concorrência comunitária.

Ora, na perspectiva dos defensores desta teoria explicativa (que destaca a influência ordoliberal), a solução seguida pelos negociadores do Tratado de Paris acabou por ser ditada por circunstâncias e necessidades políticas.

Com efeito, face à novidade da integração e das Comunidades (e, mais especificamente ainda, perante as resistências políticas internas, sentidas, em França e na Alemanha, relativamente à criação da CECA e, conseqüentemente, em relação às medidas e às políticas que, por esta Comunidade, deveriam ser implementadas), houve a necessidade de se reforçar a *credibilidade* da recém-criada política da concorrência (artigos 65º e 66º do Tratado CECA), com a entrega do seu governo (da sua responsabilidade definitiva e supervisão da respectiva aplicação), a uma entidade supranacional (a Alta Autoridade da CECA).

Note-se que esta explicação – colocando a ênfase da solução concreta adoptada pelos “fundadores” do processo de integração, na questão da

⁴⁸⁶ Ver, por exemplo, DAVID J. GERBER, *ob. cit.* (*Law and Competition...*), respectivo capítulo III – «*Fin-de-siècle* Austria: Conceiving Competition Law », p. 43 e s., especialmente, p. 43 - 45.

credibilidade da política da concorrência – reflecte, também, a perspectiva da União como sendo um “Estado-Regulador” (ou em vias de se transformar nesse “Estado-Regulador”).

GIANDOMENICO MAJONE tem defendido a perspectiva mencionada. É atribuída, de resto, a este autor, a qualificação da União Europeia como “Estado-Regulador” que, nos termos por si enunciados, significaria “less of a state in the traditional sense than a *web of networks* of national and supranational regulatory institutions held together by shared values and objectives, and by a common style of policy-making⁴⁸⁷”.

MAJONE considera que existem, habitualmente, três funções prosseguidas pelos Estados, a saber, a *regulação* (medidas que visam ultrapassar ou corrigir as “falhas do mercado”), a *redistribuição* (ou seja, transferência de recursos e garantia do bem-estar das respectivas populações) e a função de *estabilização* (assegurar, através do recurso a instrumentos fiscais e monetários, o crescimento económico, a estabilidade dos preços e os níveis desejados de emprego).

111. Ora - na linha do que referíamos a propósito da necessidade de credibilização da política da concorrência, como sendo uma justificação para as opções comunitárias tomadas relativamente a esta política – MAJONE considera que a regulação é, de facto, a função mais característica e importante da actividade da União⁴⁸⁸. Na perspectiva defendida pelo Autor em causa, a aposta na regulação justificar-se-ia por vários factores, entre os quais a necessidade de serem resolvidos problemas de credibilidade política – o que se aplicaria, em parte e nessa perspectiva, ao caso da União e, conseqüentemente, à sua política da concorrência.

Rapidamente, expliquemos este ponto de vista.

⁴⁸⁷ GIANDOMENICO MAJONE, *ob. cit.* 1996 (*Regulating ...*), p. 276, *apud* ISABEL CAMISÃO e LUIS LOBO-FERNANDES, *ob. cit.* (*Construir a Europa...*) p. 45. O sublinhado é da nossa responsabilidade.

⁴⁸⁸ Estabelecendo, naturalmente, um paralelismo entre aquelas funções que atribui habitualmente aos Estados e as funções prosseguidas pela União.

Como dissemos, para MAJONE, existem várias razões que motivam (da parte dos Estados e, também, da parte da União) a aposta na regulação. Por um lado, trata-se de um método de decisão com menores custos, comparativamente com outros métodos (o que, no caso da União – possuindo esta recursos limitados - é muito relevante). Por outro lado – e seguindo a exposição de ISABEL CAMISÃO e LUIS LOBO-FERNANDES – “são vários os actores (estatais e não-estatais) que têm interesse no desenvolvimento de uma capacidade e uma acção reguladora europeia, no sentido de compensarem crises de governabilidade a nível interno dos Estados-membros. A delegação de poderes reguladores em instituições politicamente «independentes» surge, assim, sobretudo como uma solução para resolver problemas de credibilidade política⁴⁸⁹”.

Esta preocupação com a política da concorrência e a importância que, nos impulsos geradores do processo de integração, lhe foi atribuída - ao ponto de, inclusivamente, aceitando-se a visão atrás exposta, *ter existido uma preocupação tendente a reforçar politicamente a sua credibilidade* - terá, igualmente, várias razões.

A influência do ordoliberalismo, então muito viva nas elites intelectuais e políticas (sobretudo, alemãs), terá sido, sem dúvida, uma dessas razões justificativas de tal importância atribuída à política da concorrência – pese embora, por vezes e na perspectiva de certos comentadores, na realidade, essa influência esteja, actualmente, sobrevalorizada, sobretudo, partindo-se da análise ao conteúdo de certos documentos incontornáveis, como a própria Declaração Schuman de 9 de Maio de 1950⁴⁹⁰.

AKMAN, por exemplo, sustenta, a propósito da reforma da aplicação do artigo 82º do Tratado CE (circunscrevendo-se aos “travaux préparatoires” dos

⁴⁸⁹ ISABEL CAMISÃO e LUIS LOBO-FERNANDES, *ob. cit.* (*Construir a Europa...*), p. 45 e 46.

⁴⁹⁰ Disponível na *ENA (European Navigator: The authoritative multimedia reference on the history of European Integration)*, na *Internet*, em <http://www.ena.lu/>. De resto, nessa base de dados é possível aceder (entrada: “Robert Schuman”/ Agosto de 2009) a todos os documentos preparatórios da Declaração Schuman, desde o primeiro projecto de Declaração (de 17 de Abril de 1950) até nono e último (de 6 de Maio de 1950).

Tratados e, especificamente, à Declaração Schuman) que, na origem motivacional desse normativo de *defesa da concorrência* comunitário, dificilmente poderá encontrar-se uma preocupação e uma linha de rumo ordoliberal. Seguindo o ensaio de AKMAN, os autores dos Tratados estariam mais preocupados, pragmaticamente, com a eficiência da indústria europeia do que com o “market power”, o seu controle ou a sua acumulação, de *per se* considerados⁴⁹¹.

Ora, para compreender a referida importância atribuída, desde o início do processo de integração, à política da concorrência, bem assim como para responder à questão que atrás formulamos (o porquê da opção institucional adoptada nessa política), será também imprescindível observar-se o *contexto histórico-político* vivido na fase das negociações e da assinatura do Tratado de Paris de 1951.

Esse contexto fornecer-nos-á, assim, contributos explicativos incontornáveis para a importância conferida à política da concorrência e consequentes opções institucionais, a ela atinentes, desde a origem do processo de integração comunitária.

Os próprios objectivos e soluções normativas de *defesa da concorrência*, consagrados, em concreto, nos Tratados institutivos (desde logo, no Tratado de Paris de 1951) reflectirão, necessariamente, os imperativos decorrentes desse contexto.

Registe-se, ainda, que a análise desse contexto histórico-político permite-nos, também, considerar e aderir ao ponto de vista de comentadores como AKAMN, no que respeita à hipotética influência da visão ordoliberal: na realidade, pelo menos em relação ao impulso criador do processo de integração, não foram questões ideológicas ou de cosmovisão (filosófica) que determinaram a escolha do concreto modelo institucional para a Política da concorrência; a (eventual) influência do ordoliberalismo não parece ter sido a causa inspiradora e determinante (pelo menos, prioritariamente) do desenho

⁴⁹¹ PINAR AKMAN, *Searching for the Long-Lost Soul of Article 82EC*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 29, nº 2, Summer 2009, p. 267.

das primeiras regras comunitárias de *defesa da concorrência*, consagradas no Tratado de Paris de 1951. Existiram, pragmaticamente, razões de tática política que, de um modo determinante, directo e imediato, estiveram na base da consagração de tais regras e das conseqüentes opções seguidas, nomeadamente, sob o ponto de vista institucional.

3.2 – A génese da opção institucional comunitária, num contexto de ausência de tradição jusconcorrencial (europeia): Alta Autoridade CECA / Comissão Europeia.

112. Na Europa do pós-IIª Guerra Mundial, sobretudo em França e na Alemanha (que, em grande medida, polarizaram, entre si, o impulso genético do processo de integração), não existia, ao contrário do que sucedia nos Estados- Unidos, uma grande tradição em matéria de preocupações *antitrust*.

Uma eventual política da concorrência, com efeito, não seria objecto prioritário de debate, podendo-se, mesmo, dizer que o clima político dominante seria, na Europa daquele tempo, relativamente indiferente a preocupações concorrenciais. A vida política quotidiana não expressava uma sensibilidade e uma cultura concorrenciais, apesar de, no plano das elites (nomeadamente, intelectuais) – sobretudo, das alemãs, por via da influência do ordoliberalismo, mas também das elites francesas – o tópico em causa fosse conhecido, discutido e defendido, no contexto da construção de uma nova ordem económica.

Ora, para alguns comentadores, como, por exemplo, KARAGIANNIS, o clima geral (portanto, eminentemente popular) vivido na Europa do pós-guerra, seria mesmo *anti-laissez faire*⁴⁹².

A importância concedida à política da concorrência no processo de integração (logo com no Tratado de Paris de 1951) surge, assim, como algo de novo e relativamente pouco expectável, naquele panorama político e cultural europeu do fim da década de 1940 e princípio da década seguinte.

⁴⁹² YANNIS KARAGIANNIS, *ob. cit.*, p. 14.

113. Justifica-se, por conseguinte, uma breve incursão em alguns aspectos histórico-políticos que marcaram o período *pós-IIª Guerra Mundial*, quer em França, quer na Alemanha, para compreendermos a afirmação que atrás enunciamos: não existia, nessa época, na Europa (e, em especial, no quotidiano político vivido naqueles dois Estados) uma preocupação e uma cultura concorrenciais que tornassem, por si sós, expectáveis a introdução e a importância concedida à política da concorrência, no âmbito do processo de integração (logo desde os seus primeiros passos).

3.3 – O caso francês: o Tratado de Comércio Franco-Britânico de 1860 (uma primeira experiência de *integração económica/união aduaneira*).

114. Em França, a partir de 1860 e com Napoleão III, foi-se desenvolvendo uma forte tradição política intervencionista na economia - apesar de ter existido, menos de um século antes, a Revolução e de com ela ter emergido a proclamação da liberdade (consequentemente, também da liberdade económica, acabando-se com o regime corporativo do *Ancien Régime*).

É certo que, mesmo antes da Revolução, existiam manifestações jurisprudenciais e legislativas que poderiam ser entendidas como protectoras de uma ordem concorrencial e da liberdade mercantil. No período pós-Revolução, novas manifestações legislativas surgiram nesse sentido⁴⁹³. O facto é que, como referimos, a partir da segunda metade do século XIX, foi-se desenvolvendo e instituindo uma política de intervenção e de planificação que, curiosamente, teve como *leit motif*, em grande medida, o incremento da própria concorrência, designadamente, no plano internacional.

Na realidade, em França e desde o fim do século XVIII, o legado de SAINT-SIMON e de economistas seus discípulos, fazia com que o

⁴⁹³ Ver a nota de MANUEL COUCEIRO NOGUEIRA SERENS, *A Modernização da Concorrência e a (Re-)Emergência da marca*, Almedina, Coimbra, 2007, p. 12 e 13: referências ao *Decret d'Allarde* e à *Loi Chapelier* (ambos de 1791), precisando, contudo, o pouco rigor que uma afirmação genérica como "um regime de liberdade sucedia à organização corporativa do Ancien Régime" pode ter.

desenvolvimento da capacidade produtiva (nomeadamente, da capacidade produtiva industrial) fosse um objectivo de ordenação económica, relativamente pacífico⁴⁹⁴. Vozes influentes no panorama político e intelectual francês, como, por exemplo, Michel Chevalier⁴⁹⁵, propugnavam abertamente pelo incremento da produção industrial.

Essa corrente, sem dúvida, considerava fundamental a liberdade de empresa e afirmava que o livre-cambismo deveria ser a base de toda a política económica. Nesse contexto, surgiram, também, proposições no sentido da supressão dos impostos alfandegários, com o objectivo de se diminuïrem os preços dos produtos. Essa diminuição estimularia a concorrência com outros países e agentes económicos estrangeiros, acabando-se, por essa via, por desenvolver a produção e estimular o progresso técnico e o conseqüente crescimento económico⁴⁹⁶.

Num cenário em que a França e a Inglaterra (tradicionalmente adepta do livre-cambismo) eram as principais potências económicas mundiais e em que esta sensibilidade (aparentemente) favorável à concorrência florescia entre as elites intelectuais e os círculos próximos de Napoleão III e do seu governo (para além de ser essa, também, a perspectiva do próprio imperador), o que é que motivou as assinaladas faltas de tradição e de cultura concorrencial, visíveis, pelo menos em França, um século mais tarde, quando o processo de integração deu os seus primeiros passos institutivos?

Ora, regressando à década de 1860 e ao consulado de Napoleão III, podemos identificar duas tendências contraditórias que, contudo e em termos

⁴⁹⁴ Para SAINT-SIMON só a "sociedade industrial" poderia combater a crise económica.

⁴⁹⁵ Michel Chevalier que leccionava Economia Política no *Collège de France*, desde 1841, defendendo abertamente os ideais liberais e livre-cambistas. Morreu em 1880, depois de ter fundado uma sociedade de estudos para realização de um túnel sob o canal da Mancha, ligando a França e a Inglaterra e poucos meses antes de tal sociedade ter obtido a primeira concessão para a construção de tal túnel – que, contudo (e nos termos desse primeiro projecto), viria a ser abandonada.

⁴⁹⁶ PAUL LEGATTE, *Une Expérience de Marché Commun Franco-Britannique*, in *Politique Étrangère*, nº 6, vol. 19, 1953, p. 493, em particular, p. 495, mencionando a «Association pour la liberté de commerce», como defensora influente da abolição dos direitos aduaneiros.

de resultado final alcançado, convergiram ambas para o mesmo estado de coisas: pouca sensibilidade e cultura concorrenciais, notórias cerca de um século mais tarde (pós-IIª Guerra Mundial). Por um lado, as elites intelectuais e os círculos próximos do governo (mas não o “corpo legislativo” da nação), tentavam estimular a concorrência internacional da economia francesa, abrindo-a ao livre-cambismo, com o intuito de a modernizarem e fomentarem o seu desenvolvimento (até mesmo em competição com a outra potência económica mundial: o Reino-Unido); por outro lado, a denominada “sociedade civil” (utilizando uma expressão dos tempos actuais) temia, precisamente, essa mesma abertura e, tendo tais preocupações ressonância no poder legislativo, hostilizava abertamente todos os planos e programas políticos de incremento da concorrência internacional.

Como refere LEGATTE, a maioria dos artesãos, pequenos industriais e pequenos comerciantes, pensava que os seus interesses seriam melhor salvaguardados impedindo a propalada concorrência internacional e a abertura económica do que fomentando-a, não lhes interessando, por conseguinte, ocupar nenhum lugar no mercado internacional.

Os proprietários e os agricultores temiam a abolição dos direitos aduaneiros, precisamente, em virtude da previsível baixa dos preços dos produtos estrangeiros que tal abolição provocaria e do conseqüente incremento concorrencial externo com que, assim, seriam confrontados. A classe trabalhadora, por seu turno, preocupava-se com as conseqüências que a possível abertura do comércio e da indústria francesas à concorrência internacional, poderia ter ao nível do desemprego⁴⁹⁷.

Napoleão III, com o objectivo de estimular a concorrência e aumentar o desenvolvimento e a capacidade industrial francesa (note-se: com intuítos

⁴⁹⁷ Torna-se manifestamente interessante traçar um possível paralelismo entre este tipo de tensões e muitos dos debates e correntes de opinião que actualmente também se vão desenvolvendo em Portugal e na Europa comunitária, a propósito da emergência de novos actores concorrenciais, no âmbito da comunidade internacional e no contexto da Organização Mundial do Comércio (o caso dos denominados “BRIC” – Brasil, Rússia, Índia e China e, no âmbito dos mercados agrícolas, também alguns países em vias de desenvolvimento).

concorrenciais directos, relativamente ao Reino-Unido), desenvolveu vários programas de apoio (de *intervenção* e de *planificação*) em certos sectores considerados “sectores – chave” da actividade económica nacional, como, por exemplo, o sector dos transportes (marítimos, fluviais e o transporte ferroviário), bem assim como no domínio da banca e de certas indústrias então “tecnológicas” que requeriam economias de escala e grandes investimentos (consequentemente, requeriam, também, um esquema adequado de garantias do capital financiador).

Essa afirmação concorrencial internacional – em conformidade com os ideais livre-cambistas e com as ideias de abertura económica propugnadas pelas elites intelectuais, por vários economistas e pelos círculos ligados ao governo e a Napoleão III - era entendida como sendo estratégica, vital para os interesses nacionais franceses.

Desenvolveram-se, portanto, intervenções estatais com um objectivo final concorrencial que, contudo, não previram os seus próprios efeitos contraproducentes, em relação ao desenvolvimento dessa mesma ordem concorrencial que se almejava fomentar.

A hostilidade relativamente a estas teses pró-concorrenciais tinha, como se referiu, no poder legislativo, uma caixa de ressonância.

Surgiram, então, alguns actores políticos (por exemplo, C. Gouraud) que contrapunham a esses planos de abertura económica, a defesa de teses proteccionistas, em razão do “interesse nacional” e argumentando que a França não teria condições para se inserir na lógica da concorrência internacional, sem que tal desencadeasse grandes mudanças estruturais na sua própria economia e crises sociais⁴⁹⁸.

Ora, face a tal hostilidade que também era acolhida pelo poder parlamentar, os círculos ligados ao imperador Napoleão III e às elites

⁴⁹⁸ Segundo LEGATTE, « C. Gouraud se fit porte-parole de ces opinions (...) il fit valoir qu'une nation en retard ne serait jamais capable, sans bouleversements fondamentaux, de rivaliser avec les pays mieux équipés ou plus favorisés par la nature. Une telle nation est destinée à devenir économiquement vassale, avant de le devenir tôt ou tard politiquement ». PAUL LEGATTE, *ob.cit* (*Une Expérience de Marché Commun...*), p. 495.

defensoras do incremento concorrencial e da abertura económica, tentaram pôr em marcha as suas ideias, evitando, precisamente, tal oposição do “corpo legislativo” da nação.

É nesse contexto político e com esses intuitos que surge o Tratado de Comércio franco-britânico, celebrado em Janeiro de 1860 (projectando uma relação bilateral livre-cambista, em conformidade com as ideias defendidas pelas elites intelectuais e pelos círculos do governo).

O objectivo passava por avançar com o programa de abertura económica da França e de implementação dos ideais livre-cambistas, através de um acordo internacional, gerador de obrigações de política económica no sentido assinalado, para ambos os países – e isto, sem passar pelo referido “corpo legislativo” interno francês.

Para alguns autores, como LEGATTE, este Tratado assumiu-se, de facto, como uma primeira experiência (de resto, marcante e ousada, no seu contexto histórico) de Mercado Comum entre a França e o Reino-Unido⁴⁹⁹.

Ora, através do compromisso internacional assim assumido com o referido Tratado de comércio (livre), Napoleão III tentava alcançar os efeitos pretendidos para a economia francesa – efeitos esses que, desde logo, em virtude da oposição política interna, muito dificilmente se conseguiriam gerar e implementar pela via das reformas legislativas nacionais⁵⁰⁰.

⁴⁹⁹ PAUL LEGATTE, no artigo que temos vindo a citar e que foi escrito em 1953 – ou seja, pouco tempo após a assinatura do Tratado de Paris de 1951, instituindo a CECA - considerou este Tratado como uma primeira experiência de *mercado comum* (franco-britânico) e traçou algum paralelismo (na óptica do que, em 1953, se antevia poder vir a ser o “mercado-comum” europeu) com o processo de integração comunitário que dava, então, os primeiros passos. Sublinhamos: “Il y a environ un siècle, la France et l’Angleterre avaient décidé de pratiquer entre elles le libre-échange. Les arguments avancés en faveur de cette association étaient à peu de chose près identiques à ceux qui sont aujourd’hui donnés en faveur de l’intégration économique de l’Europe. Pourtant, les chances de réussite pouvaient paraître alors supérieures à celles de l’expérience qui se prépare en raison de la situation privilégiée qu’occupaient il y a un siècle le Royaume-Uni et la France, alors les deux premières puissances du monde ». PAUL LEGATTE, *ob. cit.* (*Une Expérience de Marché Commun...*), p. 493

⁵⁰⁰ Neste sentido, também PAUL LEGATTE, *ob. cit.*, (*Une expérience de marche commun...*) p. 495-496

O acordo franco-britânico em causa, com efeito, impunha à França a abolição, a partir de 1 de Outubro de 1861, de todas as medidas que proibissem ou afectassem (como quotas à importação) a circulação de mercadorias britânicas.

Além disso e no pressuposto de que deixariam de existir restrições, em França, à importação de tais mercadorias, o Tratado impunha, também, aos franceses, a obrigação de reduzirem os impostos que incidissem sobre tais mercadorias britânicas, para menos de 30% (relativamente à carga fiscal então existente) em dois anos e, ainda, para menos de 25%, em cinco anos.

O governo inglês, então liderado por Gladstone, pretendendo obter, de imediato, uma vantagem comercial para o Reino Unido, a fim de ver facilitada a ratificação do Tratado em causa pelo Parlamento britânico, conseguiu vincular a França à obrigação de diminuir, desde logo, os direitos aduaneiros relativamente ao carvão, ao ferro, ao aço, às maquinarias e ferramentas britânicas.

O Reino Unido, nos termos do Tratado em causa e de acordo com a sua política livre-cambista, comprometeu-se, por seu turno e relativamente a quase todos os produtos e mercadorias de origem francesa, a eliminar os direitos aduaneiros que praticava.

Na realidade, as taxas e encargos de efeito equivalente existentes, bem assim como as proibições e limitações quantitativas em relação às exportações, seriam, nos termos do referido acordo franco-britânico de Janeiro de 1861, praticamente abolidas por ambas as partes.

As ideias defendidas e projectadas pelo Tratado continuavam, no entanto, a ser muito impopulares, em França. Essa impopularidade levou os defensores do Tratado (que, como referimos, não se encontravam no poder legislativo, mas sim, maioritariamente, no poder executivo, em torno de Napoleão III) a tentarem, ainda mais rápida e veementemente, alcançar as vantagens que acreditavam advir da abertura e concorrência económicas internacionais, proporcionadas pelas relações bilaterais abertas e livre-cambistas, instituídas através desse acordo franco-britânico.

Digamos que, encurralados na impopularidade do Tratado, os círculos do poder que o tinham promovido, viam-se constrangidos, também por razões políticas internas, a antecipar a produção dos seus projectados efeitos e a adoptar medidas populares que pudessem reverter essa tendência de oposição política à concorrência e ao livre-cambismo (que aquele Tratado representava). Por exemplo, foi criado um fundo de quarenta milhões de francos destinado a auxiliar os lesados pela diminuição ou eliminação dos direitos aduaneiros que, contudo, se revelou insuficiente.

Com o fim do império, a República acabou, a partir de 1871, por modificar a política económica livre-cambista que tinha sido promovida por Napoleão III, através do Tratado em causa, começando, desde logo, por reintroduzir os impostos aduaneiros.

115. Os efeitos desta experiência de “mercado comum” franco-britânico⁵⁰¹ (que durou cerca de uma década) são diversos e difíceis de teorizar. Sob o ponto de vista político, existe um relativo consenso relativamente aos efeitos positivos do Tratado: desencadeou-se um sentimento favorável à França, no Reino-Unido (e dissuasor de uma possível guerra). No entanto, sob o ponto de vista económico e, nomeadamente, sob o prisma francês, as opiniões não são muito conclusivas.

Poderemos, com propriedade, afirmar que a contestação desenvolvida popularmente e pelas corporações comerciais e industriais à política de Napoleão III (em particular, ao Tratado), bem assim como as medidas de “minimização” de tal contestação, adoptadas pelo governo (como o mencionado fundo de auxílio aos agentes económicos lesados pela supressão ou de diminuição de direitos aduaneiros), foram factores que acabaram por contribuir para o *não desenvolvimento* de uma cultura concorrencial, em França.

Além disso, se bem que movidos por objectivos de promoção da capacidade concorrencial da indústria francesa, os programas de apoio ao desenvolvimento de certos sectores vitais da economia, pensados e

⁵⁰¹ Em termos rigorosos e atendendo às fases preconizadas pela teoria da integração, tratava-se de uma *União Aduaneira* (sob o ponto de vista *material* ou dos efeitos de facto produzidos).

implementados ainda previamente à assinatura do Tratado franco-britânico de 1860, acabaram por criar uma *natural aceitação do intervencionismo do Estado na economia* que contribuiu, também, para a desvalorização da defesa e da promoção da concorrência, enquanto prioridades políticas.

Julgamos digna de registo e de transcrição – sobretudo, para uma avaliação à luz da experiência de integração europeia já percorrida até hoje – as conclusões finais de PAUL LEGATTE, formuladas em 1953 nos primórdios do processo europeu comunitário que dava os primeiros passos:

“Ces événements historiques comportent peut-être un enseignement toujours valable qui pourrait être ainsi formulé: une intégration, même limitée au domaine économique, doit procurer de grands avantages immédiats aux parties liées. Le sentiment commun du bénéfice doit être particulièrement sensible durant les premières décades de l’Union. L’attrait d’améliorations lointaines ne saurait y suppléer⁵⁰²».

3.4 – O caso alemão. A importância do carvão do Ruhr e o *Verbundwirtschaft*

116. A situação da Alemanha do *pós-IIª Guerra Mundial*, tal como a francesa, não era caracterizada por grandes preocupações de promoção e de *defesa da concorrência*⁵⁰³. A ausência ou, pelo menos, a desvalorização de tal tipo de preocupações, notava-se visivelmente (pelo menos) desde a Unificação Alemã, conduzida por Bismark (1870-1871).

⁵⁰² PAUL LEGATTE, *ob. cit.* (*Une expérience de marche commun...*) p. 500.

⁵⁰³ Atentamos, doravante, unicamente, no caso das partes do território alemão que originaram a República Federal da Alemanha, ou seja, não consideramos, aqui, o leste desse território, entregue à ocupação da União Soviética (que criou novos Estados Alemães – a saber, Mecklemburgo, Saxónia, Turíngia e Brandeburgo - integrantes da futura República Democrática Alemã). Por razões históricas e também decorrentes do próprio modelo de sistema económico, implementado nessa parte leste do território alemão (na ex-RDA - República Democrática Alemã), a análise da política da concorrência (bem assim como a sua importância no contexto da integração europeia) não se enraízam, naturalmente, nas respectivas vicissitudes histórico-políticas desse território.

Na realidade, o governo de Bismark acabou por romper a aliança parlamentar que mantinha com os liberais e que havia sido determinante para o sucesso da Unificação, abandonando, também, o compromisso político de manutenção do livre-cambismo como princípio fundamental da sua política económica.

Assim, em 1879, Bismark introduziu um sistema de tarifas crescentes sobre os cereais que protegia esses produtos agrícolas da concorrência internacional, correspondendo às expectativas (e exigências políticas) dos grandes proprietários (*junkers*) do leste e dos democratas-cristãos – forças estas que o apoiaram, após o termo da aliança com os liberais.

Note-se que esse sistema proteccionista de tarifas crescentes, foi, subsequentemente, utilizado para a protecção dos produtos manufacturados pela grande indústria siderúrgica nacional que, entretanto, no decurso da segunda metade do século XIX, despontou como sendo um sector fundamental da economia alemã. De resto, sob a égide de Bismark, formou-se uma coligação ou convergência de interesses entre os *junkers* e a referida indústria siderúrgica, uma “aliança centeio e ferro” (*rye and iron*)⁵⁰⁴.

Ora, a indústria pesada siderúrgica alemã, em virtude de uma política fortemente proteccionista – de que o referido tarifário de Bismark foi um exemplo relevante – acabou por se desenvolver através de um processo de cartelização e de concentração.

As indústrias do carvão (sobretudo, do Ruhr) e do aço - também, naturalmente, ligadas à siderurgia - estruturaram o seu desenvolvimento de igual forma (ou seja, através de processos de constituição de carteis e de concentrações).

Este sector da economia alemã (o carvão e o aço) acabou por ganhar uma posição de enorme relevo no próprio mercado internacional que só perdeu após 1945. A sua forma de organização e de desenvolvimento - caracterizada, como se referiu, por uma lógica de concentração e de cartelização – serviu,

⁵⁰⁴ A expressão é referida e utilizada, pelo menos, por ALEXANDER GERSCHENKRON – *Bread and Democracy in Germany*, Cornell University Press, Ithaca, New York, 1989 (reimpressão da 2ª edição de 1966).

entretanto, de modelo para inúmeros cartéis, noutros sectores da indústria alemã. De resto, no fim do século XIX, os industriais alemães tinham criado e desenvolvido o primeiro sistema integrado, à escala nacional e com grande dimensão internacional, da indústria pesada: o *Verbundwirtschaft*.

Em termos lineares, o referido *Verbundwirtschaft* caracterizava-se pelo facto de a produção do aço suportar-se no ferro da Lorena e no carvão do Ruhr, de modo que a referida indústria alemã conseguiu ser auto-suficiente, suplantando muito rapidamente, em termos mundiais, os seus principais concorrentes - nomeadamente, os franceses.

Em 1940 e já em guerra, a Alemanha era responsável pela produção de cerca de 30% do carvão que, à escala mundial, era utilizado⁵⁰⁵, ao passo que a respectiva produção francesa satisfazia, apenas, 2,9%⁵⁰⁶ dessa utilização.

117. A economia alemã, desde Bismark, foi-se, portanto, desenvolvendo com base em acordos, cartéis e processos de concentração⁵⁰⁷ que criaram um clima político pouco propício à implementação e desenvolvimentos de políticas concorrenciais – e isto, apesar de manifestações legislativas pontuais de sentido anti-concentracionista. Por exemplo, no contexto da recessão de 1922-1923, a excessiva concentração do poder económico foi, também, um factor de preocupação. Temia-se que tais concentrações facilitassem ou pudessem mesmo desencadear uma inflação excessiva. Existiram algumas pressões no sentido da limitação de tais concentrações, como aquelas que foram assumidas pelos comerciantes retalhistas, organizados no *Reichsverband Deutscher Konsumerverein*. Estes agentes económicos reclamavam a existência de legislação que os protegesse contra os abusos dos cartéis e dos *trusts* e tal reclamação acabou por dar corpo, em Novembro de 1923, a uma Lei contra o abuso de poder económico e a um sistema de controlo de preços abusivos.

⁵⁰⁵ Naturalmente, a indústria de guerra alemã era a principal utilizadora.

⁵⁰⁶ Dados referidos por YANNIS KARAGIANNIS, *ob. cit.* (*Why The EU Does Not...*), p. 17.

⁵⁰⁷ Sobretudo, de forma integrada e a partir da siderurgia pesada e do sector do carvão e do aço – o referido *Verbundwirtschaft*.

A cartelização da economia alemã (assente na sua indústria), quando analisada com mais profundidade e pormenor, revela, também, alguns pontos de reflexão interessantes, confirmativos da relativa *estranheza cultural* que uma política da concorrência significava neste contexto teutónico (que, contudo, poderemos estender ao contexto europeu, ressaltando um ou outro aspecto específico, mais característico da realidade histórica e sociológica germânica⁵⁰⁸).

NOGUEIRA SERENS descreve e reflecte sobre tal processo⁵⁰⁹, sistematizando-o, em relação ao período anterior à Iª Guerra Mundial, em três fases: a fase da "solidariedade liberal", antecedendo a Grande Depressão⁵¹⁰; a fase da "consolidação dos cartéis" que teve início com a Grande Depressão e se prolongou até meados da década de 1890⁵¹¹ e a fase dos "cartéis como

⁵⁰⁸ Um desses aspectos mais especificamente germânico poderá ser, como refere NOGUEIRA SERENS, o apurado espírito associativo do povo alemão. Passamos a reproduzir: "Na verdade, sendo *livres de concorrer*, os empresários (os empresários teutónicos, no caso) rapidamente *preferiram não concorrer livremente* – e, como já atrás dissemos, é bem mais difícil *obrigar* os homens a serem livres do que obrigá-los a serem *não – livres, maxime* quando a *não-liberdade lhes aproveita economicamente mais do que a liberdade...* - manifestando essa vontade através da constituição de sindicatos industriais ou, usando já a terminologia alemã, através da constituição de *cartéis* (e não só)". – MANUEL COUCEIRO NOGUEIRA SERENS, *ob. cit. (A Monopolização da Concorrência...)*, p. 117-118.

⁵⁰⁹ Para um desenvolvimento desta problemática (dos antecedentes históricos que contribuíram para o clima de relativa indiferença e ausência de tradição, no que respeitava a uma política da concorrência, nos primórdios do processo de integração) reportada à Alemanha, remetemos, portanto, para o elucidativo e pormenorizado texto de MANUEL COUCEIRO NOGUEIRA SERENS, *ob. cit. (A Monopolização da Concorrência...)*, p. 117- 308.

⁵¹⁰ Nesta primeira fase, os cartéis apresentavam-se como agrupamentos/coligações (*Zusammenschlusse*), normalmente de base regional e integrando empresários do mesmo sector. A respectiva adesão fazia-se sem qualquer pressão económica.

⁵¹¹ NOGUEIRA SERENS refere, em termos genéricos, esta segunda fase como sendo aquela em que os cartéis se apresentam como "filhos da necessidade". Nesta segunda fase "de consolidação dos cartéis, estes passaram a apresentar formas mais sofisticadas de organização jurídico-económica – aos "acordos de cavalheiros", que se inspiravam (...) numa ideia elitista (de honorabilidade e mesmo de *casta*), sucederam-se verdadeiros contratos, muitas vezes de *sociedade* (civil ou comercial) ". NOGUEIRA SERENS refere, ainda, um outro aspecto característico desta fase de *cartelização* que confirma a ausência de um *clima* propício ao desenvolvimento (*gestação*, neste período) de uma verdadeira política e cultura concorrenciais:

monopólios colectivos”, correspondente às duas décadas imediatamente anteriores à Iª Guerra Mundial e que terá sido, em certa medida, marcada por algumas decisões judiciais que confirmaram a *licitude* dos carteis existentes⁵¹²

3.5 – O “pós - IIª Grande Guerra” e as relações no eixo “franco-alemão”. A Autoridade Internacional do Ruhr.

118. Importa, agora e tendo presente os antecedentes históricos, políticos e económicos topicamente referidos, centrarmo-nos, novamente, no período *pós-1945*.

Ora, relativamente ao caso alemão, dois aspectos marcaram todo esse período de reconstrução “pós-guerra”, correspondente à fase de gestação ou de desenvolvimento da ideia de integração:

Assim, em primeiro lugar, os grandes objectivos (e simultaneamente as grandes preocupações políticas) da sociedade alemã passavam por reaver a sua própria soberania integral, bem assim como concretizar uma rápida reconstrução nacional, com dignidade e em condições de igualdade com a reconstrução das restantes zonas e Estados da Europa, dilacerados pela guerra.

Um segundo aspecto a considerar, diz respeito ao facto de o poder político alemão, nesse período imediatamente subsequente ao fim da guerra, residir (ou, em rigor, repartir-se) por quatro governos “quase-soberanos” e relativamente autónomos entre si. Esses governos deveriam, inicialmente e em conformidade com o que tinha sido planeado pelos Aliados, coordenar as suas políticas através do denominado “Conselho de Controle⁵¹³”.

“Por outro lado, foi também nesta fase – e, mais concretamente, nos começos da década de oitenta – que a *imagem social* dos carteis se alterou. A uma atitude geral de indiferença, seguiu-se uma onda de generalizada simpatia, quer da doutrina (económica e jurídica), quer da jurisprudência, em relação a essas auto-organizações empresariais”. - MANUEL COUCEIRO NOGUEIRA SERENS, *idem*, p. 119-120.

⁵¹² *Idem*, p. 124 – 130.

⁵¹³ Recorde-se que os Aliados e o respectivo “Conselho de Controle dos Aliados”, formado pelos Estados- Unidos, pela França, Inglaterra e União Soviética, tinham criado as zonas de ocupação dos territórios da Alemanha e da Áustria, de acordo com as posições ocupadas pelos respectivos exércitos no fim da guerra. O território alemão acabou, assim, por ser dividido em

O efeito conjugado desses dois aspectos marcantes do período do “pós-guerra” alemão, dificultava o exercício do poder político (que estava fragmentado) e, principalmente, o seu exercício coordenado entre as próprias forças alemãs e os vários Aliados (através do mencionado Conselho).

A vontade política e os interesses dos Aliados entravam, por vezes, em divergência com as posições alemãs, sendo a tentativa de desconcentração e de descartelização da economia germânica, por parte daqueles, um exemplo desses pontos de fricção (ou, pelo menos, de reserva dos governantes alemães, relativamente às posições manifestadas pelos Aliados).

Essa vontade/programa dos Aliados – importante, na perspectiva destes, não só para, definitivamente, se desarticular o que restava da indústria militar, como para impedir o ressurgimento de futuras concentrações industriais que suportassem essa mesma indústria e o rearmamento - era, efectivamente, entendido com reservas, do lado das elites e dos dirigentes políticos alemães, em razão de vários factores. Para além da pouca sensibilidade concorrencial existente (retornamos, novamente, à tradição de cartelização e de concentração da economia que se foi desenvolvendo a partir de Bismark – apesar da influência da cosmovisão ordoliberal, sentida, sobretudo, nos meios intelectuais⁵¹⁴), existia, também, o receio de desmantelamento de sectores

quatro zonas de ocupação: o leste, entregue à União Soviética; o noroeste, sob ocupação inglesa; o sudoeste, entregue a França e o sul, sob ocupação norte-americana, sendo Berlim, a capital, compartilhada pelas quatro potências Aliadas.

⁵¹⁴ Algumas notas sobre a actividade político-partidária alemã, neste panorama do pós-IIª Guerra Mundial, fazem sobressair a pouca influência *operativa* e pragmática (sob o ponto de vista da acção política), do ordoliberalismo.

Depois de 1945, as duas principais organizações partidárias alemãs eram os Sociais-Democratas e os Democratas-Cristãos. Nenhuma dessas forças políticas defendia (pelo menos, expressamente) a implementação de uma política da concorrência, sendo certo, contudo, que muitos ordoliberais e seguidores da Escola de Friburgo apoiavam e estavam inseridos no partido Democrata-Cristão. De resto, em 1945, essa presença ordoliberal no partido Democrata-Cristão não o impediu de propor a nacionalização da propriedade dos recursos naturais e dos monopólios industriais, tidos como estratégicos para a economia alemã, bem assim como manifestar-se contra a lógica das grandes empresas capitalistas, funcionando em economias de

importantes da economia alemã e que poderiam ser decisivos (dadas as suas dimensões económicas e sociais) para o sucesso da própria reconstrução. Tal era, por exemplo, o receio, relativamente à indústria (do carvão) do Ruhr que a França (que sofreu e sofria com a sua concorrência) não desistia de tentar controlar.

Dito de outro modo, na perspectiva alemã – apesar do respectivo poder negocial ser, circunstancialmente, inexistente – temiam-se os efeitos de certas medidas e programas dos Aliados (como, precisamente, o programa de descartelização e desconcentração da economia), não só por ausência de sensibilidade para as virtudes hipotéticas das *políticas* neles implícitas (no caso, a política da concorrência), como e principalmente, por se vislumbrarem *interesses externos* (económicos e políticos) na base de tais programas e medidas.

119. Observemos, agora, alguns aspectos marcantes das relações entre a França e a Alemanha, no pós-IIª Guerra Mundial.

Na realidade, o “eixo franco-alemão” acabou por estar na base do impulso inicial da integração (de resto, tem-se mantido ao longo da história das Comunidades/União, como um “eixo” incontornável da política europeia e,

escala. Em 1947, o partido Democrata-Cristão aderiu mesmo a certas teses e programas anti-liberais e anti-capitalistas (consonantes com algumas ideias da Igreja Católica), defendendo uma *nova ordem baseada na propriedade pública*. Essa nova ordem proposta pelos Democratas-Cristãos previa, também, algumas medidas que poderiam ser entendidas como favoráveis ou reflectoras de uma lógica concorrencial, como, por exemplo, *o fim dos cartéis* existentes nas indústrias do carvão, do ferro e do aço - se bem que tal descartelização surgisse inserida num leque mais amplo (e contraditório, (numa óptica liberal e capitalista), de medidas, tais como, por exemplo, a socialização das referidas indústrias. No entanto, essas medidas *casualmente* coincidentes com a defesa de uma lógica concorrencial, seriam motivadas não tanto por preocupações relativas à possível implementação de uma política da concorrência (que não existia, nem se debatia), nem por influência de um ideário ou de uma tradição ordoliberal, mas sim por adesão a certas teses defendidas pela Igreja Católica. Ver, YANNIS KARAGIANNIS, *ob. cit.*, p. 18.

portanto, como sendo um dos “motores” - senão mesmo, como o “motor” - da integração comunitária).

Ora, não nos detendo, por agora, no facto consabido de, historicamente, as relações entre a França e a Alemanha, antes de 1949, nunca terem sido propriamente harmoniosas, sublinhamos, de imediato, a existência de dois factores que, necessariamente, influenciaram as relações franco-germânicas, no período “pós - IIª Guerra Mundial”.

Assim, por um lado e em primeiro lugar, a França era uma potência militar ocupante de parte do território alemão e, em virtude desse estatuto (sempre impopular aos olhos da população ocupada, quaisquer que sejam as circunstâncias de tal ocupação), integrava a *International Ruhr Authority* - que, como referimos anteriormente⁵¹⁵, pretendeu ser uma agência de regulação, no “pós - IIª Guerra Mundial”, das indústrias do carvão e do aço da região alemã do Ruhr, bem assim como da exportação de tais produtos.

A assinatura do Acordo de criação da referida *Autoridade Internacional para o Ruhr* ocorreu, entre os Aliados, em 28 de Abril de 1949, em Londres⁵¹⁶ e inseriu-se no plano de controlo daqueles sectores industriais, sobretudo com o objectivo afirmado de impedir a reconstrução de uma nova indústria de guerra alemã. Aliás, como dissemos já, antecedendo a eclosão da *IIª – Guerra Mundial*, a Alemanha pôde desenvolver tal indústria de guerra, na medida em que, desde logo, era auto-suficiente em relação às respectivas matérias-primas de base, dispondo do carvão do Ruhr e do ferro da Lorena.

A participação activa da França nessa Autoridade Internacional e, conseqüentemente, a sua influência na determinação do rumo daquelas indústrias germânicas, suscitaram, desde logo, às elites e aos membros dos governos dos Estados alemães ocupados, muitas reservas e desconfiança.

A França – concorrente tradicional da Alemanha, nos mercados internacionais (nomeadamente, no período entre as duas Grandes Guerras) e

⁵¹⁵ Ver, *supra*, no presente Capítulo 3º, nº 110.

⁵¹⁶ Ver nota explicativa e antecedente sobre a *International Ruhr Authority*, suscitada, no texto, a propósito da opção comunitária de entregar a supervisão e o controle da aplicação da política da concorrência à Comissão Europeia.

com um interesse económico-concorrencial directo, relativamente ao carvão do Ruhr – tinha, por via do seu referido estatuto de Aliado e da consequente participação (de resto, muito activa e empenhada) naquela Autoridade, a possibilidade de influenciar e mesmo controlar a política alemã e a sua reconstrução.

No fundo, na óptica germânica, a presença da França naquela Autoridade, assim como o seu activismo no respectivo funcionamento, suscitavam o mesmo tipo de preocupação que sentiria um criador de galinhas se, porventura, fosse colocada uma raposa de guarda ao seu galinheiro (e, ainda para mais, dentro dele).

Em segundo lugar, notou-se, também, um outro factor que marcou tais relações franco-germânicas, no “pós – IIª Guerra Mundial” (e, ainda, relacionado com o que expusemos nos parágrafos precedentes): como já salientamos, nem a Alemanha, nem a França eram, tradicional e historicamente, adeptas e praticantes de políticas antitrust. A história recente de ambas revelava que não existia no referido “eixo franco-germânico” uma tendência política que propugnasse, por princípio, pelo fim dos cartéis e das concentrações económicas. De resto, os únicos casos de cooperação económica bem sucedida entre os dois Estados em causa, antecedentes à Grande Guerra de 1939-1945, envolviam, precisamente, experiências em cartéis internacionais⁵¹⁷.

Ora, a França, no âmbito da *Autoridade Internacional do Ruhr* era, conjuntamente com os Estados- Unidos, a mais fervorosa adepta do desmantelamento dos cartéis que serviam de suporte à organização da indústria alemã. Com efeito, a França defendia uma aplicação urgente das medidas *antitrust* de desconcentração económica, resultantes da conferência do Quebeque de Setembro de 1944, relativamente aos sectores do carvão, do aço e, também, ao sector químico.

Estas posições francesas, particularmente alinhadas com os Estados- Unidos relativamente a medidas que significavam o enveredar pela defesa de uma (nova, em termos europeus) política da concorrência, reforçavam, nos

⁵¹⁷ YANNIS KARAGIANNIS, *ob. cit.*, p. 19

alemães, a convicção de que a *Autoridade Internacional* mencionada e à qual se deveria sujeitar a política industrial da Alemanha, servia de instrumento à prossecução de interesses estratégicos franceses (incompatíveis com os interesses alemães).

Ressurgia, assim, novamente, a histórica fricção entre França e Alemanha, agora, no contexto da reconstrução “pós - IIª Grande Guerra”.

No imaginário colectivo (e político) alemão, as reminiscências traumáticas do Tratado de Versalhes de 1919 e da nova ordem que este, então, pretendeu criar, após a *Iª Grande – Guerra*, avivavam-se, dificultando os entendimentos políticos com os Aliados - sobretudo, a partir do momento em que foi nomeado o primeiro governo da República Federal Alemã, liderado pelo democrata-cristão Konrad Adenauer (15 de Setembro de 1949).

120. Os factores marcantes do relacionamento entre a França e a Alemanha, no “pós-IIª Grande Guerra”, as movimentações tático-políticas daquela (com intuítos de manutenção de um controle firme sobre a capacidade industrial alemã) na *Autoridade Internacional do Ruhr* (de que a França foi defensora empenhada), a aproximação francesa, naquela Autoridade e no Conselho dos Aliados, às posições *antitrust* de desconcentração da indústria alemã, defendidas pelos Estados- Unidos, tiveram, desde logo, um resultado: pela primeira vez, no espaço europeu, começaram a ser criadas as bases de uma política da concorrência (se bem que, na perspectiva histórica exposta anteriormente, apenas de uma forma instrumental e tática).

As fricções (de resto e até então, tradicionais) do relacionamento no “eixo franco-alemão⁵¹⁸” e a circunstancial convergência de posições entre os Estados- Unidos e a França, geraram a política europeia da concorrência – cuja paternidade, assim e de acordo com o quadro político exposto, deverá ser atribuída àqueles dois Aliados⁵¹⁹.

⁵¹⁸ Numa outra perspectiva e se quisermos ser mais específicos, impressivos e sintéticos, poderemos simplesmente dizer, *o carvão*.

⁵¹⁹ “All Allied antitrust instruments had been strongly supported by France. Clearly, she (France) and U.S. were creating the first ever European competition policy. *And they were doing so in*

3.6 – O Tratado de Paris (CECA) e o impulso criador da Política da concorrência comunitária.

121. O jogo de interesses entre a França, a Alemanha e os Estados- Unidos, reflectido na dinâmica do relacionamento político existente entre esses Estados, durante o “pós-IIª Guerra Mundial”, explica-nos não apenas a motivação impulsionadora da criação de uma política da concorrência europeia, mas também, em parte, a opção pelo modelo institucional concreto, adoptado para aquela política, logo desde o início do processo de integração (ou seja, no Tratado de Paris de 1951).

Além disso, a compreensão de tal jogo de interesses como sendo o elemento motivacional para a criação de tal política, faz, também, sobressair a conclusão de que não existia nenhuma “filosofia concorrencial de base”, nenhuma opção ideológica prioritária que tivesse fundamentado e desencadeado a criação da política em causa.

Na realidade, como já referimos anteriormente, quer a introdução, na Europa, de uma política da concorrência *em si mesma considerada*, quer a importância que, desde os primórdios, foi atribuída a tal política, não seriam muito *expectáveis*, nem compreensíveis, atendendo à (quase) ausência histórica, política e filosófica de preocupações concorrenciais.

Mas, em concreto, este tipo de explicação (digamos, *historicista*), centrada nas circunstâncias e nos interesses políticos marcantes do período do “pós – IIª Guerra Mundial” europeu (simultaneamente, o período da concepção e do impulso inicial da construção comunitária), ajudar-nos-á, também, a compreender as opções institucionais concretas, adoptadas relativamente à política da concorrência?

A solução consagrada nos artigos 65º e 66º do Tratado de Paris de 1951, terá resultado, também, da afirmação, no decurso das negociações

Germany, against the German will”. YANNIS KARAGIANNIS, *ob. cit.*, p. 19. (o sublinhado é da nossa responsabilidade).

daquele Tratado, de uma qualquer preferência prévia e específica dos Estados contratantes (nomeadamente, da França)?

Essa solução, recorde-se, passou pela atribuição à Alta Autoridade (artigos 9º a 18º do Tratado CECA)⁵²⁰, de competências exclusivas de aplicação das regras de concorrência e, também, de definição e de aplicação da respectiva política - e isto, em virtude dos poderes amplos que as mencionadas normas (especialmente, os artigos 65º e 66º do Tratado CECA), depositavam nessa Alta Autoridade.

⁵²⁰ A Alta Autoridade – ulteriormente, Comissão Europeia - assumia-se, nos termos dos referidos artigos 9º a 18º do Tratado CECA, como uma Instituição executiva e, como sublinhamos, *colegial* e independente face aos governos nacionais, tendo por missão assegurar a realização dos objectivos fixados no Tratado e agir no interesse geral da Comunidade. Integrava originariamente nove membros (não podendo o número de membros com nacionalidade de um mesmo Estado ser superior a dois) designados por seis anos. Pretendia ser uma Instituição supranacional, dotada de poder de decisão. A Alta Autoridade tomava decisões, formulava recomendações e emitia pareceres. Era assistida por um Comité Consultivo composto por representantes dos produtores de carvão e de aço, dos respectivos trabalhadores, dos utilizadores e dos comerciantes. Com o Tratado de Bruxelas de 1965 (designado por “Tratado de Fusão”), introduziu-se, na estrutura institucional unificada das (então) três Comunidades, a Comissão Europeia que assumiu o desenho institucional, as atribuições e os poderes das antecedentes Comissão CEEA e CEE, bem assim como da Alta Autoridade CECA.

Em síntese, a solução de princípio escolhida para a política da concorrência, no início do processo de integração e sob o ponto de vista *institucional*, é aquela que vai permanecendo na actualidade. De igual modo, nas linhas orientadoras essenciais dos artigos 65º e 66º daquele Tratado CECA, foram aproveitadas nos Tratados constitutivos subsequentes, estruturando, ainda e em grande medida, principalmente, a regra do actual artigo 81º do Tratado CE. Note-se: fazemos esta parcial correspondência entre aqueles normativos da concorrência do Tratado CECA de 1951 e as actuais regras comunitárias de *defesa da concorrência*, pese embora as especificidades decorrentes do âmbito sectorial da CECA e ainda, salvaguardando o facto de o Tratado de Paris de 1951 (CECA) não se referir expressamente aos “abusos de posição dominante”, mas sim, nos termos do respectivo artigo 66º, às acções que tenham “por efeito directo ou indirecto uma concentração entre empresas”. Não transcrevemos aqui os normativos mencionados do Tratado CECA que poderão ser consultados (na versão inicial daquele Tratado, antes de consolidada com os Tratados subsequentes e trabalhada pelo *CIEJD – Centro de Informação Europeia Jacques Dèlors*), na *Internet*, em: http://infoeuropa.euroid.pt/opac/?func=find-acc&acc_sequence=000082671 .

Ora, regressemos às movimentações políticas na Europa do “pós-IIª Guerra Mundial”, centrando-nos mais especificamente nessas movimentações ocorridas a partir de 1949.

Um dos primeiros actos do governo nomeado para a República Federal Alemã (chefiado por Konrad Adenauer), ainda no decurso daquele ano de 1949⁵²¹, foi a exigência do fim do desmantelamento da organização das indústrias do carvão e do aço - ou seja, o termo do processo de desconcentração e de descartelização dessas indústrias alemãs que era advogado (e promovido) pelos Aliados, sobretudo (e empenhadamente), pela França.

Além disso, Adenauer e o seu governo recusaram-se a participar na *Autoridade Internacional do Ruhr* (participação essa, prevista a partir do momento em que existisse um governo da República Federal Alemã – como já era o caso), enquanto tal programa de desconcentração e de descartelização não parasse, exigindo, também, que as indústrias (do carvão) francesa e dos países do Benelux, ficassem sujeitas à supervisão daquela Autoridade Internacional.

Na realidade, a Autoridade (e a influência que os Aliados – em especial, a França - detinham, através dela, na indústria e, conseqüentemente, também na política alemãs) e a anexação francesa do Sarre, eram, na perspectiva germânica, duas questões em aberto e dois focos de tensão (permanente e crescente) entre os Aliados e o governo de Adenauer. Este, de resto, exercia a propósito destas questões problemáticas, uma pressão (no sentido das suas pretensões) cada vez mais forte junto dos Estados- Unidos, utilizando o argumento da “ameaça soviética” e, nessa linha, reclamando, também, uma plena e rápida integração soberana da Alemanha na comunidade internacional – desde logo, no concerto político europeu ocidental.

Em Novembro desse ano de 1949, com efeito, o programa de descartelização e de desconcentração da indústria alemã acabou por parar e a República Federal Alemã passou a integrar a *Autoridade Internacional do Ruhr*.

⁵²¹ Recorde-se que tal governo foi nomeado em Setembro de 1949.

Tal sucedeu na sequência da assinatura, entre a República Federal Alemã e os Aliados, em 22 de Novembro de 1949, do Acordo de Petersberg.

O mês de Novembro de 1949, culminando, portanto, com a assinatura desse Acordo, representa o início de um novo cenário nas relações políticas (tensas) que se viviam na Europa do fim da década de 1940, correspondendo a um certo esvaziamento da pressão conflitual então vivida e polarizada entre a Alemanha e os Aliados, sobretudo, a França.

Note-se que a assinatura do Acordo pelo governo de Adenauer não foi pacífica, no interior da República Federal Alemã. O presidente do Partido Social Democrata, Kurt Schumacher, criticou Adenauer e os Democratas-Cristãos, por assinarem tal Acordo com os Aliados, aderindo, dessa forma, à Autoridade Internacional do Ruhr e, implicitamente, legitimando-a.

No entanto, para Adenauer e para o seu governo, esse ponto objecto de crítica por parte dos Sociais-Democratas, era um “mal menor”, perante aquilo que, no fundo e através do Acordo de Petersberg, a República Federal Alemã tinha conseguido: o início da sua plena “integração” nessa “comunidade europeia” política ocidental.

Além disso, o Acordo implicou, também, o abandono do programa de desconcentração e de descartelização da economia alemã e de desmantelamento de unidades produtivas industriais que tal programa, por vezes, implicava⁵²², assim como abriu, novamente, a possibilidade de a Alemanha (República Federal Alemã) ter representações diplomáticas no exterior.

Mas, na perspectiva da política da concorrência (ou, se quisermos, das suas *raízes*, na Europa) o Acordo de Petersberg, teve, também, implicações: ele incluiu o compromisso, assumido pela República Federal Alemã, de adoptar medidas legislativas apropriadas de combate aos cartéis e aos *trusts*.

A Alemanha, apesar de, por um lado, poder manter a sua (então ainda existente) organização industrial fortemente concentrada e anti-concorrencial,

⁵²² Tal desmantelamento era, também, justificado não só pelo programa de desconcentração, mas também como uma forma de os Aliados se irem fazendo pagar das *compensações de guerra* às quais a Alemanha estava obrigada.

comprometia-se, por outro lado, a implementar uma política de *defesa da concorrência*, acompanhando as suas políticas económicas em desenvolvimento.

Curiosamente, na perspectiva norte-americana, tal compromisso foi saudado como sendo uma adesão dos alemães às virtudes do mercado livre e da concorrência (de resto, tinham existido várias acções e campanhas de sensibilização dos dirigentes alemães, promovidas pelos Estados-Unidos) e, na óptica francesa, ao invés, foi tido como uma declaração de vontade política pouco credível, nomeadamente, face à realidade histórica e económica germânica.

122. Alguns aspectos do próprio processo de desenvolvimento e de negociação da proposta de Jean Monnet e de Robert Schumam, reflectem, também, as vicissitudes políticas e os jogos de composição dos interesses nacionais que marcaram a Europa do “pós-IIª Guerra Mundial” e a fase da sua reconstrução.

Importa recordar que a génese do processo de construção comunitária surgiu como uma resposta à necessidade de se “normalizarem”, no centro da Europa em reconstrução, as relações políticas entre os Aliados e a então República Federal Alemã.

Essa normalização – cujo percurso, de certa forma, começou a ser aplainado, no fim de 1949, com a assinatura do Acordo de Petersberg – implicava uma nova fórmula de composição dos interesses nacionais que evitasse os erros de outras “novas ordens” ensaiadas no passado (*v.g.*, a ordem de Versalhes e o “pós – Iª Guerra Mundial”).

Até certo ponto, poderemos, hoje em dia, intuir o que grande parte das elites políticas e intelectuais do início da segunda metade do século XX, sentiam como sendo a principal lição da História do continente europeu: a necessidade premente de não serem refeitos os mesmos percursos já anteriormente percorridos; não se repetir (a velha) História da Europa. Como nota JEAN MONNET, referindo-se a este período do “pós-IIª Guerra Mundial” na Europa

que, simultaneamente, assistia, também, a “uma extraordinária efervescência intelectual (...) em torno do ideal europeu⁵²³”, corria-se o risco de se repetirem, um por um, os erros do passado (“pós- Iª Grande Guerra”)⁵²⁴.

Robert Schuman, ministro dos negócios estrangeiros francês, foi encarregado na Primavera de 1950, pelos seus homólogos norte-americano e britânico, de elaborar uma proposta de integração efectiva da Alemanha, no *concerto* político da Europa ocidental.

A “nova ordem” poderia passar por uma lógica de consensualização e composição de certos interesses nacionais (que, por essa via, se transformariam em interesses comuns e, tendencial e inevitavelmente, supranacionais), ao invés das clássicas soluções (diplomáticas) inter-governamentais. De resto, na década de 1860, a França e o Reino Unido tinham já, com algum sucesso (pelo menos, político), ensaiado uma experiência semelhante, com a celebração do Tratado de Comércio Livre Franco-Britânico (atrás abordado).

Além disso, anteviam-se novas dificuldades, susceptíveis de inviabilizar esse mesmo *concerto* político europeu, fazendo recrudescer a tensão subjacente nas relações entre os Estados Aliados e a Alemanha – e, em particular, entre esta e a França - no período “pós-1945”. Regressando ao cenário do *mal-estar* e das dissidências políticas em torno da problemática do

⁵²³ “Quando consideramos este período, que correspondia à metade do século, chama-nos a atenção a extraordinária efervescência intelectual que havia em torno do ideal europeu. Se relemos os manifestos dos partidos e dos movimentos de militantes, as declarações dos dirigentes políticos e os artigos na imprensa – o Economist e o Times de Londres publicavam editoriais admiráveis dignos do Federalist de Jay Hamilton e de Madison -, temos o sentimento de que uma corrente de pensamento tão rica como essa só poderia levar à realização da mais ampla unidade europeia. E é verdade que o *vocabulário e a dialéctica comunitárias de hoje em dia já estavam fixados na época*, mas isso não tinha nada a ver com a acção.” O sublinhado é da nossa responsabilidade. Note-se que esta observação de MONNET, nomeadamente no que respeita ao vocabulário e dialéctica comunitárias de hoje em dia, reporta-se à década de 1970. No entanto, no essencial, a observação de MONNET permanece válida, na actualidade. JEAN MONNET, *Memórias. A Autobiografia de um dos Pais Fundadores da União Europeia*, Ulisseia, Lisboa, ed./reimpressão de 2006, p. 287.

⁵²⁴ “Se nos fechássemos nos dados do pós-guerra, os erros do passado seriam repetidos um a um por uma lógica absurda”. JEAN MONNET, *ob. cit. (Memórias...)*, p. 288.

carvão e do aço do Ruhr e da concorrência industrial entre a França e a Alemanha, vividos nessa fase do “pós-IIª Guerra Mundial”, MONNET nota, nas suas Memórias, o seguinte: “A França opunha-se aos seus aliados relativamente à política alemã e a sua diplomacia mergulhava no passado. Apesar de ter tido de renunciar aos planos de desmembramento da Alemanha, tinha dirigido os seus esforços para o Sarre, incorporado na sua economia, tal como em 1919, e governado por Grandval com um estilo proconsular, e para o Ruhr, cujos recursos em carvão e aço eram geridos (...) por uma autoridade internacional (*a Autoridade Internacional do Ruhr*)”⁵²⁵.

Neste período, começou, também, a verificar-se a ocorrência de uma superprodução de aço e a conseqüente baixa dos respectivos preços, existindo o risco (nomeadamente, na óptica norte-americana e face à tradição histórica e económica da Europa) de os produtores começarem a desenvolver, generalizadamente, novos cartéis e concentrações, como reacção a tal produção e oferta excessivas. Por outro lado, uma aguda concorrência internacional dificultaria, também, o entendimento político entre os Estados. A reconstrução europeia, de resto, não poderia suportar, sem se ressentir fortemente, baixas de produção organizadas e especulações/manipulações de preços de matérias-primas.

Robert Schuman recorreu, nessa sua tarefa de gizar uma proposta de integração da Alemanha, ao apoio de Jean Monnet⁵²⁶, então Comissário do

⁵²⁵ JEAN MONNET, *ob. cit. (Memórias...)*, p. 287 – 288.

⁵²⁶ “O ministro francês (Robert Schuman) confiara ao comissário do Plano (Jean Monnet) as suas preocupações: «Que fazer com a Alemanha?», era a obsessão de Robert Schuman, cristão natural da Lorena movido pelo desejo de impedir para sempre qualquer guerra entre as duas nações. À testa da pequena equipa da rua de Martignac, sede do comissariado do Plano, Jean Monnet tinha também enveredado pela reflexão. A sua principal preocupação era a política internacional. Em seu entender, a guerra fria tinha nascido da competição entre os dois grandes da Europa, porque a aposta era a Europa dividida. Ao fomentar a unidade da Europa, atenuava-se a tensão. Jean Monnet reflectia numa iniciativa de alcance internacional cujo objectivo essencial fosse a distensão e a instauração da paz mundial graças ao efectivo papel desempenhado por uma Europa reconstruída e reconciliada”, PASCAL FONTAINE, *Uma ideia nova para a Europa, A declaração Schuman, 1950-2000, in Documentação Europeia*, disponível

“Plano de Modernização” da economia francesa, nomeado por De Gaulle, logo em 1945.

Notemos, apenas e agora a propósito de Jean Monnet (com uma longa carreira internacional)⁵²⁷ que as funções que este, então, ocupava, poderiam sugerir, também, pouca sensibilidade para as virtudes da política da concorrência e do mercado livre (no sentido liberal clássico do termo), embrenhado que estava numa missão de planificação económica.

Ora, Monnet que se encarregou de elaborar a proposta que serviria de base ao Plano Schumam, debatia-se com algumas questões problemáticas, susceptíveis de inviabilizarem a aceitação da sua proposta de integração - nomeadamente, pela Alemanha.

Essas questões gravitavam (inevitavelmente) em torno da indústria do carvão e do aço e passavam pela necessidade de impor a tais sectores, quadros organizativos não cartelizados (ao contrário do que era, como vimos, historicamente, a tendência dos sectores em causa).

Na realidade, os alemães tinham bem presente a experiência (para eles, traumática) da Autoridade Internacional do Ruhr e o papel que a França, nessa Autoridade, desempenhara⁵²⁸.

em: http://ec.europa.eu/publications/booklets/eu_documentation/04/txt02_pt.htm#I (Agosto de 2009)

⁵²⁷ Ver, entre outros registos sobre o percurso e o papel político e empresarial internacionais de MONNET, as já mencionadas *Memórias*.

⁵²⁸ “Mais de quatro anos após o fim da guerra, a grande necessidade de carvão alemão de que a França tinha não bastava para justificar um sistema de dominação (da Alemanha) cujo termo, porém, não se conhecia. Ninguém (do lado francês) pensava que esse sistema pudesse ser perpetuado, mas ninguém queria subscrever a decisão de lhe pôr fim, decisão a que estávamos a ser a pouco a pouco levados pela vontade dos Aliados e pela evolução interna da Alemanha. No contexto do momento, que poderia a França fazer que não fosse obstinar-se nessa atitude de recusa, já que *o levantamento dos controlos da economia alemã significaria o regresso à insegurança dos nossos aprovisionamentos vitais em carvão, e sobretudo em coque, logo à subordinação da nossa siderurgia à sua poderosa rival*” – JEAN MONNET, *ob. cit. (Memórias...)*, ainda p. 288. O sublinhado é da nossa responsabilidade.

Conheciam, também, a inexistência de uma tradição concorrencial ou de um “cluster” antitrust, político ou intelectual, francês. Essa tradição era, de facto reconhecida aos Estados-Unidos, mas não à França.

Assim sendo, era previsível que a República Federal Alemã encarasse qualquer proposta em matéria de política da concorrência, provinda do governo francês, como visando a indústria germânica (em particular, a indústria do carvão do Ruhr). Em suma, era também expectável que os alemães encarassem uma proposta francesa em matéria de criação de novas regras protectoras da concorrência, como sendo uma espécie de “cavalo de Tróia⁵²⁹”, relativamente ao controle da própria indústria alemã.

No que respeita a este *item* concorrencial (ou, se quisermos, anti-cartelização e anti-concentração), a proposta de Monnet teria que ser confiável aos olhos dos responsáveis políticos alemães, desencadeando, de alguma maneira, o restabelecimento da confiança no interior do “eixo franco-alemão”.

Neste contexto, uma via aconselhável – pelo menos, passível de, realisticamente, ultrapassar as questões agora enunciadas, merecendo a confiança germânica – seria colocar-se a superintendência da política da concorrência (leia-se, a responsabilidade primeira pela sua definição e aplicação), na esfera de competências de uma entidade que, sendo politicamente independente dos governos dos Estados, reflectisse, também, na sua composição e através dos seus membros, diferentes interesses, sensibilidades culturais, políticas e ideológicas, (logo, no caso concreto, integrando, também, elementos alemães) e, além disso, funcionasse colegialmente.

3.7. A opção pelo modelo actual (Alta Autoridade CECA / Comissão Europeia), em detrimento da alternativa “Regulador técnico supranacional”.

123. A Alta Autoridade, tal como acabou por ser consagrada nos artigos 9º a 18º do Tratado de Paris de 1951 (CECA), corresponde, de facto, a uma entidade/Instituição de funcionamento colegial e, seguindo a expressão de

⁵²⁹ YANNIS KARAGIANNIS, *ob. cit.*, p. 21.

KARAGIANNIS, "multi-constituency"; apresentava-se, portanto, com as características atrás assinaladas.

Com efeito, a Alta Autoridade permitiria a participação de elementos alemães – portanto, ainda que se pretendesse ver nessa Instituição um fórum encapuçado de interesses nacionais, os interesses germânicos teriam aí, sempre, assento.

A colegialidade garantiria, por outro lado e na perspectiva dos restantes Estados/Aliados, que a capacidade de intervenção ou de influência alemã no processo de decisão daquela Alta Autoridade, não excederia (no caso concreto, consagrado nos normativos mencionados do Tratado CECA) 1/9 ou, no máximo 2/9, do sentido dos votos, na medida em que, na composição da Alta Autoridade, não poderiam ter assento mais do que dois membros nacionais do mesmo Estado.

A Alta Autoridade, com as características descritas (e que acabaram por ser consagradas nos artigos 9º a 18º do Tratado de Paris), apresentava, também, outras (possíveis) vantagens que poderiam cativar a confiança dos alemães, além de significarem, para estes, uma opção mais atractiva do que a escolha de uma entidade tecnocrática, independente e prossequindo unicamente os interesses e a lógica da política da concorrência instituída.

Assim, o facto de essa Instituição (a Alta Autoridade) vir a integrar nacionais de todos os outros Estados-membros da CECA, proporcionaria à Alemanha - que não estava particularmente empenhada numa política da concorrência (antes pelo contrário, como fomos referindo) – algum conforto.

Na realidade, tirando (eventualmente) o caso do Reino - Unido, nenhum dos restantes Estados Aliados que poderia ter cidadãos (seus) nacionais naquela Alta Autoridade, tinha uma tradição cultural e um especial empenho político concorrencial.

Por outro lado, a previsível heterogeneidade dos membros da Alta Autoridade (o carácter "multi-constituency" dessa entidade), aliada à sua colegialidade, asseguraria que a Instituição em causa prossequiria interesses muito mais amplos do que os da política da concorrência. Isso seria, de resto, mais um ponto a favor (na perspectiva germânica) da solução que acabou por

ser consagrada e contra a hipótese alternativa da constituição de uma efectiva Autoridade técnica reguladora e independente (e, acrescente-se, não colegial).

Finalmente, na medida em que a Alta Autoridade actuaria de acordo com critérios *não* exclusivamente técnicos, dispondo, naturalmente, de uma assinalável margem de apreciação política e de oportunidade, isso tornaria mais complexa e difícil a sindicância judicial, sobretudo em relação às omissões daquela Instituição, em matérias relativas à aplicação das regras de concorrência.

Na perspectiva francesa, a proposta de Monnet no que dizia respeito à implementação de regras de concorrência poderia ter, efectivamente, um (relativamente) forte argumento a seu favor.

Tal como sucedia na Alemanha, como dissemos, a França não tinha nenhuma tradição política concorrencial digna de registo. De Gaulle e o governo francês não cultivavam uma filosofia de princípio, justificativa do apoio à consagração das regras de concorrência e de uma política da concorrência, por si sós consideradas.

No entanto – de resto, na linha do que eram as posições gaulesas no âmbito do funcionamento da Autoridade Internacional do Ruhr - a defesa veemente de uma política da concorrência, na Europa, afectando e limitando a estrutura organizativa da indústria alemã (tradicionalmente cartelizada e concentrada), poderia, desde logo, constituir-se como um factor benéfico para a indústria francesa e para os restantes concorrentes internacionais da Alemanha, (desde logo), nos mercados do carvão e do aço⁵³⁰.

A França - menos concorrencial, menos desenvolvida tecnologicamente, com mais dificuldades em implementar *economias de escala* e, portanto, com menor capacidade produtiva industrial - beneficiaria dos efeitos de uma política da concorrência, das restrições que essa política poderia impor, designada e principalmente, à organização da indústria alemã.

⁵³⁰ Ver, desde logo, a observação de JEAN MONNET que transcrevemos, *supra*, na penúltima nota: "(...) No contexto do momento, que poderia a França fazer que não fosse obstinar-se nessa atitude de recusa, já que *o levantamento dos controlos da economia alemã significaria o regresso à insegurança dos nossos aprovisionamentos vitais em carvão, e sobretudo em coque, logo à subordinação da nossa siderurgia à sua poderosa rival*" – JEAN MONNET, *ob. cit.* (*Memórias...*), p. 288.

Além disso, uma efectiva política da concorrência, tendo tais repercussões directas na produção do carvão e do aço alemães, afectando – na medida em que importaria uma reorganização industrial alemã – o coração da indústria teutónica, poderia servir de instrumento à manutenção do controle (indirecto) da indústria militar da República Federal Alemã. Dito de outro modo, perante o falhanço, nessa perspectiva, da Autoridade Internacional do Ruhr, face à pressão norte-americana para a “normalização” do estatuto da República Federal Alemã e, conseqüentemente, dada a impossibilidade de controlo directo, por parte da França ou da Comunidade Internacional, da indústria e de uma eventual política militar alemãs, então, a emergência de uma política da concorrência europeia poderia servir de instrumento alternativo e indirecto à prossecução desse controlo (que era sentido não só como um objectivo, mas também como um imperativo, na política e na opinião pública internas francesas).

124. Após a aceitação da proposta de Monnet e do anúncio, em 9 de Maio de 1950, da Declaração Schumam, abriram-se as negociações do Tratado de Paris (CECA), entre a França e a Alemanha, juntando-se rapidamente a Itália e os países do Benelux⁵³¹.

Em virtude de um andamento inicial célere dos trabalhos (entre Junho e Julho de 1950), projectou-se a possibilidade de o Tratado ser submetido aos vários Parlamentos nacionais, até ao fim daquele ano.

Ora, em Setembro e (também) por insistência dos Estados- Unidos, Monnet clarificou publicamente o sentido das propostas *antitrust* contidas na Declaração Schumam e foi, reiteradamente, sublinhando a importância - e, portanto, a imprescindibilidade - da política da concorrência que o Tratado deveria consagrar. Esta tornou-se, de facto, o tema central e dominante das negociações.

Logo aí, o chefe da delegação alemã, Walter Hallstein, recebeu instruções do seu governo para negociar contra a regra anti-cartéis prevista no

⁵³¹ Na súmula descritiva de alguns passos marcantes dessas negociações, seguimos as indicações tópicas de YANNIS KARAGIANNIS, *ob. cit.* p. 20 a 23.

projecto de Tratado – o, então, artigo 34º. Novamente, ressurgia, no espírito dos alemães, o exemplo da Autoridade Internacional do Ruhr e equiparavam a “nova” Alta Autoridade (e a referida regra anti-cartéis propostas no projecto do Tratado CECA), àquela outra Autoridade do Ruhr.

Em Outubro desse ano de 1950, o governo da República Federal Alemã (através do seu Ministro do Interior) expressou de forma aberta a existência de uma incompatibilidade entre os interesses da indústria do Ruhr e as medidas antitrust previstas no projecto de Tratado e, em consequência, foi proposto por tal Ministro que a Alemanha abandonasse as negociações. Entretanto e também em razão de tais medidas e da política da concorrência prevista no Tratado e reiteradamente afirmada como imprescindível, em França, associações empresariais começaram, também, a opor-se ao projecto e às negociações em curso. O próprio Schuman terá começado a sentir-se politicamente desconfortável com a decisão de Monnet de desconsiderar tais críticas internas e de não as reflectir nas negociações do Tratado.

O principal (e repetido) argumento utilizado internamente por Jean Monnet, para sustentar, com firmeza, a política da concorrência do Tratado, era o facto de a implementação desta política, no novo panorama político europeu, ser a única forma possível de se limitar a tendência histórica, assim como a vontade política existente do lado alemão, de preservar e de persistir na organização cartelizada e concentrada da sua indústria.

A sucessão de eventos e de posições políticas contra as regras em matéria de concorrência do projecto de Tratado, foram-se sucedendo, em crescendo, quer em França, quer na Alemanha, até que em Janeiro de 1951 - já depois de Adenauer ter proposto oficialmente, pela primeira vez, a abolição da Autoridade Internacional do Ruhr e o fim das quotas de produção de aço – o Conselho da Federação das Indústrias Europeias tomou uma posição veemente contra o projecto de Tratado (especificamente, contra as regras nele previstas em matéria antitrust – agora, os artigos 60º e 61º), forçando Adenauer a suspender, da parte da Alemanha, as negociações.

Mais uma vez e nesse ponto/impasse crucial das negociações tendentes, no fundo, à concretização dos primeiros passos da integração europeia, a

política da concorrência surge como elemento decisivo. Até certo ponto, a “chave” da integração, jogou-se em torno daquela projectada introdução (pela primeira vez) de uma política e de regras em matéria de *defesa da concorrência*, no contexto europeu.

Igualmente decisiva e crucial para o sucesso das negociações foi, também, a intervenção norte-americana que, através do seu Comissário McCloy, conseguiu persuadir a França a não insistir na questão do Sarre e ainda, no nível de concentração (já) existente na indústria alemã. Simultaneamente, convenceu Adenauer e o governo alemão a aceitarem os projectados artigos 61º e 61º, em matéria de *defesa da concorrência* (ulteriormente, na versão definitiva do Tratado CECA, os respectivos artigos 65º e 66º) e a viabilizarem as negociações do Tratado.

No seguimento desta intermediação norte-americana, a favor do Tratado de Paris, este acabou por ser assinado em 18 de Abril de 1951, dando, assim início à integração europeia comunitária, conjuntamente com os primeiros passos da política europeia da concorrência.

3.8 – Conclusões intercalares: da génese da Política da concorrência comunitária, à emergência da Comissão como principal decisor político (“policymaking”)

125. Ora, este excurso efectuado relativamente a alguns aspectos marcantes do circunstancialismo histórico e político que envolveu a negociação do Tratado de Paris de 1951, bem assim como as notas assinaladas sobre as relações entre a França e a Alemanha, antes e imediatamente após a IIª – Grande Guerra, permitem-nos compreender, em parte muito significativa, o porquê da opção comunitária sob o ponto de vista institucional, no que diz respeito à supervisão e à aplicação da política da concorrência.

A resposta à questão que formulamos *supra* - ou seja, porque é que no quadro comunitário, a definição e, sobretudo, a aplicação da política da concorrência, não estão na esfera de competência de uma autoridade técnica

independente, tal como, correntemente, sucede em vários Estados⁵³²? – é indicada pelo referido (e topicamente exposto) circunstancialismo e pelo relacionamento histórico-político (pela *matriz* desse relacionamento) mantido até então (1951) e desde, pelo menos, os meados do século XIX, entre os Estados do “eixo franco-germânico”.

Na realidade, o jogo da composição dos interesses políticos então vividos sobrepôs-se, influenciando, decisivamente, a opção institucional por uma Alta Autoridade com as características assinaladas. Com o passar do tempo e, através dele, com a solidificação do modo de actuar dessa Alta Autoridade – que, ulteriormente e a partir de 1957, foi seguido, também, pela Comissão CEEA e pela Comissão CEE e, finalmente, a partir do Tratado de Fusão de 1965, pela Comissão Europeia, comum às três Comunidades⁵³³ – aquela originária opção institucional relativamente à política da concorrência tornou-se definitiva e irreversível. Mesmo antes do Tratado de Fusão, ainda em 1962, o primeiro Regulamento de execução das regras dos artigos 81º e 82º do Tratado CE (então, artigos 85º e 86º do Tratado CEE), desenhando um regime que foi já

⁵³² E é defendido por muitos sectores da doutrina, como, por exemplo e muito significativamente, GIANDOMENICO MAJONE, *Dilemmas of European Integration: The Ambiguities and Pitfalls of Integration by Stealth*, Oxford University Press, 2005 ou *The Common sense of European Integration*, in *Journal of European Public Policy*, Issue 5, Vol. 13, August 2006, p. 607. No entanto, será preciso contextualizar a proposta de MAJONE, na ideia de reforço da credibilidade, a longo-prazo, da política da concorrência – e isto, partindo da teoria ou da perspectiva da “escolha racional” das decisões políticas e tendo subjacente o entendimento, enunciado e defendido por MAJONE, já em 1996, de que a União estará em vias de evoluir para aquilo que denomina de “Estado Regulador” – ver GIANDOMENICO MAJONE, para além da *ob.cit. de 2005 (Dilemmas of European Integration...)*, e, também, de 1996 (*Regulating Europe...*), ver, ainda, GIANDOMENICO MAJONE, *Deregulation or Re-Regulation? Regulatory Reform in Europe and United States*, New York, 1990 e *La Communauté Européenne: Un État Régulateur*, Montchrestien, Paris, 1996, ambos *apud* ISABEL CAMISÃO e LUIS LOBO-FERNANDES, *Construir a Europa. O processo de integração entre a teoria e a história*, Princípia, Lisboa, 2005, p. 45.

⁵³³ Que foi sempre mantendo, nomeadamente, os poderes substantivos necessários para decidir e implementar políticas e, em especial no que agora nos interessa, a Política da concorrência. DAVID ALLEN, *Competition Policy: Policing the Single Market*, in HELEN WALLACE / WILLIAM WALLACE (Eds.), *Policy-making in the European Union*, Oxford University Press, Oxford, p. 157.

pensado para uma política da concorrência centrada naquela Instituição (naquela concreta Comissão Europeia), reforçou essa opção que, até hoje e apesar da reforma em curso (desencadeada em 1999, com a publicação do Livro Branco sobre a modernização das regras comunitárias de concorrência) se foi mantendo.

Se invocamos, aqui, a reforma ou modernização do Direito de *defesa da concorrência* comunitário em curso, é porque, de facto, essa reforma, não considerou sequer a hipótese de, directamente e no que diz respeito ao desenho institucional vigente, equacionar uma mudança (que seria tão ou mais significativa do que as resultantes do novo regime introduzido pelo Regulamento nº 1/2003).

Essa mudança poderia, precisamente, passar pela criação de uma verdadeira *Agência Comunitária técnica*, politicamente independente de qualquer influência e não colegial, à qual seria atribuída a responsabilidade de definir e de aplicar e/ou supervisionar a execução da Política da concorrência comunitária (substituindo, assim, nesse seu papel, a actual Comissão).

Por razões diversas, algumas vezes reclamaram, de facto, essa mudança, essa aproximação do sistema comunitário ao sistema *antitrust* norte-americano, através da introdução de uma entidade do tipo *Federal Trade Commission*, no quadro institucional daquele (do sistema Europeu comunitário)⁵³⁴. Ou então - ilustrando de outro modo essa mudança reivindicada - a criação de uma entidade com funções e com o estatuto institucional análogos aos do Banco Central Europeu, só que relativamente à política da concorrência comunitária.

A reforma, contudo, poderá marcar o início de uma mudança – ou pelo menos, do reforço das condições para que essa mudança se desenvolva materialmente. Com efeito, o papel da Comissão no sistema institucional de *defesa da concorrência* comunitário poderá encontrar, doravante, um clima propício para que se verifique um desempenho daquela Instituição cada vez

⁵³⁴ Para além do já referido GIANDOMENICO MAJONBE, também, por exemplo, CHRISTIAN KIRCHNER, *Working Paper 8.III*, in CLAUS-DIETER EHLERMANN e LARAINÉ LAUDATI (Eds.), *European Competition Law Annual 1997: Objectives of Competition Policy*, Hart Publishers, Oxford, 1998, *apud* YANNIS KARAGIANNIS, *ob. cit.* (*Why The EU Does Not ...*), p. 5.

mais próximo - sob o ponto de vista da actuação material – daquele que é desenvolvido pelas autoridades reguladoras efectivamente independentes (sob o prisma político).

Se, por um lado, a reforma em curso (e, em especial, o Regulamento nº 1/2003) proclama a aplicação (mais) *generalizada* e *descentralizada* das regras dos artigos 81º e 82º do Tratado, na medida em que outorga, concorrentemente com a Comissão, às autoridades e Tribunais dos Estados-membros, a competência de aplicação (que se processa, agora, *ex-lege*) daqueles normativos, por outro lado, institui, também, *mecanismos de avocação* dessas competências nacionais, por parte da Comissão, fundados no “interesse comunitário” e tenta introduzir uma abordagem mais económica, atenta aos efeitos concretos dos comportamentos (uma *effects-based approach*).

Estes mecanismos de avocação ou, em rigor, de *reatribuição* de competências de intervenção respeitantes à aplicação dos artigos 81º e 82º do Tratado CE, são aqueles que abordamos, *supra*, na IIª Parte (em particular, no respectivo Capítulo 2º) – em particular, a reatribuição de competência a favor da Comissão, nos termos do nº 6 do artigo 11º do Regulamento nº 1/2003, decorrente do início, por parte desta Instituição, da “tramitação conducente à aprovação de uma decisão nos termos do Capítulo III”, do Regulamento nº 1/2003⁵³⁵.

Ora, estas últimas características apontadas à reforma, acabam por *especializar* (nomeadamente, no sentido técnico-económico) o desempenho da Comissão, reforçam, indirectamente, a sua vocação *tecnocrática*, criando, de facto (ou, pelo menos, podendo desencadear tal efeito) uma lógica mais autónoma e mais centrada numa especificidade técnica que, necessariamente,

⁵³⁵ Ou seja – recorde-se – a tramitação conducente à adopção, pela Comissão, de uma decisão de verificação e de cessação de uma infracção ao disposto nos artigos 81º e/ou 82º do Tratado CE, conforme previsão do artigo 7º do Regulamento nº 1/2003, de um compromisso nos termos do artigo 9º desse Regulamento ou ainda, de medidas provisórias (artigo 8º do Regulamento nº 1/2003) ou mesmo de uma declaração de não aplicabilidade (artigo 10º ainda do mesmo Regulamento).

remete o papel e a actuação da Comissão em matéria de Política da concorrência, para um domínio (naturalmente) imune à mera influência pressão/política (ainda que indirecta) dos governos dos Estados-membros.

Em rigor, cada vez mais – aprofundando-se o caminho assinalado pela reforma – o papel da DG COMP (a Direcção Geral da Concorrência, ex – DG IV) emergirá com características de independência e de autonomia específica, dentro do próprio funcionamento da Comissão, enquanto órgão colegial.

Nesse sentido, portanto, como que – *apesar de inserida na Comissão* – tal DG COMP poderá vir a funcionar, *materialmente*, com um estatuto e uma independência (advenientes do tecnicismo da sua actividade) *de facto*, semelhantes aqueles que caracterizam, por exemplo, o Banco Central Europeu.

Importa, ainda, sublinhar – na linha do que atrás consideramos - outra consequência previsível, resultante da reforma e das possibilidades de autonomização técnica e de reforço da independência política da Comissão, num plano *de facto* (que não formal): a dificuldade em ser exercido um controlo judicial, efectivamente de plena jurisdição, das decisões e das *orientações* (Comunicações, declarações, “guide-letters”, etc.) da Comissão.

Se, por um lado, a falta de independência política (ou, pelo menos, de uma *total* independência política) dificulta o controlo da actividade da Comissão, por parte do Tribunal de Justiça e do Tribunal de Primeira Instância, o entrincheiramento dessa actividade em critérios técnicos, especificamente económicos (e não só: muitas vezes, também em matérias que envolvem um elevado grau de especialização e de sensibilidade muito próprias, necessárias para uma adequada interpretação de factos controvertidos – *vg.*, análise de *software* informático, técnicas bioquímicas e farmacêuticas) também não facilita tal controlo judicial.

De resto, o próprio facto de o denominado *soft-law* emanado pela Comissão ter vindo a sofrer uma quase transformação em *hard-law*, pela via da jurisprudência comunitária que tem vinculado a Comissão às suas próprias orientações (contidas nesses actos formalmente não vinculativos), tem também contribuído para que a plena jurisdição dos Tribunais comunitários e,

consequentemente, o controlo judicial da actividade da Comissão, sejam, efectiva e materialmente, menos amplos.

126. Retomaremos, seguidamente e a propósito das implicações institucionais que a reforma tem (ou poderá vir a ter) na Política da concorrência comunitária e, em especial, no papel ocupado pela Comissão, o tema do denominado *soft-law* - analisado, sobretudo na óptica da "teoria da agência".

127. Importa, agora - sistematizando breves conclusões sobre o percurso histórico, descrito anteriormente como factor determinante para a compreensão do modelo institucional adoptado no domínio da Política da concorrência comunitária (protagonizado pela Comissão) – salientar o seguinte:

- A política da concorrência comunitária não resultou directamente de uma eventual pressão política exercida pelos Estados - Unidos sobre os seus Aliados europeus, nem tão pouco de uma acção (ou influência) germânica. Ela terá sido, efectivamente, pensada e introduzida na construção comunitária a partir de alguns círculos gauleses e, em especial, do próprio Jean Monnet.

- O impulso e a defesa francesa de tal política, porém, não resultaram nem de uma tradição política ou cultural em matéria *antitrust*, nem de uma ordenação jurídica-económica concorrencial gaulesa, pré-existente internamente – de resto, nem uma, nem outra, existiam – mas sim de razões de conveniência política, directamente relacionadas com a vontade/necessidade que a França tinha de controlar a indústria alemã do carvão e do aço do Ruhr.

- Pelo exposto, compreende-se, também, que a Alemanha, originariamente, tenha desenvolvido forte oposição à criação e introdução, no projecto do Tratado de Paris (CECA), dessa política da concorrência e das regras que a concretizavam. De resto, como vimos, a Alemanha também não nutria especiais simpatias e tendências políticas concorrenciais, nem vivia tradicionalmente uma cultura *antitrust* – muito pelo contrário, detendo uma

organização industrial (da sua indústria pesada), fortemente cartelizada e concentrada.

- Assim sendo, não parece ter existido uma *filosofia concorrencial de base*, incentivadora (e determinante) das soluções normativas consagradas em matéria de concorrência, no Tratado de Paris de 1951. No entanto, pelas razões político-estratégicas atrás referidas, essas regras e essa política da concorrência foram os *elementos cruciais* - quer impulsionadores (até certo ponto), quer de divergência e de impasse - das negociações do mencionado Tratado institutivo da CECA e do próprio arranque inicial do projecto de integração. Incontornavelmente, o projecto de integração fica marcado, no seu impulso genético, pelo carvão e pelo aço do Ruhr.

- A opção institucional então seguida – Alta Autoridade – para a aplicação dessa inovadora (em termos europeus) política da concorrência, resultou, como salientamos atrás, do mesmo tipo de jogo de composição de interesses políticos, no “eixo-franco alemão”.

Ora, o sucesso dos primeiros passos da integração e o peso institucional crescente do tipo de solução encontrada originariamente, acabou por determinar aquele que é, actualmente e no contexto da Política da concorrência comunitária, o papel e a centralidade da Comissão (papel e centralidade esses que resultam, portanto, da evolução histórica daquela solução institucional originária).

CAPÍTULO 4º - A importância do recurso à “quase-legislação” (de volta à consideração do “soft-Law”, na perspectiva da “teoria da agência”).

4.1 – O recurso ao “soft – law” por parte da Comissão e a posição do Tribunal de Justiça: *a auto-limitação dos poderes de plena jurisdição.*

128. No que diz respeito à crescente importância e quantidade do “soft – law” - em virtude do que já denominamos como sendo um recurso intenso e extenso, por parte da Comissão, a essa espécie de “quase-legislação”, no domínio da Política da concorrência comunitária - WILKS fala-nos da “juridificação” de um regime Europeu da concorrência.

Ora, em relação a tal tendência de “juridificação”, é imprescindível associar-se o papel que o Tribunal de Justiça e o Tribunal de Primeira Instância têm, também, desempenhado. Na realidade, segundo WILKS, o conceito de “juridificação” referido, no contexto assinalado, foi desenvolvido na Escola de Frankfurt e é particularmente relevante para caracterizar a reforma ou modernização do Direito da concorrência comunitário. Esse conceito aponta-nos, por conseguinte, para uma das mais fortes (senão mesmo a mais forte) *fonte* de convergência política (ou, em rigor, de políticas) na União, ou seja, a jurisprudência do Tribunal de Justiça e do Tribunal de Primeira Instância.⁵³⁶

Regressando ao tópico da “teoria da agência”, podemos dizer, enunciando as linhas de análise que exporemos seguidamente, que a crescente importância e utilização do denominado *soft-law*, pela Comissão, bem assim como a sua crescente transformação em *hard-law*, com o contributo decisivo da jurisprudência comunitária e, ainda (talvez, principalmente), com o papel que a

⁵³⁶ De acordo com WILKS, a “juridificação” referida “draws attention to the nature of law in the regulatory state and points up the tension between the employment of law as results-orientated tool and the traditional idea of formal law as neutral and value-free activity. What is more, juridification also embodies an awareness that law must be applied to material situations, which requires the difficult feat of converting economic theory into legal doctrines” - STEPHEN WILKS, *ob. cit. (Agency Escape...)*, p. 448.

referida “rede europeia de autoridades da concorrência” poderá desempenhar (institucionalizando-se), permitem falar num novo desenho das relações entre a Comissão (“agente”) e os Estados-membros (“mandantes”).

Nesse desenho resultante dos factores enunciados, os novos traços da estrutura Institucional da Política da concorrência comunitária apontam no sentido normalmente expectável (se pensarmos no que habitualmente sucede em termos de relações de poder, de acordo com a óptica da “teoria da agência”): o reforço dos poderes do “agente” e, no contexto desse reforço, a emergência, a partir da Comissão e com uma autonomia técnica própria, da DG COMP, quase como sendo um novo “agente”, desempenhando, perante os Estados-membros, o papel material de uma efectiva entidade reguladora técnica, autónoma e politicamente independente.

No entanto, importa não olvidar os riscos que deste novo desenho da estrutura Institucional da Política da concorrência comunitária podem resultar – desde logo, os riscos de incoerência (ou não uniformidade) na aplicação das regras dos artigos 81º e 82º do Tratado CE, entre as várias entidades integrantes da referida “rede europeia de autoridades da concorrência” e os consequentes (e inter-ligados) riscos de perda de eficácia e de segurança jurídicas, também advenientes daquela (eventual) incoerência.

129. Importa recordar, agora, alguns aspectos que têm vindo a marcar, mais recentemente, a actividade do Tribunal de Justiça e do Tribunal de Primeira Instância.

Tais aspectos⁵³⁷ relacionam-se directamente com a *praxis* da Comissão e são reveladores da assumpção, por parte desta, de um *acréscimo* de poder (no quadro das relações inter-institucionais comunitárias), em matéria de *defesa da concorrência*.

Em causa está, concretamente, a questão do recurso, cada vez mais frequente em termos de quantidade e de importância, a actos *formalmente não vinculativos* (o denominado *soft-law*), mas que, com o contributo da

⁵³⁷ Aspectos esses que, de resto, já afloramos precedentemente, noutra parte deste trabalho, a propósito da problemática das coimas aplicadas pela Comissão.

jurisprudência comunitária, têm vindo a assumir-se, *materialmente*, como uma espécie de *novo direito* (pelo menos, de carácter regulamentar) através do qual a Comissão gere efectivamente a Política da concorrência.

Já notamos, relativamente ao recurso cada vez mais frequente, por parte da Comissão, a tais actos⁵³⁸ que a jurisprudência do Tribunal do Luxemburgo tem vindo, em certos aspectos, a contribuir para transformação do *soft-law*, num verdadeiro *hard-law*, acabando por se verificar aquilo que já salientamos ser referido por WILKS como sendo a “juridificação de um regime Europeu da concorrência”.

Importa, desde já, recordar (sublinhando) que o Tribunal de Justiça, nos termos do artigo 230º do Tratado CE, actua, *em princípio*, como mero órgão jurisdicional de recurso, relativamente às decisões da Comissão que apliquem os artigos 81º e 82º do Tratado CE.

Em princípio, portanto e no quadro do controlo da legalidade empreendida pelo Tribunal de Justiça, relativamente aos actos controvertidos das Instituições comunitárias, aquele órgão jurisdicional não actuará com plena jurisdição.

No entanto, já dissemos anteriormente que, nos termos do artigo 229º do Tratado CE, o Tribunal de Justiça poderá, com base num Regulamento do Conselho ou adoptado em conjunto pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho e relativamente a *sanções* previstas nesses actos normativos, actuar com plena jurisdição. A importância e o melindre (nomeadamente, em termos de garantias dos particulares) das decisões sancionatórias da Comissão, justificam esta actuação de plena jurisdição, por parte do Tribunal de Justiça e do Tribunal de Primeira Instância.

Na realidade e no que respeita a muitas matérias relativas ao Direito da concorrência comunitário, tal plena jurisdição do Tribunal de Justiça acaba efectivamente por existir, resultante da atribuição genérica efectuada nos termos enunciados pelo referido artigo 229º do Tratado CE.

Retornando às decisões sancionatórias da Comissão, o Regulamento nº 1/2003, no seu artigo 31º - concretizando, portanto, a previsão do artigo 229º

⁵³⁸ Actos que exprimem o referido *soft-law*

do Tratado CE relativamente à aplicação dos artigos 81º e 82º do Tratado CE - atribui, com efeito, tal competência de plena jurisdição ao Tribunal comunitário, quando julgue as “decisões em que tenha sido fixada pela Comissão uma coima ou uma sanção pecuniária compulsória”, explicitando-se, ainda e nos termos da mencionada norma daquele Regulamento, que o Tribunal poderá, assim, “suprimir, reduzir ou aumentar a coima ou a sanção pecuniária compulsória aplicada”.

No que diz respeito ao posicionamento da jurisprudência comunitária relativamente a estas decisões da Comissão que (em matéria de *defesa da concorrência*) apliquem coimas, tivemos já (*supra*) a oportunidade de notar o facto de, frequentemente, verificar-se uma *auto-limitação*, por parte do Tribunal de Justiça, na sua apreciação, auto-restringindo-se a um mero controlo da legalidade estrita da coima aplicada – pese embora a outorga de poderes de plena jurisdição que resulta, em favor do Tribunal de Justiça e do Tribunal de Primeira Instância, dos referidos normativos dos artigos 229º do Tratado CE e 31º do Regulamento nº 1/2003.

Nessa auto-limitação, nessa voluntária renúncia ao exercício dos seus poderes de plena jurisdição, os Tribunais comunitários acabam por adoptar como critério de referência, precisamente, as orientações (*soft-law*) emanadas da própria Comissão: frequentemente, o Tribunal comunitário limita-se a verificar se a Comissão, na determinação da coima concreta, foi coerente consigo própria – ou seja, se aplicou correctamente os critérios por si enunciados e publicitados, por exemplo e nesta matéria em particular, na sua Comunicação de 2006, relativa ao cálculo das sanções aplicadas por força do nº 2, alínea *a*, do artigo 23º do Regulamento nº 1/2003⁵³⁹.

⁵³⁹ Recordamos, neste ponto, BO VESTERDORF, *ob. cit.* (*The Court of Justice ...*), p. 2-3, que remete para o caso *Wieland – Werker*, Acórdão do Tribunal de Justiça de 6 de Maio de 2009, Processo nº T – 116/04, nº 32, onde se pode ler, designadamente, o seguinte: “(...) where the Commission has a discretion, for example, as regard the amount of increase for the purposes of deterrence, review of the legality of those assessments *is limited to determining the absence of manifest error of assessment*”.

No também já *supra* mencionado Acórdão de 28 de Junho de 2005 (Acórdão *Dansk Rorindustri e outros vs. Comissão*)⁵⁴⁰, o Tribunal de Justiça, novamente, atribui uma importância e uma força quase-vinculativa às manifestações do denominado *soft-law* provindo da Comissão.

Neste Acórdão de 2005, com efeito, o Tribunal confirmou a (quase) obrigação que impende sobre a Comissão de seguir as suas próprias orientações em determinadas matérias – nomeadamente, no que diz respeito à aplicação impositiva das regras de *defesa da concorrência* – e isto, a partir do momento em que tais orientações (“guidelines”) são adoptadas e publicadas por aquela Instituição.

Na realidade, segundo essa jurisprudência, quando uma comunicação contendo determinadas orientações é adoptada e publicada, a Comissão deverá subordinar-se aos termos de tais orientações, aos métodos por si indicados (por exemplo, métodos de cálculo de coimas), a não ser que num caso particular, de uma forma clara, aquela Instituição invoque razões objectivas para se desviar dessas suas próprias indicações.

Esta linha seguida pela jurisprudência comunitária em matéria de controlo da actuação da Comissão acaba por corresponder a um modo essencialmente *formal* do exercício da plena jurisdição, outorgada ao Tribunal comunitário, pelo artigo 31º do Regulamento nº 1/2003. No fundo, o Tribunal verifica apenas a conformidade da actuação da Comissão com as suas próprias orientações tornadas públicas, sem avaliar, sob o ponto de vista material, a oportunidade de aplicação de tais critérios, a respectiva adequação aos casos concretos controvertidos e, no limite, a sua própria pertinência e adequação efectivas, relativamente às normas de *defesa da concorrência* do Tratado CE, cuja aplicação motivou tais critérios.

Ora, esta atribuição de uma quase obrigatoriedade (e, conseqüentemente, de um carácter vinculativo geral e abstracto) às orientações *lato sensu* (incluindo métodos de actuação e critérios de interpretação de conceitos), adoptados e habitualmente publicitados pela Comissão, através de

⁵⁴⁰ Acórdão do Tribunal de Justiça de 28 de Junho de 2005, Processos conjuntos nº C – 189/02 P, C – 202/02 P, C – 205/02 P e C – 213/02 P.

Comunicações⁵⁴¹ (integrantes, portanto, do denominado *soft-law*, por si emanado), tem algumas justificações imediatas: essa atribuição de uma importância material a actos formalmente não vinculativos resulta, em grande medida, da necessidade de, em determinadas matérias (como a *defesa da concorrência*), ser requerida uma especial atenção relativamente à *transparência* e à garantia do *princípio da igualdade*, na prática decisória das Instituições.

O Tribunal entende que tais critérios/indicações ou orientações da Comissão, perante a falta de regulação normativa das matérias sobre as quais incidem (envolvendo, normalmente, aspectos específicos e processuais da aplicação das regras de *defesa da concorrência*), suprirão essa falta de regulação, satisfazendo – uma vez que são publicados, estando, consequentemente, acessíveis ao conhecimento de todos os interessados – a necessidade da existência de um regime público que enquadre e limite a actuação da Comissão.

Satisfaz-se, assim, a legalidade e a transparência, através da garantia de que o modo como a Comissão actua é previamente conhecido pelos interessados e respeitado pela própria Instituição em causa. No fundo, o Tribunal de Justiça e o Tribunal de Primeira Instância garantem que a Comissão “respeita a sua palavra”, assegurando, desta forma, um critério de aferição da legalidade e de limitação dessa actividade eminentemente processual da Comissão.

Além disso, a auto vinculação, por parte da Comissão, às suas próprias posições e orientações publicadas, permite (em consequência da transparência e da igualdade assim reforçadas na prática decisória daquela Instituição) favorecer a segurança jurídica necessária para a actuação económica das empresas e para o consequente bom funcionamento do mercado⁵⁴².

⁵⁴¹ Portanto e nos termos do artigo 249º do Tratado CE, actos de direito derivado não vinculativos.

⁵⁴² No nº 213 do atrás mencionado Acórdão do Tribunal de Justiça (de 28 de Junho de 2005), pode ler-se, com efeito, o seguinte: “The Court of First Instance was also correct to observe (...) that although the Guidelines do not constitute the legal basis of the contested decision,

130. A jurisprudência comunitária tem, também, vindo a reconhecer que, materialmente, competirá à Comissão decidir que política da concorrência é que considera apropriado seguir-se perante cada caso concreto.

No Acórdão *Archer Daniels*, o Tribunal, com efeito, teve já a oportunidade de afirmar o seguinte, a pretexto da determinação e aplicação de coimas, por parte da Comissão:

“(...) the proper application of the Community competition rules requires that the Commission *may at any time adjust the level of fines to the needs of that policy*. It follows that undertakings involved in an administrative procedure in which fines may be imposed cannot acquire a legitimate expectation in the fact that the Commission will not exceed the level of fines previously imposed or in a method of calculating the fines⁵⁴³”.

Esta afirmação do Tribunal de Justiça se, por um lado, acaba por colidir parcialmente com o argumento de que, por razões decorrentes do princípio da legalidade, da segurança jurídica e da transparência, a Comissão deverá vincular-se às suas próprias indicações publicadas⁵⁴⁴, por outro lado, não deixa, também, de sublinhar o facto de, em termos finais e decisivos, ser reconhecido à Comissão o estatuto de *primeira responsável* em matéria de Política da concorrência.

É certo, contudo, que verificaram-se já, na jurisprudência comunitária, algumas excepções a esta última linha de entendimento e de actuação do Tribunal do Luxemburgo. Noutra parte deste trabalho (Iª Parte, respectivo Capítulo 3º), demos conta - precisamente a propósito da sempre sensível

they determine, generally and abstractly, the method which the Commission has bound itself to use in assessing the fines imposed by the decision and, consequently, *ensure legal certainty on the part of the undertakings*”. O sublinhado é da nossa responsabilidade.

⁵⁴³ Acórdão do Tribunal de Justiça de 18 de Maio de 2006, Acórdão *Archer Daniels Midland vs. Comissão*, Processo nº C – 397/03 P, números 21 e 22. Ver, também e no mesmo sentido, Acórdão do Tribunal de Justiça de 28 de Junho de 2005, Acórdão *Dansk Rorindustri e outros vs. Comissão*, Processo nº C – 189 – P/02, *Recueil*, p. I – 5425.

⁵⁴⁴ Indicações essas que – note-se – incorporam, em doses muito significativas, a própria *praxis* decisória já anteriormente seguida pela Instituição em causa.

matéria da determinação e da aplicação de coimas, por parte da Comissão – de exemplos de arestos em que ou foi anulada a coima aplicada pela Comissão ou então, foi significativamente reduzido o seu montante.

Referimo-nos, respectivamente, aos Acórdãos *Atlantic Container Line*, de 2003⁵⁴⁵ e *Dunlop Slazenger*, de 1994⁵⁴⁶.

Importa referir, no entanto, um aspecto que poderá, de certo modo, amenizar a notada excepção que o Acórdão *Atlantic Container Line* representa, relativamente à linha jurisprudencial assinalada, no sentido de vincular a Comissão às suas próprias orientações (actos formalmente não vinculativos).

O Tribunal de Primeira Instância, nesse seu Acórdão de 2003, entendeu que o comportamento que havia sido punido pela Comissão, em virtude de uma alegada violação do artigo 82º do Tratado CE (ex- artigo 86º), era também subsumível ao artigo 81º (então, artigo 85º), tendo, de resto, sido notificado à Comissão (nos termos do regime da “notificação prévia” das ententes, constante do Regulamento nº 17 de 1962).

O Tribunal, neste caso, utilizando os seus poderes de plena jurisdição, considerou que as empresas envolvidas tinham, fundadamente, a expectativa de que as práticas em causa (no caso, contratos de prestação de serviços, no quadro de acordos de cooperação entre armadores) não seriam sancionadas pela Comissão, nos termos do (então) artigo 86º do Tratado CE⁵⁴⁷ - e isto, em consequência do próprio comportamento adoptado por esta Instituição, no decurso do processo.

No fundo, foi ainda em razão da *segurança jurídica* – argumento utilizado pela jurisprudência comunitária para vincular a Comissão às suas próprias Comunicações e a outros actos não vinculativos, por si publicados – que o Tribunal decidiu interferir com a plena responsabilidade e a

⁵⁴⁵ Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 30 de Setembro de 2003, Processo nº T – 191/98, Colectânea, p. II – 3275.

⁵⁴⁶ Acórdão do Tribunal de primeira instância de 9 de Julho de 2003, Processo nº T-43/92, Colectânea, p. II-441

⁵⁴⁷ Número 1621 do Acórdão mencionado.

discricionariedade reconhecidas à Comissão de, casuisticamente, definir as linhas mais adequadas da Política da concorrência.

No Acórdão *Dunlop Slazenger*, o Tribunal de Primeira Instância reduziu a coima inicialmente aplicada, por ter considerado insuficiente a prova efectuada pela Comissão, relativamente a certos factos que sustentaram a respectiva decisão. Dito de outro modo, novamente, o Tribunal, ao apreciar os factos invocados e a suficiência (ou falta dela) em matéria de prova (estabelecendo, portanto, um *standard* de prova), ultrapassa aquilo que poderia ser um mero controlo formal da legalidade da decisão em causa, enveredando pelo exercício dos seus poderes de plena jurisdição, atribuídos, nos termos já mencionados, pelo artigo 31º do Regulamento nº 1/2003.

Em síntese, a posição da jurisprudência comunitária parece seguir como prioridade e como critério referencial, mesmo quando está em causa um possível desvio à “regra” de que a Comissão deve agir em conformidade com aquilo que, por si própria, é anunciado, a garantia da segurança jurídica. As decisões proferidas nos Acórdãos *Atlantic Container Line*, de 2003 e *Dunlop Slazenger*, de 1994, configurando desvios ao entendimento consolidado de que a Comissão auto-vincula-se às suas próprias orientações (publicadas), compreendem-se, ainda, tendo em conta a preservação de tal segurança jurídica.

4.2 – Classificação e funções dos actos de “soft-law”.

131. Importa, no entanto e no âmbito da análise às consequências do denominado “soft-law” produzido pela Comissão Europeia, referir, agora e como ponto de ordem, o seguinte: o fundamento normativo para que esta Instituição formule, cada vez mais, as linhas directoras da Política da concorrência, através desses instrumentos de carácter (formalmente) não vinculativo⁵⁴⁸, encontra-se no artigo 211º do Tratado CE.

⁵⁴⁸ No fundo, de acordo com a tipologia de actos comunitários, prevista no artigo 249º do Tratado CE, serão actos de direito derivado não vinculativos, quer típicos – o caso das

Esta norma do Tratado atribui à Comissão a incumbência genérica de “garantir o funcionamento e o desenvolvimento do mercado comum” e, para tal, concede-lhe competências para, designadamente, formular “recomendações ou pareceres sobre as matérias que são objecto do (...) Tratado, quando este o preveja expressamente ou quando tal seja por ela (Comissão) considerado necessário”.

A agora referida competência, no fundo, abrangerá todo o arsenal de actos⁵⁴⁹ de que a Comissão tem vindo a socorrer-se para prosseguir os seus objectivos (no âmbito da definição e aplicação da Política da concorrência) como as já mencionadas recomendações, mas também as comunicações, contendo “orientações” ou “guide-lines”, códigos de conduta ou, simplesmente, declarações.

Ora, estes actos que manifestam o denominado “soft-law” não são apanágio exclusivo das actividades da Comissão Europeia, nem tão pouco existem e vão impondo, progressivamente, a sua utilização e importância, unicamente no âmbito da União Europeia.

Na realidade, em várias organizações internacionais, o recurso a este tipo de actos como instrumentos de implementação das políticas prosseguidas, tem sido uma constante - sobretudo e de forma notória, a partir da década de 1990. A ordenação do comércio internacional, levada a cabo pela OMC (Organização Mundial do Comércio), tem sido um dos exemplos de maior relevância e de sucesso de uma efectiva ordenação, assente no mencionado “soft-law”.

recomendações, quer atípicos – por exemplo, as comunicações, contendo as denominadas “guide-lines” ou orientações.

⁵⁴⁹ Actos não vinculativos, pese embora a tendência seguida pela jurisprudência comunitária e anteriormente assinalada. Na literatura, para além da designação “soft-law” (também já utilizada anteriormente), denomina-se este conjunto de actos (normalmente atípicos, face à tipologia do artigo 249º do Tratado CE) de variadas formas: por exemplo, “quase-legislação” e “regulação informal”. DIRK LEHMKUHL, *On Government, Governance and Judicial Review: The Case of European Competition Policy*, in *Journal of Public Policy*, vol. 28 (1), 2008, p. 139 a 159, em particular, p. 150.

É relativamente corrente, em termos doutrinários, a adopção da seguinte classificação destes actos ("soft-law"), atendendo, precisamente, à respectiva função (que, recorde-se, é formalmente *não-normativa* e não-vinculativa):

- *actos informativos* ou *preparatórios*, tais como, entre outros, os "livros verdes" e os "livros brancos" que a Comissão adopta regularmente (*v.g.* Livro Branco de 1999, relativo à modernização das regras da concorrência), notas ou declarações diversas, (indicativas das posições que a Comissão, em geral, pretende adoptar relativamente a múltiplos aspectos da formulação e da aplicação das políticas comuns) e certas comunicações cujo conteúdo seja mesmo essencialmente informativo;

- *actos de direcção* que, no fundo, têm já uma função *pré-reguladora*, pretendendo indicar procedimentos, métodos ou interpretações, porém, já com intuitos de conduzir a actividade dos destinatários e conformá-la às pretensões (objectivos) da entidade que adopta e emite tais actos de direcção; poderá ser o caso, no âmbito comunitário, das recomendações;

- *actos de interpretação e/ou de carácter (pré) decisório* no sentido em que a entidade que os emite dá a conhecer o modo como irá ou não, concreta e ulteriormente, decidir (no âmbito das respectivas competências), relativamente a condutas determinadas, como, por exemplo e novamente no domínio da Política da concorrência comunitária, as anteriores "cartas de conforto", certas "guide-lines" ou avisos ou comunicações, publicitando uma orientação sobre o modo como a Comissão vai actuar relativamente a determinadas condutas (por exemplo, Comunicação de Dezembro de 2008, relativa à aplicação do artigo 82º do Tratado CE, a certos comportamentos de exclusão, praticados por empresas em posição dominante)⁵⁵⁰.

⁵⁵⁰ SILKE BRAMMER, *Concurrent Jurisdiction Under Regulation 1/2003 and the Issue of "Case Allocation"*, in *Common Market Law Review*, Vol. 42 (Issue 5), 2005, p. 1383. Ver, também, sobre esta classificação, DIRK LEHMKUHL, *ob. cit.* (*On Government...*), p. 150

4.3 – O “soft-law” e a *re-centralização* de certos poderes da Comissão.

132. O recurso, por parte da Comissão, a esse denominado “soft – law” não emergiu abruptamente com a reforma em curso (pelo menos, com a adopção e a entrada em vigência dos principais actos normativos que a corporizam, como, por exemplo, o Regulamento nº 1/2003). No entanto, a produção deste tipo de actos tem sido mais visível e intensa desde que a reforma ou modernização do Direito de *defesa da concorrência* comunitário está em curso. O próprio “Pacote Modernização”, composto quase exclusivamente por actos deste tipo (comunicações), acompanhou, desde logo, a entrada em vigência do Regulamento nº 1/2003.

A Comissão, prosseguindo as suas funções de *policymaking* através (massivamente) deste tipo de actos não normativos e formalmente não vinculativos, acaba, assim, por libertar-se do espartilho ao qual se subordinaria se, porventura, promovesse a adopção das medidas que constam de tal “soft-law”, através de actos normativos formais. Estes, bem entendido, só poderiam vir a ser adoptados através dos respectivos processos de decisão institucionalizados no Tratado, envolvendo a participação inter-institucional, desde logo, do Conselho e do Parlamento Europeu.

Assim sendo, utilizando a perspectiva característica da “teoria da agência”, poderemos dizer que a Comissão (o “agente”) vai preenchendo os eventuais espaços em branco existentes no sistema *antitrust* comunitário, através destes seus impulsos *não normativos* que, simultaneamente, lhe permitem, de forma directa e imediata, conduzir a aplicação da Política da concorrência comunitária de acordo com os *seus* objectivos e interesses específicos. Tal permite-lhe, portanto, ter um domínio mais intenso e imediato sobre a condução daquela Política, reforçando, conseqüentemente e *de facto*, nesse campo da concorrência, a sua posição e o seu poder face aos Estados-membros (os “mandantes”).

Em termos directos, como já referimos, a Comissão consegue, assim, pelo recurso ao “soft-law”, libertar-se da influência e do controlo políticos do

Conselho e do Parlamento Europeu (de quem, no caso desta última Instituição, depende, inclusivamente em termos formais - institucionais).

Em síntese, a Comissão reforça a sua posição perante os seus "mandantes" (os Estados-membros), podendo libertar-se dos eventuais engulhos que a necessária composição de interesses diversos e perspectivas políticas nacionais, por vezes antagónicas (e de que o Conselho e o Parlamento Europeus são palco), sempre provocaria.

A Comissão pode, assim, aprofundar a vocação técnica, nela presente e representada pela sua DG COMP, de autoridade reguladora politicamente independente e efectivamente supranacional, conduzindo a Política comunitária da concorrência de acordo com a sua perspectiva (técnica) e os seus interesses institucionais específicos – interesses estes que, em princípio, reconduzir-se-ão principalmente (senão mesmo exclusivamente) à busca da eficiência daquela política por si desenhada e da eficácia da respectiva aplicação.

Na realidade, o recurso sistemático aos actos que denominamos de "soft-law", permite, à Comissão, assumir uma efectiva *governance* da Política da concorrência comunitária e ganhar poder (e, conseqüentemente, autonomia, neste campo) face aos seus "mandantes".

Esta consequência será tanto mais inevitável, quanto mais a informação técnica específica, em matéria de concorrência, é detida pela Comissão. Esta poderá, inclusivamente, ouvir peritos independentes, solicitar pareceres e estudos que fundamentem as linhas da Política da concorrência comunitária que pretende implementar e, sobretudo, prosseguir um interesse concorrencial determinado, sem a influência dos circunstanciais interesses políticos nacionais que poderão mesmo colidir com tal interesse concorrencial, tal como, em cada momento, este é interpretado pela DG COMP.

A consequência assinalada e que poderemos resumir no reforço dos poderes da Comissão, em matéria de Política da concorrência comunitária, face (ou em detrimento) da posição e do poder dos Estados-membros, é ainda visível num outro aspecto: a Comissão Europeia, dessa forma (ou seja, prosseguindo as suas funções através, sistematicamente, de actos do referido "soft-law"), reforça *materialmente* o seu papel e a sua posição relativamente às

próprias autoridades nacionais da concorrência que, com a Comissão, *concorrenciam* também, desde 1 de Maio de 2004, na aplicação dos artigos 81º e 82º do Tratado CE e que, conjuntamente com ela, integram a “rede europeia de autoridades da concorrência”.

133. Este aspecto – ou seja, o reforço, por parte da Comissão, do seu estatuto e do seu poder, face às autoridades nacionais, no domínio da Política da concorrência – é decisivo para a compreensão do quadro concorrencial ou *antitrust* europeu.

Importa não esquecer que o *know-how* técnico e os meios de que, em matéria de *defesa da concorrência*, a Comissão dispõe, serão dificilmente alcançáveis pelas autoridades dos Estados – membros. Com excepção de algumas (poucas) autoridades nacionais – como será o caso da britânica (*the Office of Fair Trading*), da francesa (actualmente, *le Conseil de la Concurrence*), da alemã (*Bundeskartellamt*) e da italiana (*Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*) – a maioria dessas autoridades não terá ainda a experiência e os meios necessários para tentar, também, impor os seus próprios interesses, determinados pelas especificidades das respectivas economias nacionais em que se inserem, no contexto comunitário. De resto, apenas desde 1990 é que todos os Estados-membros passaram a ter instituídas legislações ou sistemas de *defesa da concorrência*, nos respectivos ordenamentos jurídicos internos⁵⁵¹.

Neste quadro, admitindo que as próprias legislações e sistemas internos não seguem, todos eles, a mesma perspectiva comunitária, relativamente aos objectivos e à aplicação da política da concorrência⁵⁵², o desenvolvimento de um *soft-law*, por iniciativa da Comissão, poderá, também, ajudar a contornar a *potencial quebra de uniformidade*, resultante de tais diferenças, no que respeita à aplicação nacional das regras de *defesa da concorrência* comunitárias.

⁵⁵¹ DIRK LEHMKUHL, *ob. cit.* (*On Government...*), p. 151.

⁵⁵² ALAN RILEY, *EC Antitrust Modernisation: The Commission Does Very Nicely – Thank You! Part Two: Between the Idea and the Reality: Decentralisation Under Regulation 1*, in *European Competition Law Review*, nº 24, p. 659, *apud* DIRK LEHMKUHL, *ob. cit.* (*On Government...*), p. 151

No fundo, a Comissão consegue dispor, através do recurso a tal “quase-legislação”, de um instrumento que lhe permite impor mais facilmente uma uniforme aplicação dos normativos comunitários nos vários Estados-membros, assim como uma convergência tendencial dos respectivos sistemas nacionais, com os parâmetros comunitários. A prazo, daqui resultará, também e conseqüentemente, uma influência significativa da Comissão sobre a própria actividade dos Tribunais dos Estados-membros, no que diz respeito, por exemplo, à aplicação dos artigos 81º e 82º do Tratado CE.

A preocupação com a existência de um quadro uniforme de aplicação das regras comunitárias de *defesa da concorrência*, ao nível interno dos Estados-membros, suscita uma atenção particular, no âmbito da análise à reforma em curso, promotora da aplicação descentralizada das regras de *defesa da concorrência* comunitárias, por parte das autoridades e dos Tribunais nacionais.

A propósito da posição dos Tribunais nacionais, importa não esquecer que um dos objectivos da reforma é, também, o desenvolvimento da aplicação impositiva de carácter privado das normas comunitárias da concorrência (“private enforcement”) – o que significa uma (pretendida) intervenção, cada vez mais relevante, dos Tribunais dos Estados-membros, na aplicação daquelas regras. Naturalmente, este objectivo terá sempre que ser considerado à luz do equilíbrio político que suporta a construção europeia: o equilíbrio entre, por um lado, a sua natureza originariamente estadual (ou, se quisermos, inter-governamental), pressupondo, ainda e sempre, uma margem inultrapassável de poderes soberanos e, por outro lado, a natureza (da construção europeia) supranacional.

Dito de outro modo, a provável pretensão da Comissão Europeia de, através da uniformização e convergência tendencial dos sistemas nacionais *antitrust*, com a (sua) Política da concorrência comunitária, conseguir, também, influenciar (ou ser seguida) pelos Tribunais dos Estados-membros, terá sempre os limites de concretização determinados pelas exigências, em cada momento, de tal equilíbrio político. Não poderemos, por exemplo, olvidar o princípio da

autonomia processual reconhecido aos Estados-membros (desde logo, nos termos do Regulamento nº 1/2003).

Ora, este princípio da autonomia processual que, naturalmente, se impõe como limite à tentativa (objectivo), atrás imputado à Comissão, de influenciar directamente os próprios Tribunais dos Estados-membros⁵⁵³, invoca alguns aspectos decorrentes do regime instituído pelo Regulamento nº 1/2003 que traduzem, de facto, o *sentido descentralizador* (ou relativamente descentralizador) da aplicação dos artigos 81º e 82º do Tratado CE, pretendido pela reforma em curso.

⁵⁵³ Tribunais dos Estados-membros que são *peças – chave* da estratégia de desenvolvimento da aplicação impositiva de carácter privado (ou “private enforcement”) do Direito da concorrência comunitário, com o objectivo geral de reforçar a eficácia da sua aplicação.

CAPÍTULO 5º - Os Regulamentos de “isenção por categoria de acordos” e o princípio da autonomia processual, no quadro da aplicação descentralizada dos artigos 81º e 82º do Tratado CE.

5.1 – Ponto de ordem.

134. A reforma em curso – concretamente, através do Regulamento nº 1/2003 – pôs fim a um dos principais traços do regime de aplicação dos artigos 81º e 82º do Tratado CE, instituído pelo regulamento nº 17 de 1962: a competência (quase) exclusiva da Comissão, relativamente à aplicação dos artigos 81º e 82º do Tratado CE (numa perspectiva institucional, sem dúvida o traço mais marcante do regime antecedente).

Em rigor e no que diz respeito especificamente ao artigo 81º do Tratado CE, existia, antecedentemente, a seguinte competência exclusiva da Comissão: só esta poderia, de facto, emitir uma decisão/declaração de inaplicabilidade do nº 1, ao abrigo do nº 3, daquela norma (“juízo de balanço económico” positivo)⁵⁵⁴.

⁵⁵⁴ “Trata-se assim de uma saudável aplicação dos princípios do direito comunitário da concorrência: uma vez que a Comissão não dispõe de recursos capazes de satisfazer as necessidades de uma aplicação eficaz das regras comunitárias da concorrência esse direito exclusivo deve ser abolido”. A frase é de MOURA E SILVA e data já de 2000 (antecedendo, portanto, o próprio Regulamento nº 1/2003): MIGUEL MOURA E SILVA, *Descentralização da Aplicação do Direito Comunitário da Concorrência – Uma visão pessoal*, Comunicação apresentada nas Jornadas da Concorrência realizadas em Lisboa a 8 de Junho de 2000, numa iniciativa conjunta da *Direcção-Geral do Comércio e da Concorrência* e da *Comissão Europeia*. No entanto, como hoje em dia é generalizadamente aceite pela doutrina e pela própria Comissão, as razões determinantes do fim do “monopólio” que a Comissão detinha, não se restringem, apenas, à questão dos recursos (ou da falta deles) de que esta Instituição então dispunha. Este regime de aplicação “concorrente” e generalizada dos artigos 81º e 82º do Tratado CE – passando, para além da própria Comissão, pelas autoridades nacionais e pelos Tribunais dos Estados-membros – deve ser entendido numa perspectiva ampla e sistemática, englobando, também, factores/objectivos de carácter político. Neste sentido, sublinhamos, novamente, o contributo que a perspectiva fornecida pela “teoria da agência” poderá ter, para a compreensão da reforma e, sobretudo, do papel dela emergente para a Comissão.

É certo que, desde 1973 e de acordo com a jurisprudência constante do Tribunal de Justiça (a partir do Acórdão *Brasserie de Haecht II*) consideravam-se *directa e imediatamente* aplicáveis as regras do nº 1, do artigo 81º (ex-artigo 85º) e do artigo 82º (ex-artigo 86º), ambos do Tratado CE – tendo estes normativos comunitário, em consequência e desde então, a poderem ser aplicados quer pela Comissão, quer pelas autoridades e Tribunais nacionais. No entanto, o monopólio da aplicação do nº 3, do artigo 81º - que, no fundo, representava um volume significativo dos casos de aplicação do sistema comunitário de *defesa da concorrência* - permanecia na esfera da Comissão.

Ora, surgem, à luz do Regulamento nº 1/2003 e directamente a propósito desta *aplicação descentralizada* (ou, noutra perspectiva, do fim do *monopólio* da Comissão, no que respeita à aplicação do nº 3, do artigo 81º, assim como do artigo 82º, ambos do Tratado CE), dois aspectos técnicos relevantes que contribuem para fixarmos com mais nitidez os contornos deste novo regime de aplicação daquelas regras do Tratado.

Referimo-nos, por um lado, aos “regulamentos de isenção por categoria de acordos” e, por outro, precisamente à referida questão da autonomia processual das autoridades e dos Tribunais dos Estados-membros⁵⁵⁵.

5.2 – Os Regulamentos de “isenção por categoria de acordos”. O artigo 29º do Regulamento nº 1/2003 e o controlo judicial de mera legalidade das decisões de “retirada do benefício da isenção por categoria”, adoptadas pelas Autoridades nacionais.

135. No que diz respeito aos “regulamentos de isenção por categoria de acordos”, importa determo-nos no artigo 29º do Regulamento nº 1/2003, que nos é apresentado sob a epígrafe de “Retirada Individual”.

Assim, esse artigo 29º determina o seguinte:

⁵⁵⁵ PEDRO MADEIRA FROUFE, *A Aplicação dos Artigos 81º e 82º do Tratado CE: O novo Regime Instituído pelo Regulamento (CE) nº 1/2003 do Conselho*, in *Temas de Integração*, nº 19, 1º Semestre de 2005, p. 161, em particular, sobre estes dois pontos referidos, p. 180-190.

“1. Se, por força da competência que lhe foi atribuída por um regulamento do Conselho - como os regulamentos nº 19/65/CEE, (CEE), nº 2821/71 (CEE), nº 3976/87 (CEE), nº 1534/91 (CEE) ou nº 479/92 - para aplicar o nº 3, do artigo 81º do Tratado, por via de regulamento, a Comissão tiver declarado o nº 1, do artigo 81º do Tratado não aplicável a certas categorias de acordos, decisões de associações de empresas ou práticas concertadas, pode, oficiosamente ou na sequência de uma denúncia, retirar o benefício desse regulamento de isenção, se considerar que num determinado caso, um acordo, decisão ou prática concertada abrangidos por esse regulamento de isenção produzem efeitos incompatíveis com o nº 3, do artigo 81º, do Tratado

2. Se, num caso determinado, certos acordos, decisões de associações de empresas ou práticas concertadas abrangidos por um regulamento da Comissão referido no nº 1, produzirem efeitos incompatíveis com o nº 3, do artigo 81º do Tratado *no território de um Estado-Membro* ou numa parte desse território que apresente todas as características de um mercado geográfico distinto, a autoridade desse Estado-Membro responsável em matéria de concorrência pode retirar o benefício da aplicação do Regulamento em causa relativamente a esse território”.

Resulta, literalmente, da norma transcrita – pese embora a sua redacção pouco linear - que, ao contrário do que sucede com as autoridades de concorrência dos Estados-membros, os Tribunais nacionais *não* poderão evitar a produção de efeitos de um “Regulamento de isenção por categoria”. Isso mesmo, de resto, foi, também, afirmado expressamente nos números 2 e 37 da Comunicação da Comissão, contendo as suas “orientações relativas à aplicação do nº 3, do artigo 81º do Tratado⁵⁵⁶”.

O nº 2 da mencionada Comunicação, afirma, com efeito, o seguinte:

⁵⁵⁶ Jornal Oficial nº C 101, de 27.04.2004, p. 97. Trata-se de outro acto de “soft-law”, emanado da Comissão e também integrante do “Pacote Modernização”

“(...) Os acordos abrangidos por isenções por categoria não podem ser declarados inválidos por tribunais nacionais, no âmbito de litígios entre particulares”.

O nº 37 da mesma Comunicação explicita, no mesmo sentido, que os Tribunais dos Estados-membros “não têm poder para retirar o benefício de isenções por categoria. Além disso, na aplicação dos regulamentos de isenção por categoria, os Tribunais dos Estados-membros não podem alterar o seu âmbito, tornando-os extensivos a acordos não originalmente abrangidos pelo regulamento de isenção por categoria em questão (...)”.

Na verdade, o nº 2 do artigo 29º do Regulamento nº 1/2003 (atrás transcrito), atribui às autoridades nacionais (*e não aos Tribunais dos Estados-membros*) a possibilidade de estas - oficiosamente e, portanto, por iniciativa própria - retirarem localmente, *no território* do respectivo Estado-membro, o benefício da aplicação de um “regulamento de isenção por categoria de acordos” a determinadas condutas comerciais, beneficiárias desse mesmo regulamento. Naturalmente, isto sucederá se, porventura, as condutas em causa produzirem, segundo a avaliação da respectiva autoridade da concorrência e *no referido território nacional em causa ou numa parte dele que apresente todas as características de um mercado geográfico distinto*, efeitos tidos por incompatíveis com o nº 3, do artigo 81º do Tratado CE.

Tal possibilidade, naturalmente, não se prevê, nem se estende, como notamos, relativamente aos Tribunais nacionais – de resto, em consonância, também, com alguns entendimentos da jurisprudência do Tribunal de Justiça, expressos, nomeadamente, no seu Acórdão de 28 de Janeiro de 1991, Acórdão *Delimitis*⁵⁵⁷.

Na realidade, não se vislumbra como seria operativamente possível os Tribunais dos Estados-membros - *no exercício de funções jurisdicionais e actuando sob impulso das partes num litígio concreto* - procederem a uma avaliação eminentemente político-económica e julgarem os possíveis efeitos de uma determinada entente, porventura incompatíveis no território nacional com

⁵⁵⁷ Processo nº C – 234/89, Colectânea, p. I – 935, especialmente o respectivo ponto 46.

o nº 3, do artigo 81º do Tratado CE – e isto, a ponto de se justificar a retirada do mencionado benefício previsto num concreto “regulamento de isenção”.

Além disso, mesmo que tal possibilidade não fosse ténue, ela significaria sempre atribuir aos órgãos jurisdicionais funções eminentemente políticas e administrativas, desrespeitando-se, assim, o núcleo fundamental da “separação de poderes”.

Retornando aos termos da “teoria da agência” e, nessa óptica, perspectivando as relações (sempre complexas) entre a Comissão e os Tribunais dos Estados-membros, uma leitura possível do artigo 29º, do Regulamento nº 1/2003, seria aquela que nos autorizaria a chegar ao seguinte encadeamento de conclusões:

A Comissão e as autoridades nacionais da concorrência poderão intervir na matéria em causa (retirada do benefício de um “regulamento de isenção por categoria de acordos”, relativamente a uma concreta entente), ao invés dos Tribunais nacionais. Daqui resultará uma implícita assumpção de que a matéria em causa pertencerá exclusivamente à esfera de apreciação/decisão (política e de oportunidade) daquelas autoridades que integram a “rede europeia de autoridades da concorrência”.

Assim sendo, implicitamente, afirma-se, também, que o eventual controlo judicial a desenvolver pelos Tribunais dos Estados-membros, relativamente à decisão da respectiva autoridade nacional, adoptada nos termos do nº 2 do artigo 29º do Regulamento nº 1/2003, será um mero controlo restrito da legalidade formal de tal decisão. Deixa-se, de certo modo, claro, qual é o limite da intervenção judicial, em relação ao controlo da aplicação da Política da concorrência, a propósito desta matéria que envolve os “regulamentos de isenção por categoria de acordos”.

Nos termos expostos e relativamente à determinação concreta da Política da concorrência comunitária, quer as autoridades nacionais (nos termos do nº 2, daquele artigo 29º do Regulamento nº 1/2003), quer a Comissão (número 1, daquele mesmo artigo 29º), disporão, aparentemente, da mesma capacidade (poder) de intervenção (naturalmente, as autoridades nacionais

circunscrevendo a sua eventual intervenção, aos limites do território sobre o qual detêm jurisdição).

No entanto, se, como referimos a propósito do recurso sistemático, por parte da Comissão, a actos de "soft-law", esta Instituição conseguir utilizar tal "quase-legislação" para impor mais facilmente uma aplicação uniforme dos normativos comunitários nos vários Estados-membros, então, de facto e a prazo, a Comissão conseguirá influenciar ou mesmo determinar significativamente a actividade dos Tribunais nacionais, no que diz respeito à aplicação dos artigos 81º e 82º do Tratado CE. Tal será consequência da mencionada uniformidade (e, portanto, de uma subordinação material das autoridades nacionais às posições da Comissão), conjugada com o controlo judicial de mera legalidade das decisões das autoridades internas (pelo menos, no que diz respeito à utilização da possibilidade concedida pelo nº 2, do artigo 29º do Regulamento nº 1/2003 – ou seja, decisões de retirada do benefício concedido por um "regulamento de isenção").

Seguindo a perspectiva exposta e pressupondo os termos de análise típicos da "teoria da agência", diremos que esta norma do artigo 29º, do Regulamento nº 1/2003, poderá gerar, a médio prazo, um efeito de manutenção (ou mesmo de reforço) do poder da Comissão, enquanto principal Instituição da Política da concorrência comunitária - pelo menos, no domínio específico dos "regulamentos de isenção por categoria de acordos".

Assim, a aparente perda de poder que aquela Instituição comunitária sofreria em consequência da reforma promovida pelo Regulamento nº 1/2003, descentralizando, a favor do nível nacional, a aplicação dos artigos 81º e 82º do Tratado CE, poderá não se verificar, no domínio das situações previstas naquele artigo 29º. Com efeito, essa manutenção ou mesmo reforço da posição da Comissão resultará, por um lado, da presumível conformidade com a "bitola" comunitária que a Comissão conseguirá implementar na aplicação, ao nível dos Estados-membros, das regras do Tratado CE referidas e, por outro lado, do facto de os Tribunais nacionais desenvolverem (pelo menos, no que diga respeito às decisões adoptadas pelas autoridades nacionais, no uso da

faculdade que lhes é proporcionada pelo nº 2, do artigo 29º daquele Regulamento) um mero controlo estrito de legalidade.

Recorde-se, apenas, que, de acordo com o ponto de vista exposto, a referida uniformidade na aplicação nacional das regras dos artigos 81º e 82º do Tratado CE, será facilitada pelo recurso sistemático, feito pela Comissão, a actos de "soft-law, na condução da Política da concorrência comunitária.

5.3 – O princípio da autonomia processual, reconhecido às Autoridades e Tribunais dos Estados-membros.

136. Assim, as autoridades dos Estados-membros (mas não os respectivos Tribunais), poderão retirar, no seu território nacional ou numa parte dele, "apresentando as características de um mercado geográfico distinto", o benefício resultante da aplicação de um "regulamento de isenção", sempre que as ententes consideradas por tais autoridades produzam efeitos incompatíveis com o nº 3, do artigo 81º do Tratado CE (número 2, do artigo 29º do Regulamento nº 1/2003).

A actuação das autoridades nacionais da concorrência, no exercício desta faculdade que lhes é atribuída pela mencionada norma do Regulamento nº 1/2003, será, necessariamente, regida pelo respectivo Direito nacional – em conformidade, desde logo, com a competência territorial limitada dessas autoridades. De resto, entendemos que os próprios limites naturais e actuais da ordem comunitária, incorporando, ademais, o princípio da subsidiariedade, levar-nos-iam sempre a esta conclusão - a da aplicação do respectivo Direito nacional, pelas autoridades dos Estados-membros.

Importa, ainda, considerar a este propósito, o nº 1, do artigo 22º, do Regulamento nº 1/2003.

Esta norma estabelece que a autoridade de um Estado-Membro responsável em matéria de concorrência "pode proceder, no seu território, a qualquer inspecção ou outras medidas de inquérito *em aplicação da respectiva legislação nacional* em nome e por conta da autoridade de outro Estado-

Membro responsável em matéria de concorrência a fim de determinar a existência de uma infracção aos artigos 81º ou 82º do Tratado (...)”⁵⁵⁸.

A competência assim outorgada às autoridades nacionais, poderá, ainda, ser exercida por estas, não só a pedido e por conta das autoridades de outro Estado-membro, mas também (como já vinha sucedendo desde o Regulamento nº 17 de 1962) em nome e a pedido da Comissão.

Ora, também nesta última hipótese referida e nos termos do nº 2, daquele artigo 22º, de facto, “ (...) os funcionários das autoridades dos Estados-Membros responsáveis em matéria de concorrência incumbidos de proceder às inspecções e os agentes por elas mandatados exercem os seus poderes nos termos da respectiva legislação nacional”.

Assim sendo, sob o ponto de vista processual e no que respeita à actuação das autoridades nacionais (designadamente, nas situações enunciadas), o Regulamento nº 1/2003 preserva, a favor destas autoridades, um “princípio de autonomia”.

Além disso, na medida em que os Tribunais nacionais apreciarão o exercício das competências atribuídas a tais autoridades, poderemos, então, falar de um princípio da autonomia processual, a favor quer das autoridades da concorrência, quer dos órgãos jurisdicionais dos Estados-membros.

137. O princípio de autonomia processual é, portanto, uma característica do novo regime (relativamente) descentralizado de aplicação das regras dos artigos 81º e 82º do Tratado CE – sendo, também, uma consequência lógica e inevitável da competência global de aplicação de tais dispositivos de *defesa da concorrência* comunitários, atribuída, agora, também às autoridades e aos Tribunais dos Estados-membros.

Confirmando este entendimento, logo em Dezembro de 2004 (poucos meses após a entrada em vigência do Regulamento nº 1/2003) a *Cour de*

⁵⁵⁸ O sublinhado é da nossa responsabilidade.

Cassation de Paris (*Chambre Commerciale*), reconheceu, no seu Acórdão nº 1040, de 14 de Dezembro de 2004⁵⁵⁹ o princípio enunciado.

Esse Tribunal superior francês, com efeito, foi um dos primeiros a afirmar claramente a obrigação que impende sobre uma autoridade nacional (no caso, a gaulesa) de, em sede de aplicação dos artigos 81º e 82º do Tratado CE, seguir as regras processuais nacionais e não eventuais regras ou princípios (de processo) comunitários, de direito derivado ou resultantes da própria jurisprudência do Tribunal de Justiça ou do Tribunal de Primeira Instância.

No entanto, a afirmação deste “princípio da autonomia processual” nacional, feita pela mencionada *Cour de Cassation*, é, para este mesmo Tribunal, atenuada por uma hipotética excepção geral, também expressa no referido Acórdão: tal obrigação poderá, eventualmente, ceder, caso a aplicação das regras nacionais de carácter processual *difficulte excessivement ou obste*, mesmo, à aplicação do Direito comunitário da concorrência.

Com efeito, pode ler-se naquele Acórdão da *Cour de Cassation* o seguinte : “(...) alors que le principe de l’autonomie procédurale commande à l’autorité nationale de concurrence qui applique les articles 81º et 82º du Traité CE de mettre en œuvre les règles de procédure internes, sauf si ce principe conduit à rendre impossible ou excessivement difficile l’application du droit communautaire de la concurrence⁵⁶⁰ .

⁵⁵⁹ *Cour de Cassation, Chambre Commerciale, Arrêt n° 1040* de 14.12.2004, em que são partes, respectivamente, *Société Pharma Lab, S.A* e *Société Glaxosmithkline GSK* e outras. Disponível na *Internet* em: http://www.courdecassation.fr/agenda/agenda_new/I-2004-12-14-0217012-Decision-com.htm (Agosto de 2009)

⁵⁶⁰ E isto, não sem antes o mencionado Tribunal superior ter, de um modo inequívoco, afirmado o seguinte: « (...) conformément à l’exigence d’efficacité et d’uniformité d’application du droit communautaire sur l’ensemble du territoire de l’Union, comme à celle de sécurité juridique des entreprises, que les critères d’appréciation du bien fondé de telles mesures sont ceux définis par le droit communautaire et que les dispositions de l’article L 464-1 du Code de commerce doivent, en tant que de besoin, être interprétées à la lumière de ceux-ci ». No fundo, encontra-se, aqui, sinteticamente, a fundamentação para que tal autonomia dos ordenamentos internos se reporte, unicamente, ao direito processual aplicável e não ao direito substantivo: a exigência de eficácia e de uniformidade na aplicação do Direito comunitário e a segurança jurídica. Saliente-se, ainda, que aquele Tribunal entende, no que diz respeito à aplicação simultânea dos

138. Podemos, no entanto, considerar que existem alguns riscos decorrentes deste princípio da autonomia processual - concretamente, riscos em termos de segurança jurídica, susceptíveis de perturbar uma eficaz *defesa da concorrência* comunitária.

Tais riscos têm a sua origem, desde logo, na falta de actuação uniforme consolidada (ou, numa outra formulação, ausência de uma actuação padronizada), entre todas as entidades nacionais integrantes da "rede europeia de autoridades de concorrência". Ou seja - e regressando, novamente, à temática do "soft - law" que atrás consideramos - a possível atenuação de tais riscos, poderá resultar, de facto, do sucesso que a Comissão obtenha na tentativa de garantir uma uniformização e uma convergência tendencial dos sistemas nacionais *antitrust*, com a (sua) Política da concorrência comunitária.

Dissemos, atrás, que a Comissão, ao socorrer-se sistematicamente de actos de "soft-law", poderia, também, mais facilmente, contornar a potencial *falta de uniformidade* na aplicação nacional das regras dos artigos 81º e 82º do Tratado CE - potencial falta de uniformidade referida, resultante das diferenças que vão existindo entre os sistemas internos de *defesa da concorrência*.

Na verdade, para além de diferenças notórias de experiência e de meios entre as respectivas autoridades nacionais da concorrência, nem todos os ordenamentos internos, como referimos (apoiando-nos em RILEY⁵⁶¹) terão seguido a (mesma) perspectiva comunitária, relativamente aos objectivos e à aplicação de uma política da concorrência.

No fundo - e também já o notamos anteriormente - a Comissão, através do recurso a tal "quase-legislação" ou "soft - law", consegue dispor de um instrumento que lhe permite impor mais facilmente uma uniforme aplicação dos normativos comunitários nos vários Estados-membros, bem assim como uma convergência tendencial entre os respectivos sistemas nacionais e o

dispositivos de Direito nacional, seguir a doutrina da "interpretação conforme" (corolário da lealdade comunitária).

⁵⁶¹ ALAN RILEY, *ob. cit.* (*EC Antitrust Modernisation...*) *apud* DIRK LEHMKUHL, *ob. cit.* (*On Government...*), p. 151

sistema comunitário – caminhando-se, assim, para a referida “juridificação de um regime Europeu da concorrência” (WILKS⁵⁶²).

A propósito, ainda, destes riscos de falta de uniformidade, refere CRUZ VILAÇA, no seu comentário à então Proposta do Regulamento nº 1/2003, que “(...) a inevitável limitação territorial de competência pode contribuir para abalar a coerência interna do sistema decisório.

Considere-se, por exemplo, o caso frequente, de sistemas de distribuição que abrangem o conjunto do território comunitário, ou então os casos que envolvem redes de telecomunicações, de energia, de transportes, mercados financeiros ou eventos desportivos internacionais. Apreciado por duas ou mais autoridades nacionais diferentes o mesmo sistema ou rede pode ser considerado por uma delas como compatível com o nº 3, do artigo 81º, ao passo que outra ou outras o considerarão incompatível”⁵⁶³.

Por outro lado ainda, a possível falta de actuação uniforme entre as várias autoridades (e também, Tribunais) dos Estados-membros, favorece práticas de “forum shopping”. Este será outro dos riscos advenientes do referido princípio da “autonomia processual” e da aplicação das legislações nacionais, por parte das autoridades da concorrência, no exercício das competências gerais que lhes são atribuídas pelo Regulamento nº 1/2003 (nomeadamente, nos já referidos artigos 22º e 29º).

Seguindo, novamente, a exposição e a crítica de CRUZ VILAÇA, relativas a este ponto, existe a possibilidade de um regime como o que é instituído pelo Regulamento nº 1/2003 - caracterizado como sendo um regime de “multiple enforcement” *a posteriori* - acolher práticas de “forum shopping” que permitam às empresas demandar diferentes autoridades, em busca de um “justiceiro”.

Na realidade, uma vez que a decisão de uma determinada autoridade de rejeitar uma denúncia, não se impõe às demais autoridades dos restantes

⁵⁶² STEPHEN WILKS, *ob. cit.* (*Agency Escape...*), p. 448

⁵⁶³ JOSÉ LUIS CRUZ VILAÇA, *A Modernização da aplicação das regras comunitárias de concorrência segundo a Comissão Europeia. Uma reforma fundamental in Boletim da Faculdade de Direito*, Universidade de Coimbra, Volume Comemorativo, Coimbra, 2003, p. 744.

Estados-membros, ou à Comissão, estas poderão, quando sejam, porventura, confrontadas com uma nova denúncia sobre o mesmo caso, decidir investigar o mesmo comportamento, alegadamente anti-concorrencial.

Recorde-se que o mecanismo previsto no artigo 13º do Regulamento nº 1/2003, como vimos (*supra*, IIª Parte, respectivo Capítulo 2º), pretende acudir a este tipo de situação. No entanto, este dispositivo consagra, apenas, uma *faculdade* de suspensão da tramitação ou de rejeição de uma eventual denúncia recebida, a favor da autoridade que intervenha (nomeadamente, na sequência de tal denúncia ou denúncias) ulteriormente àquela que tenha já dado início à instrução do processo, não estancando, em definitivo, a possibilidade (pelo menos, em teoria) assinalada de duas ou mais autoridades decidirem investigar o mesmo comportamento.

139. Seguindo a perspectiva de análise fornecida pela “teoria da agência”, poderemos afirmar que os actos de “soft-law” que têm marcado, ultimamente, a actividade decisória da Comissão em matéria de Política da concorrência comunitária, permitem àquela Instituição desenvolver os seus objectivos e reforçar o seu estatuto de “policymaking”, no âmbito dessa política comum.

A reforma empreendida (precisamente) pela Comissão, desde 1999, bem assim como a conseqüente descentralização e a generalização da aplicação dos artigos 81º e 82º do Tratado CE, deixam, portanto e segundo a perspectiva assinalada, de significar uma redistribuição de poderes no domínio da Política da concorrência comunitária, uma influência comumente partilhada, em partes iguais, entre a Comissão (antigamente, detentora, na prática quotidiana, de um monopólio de aplicação daqueles normativos), as autoridades e os Tribunais nacionais.

Através desse “soft-law” cada vez mais abundante e presente na conformação da Política comunitária em causa, a Comissão vai criando condições - através da *padronização* dos comportamentos das autoridades nacionais que tal “soft-law acaba por desencadear - para gerir em termos

relativamente semelhantes aos de uma entidade reguladora técnica supranacional e independente, essa mesma Política da concorrência⁵⁶⁴.

Recorde-se que através de uma produção constante de comunicações contendo orientações ou "guide-lines", declarações e outros actos que atrás classificamos como actos de "soft – law" de carácter *pré-decisório* e dirigidos a aspectos específicos da Política da concorrência comunitária⁵⁶⁵ – aspectos esses, não regulados formalmente, de modo normativo e vinculativo - a Comissão vai prosseguindo e implementando os seus específicos objectivos e visões interpretativas.

Essa conquista da Comissão tem ocorrido em matérias tão importantes como, por exemplo: os critérios para a determinação das coimas⁵⁶⁶; o tratamento das denúncias⁵⁶⁷; o método de interpretação e de aplicação da "norma-chave" do nº 3, do artigo 81º do Tratado CE⁵⁶⁸; o relacionamento entre os Tribunais dos Estados-membros e a própria Comissão⁵⁶⁹; as "cartas de orientação" resultantes, implicitamente, dos termos do considerando nº 38 do Regulamento nº 1/2003⁵⁷⁰; a interpretação do conceito (fundamental) de

⁵⁶⁴ Desenvolvendo-se, assim, progressivamente, as condições para que, em rigor e actuando *de facto* como uma entidade daquele tipo (entidade reguladora técnica e supranacional), a DG COMP sobressaia, dentro da própria Comissão.

⁵⁶⁵ Ver Classificação e funções dos actos de "soft – law", *supra*, nº 4.2, do Capítulo 4º, da presente IIIª Parte.

⁵⁶⁶ Orientações para o cálculo das coimas aplicadas por força do nº 2, alínea a), do artigo 23º do Regulamento (CE) nº 1/2003, (2006/ C 210/02), Jornal Oficial nº C 210, de 1.09.2006, p. 2.

⁵⁶⁷ Comunicação da Comissão relativa ao tratamento das denúncias nos termos dos artigos 81º e 82º do Tratado CE, (2004/C 101/05), Jornal Oficial nº C 101, de 27.04.2004, p. 65.

⁵⁶⁸ Comunicação da Comissão "Orientações relativas à aplicação do nº 3, do artigo 81º do Tratado CE", (2004/C 101/08), Jornal Oficial nº C 101, de 27.04.2004, p. 97.

⁵⁶⁹ Comunicação da Comissão sobre a cooperação entre a Comissão e os Tribunais dos Estados-Membros da UE na aplicação dos artigos 81.º e 82.º do Tratado CE, (2004/C 101/04), Jornal Oficial nº C 101, de 27.04.2004, p. 54.

⁵⁷⁰ Comunicação da Comissão sobre a orientação informal relacionada com questões novas relativas aos artigos 81.º e 82.º do Tratado CE que surjam em casos individuais (cartas de orientação), (2004/C 101/06), Jornal Oficial nº C 101, de 27.04.2004, p. 78.

“afecção do comércio entre os Estados-membros”, previsto nos artigos 81º e 82º do Tratado CE⁵⁷¹; o modo como deverá ser interpretado o artigo 81º do Tratado CE, relativamente a certos acordos de transferência de tecnologia⁵⁷² e os próprios objectivos e métodos de aplicação do artigo 82º do Tratado CE⁵⁷³.

Como salientamos já, tal intervenção conformadora da Comissão - tocando em alguns aspectos fundamentais que, sob a aparência de matérias operativas, eminentemente processuais e regulamentares, acabam por conter verdadeiras opções políticas de fundo, modificativas dos próprios objectivos e funções da política comum em causa - é desenvolvida à margem da participação/intervenção do Conselho e do Parlamento Europeu. A Comissão liberta-se, assim, dos processos de decisão normativa, instituídos no Tratado.

Na perspectiva da “teoria da agência”, a Comissão desenvolve essa intervenção, autonomizando-se dos seus “mandantes” (os Estados-membros) - pese embora acabar por influenciar ou mesmo conformar, materialmente, alguns aspectos cuja importância em termos de definição da própria política comum, é decisiva (em alguns casos, inclusivamente, chegando-se a discutir se, porventura, o tipo de orientações assumidas e anunciadas pela Comissão, não deveriam ser objecto de oportuna e ulterior revisão do Tratado - *vg.* o caso da reforma da aplicação do artigo 82º).

⁵⁷¹ Comunicação da Comissão - Orientações sobre o conceito de afecção do comércio entre Estados-Membros previstos nos artigos 81.º e 82.º do Tratado, (2004/C 101/06), Jornal Oficial nº C 101, de 27.04.2004, p. 81.

⁵⁷² Comunicação da Comissão “Orientações relativas à aplicação do artigo 81.º do Tratado CE aos acordos de transferência de tecnologia”, (2004/C 101/02), Jornal Oficial nº C 101, de 27.04.2004, p. 2.

⁵⁷³ Comunicação da Comissão de 3 de Dezembro de 2008, cuja versão preliminar foi publicada, originalmente, em língua inglesa com o respectivo título de “Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82 EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings”. A versão em língua portuguesa foi posteriormente publicada em 09.02.2009 - C(2009) 864 final. Disponível na *Internet*, em: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/index.html> (Consulta Setembro de 2009)

B

CAPÍTULO 6º - A “rede europeia da concorrência”

140. Existem, ainda, dois outros *actores* fundamentais neste processo, contribuindo de forma imprescindível para que a Comissão - apesar da aplicação (em tese geral) descentralizada dos normativos dos artigos 81º e 82º do Tratado CE - possa reforçar⁵⁷⁴, efectivamente, a sua posição de domínio da Política da concorrência comunitária.

Assim, por um lado, importa sublinhar o papel de uma nova entidade saída directamente da reforma em curso (especificamente, do Regulamento nº 1/2003): a “rede europeia da concorrência⁵⁷⁵” (ou, “rede europeia de autoridades da concorrência”, uma vez que só estas e a Comissão é que a integram). Por outro lado, naturalmente, o Tribunal do Luxemburgo (em rigor, do Tribunal de Justiça e do Tribunal de Primeira Instância) terá uma intervenção decisiva, através da sua jurisprudência, na conformação do sentido que a reforma em curso poderá, definitivamente, seguir (como, de resto, já salientamos, a propósito do processo de transformação do denominado “soft-law” emanado pela Comissão, numa espécie de “hard-law”).

6.1 – Os riscos de uma aplicação não – uniforme e de uma *nacionalização* dos artigos 81º e 82º do Tratado CE.

141. Centremos a nossa atenção, por agora, na mencionada “rede europeia da concorrência”.

Importa começar pela razão de ser - na lógica do plano arquitectado pelo Regulamento nº 1/2003 – da sua criação, contextualizando, por conseguinte, a

⁵⁷⁴ Ou tenha condições para que, a médio prazo, possa garantir esse reforço.

⁵⁷⁵ Ver Comunicação da Comissão sobre a cooperação no âmbito da rede de autoridades de concorrência (2004/C 101/03), Jornal Oficial nº C 102, de 27.04.2004, p. 43.

necessidade e o papel da “rede”, como actor importante da reforma do Direito da concorrência comunitário.

Ora, sabemos que o sentido relativamente descentralizador do novo regime instituído pelo Regulamento nº 1/2003, traduz-se na atribuição de uma *competência global de aplicação* dos artigos 81º e 82º do Tratado CE, às autoridades e aos Tribunais dos Estados-membros. Como foi sublinhado, a descentralização e a generalização da aplicação daqueles normativos foram duas linhas de força da reforma empreendida pelo mencionado Regulamento.

A generalização significa que o monopólio da aplicação daquelas regras comunitárias, detido anteriormente pela Comissão, deixou de existir.

A Comissão tinha, efectivamente e de forma prática, durante a vigência do anterior regime instituído pelo Regulamento nº 17 de 1962, a competência exclusiva para a aplicação daqueles normativos⁵⁷⁶.

⁵⁷⁶ Recordemos, neste ponto, que, em rigor, essa exclusividade era afirmada, formal e jurisprudencialmente, apenas em relação ao nº 3, do artigo 81º do Tratado CE. No entanto, em termos operativos (até mesmo porque as autoridades e os Tribunais nacionais não podiam aplicar o referido nº 3, do artigo 81º do Tratado CE), tratava-se de uma exclusividade *de facto* que se verificava relativamente quer ao artigo 81º, quer em relação ao artigo 82º (neste caso, cremos que muito por falta de tradição interna, relativamente à tutela dos abusos de posição dominante).

“Com efeito, só a Comissão é que detinha, nos termos do Regulamento nº 17 de 1962, a competência exclusiva para aplicar a *norma chave* de todo o sistema, no que respeita ao princípio da proibição das ententes distorsoras da concorrência: o nº 3, do artigo 81º do Tratado CE (...) Por outro lado, de forma expressa, desde 1973 e a partir do Acórdão *Brasserie de Haecht II* (Acórdão do Tribunal de Justiça de 6 de Fevereiro de 1973, Processo 48/72, *Recueil*, p. 77) a jurisprudência do Tribunal de Justiça considerava *directa e imediatamente aplicáveis* as regras do nº 1, do artigo 81º (ex-artigo 85º) e do artigo 82º (ex- artigo 86º: princípio da proibição dos *abusos de posição dominante*), ambos do Tratado CE – podendo, portanto, tais regras, ser aplicadas quer pela Comissão, quer pelas autoridades e Tribunais nacionais, ao contrário do que então sucedia com o nº 3, daquele artigo 81º, cuja aplicação, conseqüentemente, dependia em exclusivo daquela Instituição comunitária” – PEDRO MADEIRA FROUFE, *ob. cit. (A aplicação dos Artigos 81º e 82º...)*, p. 163.

No desenho do regime actual, com efeito, tal competência de aplicação passa a ser *concorrentemente* exercida quer pela Comissão, quer pelas autoridades e Tribunais nacionais (sendo que o desenvolvimento da aplicação impositiva de carácter privado daquelas regras comunitárias, promovida através de acções judiciais cíveis, intentadas por empresas ou consumidores junto dos seus Tribunais nacionais é, também, um objectivo específico da reforma que, logicamente, contribuirá – concretizando-se tal desiderato – para o acentuar dessa generalização e descentralização).

A atribuição, às autoridades e Tribunais dos Estados-membros, de uma competência global de aplicação dos artigos 81º e 82º do Tratado CE, foi acompanhada – como referimos nos números precedentes - pelo “princípio da autonomia processual”, de que aquelas autoridades e Tribunais beneficiam.

Ora, salientamos, também, o facto de um sistema como o que é introduzido pelo Regulamento nº 1/2003 - prosseguindo, directa e formalmente, a descentralização e a generalização, relativamente à aplicação daqueles normativos do Tratado CE e reconhecendo, simultaneamente, o mencionado “princípio da autonomia processual” – (esse sistema) implicará a emergência do *risco de falta de uniformidade* na aplicação dos artigos 81º e 82º do Tratado CE.

Além deste risco, poderá sentir-se, também, um outro, associado/decorrente da referida falta de uniformidade e, ainda, noutra perspectiva, do método de “excepção legal” que passa a reger a aplicação daquelas regras e, em especial, do nº 3, do artigo 81º do Tratado CE: ou seja, o *risco da insegurança jurídica*.

A par dos riscos assinalados, poderá, ainda, sobrevir um terceiro: o da possível “nacionalização” do regime comunitário de *defesa da concorrência* (“nacionalização” da aplicação dos artigos 81º e 82º do Tratado CE).

Na realidade, esta “nacionalização” poderá, com propriedade, antever-se como hipótese muito plausível e projectar-se, pelo menos, em relação aos Estados-membros com uma tradição *antitrust* mais vincada e desenvolvida e

com autoridades mais experientes e equipadas com mais meios (como será o caso, do Reino Unido, da França, da Alemanha e da Itália⁵⁷⁷).

Essa “nacionalização” seria, com efeito, o resultado lógico de uma descentralização e generalização a favor dos Tribunais e das autoridades nacionais, das competências de aplicação das regras dos artigos 81º e 82º do Tratado, conjugadas com o referido “princípio da autonomia processual”.

Note-se, no entanto, que este risco de “nacionalização” do sistema comunitário (a propósito da aplicação dos artigos 81º e 82º do Tratado CE), será, com propriedade, projectável, sobretudo se nos cingirmos a uma observação directa e imediata dos contornos do regime instituído pelo Regulamento nº 1/2003, sem considerarmos certos factores que, com esse (novo) regime, deverão ser articulados. Referimo-nos, agora, concretamente, aos efeitos (atrás assinalados) do recurso, *intenso* e *extenso*, que a Comissão faz ao denominado “soft-law”.

Digamos que este perigo de “nacionalização” de parte do Direito da concorrência comunitário, será, também, tanto maior quanto mais lacunas ou “espaços em branco” forem detectados no regime comunitário, nomeadamente, no que diga respeito a aspectos técnico-processuais ou mesmo de regulação substantiva que estejam conexionados *determinantemente* com a aplicação dos artigos 81º e 82º do Tratado CE.

Exemplificando, poderíamos referir a ausência de critérios para a determinação concreta das sanções pecuniárias pela violação dos artigos 81º e 82º do Tratado CE, ou a falta de critérios normativos ou, meramente, de indicações, respeitantes à aplicação do “juízo de balanço económico”, previsto no nº 3, do artigo 81º daquele Tratado.

Aspectos de regulação como os referidos, sendo de carácter eminentemente técnico-processual, influem, contudo, directa e imediatamente, na aplicação operativa dos princípios contidos nos artigos 81º e 82º do Tratado CE; acabam por determinar, portanto, a configuração do próprio direito material

⁵⁷⁷ Não esquecendo a Espanha que tem vindo progressivamente a desenvolver tal tradição, partindo – entre outros factores - a sua antecedente experiência institucional, centrada em torno dos Tribunais de *defensa de la competencia* regionais (ou autonómicos).

em acção - neste caso, um Direito positivado de forma “aberta” e exprimindo-se através de um número significativo de conceitos indeterminados.

Nos casos apontados como ilustrações desses possíveis “espaços em branco” relevantes⁵⁷⁸ do regime comunitário que, portanto, poderiam afectar o sentido da aplicação das normas em causa do Tratado, sobressai, desde logo, a questão dos critérios para a aplicação do nº 3, do artigo 81º do Tratado CE.

Neste caso em particular, sem indicações que, com um mínimo de segurança e objectividade, balizassem o modo de aplicação concreto de tal “juízo de balanço económico”, seria quase inevitável a adopção, por cada autoridade nacional, de uma interpretação dos requisitos como a melhoria da “produção ou da distribuição dos produtos” ou a promoção “do progresso técnico ou económico” (citando apenas as duas primeiras condições positivas, requeridas pelo nº 3, do artigo 81º⁵⁷⁹), determinada por circunstancialismos da economia e, de um modo geral, da política económica nacionais. O problema, aqui, logicamente, resultaria do facto de, eventualmente, tais circunstancialismos nacionais, poderem perturbar ou mesmo anular a perspectiva comunitária.

⁵⁷⁸ Ou mesmo *perigosos*, na perspectiva dessa eventual “nacionalização” do Direito comunitário.

⁵⁷⁹ “As disposições do nº 1 podem, todavia, ser declaradas inaplicáveis:

- a qualquer acordo ou categoria de acordos, entre empresas; - a qualquer decisão ou categoria de decisões, de associações de empresas; e - a qualquer prática concertada, ou categoria de práticas concertadas, que contribuam para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos ou para promover o progresso técnico ou económico, contanto que aos utilizadores se reserve uma parte equitativa do lucro daí resultante, e que:

a) Não imponham às empresas em causa quaisquer restrições que não sejam indispensáveis à consecução desses objectivos.

b) Nem dêem a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa.” – nº 3, do artigo 81º do Tratado CE, fixando as condições (abertas) requeridas para que uma determinada prática de entente, proibida á luz do nº 1 dessa norma (“São incompatíveis com o mercado comum e proibidos...”), mereça um “juízo de balanço económico positivo” e, conseqüentemente, beneficie da inaplicabilidade daquele nº 1 e nº 2, dessa mesma norma.

Esses efeitos (de tal recurso ao "soft-law"), poderão consistir – e isto, voltando, novamente, a utilizar os termos da "teoria da agência" – num reforço da posição e do poder da Comissão Europeia, no domínio da Política da concorrência comunitária (como assinalamos atrás).

Esse reforço do poder da Comissão resultará do facto de esta Instituição passar, previsivelmente, a assumir-se, cada vez mais e *de facto*, como uma efectiva (ainda que não formal) autoridade técnica, politicamente independente da influência dos seus "mandantes" (os "Estados-membros") - contribuindo, nesta perspectiva, para que a União evolua no sentido definido por MAJONE, como sendo o de um "Estado regulador".

Verificando-se, efectivamente, esse sentido de evolução agora mencionado – para o qual os contributos do Tribunal de Justiça e do Tribunal de Primeira Instância serão decisivos, nomeadamente, "transformando esse "soft-law" em "hard-law" – então, esse risco de falta de uniformidade acabará por não se verificar (assim como os demais riscos a ele associados e atrás referidos).

Sendo assim, consequentemente, conjugando essa aplicação (relativamente) uniforme ou padronizada (em relação a tal "soft – law" da Comissão), em todos os Estados-membros, dos artigos 81º e 82º do Tratado CE, com o projectado reforço do poder (nomeadamente, de influencia) e do estatuto (técnico e independente) da Comissão como *policymaking*, no domínio da Política da concorrência comunitária, dificilmente existirão condições para que sobrevenha tal tendência de "nacionalização" (e, consequentemente, fragmentação) do regime comunitário.

142. Continuando a explorar o (provável) efeito do reforço do estatuto e do poder da Comissão, no domínio da Política comunitária da concorrência (o sentido da análise marcada pelos termos da "teoria da agência"), poderemos prever o seguinte: a influência da Comissão – cada vez mais difícil de contestar, nomeadamente, através de medidas políticas, dado o estatuto e prestígio eminentemente técnicos e a sua cada vez maior independência face aos governos dos Estados-membros (seus "mandantes" ou "principals") – acabará

por ser determinante no sentido de garantir uma material convergência (senão mesmo, uniformização) entre os aspectos fundamentais dos sistemas de *defesa da concorrência* (comunitário e nacionais).

Estes sistemas, previsivelmente, seguirão, no que diz respeito às suas opções fundamentais e à sua dinâmica, os padrões técnicos e os objectivos a par e passo definidos pela Comissão. De resto, num plano positivo-normativo, poderemos, também, interpretar neste sentido – ou melhor, como apontando para este *objectivo*, a prazo, de uniformização ou convergência entre os Direitos nacionais e o Direito da concorrência comunitário – o nº 2, do artigo 3º do Regulamento nº 1/2003 (que analisaremos, *infra*, de seguida, a propósito especificamente do “princípio da aplicação paralela” das ordens jurídicas).

Como veremos, a introdução de tal norma no Regulamento em causa, criando uma espécie de “regra de convergência” (no contexto da articulação entre sistemas nacionais e sistema comunitário), leva-nos a pensar que o próprio legislador comunitário⁵⁸⁰ antevê essa uniformização no sentido “down to the top”, *re-centralizando*, em certo sentido e indirectamente, em favor da Comissão Europeia, o sistema de *defesa da concorrência* comunitário, a sua direcção e a sua aplicação. Falamos, agora e neste contexto, de uma *re-centralização* efectuada *indirectamente*, no sentido em que tal *segunda vaga* de centralização já não se repetirá nos mesmos termos em que a primeira foi sendo solidificada, durante a vigência do Regulamento nº 17 de 1962, através a outorga directa de uma competência exclusiva à Comissão.

Esta segunda vaga centralizadora decorrerá da uniformização que se pretende alcançar, seguindo-se o padrão ou o modelo do sistema comunitário, suscitando-se, assim e naturalmente, a dita convergência (espontânea) entre os ordenamentos nacionais e o comunitário, pelo efeito decorrente do reforço da influência da Comissão e do seu estatuto de *policymaking* – explicados nos termos antecedentes (ou seja, seguindo-se uma óptica conforme à “teoria da agência”).

⁵⁸⁰ No fundo, o impulso legislativo reformador vem da Comissão; portanto, neste caso concreto, ao remetermos para o *legislador* comunitário, estamos a considerar, efectiva e materialmente, a vontade da Comissão.

Tal como refere impressivamente WILKS, a descentralização promovida pelo Regulamento nº 1/2003, será, então e de acordo com esta perspectiva, melhor entendida como uma “Europeização” dos Direitos nacionais⁵⁸¹.

6.2 – A “aplicação paralela” das ordens jurídicas (nacionais e comunitária).

143. Regressando às características imediatas do regime instituído pelo Regulamento nº 1/2003⁵⁸², importa considerar, novamente, os riscos atrás assinalados de falta de uniformidade e de “nacionalização” do sistema comunitário de *defesa da concorrência*. Tais riscos – a sua atenuação – justificam parcialmente o papel importante da “rede europeia de autoridades da concorrência”.

Imputamos tais riscos à descentralização e à generalização que, com o Regulamento nº 1/2003, foram introduzidas na aplicação naquele sistema comunitário e, também, ao próprio “princípio da autonomia processual” reconhecido às autoridades e aos Tribunais nacionais, quando exercem as suas competências de aplicação das regras dos artigos 81º e 82º do Tratado CE.

Ora, essas características do regime introduzido pelo Regulamento nº 1/2003 (a descentralização e a generalização), conduzem à atribuição, a favor das autoridades e dos Tribunais dos Estados-membros, de uma *competência global de aplicação* dos artigos 81º e 82º do Tratado CE. Conexionado com esta competência global de aplicação, emerge um outro princípio que marca, também, o regime introduzido pelo Regulamento nº 1/2003: o princípio da “aplicação paralela” das ordens jurídicas – ou seja, do Direito comunitário e dos Direitos dos Estados-membros.

A “aplicação paralela” do ordenamento comunitário e dos ordenamentos nacionais, compreende-se como uma forma de limitar/atenuar os *efeitos*

⁵⁸¹ “Rather than «decentralizing» European competition policy it has «Europeanized» the national competition regimes” - STEPHEN WILKS, *ob. cit. (Agency Escape...)*, p. 437.

⁵⁸² Não considerando, por agora, os termos da análise perspectivada com base na “teoria da agência” e, portanto, o possível reforço do poder da Comissão, projectado como um efeito, a prazo, do recurso abundante e estratégico que esta Instituição faz ao “soft-law”.

indirectos decorrentes da referida competência global de aplicação das normas dos artigos 81º e 82º do Tratado CE, atribuída às autoridades e aos Tribunais dos Estados-membros.

Esses efeitos indirectos (e negativos, na óptica da Política da concorrência comunitária) são, precisamente, a (possível) “nacionalização” da aplicação dos artigos 81º e 82º do Tratado CE e a conseqüente falta de uniformidade que poderá ocorrer, entre os Estados-membros, nessa aplicação.

Digamos, em síntese, que a “aplicação paralela” em equação (sob o ponto de vista substantivo e não estando, agora, em causa, a referida autonomia processual) pretende evitar os riscos de uma “nacionalização” (pelo menos, excessiva), no que respeita à aplicação das regras comunitárias de *defesa da concorrência*.

A Comissão tinha avançado, ainda na fase de discussão da proposta do Regulamento em causa - um pouco à imagem e semelhança da solução metodológica ulteriormente seguida no Regulamento (CE) nº 139/2004 do Conselho⁵⁸³ que consagra um princípio de “balcão único”⁵⁸⁴ - com a proposta de

⁵⁸³ Novo Regulamento CE sobre as concentrações, Jornal Oficial nº L 024, de 29.1.2004, p.1. Ver,

⁵⁸⁴ E, conseqüente e naturalmente, uma *aplicação exclusiva* do Direito comunitário, pela Comissão. A este propósito, JOSÉ LUIS CRUZ VILAÇA, *O ordenamento jurídico da concorrência e o novo papel do juiz numa União alargada*, in *Revista do CEJ- Centro de Estudos Judiciários*, nº 1, 2º semestre de 2004, p. 47.

Importa salientar a posição da Comissária Neelie Kroes que, no seu discurso de apresentação dos objectivos da política da concorrência comunitária até 2010, proferido em 3 de Fevereiro de 2005, acabou por assumir, expressamente, a necessidade de ser criada uma *instância única europeia* que *centralizasse* a aplicação das denominadas “medidas de clemência” (“European-wide «one-stop-shop» for leniency applications in cartels cases”). Ora, mesmo estando em causa apenas um aspecto do regime jurídico e da *praxis* da Comissão em matéria de aplicação das regras comunitárias relativas aos *cartéis*, o facto é que há, aqui, um pontual retrocesso no discurso descentralizador da reforma e, em particular, do regime instituído pelo Regulamento nº 1/2003. O sentido da afirmação da Comissária Kroes não deixa de ser uma nota (ainda que limitada) coincidente com as conclusões que a análise desenvolvida nos termos da “teoria da agência”, nos fornece. Ver, Comissão Europeia - *Speech/05/73*, de 3 de Fevereiro de 2005: *Neelie Kroes - Effective Competition Policy – a Key Tool for Delivering Lisbon Strategy*.

aplicação exclusiva do Direito comunitário relativamente aos comportamentos que pudessem afectar o comércio entre os Estados-membros⁵⁸⁵. Porém, face às críticas e à oposição dos Estados-membros, sobretudo do “eixo franco-germânico⁵⁸⁶”, em relação a tal proposta, de facto, a “aplicação paralela” do Direito comunitário e dos Direitos nacionais acabou por ser consagrada, em alternativa e de forma expressa, no artigo 3º, do Regulamento nº 1/2003. Assim sendo, as autoridades e os Tribunais dos Estados-membros deverão aplicar simultaneamente o respectivo Direito nacional e o Direito comunitário, sempre que decidam sobre práticas que sendo subsumíveis aos dispositivos de defesa da concorrência internos, sejam igualmente susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados-membros. É este o significado imediato do mencionado princípio da “aplicação paralela das ordens jurídicas nacionais e comunitária.

144. O atrás mencionado artigo 3º do Regulamento (relativo às relações entre os artigos 81º e 82º do Tratado CE e as legislações nacionais em matéria de concorrência) estabelece, com efeito, o seguinte, no seu nº 1:

“Sempre que as autoridades dos Estados-Membros responsáveis em matéria de concorrência ou os tribunais nacionais apliquem a legislação nacional em matéria de concorrência a acordos, decisões de associação ou práticas concertadas na acepção do nº 1 do artigo 81º do Tratado, susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados-Membros, na acepção desta disposição, devem aplicar igualmente o artigo 81º do Tratado a tais acordos, decisões ou práticas concertadas. Sempre que as autoridades dos Estados-Membros responsáveis em matéria de concorrência ou os tribunais nacionais apliquem a legislação nacional em matéria de concorrência a qualquer abuso proibido pelo artigo 82º do Tratado, devem aplicar igualmente o artigo 82º do Tratado”.

⁵⁸⁵ A Comissão propôs, de facto, esta solução dita do “balcão único”, tentando seguir um princípio que, então, já era praticado em Itália. LAURENCE IDOT, *ob. cit.* (*Droit Communautaire...*), p. 35.

⁵⁸⁶ LAURENCE IDOT, *ob. cit.*, (*Droit Communautaire...*), p. 35 e, em particular, em nota (118).

A opção de princípio seguida pelo Regulamento nº 1/2003, consiste, assim e como dissemos atrás, em impor às autoridades e aos Tribunais dos Estados-membros a aplicação (também) das regras comunitárias sempre que, no decurso da aplicação das respectivas legislações nacionais, estas entidades deparem com situações concretas susceptíveis de afectar o comércio *intra-comunitário* – e isto, independentemente, portanto, de tais autoridades e Tribunais poderem (ou deverem), igual e simultaneamente, aplicar as suas legislações nacionais.

Ora, seguindo a sistematização da análise desenvolvida por IDOT em relação ao artigo 3º em causa, podemos identificar o seu nº 1 como tendo um carácter eminentemente processual⁵⁸⁷. Este dispositivo visa, desde logo, estabelecer – no quadro do objectivo amplo pretendido, ou seja, da convergência entre os ordenamentos nacionais e o comunitário – uma *obrigação geral de actuação* (e, natural e implicitamente, uma *outorga de competências*) às autoridades e Tribunais dos Estados-membros. Com efeito, estas entidades nacionais estão obrigadas a aplicar o direito comunitário aos comportamentos que se possam subsumir aos artigos 81º e 82º do Tratado CE e que sejam “susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados – membros, na acepção desta disposição”. Esta obrigação – que impende quer sobre as autoridades da concorrência, quer sobre os Tribunais dos Estados-membros – está, também, prevista e explicitada, nas suas linhas gerais, no considerando nº 8 do próprio Regulamento nº 1/2003.

A solução descrita acaba, de facto, por ser efectivamente inovadora relativamente às autoridades nacionais da concorrência, na medida em que no que diz respeito aos Tribunais dos Estados-membros, ela existia já, em virtude do Acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de Dezembro de 1995, Acórdão *Van Schijndel*⁵⁸⁸.

Nesse seu Acórdão, com efeito, o Tribunal de Justiça tinha já decidido que “as regras de concorrência referidas pelo órgão jurisdicional nacional (no caso os artigos 85º e 86º e/ou 90º, actuais artigos 81º, 82º e/ou 86º do

⁵⁸⁷ LAURENCE IDOT, *ob. cit.* (*Droit Communautaire...*), p. 38 e 39.

⁵⁸⁸ Acórdão de 14.12.1995, Processo nº C – 430/93 e C- 431/93, Colectânea, p. I - 4705

Tratado CE) são vinculativas e directamente aplicáveis na ordem jurídica interna. Uma vez que, por força do direito nacional, os órgãos jurisdicionais devem suscitar oficiosamente os fundamentos de direito que decorrem de uma norma interna vinculativa, que não tenham sido adiantados pelas partes, igual obrigação se impõe relativamente às normas comunitárias vinculativas⁵⁸⁹”.

Além disso, o Tribunal de Justiça acrescentou, ainda e em consequência do anteriormente transcrito que “compete aos órgãos jurisdicionais nacionais, por aplicação do princípio da cooperação enunciado no artigo 5º do Tratado (actual artigo 10º do Tratado CE), garantir a protecção jurídica decorrente, para os particulares, do efeito directo das disposições do direito comunitário⁵⁹⁰” e, portanto, “(...) num processo relativo a direitos e obrigações cíveis de que as partes livremente dispõem, compete ao tribunal nacional aplicar as disposições dos artigos 3º , alínea f), 85º (/actual 81º) , 86º (actual 85º) e 90º (actual 86º) do Tratado, mesmo quando a parte que tem interesse na respectiva aplicação as não tenha invocado, caso o direito interno lhe permita essa aplicação⁵⁹¹”.

6.3 – A “regra de convergência” do artigo 3º, nº2, do Regulamento nº 1/2003.

145. Esse “princípio da aplicação paralela” - em termos gerais (e, como referimos, também numa vertente eminentemente processual), enunciado no nº 1, do artigo 3º do Regulamento nº 1/2003 - pode, no entanto, originar situações de incompatibilidade (ou de *conflitos positivos* de normas) entre o Direito comunitário e as legislações dos Estados-membros.

Ora, o nº 2, da norma em causa (artigo 3º do Regulamento), tenta, neste contexto, atenuar as possíveis incompatibilidades, estabelecendo uma espécie de *regra de convergência* ou critério de resolução de tais hipotéticas situações de atrito entre o ordenamento comunitário e os ordenamentos dos Estados-membros⁵⁹².

⁵⁸⁹ Acórdão referido de 14.12.1995, número 13.

⁵⁹⁰ Acórdão referido de 14.12.1995, número 14.

⁵⁹¹ Número 15, do mesmo Acórdão de 14.12.1995.

⁵⁹² No mesmo sentido, LAURENCE IDOT, *ob. cit.* (*Droit Communautaire*), p. 38.

Assim sendo, é possível estabelecer uma relação entre esta regra de convergência, consagrada neste nº 2, do artigo 3º do Regulamento nº 1/2003 e o atrás abordado “princípio da aplicação paralela” das ordens jurídicas. Na realidade, o objectivo, a prazo, desta convergência agora desenhada pelo legislador comunitário, poderá ser o de acabar com a necessidade de tal “aplicação paralela” – necessidade esta, atrás explicitada, precisamente, com base no risco de “nacionalização” do sistema comunitário, adveniente da descentralização e da generalização da aplicação das regras dos artigos 81º e 82º do Tratado CE, introduzidas pelo Regulamento, conjugadamente com o “princípio da autonomia processual”.

Materializando-se a referida convergência, naturalmente, tornar-se-á inútil a dita “aplicação paralela”⁵⁹³.

6.4 – Actos *unilaterais* e Actos *não – unilaterais* (ainda no âmbito do artigo 3º, nº 2, do Regulamento nº 1/2003).

146. O nº 2, daquele artigo 3º do Regulamento nº 1/2003, consagra, por conseguinte, tal convergência, já na perspectiva da resolução de um possível conflito de normas (conflito entre as normas nacionais e as comunitárias). Com efeito, este nº 2 dispõe o seguinte:

“A aplicação da legislação nacional em matéria de concorrência não pode levar à proibição de acordos, decisões de associação ou práticas concertadas susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados-Membros mas que não restrinjam a concorrência na acepção do nº 3, do artigo 81º do Tratado, ou que reúnam as condições do nº 3, do artigo 81º do Tratado ou se encontrem abrangidos por um regulamento de aplicação do nº 3 do artigo 81º do Tratado (Regulamento de “isenção por categoria de acordos”). Nos termos do presente regulamento, os Estados-Membros não estão impedidos de aprovar e aplicar no

⁵⁹³ *Idem.*

seu território uma legislação nacional mais restritiva que proíba *actos unilaterais* de empresas ou que imponha sanções por esses actos⁵⁹⁴”.

Importa determo-nos sobre esta norma.

Começemos por salientar uma distinção resultante deste nº 2, do artigo 3º do Regulamento nº 1/2003: a consideração separada dos *actos unilaterais* e (*a contrario*) dos *actos não unilaterais* (as ententes ou os comportamentos de colusão entre empresas).

Na realidade, tratando-se de ententes (acordos, práticas concertadas ou decisões de associações de empresas), a aplicação do Direito nacional não poderá pôr em causa o artigo 81º do Tratado CE, proibindo, porventura, uma prática considerada válida, à luz daquela regra comunitária.

Ao invés, estando em causa comportamentos unilaterais - como, por exemplo, certos tipos de “abuso de posição dominante” (pelo menos, os que não se configurem como “abusos de posição dominante colectiva”⁵⁹⁵) – e se, porventura, as regulamentações nacionais forem mais severas e restritivas do que o Direito comunitário, então, a referida convergência não se aplicará, prevalecendo as regulamentações nacionais, mesmo contra a solução comunitária (por hipótese, menos gravosa).

Mas, clarificando um pouco melhor aquilo que resulta da norma transcrita, importa precisar o seguinte: existem comportamentos anti-concorrenciais tutelados pelos Direitos nacionais, configurando *actos unilaterais*, mas que, enquanto *tipos normativos*, por si só, não estão previstos no Direito comunitário.

Na realidade, o Tratado CE preocupa-se essencialmente com a previsão dos comportamentos anti-concorrenciais que, típica e frequentemente, coloquem em risco a estrutura concorrencial do mercado comunitário. Daí que as denominadas “práticas individuais restritivas” da concorrência (como, por

⁵⁹⁴ O sublinhado é da nossa autoria.

⁵⁹⁵ Ver, novamente, JOSÉ PAULO FERNANDES MARIANO PEGO, *ob. cit.* (*O Controlo dos Oligopólios...*), sobretudo, para a determinação da existência de uma “posição dominante colectiva” e o apuramento do abuso dessa “posição dominante colectiva”, p. 315 a 388.

exemplo, a aplicação de preços e de condições de venda discriminatórios, a venda com prejuízo ou a recusa injustificada de venda ou da prestação de serviços), previstas, de um modo geral, nas regulamentações internas dos Estados-membros⁵⁹⁶, não tenham merecido consagração expressa e directa, no Tratado CE. Este prevê e persegue, no que respeita a comportamentos comerciais das empresas nos respectivos mercados relevantes, de forma expressa e tipificada, apenas as denominadas “práticas colectivas restritivas” (a saber, as ententes e os “abusos de posição dominante”).

Dito de outra forma, a vocação prioritária do Tratado CE prende-se com a *defesa da concorrência* no funcionamento económico da União – encarada aquela concorrência que se pretende defender (uma *workable competition*), como um imperativo de “ordem pública económica”, como um *bem autónomo* (apesar de possuir, na tradição comunitária e europeia, um carácter instrumental e não absoluto).

Assim sendo, a preocupação originária do Direito comunitário recaiu sobre aqueles comportamentos comerciais - as denominadas “práticas colectivas restritivas” - que, independentemente da lesão de interesses concorrenciais legítimos e de direitos subjectivos de determinados agentes económicos, pudessem distorcer, restringir ou mesmo suprimir a estrutura concorrencial dos mercados. Comportamentos esses que, dependendo das circunstâncias concretas de cada caso, até poderão, porventura, não ser materializados em danos individuais, em lesões de tais interesses e/ou direitos subjectivos de alguém. No entanto, em abstracto, afectam, em primeira linha, a concorrência.

⁵⁹⁶ Ente nós, actualmente, o Decreto-Lei nº 370/93, de 29 de Outubro que proíbe as *práticas individuais restritivas do comércio*. Relativamente a comentários específicos sobre este tema (*práticas individuais restritivas*), na nossa literatura, ver, designadamente, ADALBERTO COSTA, *Práticas Restritivas do Comércio*, Vislis, Lisboa, 2000. Ver, também, a referência feita por ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO – *Defesa da concorrência e Direitos fundamentais das empresas: da responsabilização da Autoridade da Concorrência por danos ocasionados em actuações de inspecção*, in *Regulação e Concorrência. Perspectivas e Limites da Defesa da Concorrência*, Almedina, 2005, p. 121 (especialmente, p. 129 a 137).

O referido nº 2, do artigo 3º do Regulamento nº 1/2003, contudo, refere-se simplesmente a “actos unilaterais de empresas” – ou seja, comportamentos materialmente empreendidos *por um só agente económico*, actuando isoladamente, no uso (subentende-se) da sua vontade autónoma. *Actos unilaterais* esses que tanto podem configurar “práticas individuais restritivas” da concorrência (por exemplo, a já referida aplicação de preços e de condições de venda discriminatórios ou a recusa injustificada de venda), como “práticas colectivas” (certos tipos de “abusos de posição dominante” praticados por monopolistas ou, por exemplo, comportamentos de “abuso de dependência económica”).

Assim sendo, para efeitos de (não) aplicação da aludida convergência entre o Direito Comunitário e as regulamentações nacionais, a norma em causa distingue aqueles comportamentos que, independentemente de poderem ser “práticas colectivas” ou “práticas individuais restritivas”, são empreendidos por *um único agente económico*, reflectindo o comportamento *independente e unilateral (não coligado)*, de empresas.

Como já atrás referimos, verificando-se este tipo de comportamento unilateral e existindo relevo comunitário (ou seja, existindo a susceptibilidade de afectação do comércio entre os Estados-membros), as regras de *defesa da concorrência* internas poderão prevalecer, mesmo contra a solução preconizada pelo Direito Comunitário se, porventura, aquelas forem mais restritivas – por exemplo, proibindo aquilo que, em termos de solução comunitária, seja permitido.

“O primado do direito comunitário impede que possa ser considerado proibido à luz do direito nacional da concorrência um acordo, decisão ou prática que não afecte a concorrência na acepção do artigo 81º, nº1, ou que beneficie da aplicação do artigo 81º, nº 3. Mas, em contrapartida, os Estados -membros não estão impedidos de aprovar e aplicar, no seu território, uma legislação nacional mais restritiva que proíba *actos unilaterais de empresas* ou imponha sanções por esses actos (unilaterais)”⁵⁹⁷.

⁵⁹⁷ JOSÉ LUIS CRUZ VILAÇA, *ob.cit* (*O ordenamento jurídico da concorrência...*), p. 47

Importa, ainda, notar que, nos termos do nº 3, daquele artigo 3º, do Regulamento nº 1/2003, quer o princípio geral enunciado no nº 1, desta norma (aquele que impõe às autoridades e aos Tribunais dos Estados-membros a aplicação das regras comunitárias, quando deparem com situações que sejam susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados-membros), quer ainda a *regra de convergência* que atrás abordamos, consagrada no nº 2, daquele mesmo artigo 3º,

“ (...) não se aplicam sempre que as autoridades responsáveis em matéria de concorrência e os tribunais dos Estados-Membros apliquem a legislação nacional relativa ao *controlo das concentrações*⁵⁹⁸, nem excluem a aplicação das disposições nacionais que *tenham essencialmente um objectivo diferente* do dos artigos 81º e 82º, do Tratado”.

Assim, numa primeira observação, fixamos os comportamentos que são visados por esta regra de convergência: comportamentos unilaterais (que, tal como atrás definimos, serão os resultantes do exercício da vontade de um só agente, praticados, portanto, por uma só empresa) e, por outro lado, as ententes. De todo o modo, excluem-se do campo de aplicação desta regra, comportamentos (em princípio, *não unilaterais*) que possam estar sujeitos aos regimes nacionais das operações de concentração de empresas.

6.5 A “dupla barreira” ou a “aplicação cumulativa com equivalência de resultado” (Artigo 3º, números 1 e 2, do Regulamento nº 1/2003)

147. Ora, a propósito da solução consagrada pelo nº 2, do artigo 3º do Regulamento nº 1/2003 – ou seja, a articulação entre os sistemas nacionais de *defesa da concorrência* e os artigos 81º e 82º do Tratado CE e, conseqüentemente, a convergência que, no âmbito dessa articulação, é ensaiada nesta norma do Regulamento – existe, precedendo o Regulamento e a

⁵⁹⁸ Entre nós, a matéria constante normativamente dos artigos 8º a 12º e 30º a 41º da Lei da Concorrência. Os sublinhados são da nossa responsabilidade.

reforma agora em curso, um debate entre os defensores da denominada “teoria da barreira única” e os da tese da “dupla barreira”.

Este debate tem sido recorrente e a (relativa) controvérsia que o acompanha é, também, suscitada pelo facto de nem sempre a mesma terminologia pretender significar as mesmas soluções⁵⁹⁹.

O que resulta daquela norma será a possibilidade, para o Direito interno, de consagrar soluções, para certos casos, mais exigentes do que aquelas que são adoptadas pelo sistema comunitário, dentro do quadro da “aplicação paralela” de ordens jurídicas. Neste caso, a “dupla barreira”, em rigor, significará não apenas um duplo controlo, mas também a possibilidade de controlos diferentes, porventura conducentes a resultados antagónicos.

Ora, nos termos do nº 2, do artigo 3º do Regulamento, a utilização da expressão “dupla barreira” não significa esta última possibilidade de controlos diferentes, com resultados também divergentes e indistinta e comumente aceites. Ou seja, a solução do sistema nacional não é, sob o ponto de vista da sua aceitação, indiferente ao resultado alcançado pelo Direito comunitário.

O nº 2, do artigo 3º do Regulamento apresenta, de facto, soluções diferentes, consoante estejam em causa actos unilaterais (como atrás foram delimitados) ou ententes (actos não unilaterais).

Em relação a estes últimos comportamentos – ou seja, as ententes - na realidade, a norma em causa consagra uma solução de “barreira única” e não de “dupla barreira”, desde logo, em virtude do princípio do primado e da lealdade comunitária.

Assim, se a entente for proibida pelo Direito comunitário, não será possível vir a ser admitida pelo sistema interno.

Por outro lado, a solução à luz do nº 2, do artigo 3º do Regulamento tem gerado mais polémica e dúvidas relativamente aos casos em que as ditas práticas de entente são admitidas pelo Direito comunitário (ou seja, por

⁵⁹⁹ LAURENCE IDOT, *ob. cit.* (*Droit Communautaire*), p. 49 (nº 60), remetendo, para um síntese dos dados e das posições doutrinárias que têm alimentado este debate, para BERTHOLD GOLDMAN, ANTOINE LYON-CAEN e LOUIS VOGEL, *Droit Commercial Européen*, (5ème ed.) Dalloz, Paris, 1994, nº 946.

exemplo, quando a entente, apesar de cair no âmbito da proibição do nº 1, do artigo 81º do Tratado CE, preenche, também, os requisitos exigidos pelo nº 3 dessa norma, considerando-se, então, que a mencionada proibição é inaplicável ao caso concreto). Com efeito, relativamente a estas hipóteses, alguma doutrina (sobretudo, alemã⁶⁰⁰), fiel à “tese da dupla barreira” propriamente dita, considera que o sistema interno deveria poder proibir a entente em causa (repita-se, admitida pelo Direito comunitário). No entanto, este entendimento não é, literalmente, viável, nos termos da primeira parte do próprio nº 2, do artigo 3º do Regulamento que, expressamente, determina a impossibilidade de o Direito nacional poder proibir uma prática de entente permitida pelo Direito comunitário.

Em termos operativos, na realidade, em função do nº 2, do artigo 3º do Regulamento nº 1/2003 (especialmente, da primeira parte deste normativo), as autoridades e os Tribunais nacionais não poderão proibir práticas de entente que “não restrinjam a concorrência na acepção do nº 3, do artigo 81º do Tratado ou que reúnam as condições do nº 3, do artigo 81º do Tratado ou se encontrem abrangidos por um regulamento de aplicação do nº 3, do artigo 81º do Tratado (ou seja, um «regulamento de isenção por categoria de acordos»)⁶⁰¹”.

Os sistemas nacionais de defesa da concorrência, nestes casos de comportamentos não unilaterais e à luz do normativo equacionado do Regulamento nº 1/2003, estão, assim, obrigados, a determinar a respectiva capacidade de intervenção, articulando-se com a solução comunitária. Intervêm, portanto, em função da resposta, para o caso, fornecida pelo sistema comunitário de aplicação do artigo 81º do Tratado CE, sendo certo, contudo, que lhes está vedada a possibilidade de, por razões e circunstâncias de política interna, proibirem ententes que não afectem a concorrência nos termos e para os efeitos definidos pelo Direito comunitário.

Tem pertinência, a este propósito, a seguinte observação de IDOT: “Obligés de s’aligner sur la solution du droit communautaire, lorsque celui-ci est

⁶⁰⁰ LAURENCE IDOT, *ob. cit.* (*Droit Communautaire*), p. 40-41 (nº 69).

⁶⁰¹Primeira parte do número 2, do artigo 3º do Regulamento nº 1/2003.

applicable, l'on voit mal comment à terme les États membres pourront maintenir des solutions différentes pour les pratiques purement internes. La convergence s'impose⁶⁰² ».

Consideramos, por conseguinte, a solução do nº 2, do artigo 3º do Regulamento nº 1/2003, no que diz respeito às práticas não unilaterais, como mais um elemento (normativo) indiciador da assertividade (pelo menos, relativa) das conclusões propostas pela análise fundada na "teoria da agência", ao estatuto da Comissão, resultante da reforma do Direito da concorrência comunitário⁶⁰³.

148. O regime instituído pelo nº 2, do artigo 3º do Regulamento nº 1/2003 distingue, como já referimos, os comportamentos de entente (que denominamos não unilaterais), dos comportamentos unilaterais.

Em relação a estes últimos a norma em causa permite que os Estados-membros possam "aprovar e aplicar no seu território uma legislação nacional

⁶⁰² LAURENCE IDOT, *ob. cit.* (*Droit Communautaire*), p. 42 (nº 70).

⁶⁰³ Para uma breve resenha da "história legislativa" do artigo 3º do Regulamento nº 1/2003, onde se dá conta da divergência manifestada durante o respectivo processo de decisão normativo entre a proposta inicial da Comissão e a posição de certos Estados-membros (sobretudo, a Alemanha e a França), ver JEAN-FRANÇOIS BELLIS, *Les Relations entre le Droit National et le Droit Communautaire de la Concurrence*, in PAUL NIHOUL (*Coordination*), *La Décentralisation dans l'application du Droit de la Concurrence*, Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 62 e 63., em particular, Transcrevemos as conclusões sintéticas desse sumário histórico : « L'article 3 tel que remanié par la présidence belge reste fidèle à l'objectif essentiel qui sous-tendait la proposition initiale de la Commission à savoir l'imposition d'une règle unique applicable dans toute la Communauté aux accords et pratiques concertées susceptibles d'affecter le commerce entre États membres. (...) le compromis élaboré par la présidence belge exclut les comportements unilatéraux de l'application de cette convergence : les États membres, tels la France ou l'Allemagne, dont la législation régleme les comportements unilatéraux à un niveau de pouvoir de marché se situant en deçà du seuil de la dominance ou interdit le comportement qui ne sont pas considérés comme abusifs au sens de l'article 82, n' étaient pas prêts à renoncer à appliquer leur droit national aux pratiques susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres » - BELLIS, *ob.cit.*, p. 63.

mais restritiva” que os proíba ou que imponha às empresas sanções pela prática desses actos unilaterais.

No que diga, portanto, respeito ao regime estabelecido pelo nº 2, do artigo 3º do Regulamento para os actos unilaterais, importa especialmente orientarmo-nos, na interpretação dessa regra, pelo já mencionado considerando nº 8, do Regulamento nº 1/2003.

Na realidade, da leitura conjugada da (2ª parte) da norma em causa e de tal considerando, chega-se à conclusão que, de facto, o objectivo desta distinção de regime foi o de salvaguardar a autonomia dos regimes dos Estados-membros que previssessem especificamente a tutela dos denominados casos de “abuso de dependência económica⁶⁰⁴”. Com efeito, nos termos do mencionado considerando nº 8, pode ler-se o seguinte:

“O presente regulamento não impede os Estados-membros de aprovarem e aplicarem uma legislação nacional em matéria de concorrência mais restritiva que proíba actos unilaterais das empresas ou que imponha sanções por esses actos. Essa legislação nacional mais estrita pode incluir disposições que proíbam comportamentos abusivos relativamente a empresas economicamente dependentes ou que imponham sanções por esses comportamentos”.

Assim, o regime do nº 2, daquele artigo 3º, permite aos Estados-membros que consagrem (ou pretendam consagrar), nas suas ordens internas, interdições relativamente a outros tipos de práticas não integrantes do “catálogo” comunitário (como é o caso - aparentemente motivador desta distinção de regimes - dos abusos de dependência económica) manterem a respectiva autonomia, em termos de política da concorrência.

⁶⁰⁴ Abusos de dependência económica ou abuso do estado de dependência económica, também designado (este estado) por “posição dominante relativa”. Trata-se, no fundo, de uma situação caracterizada por uma predominância de uma empresa relativamente aos seus clientes ou fornecedores. Sobre o abuso de dependência económica e, especialmente, o estado de dependência económica (e figuras que com aquele e este confinam) ver, na nossa literatura, JOSÉ PAULO FERNANDES MARIANO PEGO, *A Posição Dominante Relativa no Direito da Concorrência*, Almedina, Coimbra, 2001.

149. No entanto, importa notar o seguinte: estando prioritariamente em causa, no espírito do legislador comunitário, a situação da tutela dos abusos de dependência económica (tutela esta que, em termos de *defesa da concorrência*, tem uma tradição forte em certos Estados-membros, como a Alemanha e a França), o facto é que, de certo modo, cada vez mais esta figura suporta-se, também e no domínio das relações comerciais concretas, em relações contratuais, em redes (complexas) de distribuição de produtos e/ou serviços, pelo que existe o risco não só de dificuldade operativa na detecção e qualificação autónoma da figura, como o de esta acabar por integrar-se materialmente em práticas que, de um modo unitário, serão qualificadas como ententes ou como abusos de posições dominantes.

Assim sendo, em termos operativos, esta distinção de regime corre o risco de, progressivamente, deixar de ter um significado relevante.

O considerando nº 8 do Regulamento nº 1/2003 contempla, ainda, a hipótese de as legislações nacionais imporem sanções criminais a pessoas singulares. Ora, neste domínio, o princípio geral é o da não aplicação do Regulamento a tais situações, sendo, no entanto, admitida uma hipótese de excepção: “ o (...) regulamento só é aplicável nas legislações nacionais que prevêm a imposição de sanções penais a pessoas singulares na medida em que essas sanções sejam o meio pelo qual se aplicam as regras de concorrência às empresas”.

Sem nos determos neste ponto em particular, antevemos algumas dificuldades na concretização operativa desta excepção àquela regra ou princípio geral de não aplicação do Regulamento às referidas situações com relevo criminal. Por exemplo, IDOT questiona, à luz desta excepção àquele princípio, como deverá ser o tratamento a conceder às (relativamente) novas disposições britânicas introduzidas em 2002 pelo *Enterprise Act*, no *Competition Act*, criando no ordenamento britânico uma infracção penal específica (e, portanto, um tipo legal de crime) para a participação de dirigentes das empresas em cartéis⁶⁰⁵.

⁶⁰⁵ LAURENCE IDOT, *ob. cit.* (*Droit Communautaire...*), p. 43 (72) e, sobretudo, as informações fornecidas em nota (141).

150. O sistema desenhado pelo artigo 3º do Regulamento nº 1/2003 prevê, portanto, a *aplicação cumulativa* dos Direito comunitário e dos Direitos dos Estados-membros.

Em rigor e pelo que expusemos atrás, a designação “aplicação cumulativa” será a que melhor exprimirá o sistema de articulação entre os ordenamentos nacionais e o comunitário. Será, pelo menos, mais adequado referir-se a aplicação cumulativa daqueles ordenamentos do que utilizarmos a expressão tradicional “dupla barreira”.

A mencionada aplicação cumulativa é caracterizada pelas particularidades atrás assinaladas: não abrange as operações de concentração entre empresas; no quadro da possibilidade de aplicação cumulativa daqueles ordenamentos, com efeito, a prevalência, como notamos, é basicamente a do ordenamento comunitário, na medida em que os ordenamentos nacionais nunca poderão proibir uma prática permitida em termos comunitários (esteja em causa quer um acto unilateral, quer actos não unilaterais).

Na realidade, se no domínio das práticas unilaterais possibilita-se aos Direitos internos preverem e aplicarem medidas sancionatórias mais restritivas e severas do que as previstas no Direito comunitário, já não será possível, no entanto (e, como, de resto, seria sempre imposto pelo princípio do primado deste Direito de integração), os Direitos nacionais proibirem práticas que o Direito comunitário permita. No que diz respeito às práticas não unilaterais, nunca o Direito nacional poderá proibir uma prática permitida pelo Direito comunitário ou permitir uma prática por este permitida.

Assim sendo, sobressai do regime previsto no artigo 3º do Regulamento, a imposição material de um convergência (a prazo) ou de uma “equivalência de resultado”⁶⁰⁶, com o ordenamento comunitário que impende sobre os Direitos dos Estados-membros.

⁶⁰⁶ A expressão é utilizada por JEAN-FRANÇOIS BELLIS. Este Autor, referindo-se ao artigo 3º do Regulamento nº 1/2003, afirma: “Em imposant une obligation *d’équivalence de résultat* dans tous les cas où une pratique visée par le droit national constitue en même temps une pratique

151. Importa, no entanto, atentar no seguinte - e isto, quaisquer que sejam as características concretas do sistema de articulação seguido: a verificação da *afecção do comércio entre os Estados-membros* é condição essencial para que se desencadeie a aplicação do artigo 3º em análise - ou seja, para que em primeiro lugar, se verifique a existência de um possível conflito de normas (entre a norma comunitária e a norma nacional) e, por conseguinte, seja necessário fazer intervir a referida articulação entre tais normativos (ou respectivos sistemas), consagrada naquele artigo do Regulamento nº 1/2003.

É a susceptibilidade de afecção do comércio entre os Estados-membros imputada à prática em análise, na acepção do artigo 81º do Tratado CE que, no fundo, invoca a aplicação do artigo 3º do Regulamento.

Esta condição, como salienta, por exemplo, IDOT, funciona, assim, operativamente, como um *critério de repartição de competência* entre o Direito comunitário e os Direitos dos Estados-membros⁶⁰⁷.

Durante os debates sobre a proposta de Regulamento e, em particular, sobre o seu artigo 3º, vários intervenientes (directos e indirectos) no processo decisório em causa deram conta de dificuldades encontradas na aplicação deste critério de repartição de competências, o que terá, efectivamente, levado a Comissão a adoptar um outro acto de "soft-law" pré-decisório, sobre tal susceptibilidade de afecção do comércio intra-comunitário de um comportamento, na acepção do artigo 81º do Tratado CE: Comunicação da Comissão, integrada no "Pacote Modernização" e intitulada "Orientações sobre o conceito de afecção do comércio entre os Estados-membros previsto nos artigos 81º e 82º do Tratado CE"⁶⁰⁸.

susceptible d'affecter le commerce entre les États-membres (...) ». JEAN-FRANÇOIS BELLIS, OB. CIT. (*Les Relations...*), p. 64.

⁶⁰⁷ LAURENCE IDOT, *ob. cit.* (*Droit Communautaire...*), p. 43 (74). Esta Autora desenvolve uma explicação e uma reflexão sintéticas sobre o significado e o papel deste critério ("afecção do comércio entre os Estados-membros") que é muito elucidativa e para a qual remetemos.

⁶⁰⁸ (2004/C 101/07). Jornal Oficial nº C 101 de 27.04.2004, p. 81.

Estas "Orientações" apenas explicitam o significado da expressão em causa ("susceptibilidade de afectar o comércio entre os Estados-membros") quando aplicado (unicamente) às práticas anti-concorrenciais, não se dirigindo, portanto e por exemplo, ao domínio das ajudas de estado (ver nº 4, da Comunicação em causa) e, além disso, assume claramente a função de repartição de competências, subjacente a esta condição⁶⁰⁹.

Assim, o nº 12 da Comunicação afirma o seguinte:

"O critério de afectação do comércio constitui um critério autónomo de direito comunitário, que deve ser apreciado numa base casuística. Trata-se de um critério jurisdicional, que define o âmbito de aplicação do direito comunitário da concorrência. O direito comunitário da concorrência *não é* aplicável a acordos e práticas que *não sejam* susceptíveis de afectar sensivelmente o comércio entre os Estados-membros⁶¹⁰".

6.6 – A verificação da afectação do comércio entre os Estados-membros e a "equivalência de resultado" a favor da ordem jurídica comunitária.

152. Importa, no entanto, salientar um (outro) aspecto muito relevante para a compreensão global da articulação entre o Direito comunitário e os Direitos nacionais e que resulta, também, da consagração deste "critério de repartição de competências⁶¹¹" (a susceptibilidade de afectação do comércio entre os Estados-membros) e, em termos globais, da solução do artigo 3º do Regulamento nº 1/2003.

Com efeito, a consagração da referida "susceptibilidade de afectação do comércio entre os Estados-membros" como critério de repartição de competências entre o Direito comunitário e os Direitos dos Estados-membros, bem assim como a "regra de convergência" prevista nos termos do nº 2, dessa norma do Regulamento nº 1/2003, disponibilizam a resposta à seguinte

⁶⁰⁹ "Le premier mérite de ce texte (...), est de rappeler avec fermeté la fonction de répartition de compétences de cette exigence » LAURENCE IDOT, *ob. cit. (Droit Communautaire...)*, p. 44 (74).

⁶¹⁰ Os sublinhados são da nossa responsabilidade.

⁶¹¹ Qualificação adoptada, como dissemos, por LAURENCE IDOT.

questão (que poderia ter, efectivamente, alguma pertinência em termos de prática das autoridades da concorrência): se um determinado comportamento, apesar de poder afectar o comércio intra-comunitário, não suscitar, por qualquer motivo, a aplicação *concreta* do artigo 81º do Tratado CE (ou seja, se, por exemplo, merecer um juízo de balanço económico positivo, nos termos do nº 3, do artigo 81º do Tratado CE), poderá ficar ao abrigo de uma legislação nacional, consagrando, porventura, condições mais restritas?

A resposta acaba por ser afirmativa, no sentido em que, claramente, nos termos da solução (global) do artigo 3º agora em causa, a aplicação do Direito nacional deverá *convergir* para o mesmo resultado concreto alcançado, relativamente à prática em causa, pelo Direito comunitário.

Qualquer que seja a razão pela qual essa prática, pese embora ser susceptível de afectar o comércio entre os Estados-membros, escapa à proibição do artigo 81º do Tratado, a aplicação do Direito interno deverá, também e em concreto, atingir o mesmo resultado (ou seja, a “não proibição”). Daí, a conclusão a que chega, por exemplo, BELLIS, depois de formular a referida questão, nos seguintes termos : « (...) la constatation qu’un accord ne restreint pas la concurrence au sens de l’article 81, paragraphe 1, a-t-elle une valeur purement négative ou faut-il y avoir un jugement de valeur positif semblable à celui contenu dans une exemption? ».

A resposta (conclusão) enunciada resumidamente por BELLIS é a seguinte : “Une seule règle s’applique donc aux ententes dans le commerce intra-communautaire, celle fixée par le droit communautaire de la concurrence⁶¹²».

Apenas equacionamos a propósito da questão formulada a situação das ententes ou, se quisermos, dos comportamentos não unilaterais, na medida em que, no que respeita aos comportamentos unilaterais, como vimos, a última parte do nº 2, do artigo 3º do Regulamento nº 1/2003, já não impede os Estados-membros de aprovarem e de *aplicarem* “no seu território uma

⁶¹² JEAN-FRANÇOIS BELLIS, *ob. cit. (Les Relations...)*, p. 65.

legislação nacional mais restritiva que proíba actos unilaterais de empresas ou que imponham sanções por esses actos⁶¹³”.

6.7 A “afecção do comércio entre os Estados-membros (cont.). As presunções (negativas e positiva) de afecção (regra de NAAT – “not appreciably affecting trade”).

153. A Comunicação contendo as mencionadas “Orientações” relativas ao conceito de “afecção do comércio entre os Estados-membros previsto nos artigos 81º e 82º do Tratado CE” efectua um ponto da situação sistemático sobre a jurisprudência comunitária relativamente esta matéria (sobre este critério de repartição de competências entre os sistemas nacionais e o sistema comunitário).

Vamos, agora, traçar uma síntese dos principais aspectos desta orientação decisória da Comissão.

⁶¹³ Com efeito, em 1995, no seu Acórdão de 24 de Outubro, Acórdão *Bundeskartellamt vs. Volkswagen AG*, Processo nº C – 266/93, Colectânea, p. I – 3477, o advogado geral GIUSEPPE TESAURO entendeu que o princípio do primado do Direito comunitário impunha necessariamente a impossibilidade de uma interdição (a tal acordo) ser decidida à luz do Direito interno, com condições mais severas. O Tribunal, no entanto, entendeu não ser necessário, no caso concreto, pronunciar-se sobre a questão (nº 38, do referido Acórdão). Com efeito, nesse caso, suscitado por um reenvio prejudicial do *Bundesgerichtshof*, foram suscitadas por esta instância judicial alemã, algumas questões prejudiciais como as seguintes:

“ 1) O principal construtor alemão de automóveis proíbe aos concessionários alemães da sua rede de distribuição selectiva a intermediação em contratos de leasing ou a venda de automóveis novos às empresas de *leasing* - com excepção das sociedades de *leasing* do próprio grupo - se estes automóveis se destinarem ao cumprimento de contratos de *leasing* de que os concessionários sejam intermediários. *Deve considerar-se, ou deve presumir-se a possibilidade de considerar essa proibição e a sua observância pelos concessionários alemães como susceptível de afectar o comércio entre os Estados-Membros, na acepção do artigo 85, nº 1, do Tratado CEE (actual artigo 81º, nº 1 do Tratado CE)? (...);*

4 - *As referidas disposições do direito comunitário (basicamente, o referido artigo 85º, nº 1, do Tratado CEE) obstam a uma decisão das autoridades nacionais competentes em matéria de concorrência que proíbe um comportamento do tipo do descrito na primeira questão?”*

Como referimos já, o Tribunal – número 38 do Acórdão em causa – considerou que, face às circunstâncias do caso, era desnecessário abordar a última questão.

Assim, considerando os nºs 2 e 3 do referido documento, verifica-se que a Comissão, ao elaborar as referidas “Orientações” e partindo da jurisprudência do Tribunal de Justiça⁶¹⁴, indica “uma metodologia para a aplicação do conceito de afectação do comércio”.

Neste “guião” metodológico proposto pela Comissão, através das referidas “Orientações”, é salientado o facto de a noção de *comércio entre os Estados-membros* não se resumir à troca tradicional e transfronteiriça de produtos e de serviços, mas cobrir, num sentido amplo, “toda a actividade económica transfronteiriça” (transnacional) – acrescentando-se que “esta é a interpretação coerente com o objectivo fundamental do Tratado de promover a livre circulação de serviços, pessoas e capitais”⁶¹⁵.

Estas “Orientações” relembram, por outro lado e em conformidade com o critério estabelecido pelo Tribunal de Justiça, que “ a noção «susceptível de afectar» implica que deve ser possível prever, com um grau de probabilidade suficiente com base num conjunto objectivo de factores de direito ou de facto, que o acordo ou a prática pode ter uma influência, directa ou indirecta, efectiva ou potencial, na estrutura do comércio entre os Estados-membros”⁶¹⁶. Portanto, a verificação deste critério não requer necessariamente uma comprovação, a partir dos comportamentos comerciais em análise, de que existiu uma efectiva afectação - entendida esta afectação como *uma qualquer modificação verificada na estrutura do comércio entre os Estados-membros e provocada por tais comportamentos*. Com efeito, basta que tal “afectação” seja fundamentamente provável e logicamente previsível (afectação potencial).

Além disso, importa sublinhar ainda a necessidade dessa afectação ser *sensível* para que seja relevante, enquanto critério de aplicação do Direito

⁶¹⁴ “Os Tribunais comunitários já clarificaram consideravelmente o teor e o âmbito do conceito de afectação do comércio entre os Estados-membros” e, por outro lado, “as presentes orientações estabelecem os princípios desenvolvidos pelos tribunais comunitários relativamente á interpretação do conceito de afectação do comércio presente nos artigos 81º e 82º” – pode ler-se, nos números, respectivamente, 2 e 3 da Comunicação em causa.

⁶¹⁵ Número 19, da Comunicação em causa.

⁶¹⁶ Número 23, da Comunicação.

comunitário. A Comunicação refere, a este propósito e no seu nº 44, o seguinte:

“O conceito de afectação do comércio integra um elemento quantitativo que limita a aplicabilidade do Direito comunitário a acordos e práticas susceptíveis de produzir efeitos de certa magnitude. Não se inscrevem no âmbito de aplicação dos artigos 81º e 82º os acordos e as práticas que, devido à fraca posição das empresas envolvidas no mercado dos produtos em causa, afectem o mercado (apenas) de forma não significativa” .

154. Sobre este aspecto (o carácter sensível da afectação), de facto, a Comissão não fornece elementos que nos permitam integrar conceitualmente, *a priori*, o respectivo significado (o significado de “carácter sensível” da afectação). A este respeito – ou seja, para informar a determinação concreta e casuística do que seja uma afectação “sensível” – a Comissão apoia-se em duas presunções⁶¹⁷ que formula e enuncia, sendo uma negativa e outra positiva.

Ora, a Comunicação, no seu nº 52, estabelece, então, as seguintes *presunções negativas*:

“ (...) em princípio, *não* são susceptíveis de afectar sensivelmente o comércio entre os Estados-membros os acordos que satisfaçam cumulativamente, as seguintes condições:

a) a quota de mercado agregada das partes em qualquer mercado relevante na Comunidade afectada pelo acordo não ultrapasse os 5%, e

b) no caso de acordos horizontais, o volume de negócios anuais agregado na Comunidade das empresas em causa em relação ao produto objecto do acordo não é superior a 40 milhões de euros. No caso de acordos de licença, o volume de negócios relevante será o volume de negócios agregado dos licenciados em relação aos produtos que incorporam a tecnologia licenciada e o volume de negócios do próprio licenciante em relação a tais produtos. Nos casos que envolvam acordos concluídos entre um comprador e diversos

⁶¹⁷ Presunções simples, ilidíveis. Ver, neste sentido, os números 51 e 53, da Comunicação em causa.

fornecedores, o volume de negócios relevante corresponde à compra agregada pelo comprador dos produtos cobertos pelo acordo”.

Por outro lado, a Comunicação estabelece, basicamente, uma *presunção positiva* de afectação sensível do comércio entre os Estados-membros, relativamente aos acordos e às práticas que, pela sua própria natureza, sejam susceptíveis de provocar tal afectação: em síntese, presumem-se sensíveis, de acordo com uma leitura conjugada dos números 52 a 55 da Comunicação, os referidos comportamentos praticados por empresas cujo *volume de negócios* (de todas elas) seja superior a 40 milhões de Euros, ou então, se a respectiva parte de mercado relevante (novamente, de todos os intervenientes) ultrapassar o limiar dos 5%.

Estas presunções (positiva e negativas) constituem, em conjunto, a chamada “regra de NAAT” – ou seja: *not appreciably affecting trade*⁶¹⁸.

Esta “regra NAAT” encontra-se ligada a um critério (e a uma questão) do foro eminentemente operativo – jurisdicional: no entanto, tal regra, materializada pelas referidas presunções (iludíveis), não se confunde com a problemática dos “acordos importância menor”, ou seja, não estamos, aqui, no domínio visado pelas Comunicações da Comissão relativas, precisamente, a tais “acordos de importância menor” (as denominadas Comunicações de *minimis*).

Na verdade, estas Comunicações *de minimis* exprimem, apenas, uma regra de actuação concreta (também formalmente não vinculativa) da *praxis* administrativa da Comissão, compreendendo-se, sobretudo, à luz de razões de praticabilidade da actuação da Comissão; de economia processual (ou, em rigor, de economia de recursos).

⁶¹⁸ Ver, por exemplo, KRIS DEKEYSER – *Une nouvelle ère dans l’application des règles européennes antitrust – Les grands principes et les mécanismes du nouveau régime pour l’application des articles 81 et 82 du Traité CE*, in PAUL NIHOUL (Coord.) *La Décentralisation dans l’Application du Droit de la Concurrence. Un rôle accru pour le praticien?*, Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 76 e 77. Ver, também, LAURENCE IDOT, *ob.cit.* (*Droit Communautaire...*), p. 47 e 48 (82).

6.8- Conclusões intercalares.

155. Antecedentemente, consideramos os riscos advenientes para uma efectiva e eficaz aplicação dos artigos 81º e 82º do Tratado CE resultantes do “novo” regime introduzido pelo Regulamento nº 1/2003.

Tais riscos decorrem do fim do monopólio da Comissão, no que diz respeito à referida aplicação (em termos práticos e correntes), assim como da sua conseqüente generalização - quer dizer, atribuição de tais competências também (e concorrentemente) às autoridades e Tribunais nacionais. Ora, a descentralização e a generalização referidas acabaram por, tecnicamente, ser impulsionadas através da consagração do denominado “princípio da aplicação paralela” das ordens jurídicas (nacionais e comunitária), nos termos do nº 1, do artigo 3º do Regulamento nº 1/2003.

Os riscos equacionados passam pela quebra de uniformidade na aplicação daquelas regras de *defesa da concorrência* comunitárias e pela concomitante insegurança jurídica que poderá, assim, emergir.

Estes riscos são potenciados, como referimos, pelo facto de se reconhecer (inevitavelmente) uma “autonomia processual” às autoridades e Tribunais dos Estados-membros quando aplicam os artigos 81º e 82º do Tratado CE. Portanto, em termos directos, a “aplicação paralela” dos ordenamentos jurídicos, conjugada com a “autonomia processual” reconhecida às autoridades e Tribunais nacionais, suscita tais riscos.

Vimos, também, que o Regulamento introduziu uma regra de convergência que, operativamente, limita aquelas que poderiam ser as conseqüências indesejáveis de uma pura “dupla barreira”, hipoteticamente resultante da “aplicação paralela” das ordens jurídicas nacionais e comunitária.

Tais conseqüências indesejáveis corresponderiam à eventual divergência de soluções normativas (conflitos positivos de normas), entre, respectivamente, o plano interno (nacional) e o comunitário, quando aqueles normativos do Tratado CE fossem aplicados, no plano nacional, a práticas que são

“susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados-membros⁶¹⁹”. Com efeito, o nº 2, do artigo 3º do Regulamento nº 1/2003 acaba por evitar tal hipótese (indesejável) resultante de uma “dupla barreira” relativamente à tutela de tais comportamentos⁶²⁰, criando, antes, aquilo que denominamos ser um sistema de “aplicação cumulativa”, com soluções de prevalência a favor do Direito comunitário e acabando, desta forma, por impor uma convergência (material e a prazo) entre os regimes internos e o comunitário.

Não vamos relembrar, agora, o efeito da utilização, por parte da Comissão, de actos de “soft-law” que, com a ajuda do Tribunal do Luxemburgo (*rigidificando-os*, transformando-os, de alguma maneira, numa espécie de “hard-law”), acaba por desencadear um reforço do próprio poder da Comissão enquanto principal Instituição dirigente e aplicadora (“policymaking”) da Política da concorrência comunitária. Consideramos a propósito dos efeitos da utilização do denominado “soft-law” por parte da Comissão que seria previsível ocorrer, a seu tempo, uma futura “europeização dos Direitos nacionais” (adoptando a expressão de WILKS).

Tivemos, já, a oportunidade de, anteriormente, explicitar e fundamentar a previsão de que, pela via desse reforço do poder da Comissão (interpretando a reforma e o seu impacto na estrutura institucional da concorrência comunitária), no fundo e indirectamente, os riscos assinalados⁶²¹ seriam, a prazo, anulados.

⁶¹⁹ A verificação dessa susceptibilidade, “na acepção do artigo 81º do Tratado”, recorde-se, funciona como critério de repartição de competências entre o ordenamento comunitário e os nacionais. A obrigatoriedade de aplicação, por parte das autoridades e dos Tribunais dos Estados-membros, de aplicação das regras comunitárias, sucede, precisamente, quando a prática em causa é susceptível de, naquela acepção, afectar o comércio entre os Estados-membros.

⁶²⁰ Comportamentos esses, em relação aos quais, em virtude da mencionada “aplicação paralela”, as autoridades e Tribunais nacionais devem também aplicar os artigos 81º e 82º do Tratado CE em causa.

⁶²¹ Recorde-se, os riscos de quebra da uniformidade da aplicação das regras dos artigos 81º e 82º do Tratado CE e a consequente insegurança jurídica nessa aplicação.

Vamos, outrossim e dando por assente o quadro dos efeitos da reforma atrás exposto, observar, agora numa perspectiva dinâmica, a via institucional architectada pelo Regulamento nº 1/2003 para que, directa e imediatamente, aqueles riscos inerentes à reforma implementada não sejam concretizados.

A “rede europeia da concorrência⁶²²” (ou “rede europeia de autoridades da concorrência”) foi, de facto, pensada linearmente com esse objectivo.

⁶²² ENC – “European Competition Network”.

CAPÍTULO 7º - A “rede europeia da concorrência” (cont.): cooperação com vista à repartição de competências.

7.1 – Tutela da concorrência: “interesse geral” (“rede europeia da concorrência”) e “interesse particular” (Tribunais dos Estados-membros).

156. IDOT observa que um dos principais méritos do Regulamento nº 1/2003 – e, por conseguinte, da reforma ou modernização do Direito da concorrência comunitário em curso – foi o de colocar em evidência uma distinção fundamental, no que diz respeito à aplicação do Direito da concorrência: a distinção (relevante, sob o ponto de vista da análise do desenho e do funcionamento institucional da Política da concorrência) entre “interesse geral” (ou, em rigor, a tutela da concorrência, a título principal, motivada por esse “interesse geral”) e “interesse particular” (ou a tutela complementar de interesses particulares, na prossecução da *defesa da concorrência*).

Com efeito, as autoridades da concorrência dos Estados-membros, bem assim como a Comissão, todas elas integrantes (e ligadas entre si) na referida “rede”, actuam em nome do interesse geral - correspondendo a actuação dessas entidades e da “rede” (enquanto tal considerada) à denominada aplicação impositiva de carácter público das regras da concorrência.

Por outro lado, quando nos referimos ao “private enforcement” ou à aplicação impositiva das regras de concorrência de carácter privado⁶²³, prosseguida pelos Tribunais nacionais através de acções cíveis para a defesa de direitos subjectivos, de facto, estamos no domínio da protecção de interesses privados, pela via (ou em razão) da tutela da concorrência⁶²⁴.

⁶²³ Mais rigorosamente, trata-se de uma aplicação impositiva das regras em causa, promovida por particulares.

⁶²⁴ LAURENCE IDOT, *ob.cit.* (*Droit Communautaire...*), p. 51 (91).

7.2 – A institucionalização normativa da “rede”.

157. A “rede” (“rede europeia de autoridades da concorrência”) surge, na perspectiva de vários comentadores, como sendo uma das principais consequências e inovações da reforma ou modernização do Direito da concorrência comunitário⁶²⁵.

O Regulamento nº 1/2003 institucionalizou a ideia e a iniciativa de criação desta “rede” que, contudo, tinha começado a desenvolver-se, no plano intra-comunitário e, sobretudo, a partir da Comissão Europeia, desde a publicação do “Livro Branco” de 1999. Com efeito, em Outubro de 2001, tinha sido formalmente criada uma associação (a ECA – “European Competition Authorities”) que serviu já de fórum de discussão, entre a Comissão e as autoridades dos Estados-membros, sobre os trabalhos conducentes à adopção do regulamento nº 1/2003.

⁶²⁵ Ver, por exemplo, LAURENCE IDOT, *ob. cit. (Droit Communautaire...)*, p. 52 (92) : « La principale conséquence de la réforme est sans aucun doute la constitution d’un réseau constitué de la Commission et des différentes ANC (...) *European Competition Network* » ; STEPHEN WILKS, *ob. cit. (Agency Escape...)*, sustenta-se na acção conjunta da DG COMP e da “rede” para desenvolver a sua análise conducente à conclusão de que, em resultado da reforma, existirá um reforço da posição da Comissão e do sistema comunitário de *defesa da concorrência*, comparativamente com a posição e os poderes dos Estados-membros (os “mandantes”, de acordo com os termos da “teoria da agência”). Este Autor, fazendo aquilo que ele mesmo apelida de “leitura alternativa” da reforma, refere, por exemplo, o seguinte: “The alternative reading suggests that the Commission has pulled off an extraordinary coup. It has increased its legal powers over the national competition authorities (NCAs) backed by the authority of the European Court. (...) This may therefore have created in DG COMPETITION and its new *European Competition Network* the equivalent of a transnational agency that has gone beyond the powers of the member states to control”. STEPHEN WILKS, *ob. cit.*, p. 437. No mesmo sentido – ou seja, colocando no centro da reforma, sob o ponto de vista institucional, a “rede europeia da concorrência” - DIRK LEHMKUHL, *ob. cit. (On Government...)* e KRIS DEKEYSER, *ob.cit. (Une nouvelle ère...)*, referindo-se, em especial à criação e ao funcionamento da “rede”, páginas 82-86. Este último Autor, no entanto, emite uma opinião em causa própria, na medida em que (pelo menos, à data do seu texto) exercia as funções de “Chef de l’Unité Réseau Européen de la Concurrence de la DG COMP”.

Antes, ainda, do Regulamento nº 1/2003 e da sua entrada em vigência, a “rede” estava já constituída e em funcionamento (se bem que sem um enquadramento institucional e normativo), tendo-se revelado uma base muito promissora de coordenação e de cooperação entre as autoridades nacionais da concorrência, na opinião de elementos ligados ao processo de reforma do Direito da concorrência comunitário⁶²⁶.

Ora, a institucionalização normativa da “rede” é efectuada pelo Regulamento nº 1/2003 que, contudo, apenas se lhe refere numa única disposição: o respectivo artigo 35º que começa, no seu nº 1, por obrigar os Estados-membros a designarem as suas autoridades (nacionais) da concorrência com competência para a aplicação dos artigos 81º e 82º do Tratado CE – e isto, antes de 1 de Maio de 2004⁶²⁷.

Além da regra do artigo 35º do Regulamento nº 1/2003, importa, ainda, considerar um outro acto (de “soft-law”), adoptado pela Comissão e que vem estabelecer o quadro do funcionamento corrente e ordinário da “rede”. Trata-se da Comunicação da Comissão “sobre a cooperação no âmbito da rede de autoridades da concorrência⁶²⁸” que integrou, também, o denominado “Pacote Modernização”.

7.3 – A ausência de um efectivo quadro europeu comum (jurídico-institucional) de *defesa da concorrência*.

158. Um sinal ilustrativo da fraca tradição concorrencial europeia, bem assim como das dificuldades sentidas na implementação de um quadro

⁶²⁶ KRIS DEKEYSER, *ob.cit.* (*La Nouvelle ère...*), p. 82-83.

⁶²⁷ Número 1, do artigo 35º do Regulamento, parte final: “ (...) As medidas necessárias a conferir às referidas autoridades competência para aplicarem estes artigos (81º e 82º do Tratado CE) devem ser tomadas antes de 1 de Maio de 2004. As autoridades designadas podem incluir Tribunais”. Esta referência final justifica-se pelo facto de o tipo, natureza e, por vezes, mesmo a designação das autoridades variarem entre os Estados-membros. Por exemplo, até à última reforma, o sistema espanhol assentava em autoridades que se designavam Tribunais (“de defensa de la competencia”).

⁶²⁸ (2004/C 101/03), Jornal Oficial nº C 101, de 27.04.2004, p. 43.

européu-comunitário de *defesa da concorrência*, partilhado por todos os Estados-membros e, tanto quanto possível, uniforme sob o ponto de vista jurídico e institucional, é fornecido pelas dificuldades que, apesar de tudo⁶²⁹, foram sentidas na implementação da “rede”.

Até 2004, quase metade das autoridades nacionais não detinham competência (conferida pelos respectivos ordenamentos internos) para a aplicação das regras comunitárias⁶³⁰.

Note-se, contudo, que, desde 2003, tal não era o caso da Adc (Autoridade da concorrência) portuguesa.

Desde a reforma do sistema português de *defesa da concorrência*, operado através do Decreto-Lei nº 10/2003 de 18 de Janeiro (que aprova os Estatutos da Autoridade da Concorrência) e da actual *Lei da concorrência* (Lei nº 18/2003, de 11 de Junho) que, genericamente, tais competências de aplicação dos artigos 81º e 82º do Tratado CE são atribuídas pelo ordenamento interno, àquela Autoridade Reguladora Independente.

Assim, a alínea *g*, do nº 1, do artigo 6º dos Estatutos da Adc, elenca no rol de atribuições desta autoridade, o exercício de “todas as competências que o direito comunitário confira às autoridades administrativas nacionais no domínio das regras de concorrência aplicáveis às empresas”. Em conformidade com esta atribuição, de facto, o nº 2, do artigo 22º da Lei da concorrência (Lei nº 18/2003, de 11 de Junho) determina a aplicação das mesmas normas que regem os “processos de infracção” ao disposto nos artigos 4º, 6º e 7º dessa Lei (ou seja, respectivamente, as regras que tutelam as “práticas proibidas” de entente, os abusos de posição dominante e os abusos de dependência económica), “aos processos por infracção dos artigos 81º e 82º do Tratado que institui a Comunidade Europeia instaurados pela Autoridade (Adc), ou em que esta seja chamada a intervir, ao abrigo das competências que lhe são

⁶²⁹ Quer dizer, apesar de, entre si e antes mesmo da entrada em vigência do Regulamento nº 1/2003, as várias autoridades nacionais existentes terem demonstrado capacidade de cooperação.

⁶³⁰ LAURENCE IDOT, *ob. cit.* (*Droit Communautaire...*), p 53 (95).

conferidas pela alínea *g* do nº 1 do artigo 6º do Decreto-Lei nº 10/2003, de 18 de Janeiro⁶³¹.”

No entanto, retomando as dificuldades sentidas na implementação da “rede”, o facto é que a situação vivida em termos de ordenamentos nacionais, era muito díspar. Estas diferenças foram, desde logo, evidenciadas durante a preparação e a discussão do processo que culminou na Comunicação da Comissão de 1997 sobre, precisamente, a cooperação entre as autoridades nacionais da concorrência e a Comissão, para a aplicação dos artigos 81º e 82º do Tratado CE⁶³².

Se, efectivamente, alguns Estados-membros tinham já atribuído às respectivas autoridades as competências necessárias para aplicarem quer as disposições de Direito interno, quer as regras comunitárias, o facto é que existiam, ainda, várias autoridades que não dispunham de tais competências (cingindo-se, apenas, à aplicação *isolada* dos dispositivos nacionais)⁶³³.

O já mencionado artigo 35º do Regulamento nº 1/2003, com efeito, veio acabar com essa hipótese de não atribuição, pelos respectivos ordenamentos internos e às autoridades nacionais, de competências para a aplicação dos normativos comunitários.

⁶³¹ Tivemos, já a oportunidade de notar, *supra*, que, na realidade, quando o legislador refere a alínea *g*, do nº 1 do artigo 6º do Decreto-lei nº 10/2003, pretendia, em rigor, mencionar tal norma dos Estatutos da Autoridade da Concorrência, anexos ao mencionado Decreto-Lei.

⁶³² Comunicação da Comissão sobre a cooperação entre esta e as autoridades nacionais em matéria de aplicação dos artigos 81º e 82º do Tratado CE. Jornal Oficial nº C 313 de 15.10.1997, p. 3.

⁶³³ Na realidade, em 1997, oito dos quinze Estados-membros da União não tinham conferido às respectivas autoridades nacionais competências para a aplicação das regras comunitárias (Portugal incluía-se neste grupo); em 2001, o referido número tinha descido para cinco Estados-membros. Indicações de LAURENCE IDOT, *ob. cit.* (*Droit Communautaire...*), p. 53 (95) e *XXXIème. Rapport sur la politique de concurrence*, Commission Européenne, 2001, p. 407.

7.4 – Objectivos funcionais da “rede”: a cooperação e a troca de informações entre as autoridades da concorrência.

159. Na realidade, mesmo antes da entrada em vigência do Regulamento nº 1/2003 e ainda durante a vigência do Regulamento nº 17 de 1962, sempre existiu um certo grau de cooperação e de troca de informações entre a Comissão e as autoridades (existentes) dos Estados-membros.

Essa antiga e informal cooperação (no sentido em que não estava normativamente instituída, processando-se nos termos da referida Comunicação de 1997), assentava, sobretudo, num fluxo informativo no sentido da Comissão para as referidas autoridades, incidindo sobre casos em análise pela própria Comissão e ainda, na possibilidade que essas autoridades dos Estados-membros tinham de apresentarem as suas observações (colectivamente, através do denominado “Comité Consultivo” previsto no Regulamento nº 17).

Ora, o Regulamento nº 1/2003 (e, portanto, o seu artigo 35º, assim como a Comunicação de 2004 “sobre a cooperação no âmbito da rede de autoridades da concorrência”) veio transformar esse antigo sistema de troca de informações e de observações escritas, num outro sistema de cooperação que se pretende mais dinâmico.

Como nota DEKEYSER, o antigo sistema de cooperação (em rigor, de troca de informações) poderia caracterizar-se como sendo unilateral, vertical e descendente e em forma de *estrela* (ou seja, com a Comissão ao centro e emitindo informação consoante as suas conveniências processuais) para as várias *extremidades* da dita estrela (ou seja, para as várias autoridades nacionais)⁶³⁴.

Com a reforma e com o Regulamento nº 1/2003, pretendeu-se transformar esse antigo sistema de troca de informações numa efectiva cooperação dinâmica e horizontal entre a Comissão e as referidas autoridades da concorrência nacionais, suportada (tal cooperação dinâmica almejada) por um fluxo informativo com um sentido duplo: as autoridades nacionais

⁶³⁴ KRIS DEKEYSER, *ob.cit.* (*Une nouvelle ère...*), p. 83.

informam, também, a Comissão, sobre os seus casos e consultá-la-ão sobre os seus projectos de decisão.

A implementação da “rede” prosseguida pela reforma do Direito da concorrência comunitário, visa, portanto, criar um sistema de cooperação e de troca de informações já não em forma de estrela e com um fluxo de comunicação essencialmente descendente (da Comissão para as autoridades) e unilateral, mas sim uma efectiva rede (“on-line”) de interligações entre essas várias autoridades e a Comissão.

7.5 – Modelos de organização das autoridades da concorrência (critério funcional): modelo unitário, dualista e o modelo “irlandês”.

160. Ora, sob o ponto de vista funcional, identificam-se, correntemente, três modelos de institucionalização e de organização das autoridades (nacionais) da concorrência.

Existe o denominado “modelo unitário” que segue, no fundo, o funcionamento da Comissão Europeia. Neste modelo (o mais simples) existe uma única autoridade administrativa que detém competências e prossegue as funções de inquérito, de instrução e de decisão (administrativa). Tal é o caso, por exemplo, da Adc portuguesa e do *Bundeskartellamt* alemão e da *Autorité garante della Concorrenza e del Mercato* italiana. No Reino Unido, apesar de algumas especificidades características, a doutrina tende a considerar, habitualmente, o *Office of Fair Trading* como integrando, também, este modelo⁶³⁵.

Um segundo modelo – o modelo dualista – poderá ser caracterizado do seguinte modo⁶³⁶: a função de inquérito é prosseguida por um serviço próprio governamental (normalmente, do Ministério da Economia), sendo as funções de instrução e de decisão deixadas, de facto, à autoridade administrativa

⁶³⁵ LAURENCE IDOT, *ob. cit.* (*Droit Communautaire...*), p. 54 (97).

⁶³⁶ Seguimos a síntese tópica efectuada por IDOT, relativamente a este modelo. LAURENCE IDOT, *ob. cit.* (*Droit Communautaire...*), ainda p. 54 e 55 (97).

independente. A Espanha, por exemplo, seguia, antes da reforma de 2007, este modelo.

O modelo dualista comporta, no entanto, algumas variantes. Por exemplo, em certos Estados-membros (como a Áustria, a Finlândia ou a Suécia), a aplicação de sanções nunca poderá ser - por imperativos constitucionais e qualquer que seja o tipo e a natureza da dita sanção - atribuída a uma entidade que não seja jurisdicional, tendo-se, assim e por conseguinte, criado, nesses Estados, uma jurisdição especializada em concorrência.

Um terceiro modelo corresponde, na prática, ao caso (*exceção*) Irlandesa. O poder de decisão, neste modelo, é da competência da jurisdição de direito comum, pelo que a autoridade da concorrência apenas abre e prossegue as diligências de inquérito. Note-se que, aqui (no caso irlandês) a respectiva *Competition Authority* prossegue, então, apenas tais funções de inquérito e, em termos gerais, de verificação ou de fiscalização do respeito pelo *Competition Act* de 2002, uma vez que a violação das regras de *defesa da concorrência* é punível criminalmente⁶³⁷.

O primeiro modelo atrás apontado - o modelo unitário - tem vindo a estender a sua influência (nesse sentido, as recentes reformas internas empreendidas por Espanha e França) - e, sendo o modelo mais simples, acabará por ser, previsivelmente, o modelo dominante nos Estados-membros da União.

Tal significa, no fundo e regressando à óptica de análise da "teoria da agência", um elemento indiciador da influência efectiva (e crescente) da Comissão, como *policymaking*, no domínio da defesa da concorrência europeia (no âmbito de um "regime da concorrência Europeu", adoptando a expressão proposta por WILKS).

⁶³⁷ Ver referências ainda de LAURENCE IDOT, *idem*.

7.6 – Controle judicial das decisões das autoridades da concorrência: jurisdição comum ou jurisdição especializada? O princípio da “autonomia institucional” dos Estados-membros.

161. Mas a diversidade de modelos, sob o ponto de vista funcional e relativamente às autoridades nacionais, verifica-se, igualmente, no que diz respeito ao controlo das decisões adoptadas por estas entidades.

Por exemplo, se, entre nós e tal como sucede na maior partes dos Estados-membros, sob o ponto de vista de controlo das decisões da Autoridade da concorrência (Adc), intervêm os órgãos jurisdicionais comuns, de acordo com a organização judicial interna, existem, porém, outros Estados-membros que preferiram criar uma jurisdição especializada em matéria de concorrência, como foi o caso britânico, com a institucionalização de uma “Competition Appeals Tribunal (CAT)”.

Na realidade, a discussão sobre a conveniência da criação de jurisdições especializadas, em matéria de aplicação das regras de concorrência, emergiu, também, no âmbito da reforma em curso, em função da especificidade técnica e da perspectiva (também) económica que a interpretação e a aplicação desse tipo de normativos requerem.

Não vamos, agora, desenvolver os termos (as vantagens e os inconvenientes) de tal possível opção. No entanto, importa notar que o artigo 35º do Regulamento nº 1/2003, acabou por garantir, para os Estados-membros, essa liberdade de escolha. Na realidade, não só é fixada, nessa norma, a possibilidade de os Estados-membros designarem órgãos jurisdicionais como detentores das atribuições e competências de autoridades da concorrência (nº 1, do artigo 35º daquele Regulamento), como permite-se, ainda, que os Estados-membros possam atribuir a tais autoridades designadas, “outras competências e funções, tanto administrativas como judiciais” (nº 2, do mesmo artigo 35º).

No fundo, esta liberdade de opção decorre e justifica-se, sob o ponto de vista doutrinal, com o denominado “princípio da autonomia institucional” dos Estados-membros, consagrado pelo Regulamento nº 1/2003 (nomeadamente, nos termos do seu artigo 35º).

Os Estados-membros mantêm a sua margem de opção relativamente à escolha da natureza, do modelo institucional e do tipo de funções das respectivas autoridades nacionais, pese embora a inclusão destas na "rede europeia da concorrência".

162. Perante a consagração, no artigo 35º do Regulamento nº 1/2003, da assinalada liberdade de opção, a favor dos Estados-membros (princípio da "autonomia institucional"), parece apropriado concluir-se que a preocupação do legislador comunitário (no caso, o impulso proveio da Comissão) foi, efectivamente, assegurar que os Estados-membros indicassem claramente, neste contexto, qual seria a respectiva autoridade/entidade interna que integraria a "rede europeia da concorrência".

Esta preocupação poderá ser entendida como estando em consonância com a garantia efectiva de que as prerrogativas da Comissão, em termos de Instituição central e de direcção da Política da concorrência comunitária, não seriam enfraquecidas com a reforma e, em especial, com o sistema descentralizado de aplicação dos artigos 81º e 82º do Tratado CE, instituído pelo Regulamento nº 1/2003. Na verdade, a preocupação de que fosse claramente indicada, pelo respectivo Estado-membro, a autoridade/entidade nacional que se ligaria à "rede europeia da concorrência", terá, seguramente, a ver com a necessidade sentida pela Comissão de que a eficácia do mecanismo previsto no nº 6, do artigo 11º do Regulamento nº 1/2003, não fosse obstaculizada.

Recorde-se o que tivemos já oportunidade de concluir sobre tal mecanismo do nº 6, do artigo 11º do Regulamento nº 1/2003 (ver, supra, IIª Parte, respectivo Capítulo 2º)..

Esta norma, com efeito, permite que o acto da Comissão através do qual esta assume o início de um processo conducente à aplicação dos artigos 81º e 82º do Tratado CE e, conseqüentemente, à adopção (final) de uma decisão⁶³⁸,

⁶³⁸ De uma decisão daquela Instituição, nos termos dos artigos 7º e 23º do Regulamento nº 1/2003 ou, ainda, eventualmente, nos termos do artigo 9º do mesmo Regulamento (se,

retire às autoridades dos Estados-membros a competência de aplicação daqueles normativos do Tratado. Apelidamos, de resto, as decisões da Comissão em causa, no âmbito do nº 6, do artigo 11º do Regulamento nº 1/2003, de “decisões de retirada da competência às autoridades dos Estados – membros” ou “decisões de privação da competência”.

Ora, nos termos daquele nº 6, do artigo 11º do Regulamento referido, o início, por parte da Comissão, “da tramitação conducente à aprovação de uma decisão nos termos do capítulo III (do mesmo Regulamento) priva as autoridades dos Estados-membros da competência para aplicarem os artigos 81º e 82º do Tratado, se bem que, por outro lado, se “a autoridade de um Estado – membro (...) já estiver a instruir um processo, a Comissão só dará início a um processo após ter consultado essa autoridade nacional responsável em matéria de concorrência.”

Repetimos, agora, o que já afirmamos, *supra*, sobre o sentido a atribuir a este normativo que abre o caminho à Comissão para a retirada, às autoridades nacionais, da competência de aplicação dos artigos 81º e 82º do Tratado CE⁶³⁹. Referimos, efectivamente, a propósito do nº 6, do artigo 11º do Regulamento nº 1/2003 que, pretendendo amenizar os riscos de uma aplicação não uniforme do Direito da concorrência comunitário, o legislador *devolveu* à Comissão o poder de privar ou de retirar às autoridades nacionais, em situações concretas, a competência de aplicação daqueles artigos 81º e 82º do Tratado CE – e isto, através do funcionamento de tal mecanismo consagrado naquele nº 6, do artigo 11º, do Regulamento em causa.

163. Na perspectiva do legislador comunitário, como dissemos, a liberdade de opção por um (qualquer) modelo institucional de autoridade da

porventura, for possível concluir-se tal processo de aplicação daqueles normativos do Tratado CE com um “compromisso”).

⁶³⁹ Recorde-se: competência de aplicação essa que é, genericamente, atribuída às referidas autoridades (e Tribunais) nacionais, pelo Regulamento nº 1/2003, quer através da consagração da obrigatoriedade de “aplicação paralela” das ordens jurídicas, quer através do sistema de “excepção legal” que substituiu o antecedente regime da “notificação prévia”, relativamente à aplicação do nº 3, do artigo 81º do Tratado CE

concorrência que parece resultar do artigo 35º do Regulamento a favor dos Estados-membros, compreende-se se pensarmos que a preocupação primeira do legislador⁶⁴⁰ foi a determinação das autoridades/entidades que integrariam a “rede europeia da concorrência”, ficando essas autoridades, desse modo, subordinadas às regras de repartição de competências e de casos (nº 6, do artigo 11º do Regulamento nº 1/2003).

Há, no entanto, um pormenor que merece ser evidenciado: em princípio, é apenas a autoridade que exerce “funções de preparação e de aprovação dos tipos de decisões previstos no artigo 5º” do Regulamento nº 1/2003⁶⁴¹ que, independentemente da sua natureza jurídica (quer seja autoridade administrativa ou jurisdicional) e actuando em primeira instância⁶⁴², ficará sujeita a tais regras de repartição de competências e de casos – que, no fundo, conferem, pelo menos, um “direito de prioridade” à Comissão.

Mas, o que sucederá no caso em que exista, por hipótese, a consagração, numa determinada ordem jurídica interna, do terceiro modelo de organização que, de acordo com um critério funcional, referimos atrás? O que sucede se nos depararmos com um modelo de autoridade que corresponda, por exemplo, ao caso (atrás invocado) irlandês?

Dissemos, com efeito, que neste último caso, a respectiva *Competition Authority* prossegue apenas funções de inquérito e, em termos gerais, de verificação ou de fiscalização do respeito pelo *Competition Act* em vigência, uma vez que a violação das regras de *defesa da concorrência* é sancionada criminalmente, pelas jurisdições de direito comum.

O nº 4, do artigo 35º previu, efectivamente, esta hipótese (que releva, em princípio, do referido “terceiro modelo”), estabelecendo que “nos Estados-membros em que (...) uma autoridade intente uma acção perante uma

⁶⁴⁰ Neste caso - sublinhe-se - inteiramente coincidente, ou mesmo reflectora, das preocupações da Comissão.

⁶⁴¹ O referido artigo 5º estabelece o rol de decisões para as quais as autoridades dos Estados-membros dispõem de competência.

⁶⁴² “ (...) os efeitos previstos no nº6 do artigo 11º não são extensíveis a tribunais que actuem como instancias de recurso relativamente aos tipos de decisão previstos no artigo 5º” – nº 3, do artigo 35º, do Regulamento nº 1/2003, parte final.

autoridade judicial autónoma e diferente da autoridade competente para a instrução do processo, os efeitos previstos no nº 6, do artigo 11º *são limitados à autoridade de instrução do processo*, a qual deverá desistir do pedido apresentado perante a autoridade judicial a partir do momento em que a Comissão dê início a um processo, devendo esta desistência pôr efectivamente termo ao processo nacional”.

7.7 – Ponto de ordem

164. O Regulamento nº 1/2003 reconhece, nos termos expostos, um princípio de “autonomia institucional” a favor dos Estados-membros – “autonomia institucional” que se repercute, portanto, indirectamente, na própria “rede europeia da concorrência”, na medida em que a natureza, as funções internas e, no fundo, os modelos de organização institucional seguidos pelas autoridades nacionais que integram essa rede europeia, poderão ser diversificados.

Mas, para além dessa “autonomia institucional” que, em virtude do artigo 35º do Regulamento nº 1/2003, marca (indirectamente) a “rede europeia”, existe ainda uma “autonomia processual” reconhecida às ditas autoridades da concorrência dos Estados-membros, no que respeita à aplicação dos artigos 81º e 82º do Tratado CE. Na realidade, já anteriormente assinalamos essa “autonomia processual”, na sequência da consideração dos efeitos decorrentes da utilização (cada vez maior e relevante) do denominado “soft – law” pela Comissão Europeia.

O “princípio de autonomia processual” é, como vimos, uma característica do novo regime (relativamente) descentralizado de aplicação das regras dos artigos 81º e 82º do Tratado CE – sendo, também, uma consequência lógica e inevitável da competência global de aplicação de tais dispositivos de *defesa da concorrência* comunitários, atribuída às autoridades e aos Tribunais dos Estados-membros. Ilustramos e sustentamos a afirmação do mencionado princípio, entre outros elementos, desde logo, em algumas regras do Regulamento nº 1/2003 que, claramente, indicam tal autonomia no que

respeita à actuação das autoridades nacionais da concorrência, como é o caso do artigo 22º daquele Regulamento. Nesta norma relativa às investigações efectuadas pelas autoridades nacionais da concorrência, afirma-se, expressamente, que estas podem proceder, “no seu território, a qualquer inspecção ou outra medida de inquérito em aplicação da respectiva legislação nacional”, se bem que “em nome e por conta da autoridade de outro Estado membro (...)”⁶⁴³. Além disso, esclarece-se, ainda, a propósito das inspecções efectuadas pelas autoridades nacionais a pedido da Comissão, que: “Os funcionários das autoridades dos Estados membros responsáveis em matéria de concorrência incumbidos de proceder às inspecções e os agentes por elas mandatados exercem os seus poderes nos termos da respectiva legislação nacional”⁶⁴⁴.

165. Temos, assim, a “rede europeia da concorrência”, institucionalizada pelo Regulamento nº 1/2003, como sendo um dos actores fundamentais do novo “regime Europeu da concorrência” que se antevê, a prazo, poder emergir em resultado da reforma do Direito comunitário da concorrência.

Sob o ponto de vista institucional, de facto, o triângulo composto pela *Comissão – rede europeia da concorrência – Tribunal* (de Justiça e Tribunal de Primeira Instância), terá como base essa rede, na medida em que a dinâmica de aplicação dos artigos 81º e 82º do Tratado CE deverá ser gerada e impulsionada, a partir da actuação conjunta, em cooperação, da Comissão e das autoridades dos Estados-membros.

No desenho formal da reforma, aparentemente, o “centro de comando” do sistema de aplicação das regras comunitárias de *defesa da concorrência*, deveria corresponder à agora analisada “rede europeia da concorrência”.

Num sistema que promove a descentralização e a generalização da aplicação daquelas regras a favor das autoridades nacionais da concorrência (e, na perspectiva do “private enforcement”, também dos Tribunais dos Estados-membros) - e, por conseguinte, no quadro de uma aplicação concorrente dos

⁶⁴³ Número 1, do artigo 22º do Regulamento nº 1/2003.

⁶⁴⁴ Número 2, do mesmo artigo 22º.

artigos 81º e 82º do Tratado CE, entre a Comissão e as referidas autoridades nacionais - a "rede" será o fórum de distribuição e de repartição *concreta* e casuística dessas competências, entre essas autoridades e aquela Instituição comunitária.

Vimos, no entanto, que, na perspectiva da Comissão, as soluções normativas consagradas pelo Regulamento nº 1/2003 para tal repartição concreta de competências de intervenção e de casos, acabam por favorecer a posição da Comissão. O nº 6, do artigo 11º do Regulamento nº 1/2003 ilustra, com efeito, essa não equitativa distribuição, concedendo uma prioridade de intervenção a favor da Comissão.

Indirectamente, o recurso (que qualificamos de intenso e de extenso) à "quase-legislação", a actos de "soft-law" por parte da Comissão, permitir-lhe-á, com o respaldo da jurisprudência comunitária, reforçar o seu papel de principal "policymaking" em matéria de concorrência comunitária e, desta forma, contribuir para uma progressiva uniformização material dos respectivos sistemas (nacionais e comunitário). No fundo, uma uniformização que poderá passar, predominante e materialmente, por uma "europeização dos Direitos nacionais", acabando por anular o sentido descentralizador formalmente atribuído à reforma do Direito da concorrência comunitário e, em particular, ao regime instituído pelo Regulamento nº 1/2003.

No entanto, importa ainda e por agora, continuar a compreender o desenho da "rede", sobretudo, o desenho da sua actuação, tal como resulta consagrado formalmente a partir do Regulamento nº 1/2003 e da Comunicação da Comissão "sobre a cooperação no âmbito da rede de autoridades de concorrência"⁶⁴⁵.

7.8 – "Rede europeia da concorrência" e o Comité Consultivo.

166. Na actuação da "rede" e, portanto, no contexto da aplicação dos artigos 81º e 82º do Tratado CE, importa anotar, ainda, o funcionamento do

⁶⁴⁵ (2004/C 101/03), Jornal Oficial nº C 101, de 27.04.2004, p. 43.

denominado "Comité Consultivo em matéria de acordos, decisões e práticas concertadas" (artigo 14º do Regulamento nº 1/2003) ”.

Este Comité tinha sido já instituído pelo Regulamento nº 17 de 1962 e a sua acção visa contribuir para o estabelecimento e o desenvolvimento de uma cooperação entre a Comissão e as autoridades nacionais. O Regulamento nº 1/2003 veio, também, reforçar o seu papel.

A propósito do Comité Consultivo e do papel que dele se espera, registre-se a apreciação que relativamente ao seu funcionamento foi efectuada pela Comissão, nos Considerandos introdutórios do Regulamento:

“O Comité (...) instituído pelo Regulamento nº 17 tem funcionado de forma satisfatória, e virá a inserir-se perfeitamente no novo sistema de aplicação descentralizada. (...). Para o efeito, será útil permitir que os pareceres possam ser emitidos através de procedimento escrito. Além disso, o Comité Consultivo deverá poder constituir uma instância para a discussão de processos em curso de tratamento pelas autoridades dos Estados-Membros responsáveis em matéria de concorrência, contribuindo desta forma para garantir uma aplicação coerente das regras comunitárias de concorrência⁶⁴⁶”.

Este Comité, agora e de acordo com o novo regime de aplicação dos artigos 81º e 82º do Tratado CE, “será composto por representantes das autoridades dos Estados-Membros responsáveis em matéria de concorrência. Os Estados-Membros deverão poder designar um representante suplementar para as reuniões em que se analisem questões de interesse geral. Essa possibilidade não impede que os membros do comité sejam assistidos por outros peritos dos Estados membros⁶⁴⁷”.

Note-se, ainda, que, na perspectiva do legislador comunitário (e da Comissão), a intervenção (parecer) do Comité Consultivo é, de facto, importante, na dinâmica de aplicação dos normativos comunitários de *defesa*

⁶⁴⁶ Considerando nº 19, do Regulamento nº 1/2003.

⁶⁴⁷ Considerando nº 20. Neste contexto – a necessidade de cooperação quer entre as entidades que integram a rede de autoridades da concorrência, quer, envolvendo, também, os órgãos jurisdicionais dos Estados-membros – ler, também, o enunciado pela Comissão nos Considerandos 21 a 24, deste Regulamento.

da concorrência. Assim, compreende-se que, nos termos do nº 5, do artigo 14º do Regulamento nº 1/2003:

“ A Comissão toma na melhor conta o parecer emitido pelo Comité Consultivo. O Comité deve ser por ela informado do modo como esse parecer foi tomado em consideração”. Por outro lado, nos termos do número seguinte (6) daquele artigo 14º, do Regulamento, não só o parecer emitido pelo Comité deverá ser apenso ao projecto de decisão da Comissão, como, ainda:

“ (...) Se o Comité Consultivo recomendar a publicação do parecer, a Comissão procederá a essa publicação tendo em consideração o interesse legítimo das empresas na protecção dos seus segredos comerciais⁶⁴⁸”.

7.9 – Os objectivos funcionais da actuação da “rede”: uma repartição de competências entre autoridades, através de um sistema de troca de informações e de assistência mútua.

167. Tentando apreender os aspectos principais do funcionamento da “rede europeia da concorrência”, importa, agora, perspectivar a sua (dinâmica de) actuação.

Ora, de um modo sintético, o funcionamento da “rede” assenta na prossecução de duas linhas de orientação/objectivos necessários, para que se cumpra aquilo que é preconizado no nº 1, do artigo 11º do Regulamento nº 1/2003: uma *estreita cooperação* entre a Comissão e as autoridades dos Estados-membros na aplicação das regras comunitárias de concorrência. Esta estreita cooperação será atingida através, simultaneamente, de um sistema eficaz de *troca de informações* entre a Comissão e aquelas autoridades (entre si e entre elas e a Comissão) e de *assistência mútua*.

Não poderemos esquecer, também e por outro lado, que esta cooperação (concretizada através de tal cooperação e troca de informações), visa garantir a função principal e imediata do funcionamento da “rede”, a saber,

⁶⁴⁸ LAURENCE IDOT sublinha que, neste ponto, “il y a là un alignement sur les procédures suivies en matière de contrôle des concentrations ». LAURENCE IDOT, *ob. cit.*, p. 60 (109)

a *repartição de competências*, em concreto e perante cada caso, entre a Comissão e as autoridades nacionais.

É através da rede, do seu bom funcionamento – que, por seu turno, depende de tal estreita cooperação (ou seja, de uma permanente troca de informações e assistência entre as entidades dela integrantes) – que essa repartição é efectuada, prevenindo-se, assim e na lógica do Regulamento nº 1/2003, os riscos de quebra de uniformidade na aplicação (descentralizada) dos artigos 81º e 82º do Tratado CE.

A troca de informações e a assistência mútua entre os elementos integrantes da “rede europeia” são, assim, os seus dois objectivos instrumentais; qualificamo-los de objectivos instrumentais, na medida em que a sua concretização serve o objectivo principal do sistema implementado pelo Regulamento nº 1/2003 e que é a repartição concreta de competências e de casos, entre a Comissão e as demais autoridades integrantes da rede em causa.

Assim sendo, o funcionamento da “rede europeia da concorrência”, será avaliado, desde logo, pelo nível e quantidade de informações trocadas e pela assistência que proporcionará às entidades que detêm a competência genérica de aplicação dos artigos 81º e 82º do Tratado CE.

7.10 – A troca de informações.

168. Passando, topicamente, em revista as medidas preconizadas relativamente à *comunicação e à troca de informações* entre as entidades integrantes da rede, referiremos que, nos termos do nº 2, do artigo 11º, do Regulamento nº 1/2003, “a Comissão deve enviar às autoridades dos Estados-Membros responsáveis em matéria de concorrência cópia dos documentos mais importantes que tenha obtido” no decurso do tratamento dos casos e das situações em que tenha actuado, tendo em vista emitir uma Decisão.

Além disso, ainda nos termos do nº 2, da mesma norma do Regulamento, a Comissão “deve facultar, a toda autoridade de um Estado-Membro responsável em matéria de concorrência que lho solicitar, uma cópia

de outros documentos existentes que sejam necessários para a apreciação do processo” que, porventura, esteja a ser apreciado por essa autoridade.

Em contrapartida e ainda a respeito da institucionalização da troca de informações no seio da “rede europeia da concorrência”, as autoridades nacionais, sempre que agirem de forma a poderem aplicar os artigos 81º e 82º do Tratado CE, “devem comunicá-lo por escrito à Comissão antes ou imediatamente depois de terem dado início à primeira medida de investigação formal. Esta informação, nos termos do nº 3, do artigo 11º, do Regulamento, “também poderá ser disponibilizada às autoridades homólogas dos outros Estados membros”.

Além disso, nos termos do nº 4, do mesmo artigo 11º, acrescenta-se que:

“O mais tardar 30 dias antes da aprovação de uma decisão em que exijam que seja posto termo a uma infracção, aceitem compromissos ou retirem o benefício de um regulamento de isenção por categoria, as autoridades dos Estados-Membros responsáveis em matéria de concorrência devem informar do facto a Comissão. Para tal, devem facultar à Comissão um resumo do processo, a decisão prevista ou, na sua ausência, qualquer outro documento que indique qual a linha de acção proposta. Esta informação também pode ser disponibilizada às autoridades homólogas dos outros Estados-Membros. Se para tal for solicitada pela Comissão, a autoridade interveniente responsável em matéria de concorrência facultar-lhe-á outros documentos que sejam necessários para a apreciação do processo. As informações prestadas à Comissão podem ser facultadas às autoridades homólogas dos outros Estados-Membros”.

Esta mesma norma, apontando, ainda, no sentido de uma *cooperação horizontal* - ou seja, uma cooperação entre as autoridades nacionais - estabelece o seguinte:

“As autoridades nacionais responsáveis em matéria de concorrência podem igualmente trocar entre si as informações necessárias para a apreciação de um processo que estejam a instruir ao abrigo dos artigos 81º ou 82º do Tratado”.

169. Nos termos do nº 1, do artigo 12º, do Regulamento, a Comissão e as autoridades nacionais podem “comunicar entre si e utilizar como meio de prova qualquer elemento de facto ou de direito, incluindo informações confidenciais”. Estamos, portanto, neste caso, no domínio de uma cooperação (através da troca de informações) quer horizontal, quer vertical (ou seja, entre as autoridades nacionais e a Comissão).

No entanto, nos termos do nº 2, do artigo 28º, do Regulamento nº 1/2003, é consagrada em correlação com a possibilidade assinalada anteriormente, uma *obrigação de confidencialidade*, decorrente da obrigação de sigilo profissional que abrange os agentes e funcionários de todas as entidades integrantes da rede de autoridades da concorrência. Assim, o nº 2, do mencionado artigo 28º do Regulamento, estabelece que:

“ (...) a Comissão e as autoridades dos Estados-Membros responsáveis em matéria de concorrência, os seus funcionários, agentes e outras pessoas que trabalhem sob a supervisão dessas autoridades, bem como os funcionários e agentes de outras autoridades dos Estados-Membros, não podem divulgar as informações obtidas ou trocadas nos termos do presente regulamento e que, pela sua natureza, estejam abrangidas pelo sigilo profissional. Esta obrigação é igualmente aplicável a todos os representantes e peritos dos Estados-Membros que tomem parte nas reuniões do Comité Consultivo nos termos do artigo 14º”.

No que diz, ainda, respeito ao tratamento e à utilização da informação trocada entre a Comissão e as autoridades nacionais (verticalmente), ou apenas entre estas autoridades (*horizontalmente*), o nº 2, do artigo 12º, vem, ainda, estabelecer que tais informações “só devem ser utilizadas como meios de prova para efeitos de aplicação dos artigos 81º ou 82º do Tratado em relação à questão para as quais foram recolhidas pela autoridade transmissora”. No entanto e ainda nos termos da mesma disposição, tais informações podem também ser utilizadas para efeitos de aplicação da legislação nacional, sempre que esta seja aplicada no mesmo processo, em paralelo com o Direito Comunitário da Concorrência, *sem conduzir a um resultado diferente*.

Importa, ainda, referir que as informações porventura transmitidas voluntariamente por uma empresa (requerente) a uma autoridade da concorrência, no âmbito de um programa de imunidade em matéria de coimas ou de redução do seu montante ("programas de clemência"), não poderão, em princípio e sem o respectivo consentimento, ser transmitidas às demais autoridades que integram a rede. Esta garantia resulta expressamente do ponto nº 40, da Comunicação da Comissão "sobre a cooperação no âmbito das redes de autoridades da concorrência"⁶⁴⁹.

Note-se que a Comunicação em causa, no seu nº 38, sublinha o facto de - em virtude da inexistência, ao nível da União, de um programa comum ou de programas harmonizados de imunidade em matéria de coimas ou de redução do seu montante - um pedido de clemência apresentado junto de uma determinada autoridade, não poder ser considerado como tendo sido apresentado, desde logo e automaticamente, a todas as restantes autoridades⁶⁵⁰.

O requerente terá, nesse caso, interesse em apresentar um novo pedido junto de todas as autoridades nacionais que tenham, em concreto, competência para aplicar o artigo 81º do Tratado CE.

⁶⁴⁹ Porém, o nº 41, da mencionada Comunicação, consagra algumas excepções a esta garantia (excepções relativamente à regra enunciada no antecedente nº 40).

⁶⁵⁰ A redacção em língua portuguesa do mencionado nº 38 da Comunicação não nos parece, contudo, suficientemente clara, na medida em que não reflecte rigorosamente esta ideia (a mais ajustada ao contexto em causa e aquela que decorre da própria leitura integral do número referido). Com efeito, o mencionado nº 38 daquela Comunicação, na respectiva versão em língua portuguesa, declara que na ausência de tal sistema de programas, ao nível da União Europeia, "completamente harmonizados em matéria de coimas ou de redução do seu montante, não se deve considerar que um pedido deste tipo apresentado a uma dada autoridade *é idêntico ao apresentado a uma outra autoridade*".

7.11 – A assistência mútua.

170. Anotemos, agora, topicamente, a vertente de *assistência mútua* prosseguida pelo funcionamento da “rede europeia da concorrência”.

Ora, já referimos noutro contexto (a propósito do princípio da “autonomia processual”) que, no âmbito do regime estabelecido pelo Regulamento nº 1/2003, “a autoridade de um Estado-Membro responsável em matéria de concorrência pode proceder, no seu território, a qualquer inspecção ou outra medida de inquérito em aplicação da respectiva legislação nacional *em nome e por conta da autoridade de outro Estado-Membro* responsável em matéria de concorrência a fim de determinar a existência de uma infracção aos artigos 81º ou 82º do Tratado (...)” – número 1, do artigo 22º, do Regulamento.

Além disso, esta competência, assim outorgada às autoridades nacionais, poderá, também, ser exercida *em nome e a pedido da Comissão* – número 2, do mesmo artigo 22º.

Naquela primeira hipótese prevista no nº 1, do artigo 22º, do Regulamento, “qualquer intercâmbio ou utilização das informações obtidas devem ser realizados nos termos do artigo 12º do presente regulamento” – e isto, de acordo, novamente, com o nº 1, do artigo 22º do Regulamento nº 1/2003. Com efeito, o mencionado artigo 12º do Regulamento, regula o “intercâmbio de informações” entre a Comissão e as autoridades nacionais de concorrência.

Assim, nos termos do nº 1, do mencionado artigo 12º do Regulamento nº 1/2003, estabelece-se, como *princípio geral* que, “(...) a Comissão e as autoridades dos Estados-Membros responsáveis em matéria de concorrência podem comunicar entre si e utilizar como meio de prova qualquer elemento de facto ou de direito, incluindo informações confidenciais”.

No entanto, os números subsequentes deste artigo 12º do Regulamento, restringem (e concretizam) o enunciado no nº 1, estabelecendo que “as informações trocadas só devem ser utilizadas como meios de prova para efeitos de aplicação dos artigos 81º ou 82.º do Tratado em relação à questão para as

quais foram recolhidas pela autoridade transmissora” - confrontar o nº 2, daquele artigo 12º do Regulamento.

Além disso, as informações assim trocadas entre as autoridades nacionais da concorrência “só podem ser utilizadas como meios de prova para impor sanções a pessoas singulares quando a legislação da autoridade transmissora estabelecer sanções semelhantes para a infracção aos artigos 81º ou 82º do Tratado ou, na sua ausência, estas informações tiverem sido recolhidas de uma forma que respeite um nível de protecção dos direitos de defesa das pessoas singulares idêntico ao previsto nas regras nacionais da autoridade receptora.

Todavia, neste último caso, as informações trocadas “não podem ser utilizadas pela autoridade receptora para impor penas privativas da liberdade” – número 3, do artigo 12º, do Regulamento nº 1/2003.

C

CAPÍTULO 8º - O Tribunal de Justiça e o Tribunal de Primeira

8.1 – Enquadramento Geral: os órgãos jurisdicionais da *defesa da concorrência* comunitária

171. Temos vindo, nesta IIIª Parte do presente trabalho, a centrar a nossa atenção na estrutura institucional que suporta a aplicação do sistema comunitário de *defesa da concorrência*. O objectivo que nos orienta é o de salientar os pontos mais relevantes que, sob esse prisma institucional, resultam da reforma ou *modernização* em curso do Direito comunitário da concorrência – especialmente, o impacto que a entrada em vigência do Regulamento nº 1/2003 teve no plano daquela estrutura institucional.

Na realidade, a análise da reforma não deverá prescindir de uma reflexão, ainda que tónica, sobre o funcionamento institucional do sistema de *defesa da concorrência* – bem assim como sobre as prioridades últimas e o sentido desse funcionamento.

Ora, norteamos, antecedentemente, a nossa exposição, a partir do *triângulo* institucional saído da reforma em curso (em rigor, do Regulamento nº 1/2003): *Comissão – rede europeia da concorrência – Tribunal de Justiça* (e Tribunal de Primeira Instância).

Desde logo, numa perspectiva comunitária, a reforma institucional do sistema de *defesa da concorrência*, fez emergir esse *triângulo institucional*. Uma primeira consequência da entrada em vigência do Regulamento nº 1/2003 foi, de facto, a atribuição de um estatuto (referência) *institucional – normativa* à “rede europeia da concorrência”, desenhando-se, assim, a base de tal triângulo. A “rede” vem, com efeito, servir de pano de fundo à ligação que se pretende dinâmica, inter-activa, entre os dois outros lados institucionais desse triângulo: a Comissão Europeia e o Tribunal de Justiça (e o Tribunal de Primeira Instância).

Assim, salientamos os objectivos funcionais característicos da “rede”: a criação de um sistema de troca de informações entre todas as entidades integrantes dessa “rede europeia de autoridades da concorrência”, bem assim como uma assistência (técnica) entre tais entidades⁶⁵¹.

Notamos ainda que, no fundo, tais trocas de informações e assistência entre todas as autoridades integrantes da “rede” serviam de instrumentos auxiliares a uma adequada (na lógica do Regulamento nº 1/2003) repartição de competências de aplicação dos artigos 81º e 82º do Tratado CE, quer entre as várias autoridades nacionais, quer entre estas e a própria Comissão.

A Comissão – como fomos salientando anteriormente⁶⁵² – acaba por reforçar⁶⁵³ e alterar o seu papel, no contexto da definição e da aplicação da Política da concorrência da União.

Assim, o sentido (apelidado) descentralizador da aplicação dos artigos 81º e 82º do Tratado CE, bem assim como a consequente generalização da respectiva aplicação (entendendo-se esta generalização como sendo uma abertura a outras entidades/autoridades que não apenas a Comissão - isto é, a aplicação concorrente daqueles normativos comunitários, levada a cabo quer pela Comissão, quer pelas autoridades e Tribunais nacionais) poderá aparentar, em termos imediatos, uma perda de predominância desta Instituição na aplicação do sistema de *defesa da concorrência* comunitário. Recorde-se que, com o método da “excepção legal”, enunciado nos termos do artigo 1º do Regulamento e com o fim da competência exclusiva da Comissão, no que diz respeito à aplicação do nº 3, do artigo 81º do Tratado CE, esta Instituição deixa, aparentemente, de ocupar um papel tão central (e praticamente exclusivo), sob o ponto de vista da aplicação do normativo contido no artigo 81º do Tratado CE e, consequentemente, poderá, numa primeira projecção, perspectivar-se a diminuição da sua influência e preponderância, na gestão da Política comunitária da concorrência.

⁶⁵¹ Capítulo antecedente (7º), desta IIIª Parte, em especial, respectivos nºs 7.4 e 7.9.

⁶⁵² Ver Capítulos 3º a 5º, da presente IIIª Parte

⁶⁵³ E isto, apesar do movimento de descentralização preconizado, em termos de princípio geral, pelo Regulamento nº 1/2003.

No entanto, tal perda de influência (poder ou preponderância da Comissão) será, numa observação mais atenta, diminuta, se não mesmo inexistente.

Socorrendo-nos de uma perspectiva de análise fundada na “teoria da agência”, podemos, com propriedade, concluir que o sentido da reforma, sob o ponto de vista institucional, projecta-nos uma muito provável situação de reforço dessa centralidade da posição ocupada pela Comissão, no contexto da Política comunitária em causa. Poderá antever-se, mesmo, um efectivo reforço do poder da Comissão, no plano da própria *decisão/determinação* dessa Política comunitária da concorrência: um reforço da posição de (praticamente única) *policymaking*, ocupada por esta Instituição.

Importa, com efeito, para compreender esta hipótese que defendemos, entrar em linha de conta com vários factores e com o respectivo efeito recíproco que, entre eles, se desencadeará: por um lado, não só a Comissão, através dos próprios mecanismos consagrados no Regulamento nº 1/2003, não perde a possibilidade de dirigir e de executar, no que diga respeito àquelas situações que entenda mais importantes, a sua competência de aplicação dos artigos 81º e 82º do Tratado CE, como, por outro lado e de um modo indirecto, poderá criar condições para uma certa (e muito provável) padronização (garantia de uniformidade) na aplicação daqueles dispositivos do Tratado, em todos os Estados-membros.

Encontramos, efectivamente, no próprio articulado do Regulamento nº 1/2003 os referidos mecanismos que, em determinadas “situações – limite” ou *sensíveis* (em termos de aplicação dos normativos em causa), permitirão à Comissão intervir, levando a cabo, ela própria, a aplicação dos artigos 81º e 82º do Tratado: já analisamos anteriormente os (novos) actos de privação e de *reatribuição*, a favor da Comissão, das competências que, em princípio, foram descentralizadas para as autoridades nacionais (nº 6º, do artigo 11º do Regulamento nº 1/2003: privação de competências das autoridades nacionais, a favor da Comissão; artigo 13º do mesmo Regulamento: possibilidade – pela

via negativa ou da recusa de tratamento de um caso – de *reatribuição* de competências de aplicação dos referidos normativos do Tratado CE)⁶⁵⁴.

Além disso, entrando em linha de conta com o recurso, cada vez mais frequente e alargado, a actos vários de “soft-law”, a Comissão acaba, também, por ter a possibilidade de ir disseminando por todos os ordenamentos dos Estados-membros critérios e padrões de procedimentos uniformes, na medida em que, tendencialmente, as autoridades internas acabarão por seguir tais manifestações de “soft-law” produzidas pela Comissão e que, no fundo, acabam materialmente por preencher “espaços em branco” (ou, no mínimo, de dúvida) existentes na regulamentação do sistema comunitário.

Esse efeito de tendencial uniformização produzir-se-á (a prazo) e em paralelo com a possibilidade/competência de intervenção directa da Comissão em casos relevantes – competência essa que lhe é proporcionada pelos anteriormente mencionados mecanismos de privação e de *reatribuição* das competências das autoridades nacionais.

172. A hipótese que fomos projectando anteriormente – ou seja, verificar-se, a prazo, um reforço do poder da Comissão, no contexto da Política comunitária da concorrência – depende, desde logo, da actuação do Tribunal comunitário.

Importa, por conseguinte, observar, o papel que, no quadro institucional da *defesa da concorrência* comunitária, o Tribunal de Justiça poderá desempenhar, salientando alguns dos seus traços mais impressionantes e característicos.

Essa observação poderá seguir dois enfoques.

Assim, por um lado, poderemos focalizar a actuação do Tribunal de Justiça e do Tribunal de Primeira Instância, no quadro mais amplo do funcionamento (inter-relacionado) das três entidades que assinalamos e que compõem a estrutura institucional (triangular) de *defesa da concorrência* comunitária (introduzida pelo Regulamento nº 1/2003).

⁶⁵⁴ Ver, *supra*, IIª Parte, respectivo Capítulo 2º - *Os novos actos de privação e de reatribuição das competências descentralizadas*.

Qual o papel desempenhado pelo Tribunal comunitário, no quadro da política da concorrência da União? Qual o seu contributo, em particular, para o recorte e a solidificação do mencionado triângulo institucional?

Ora, em grande medida, fomos já, anteriormente, nesta IIIª Parte do presente trabalho (e, sobretudo, no contexto da análise da posição da Comissão), indicando e sublinhando a importância e o contributo da jurisprudência comunitária para o desenho de tal triângulo institucional. Como fomos assinalando, a emergência da Comissão como previsível *policymaking* (quase) exclusiva, no contexto da Política da concorrência comunitária, é tributária, em dose significativa, da jurisprudência seguida pelo Tribunal de Justiça e pelo Tribunal de Primeira Instância.

Vimos, com efeito, a importância que a solidificação do denominado “soft – law” (levada a cabo pela jurisprudência comunitária) pode desempenhar, acabando por instituir, no plano da aplicação das regras de *defesa da concorrência*, as comunicações/orientações (formalmente não vinculativas) emanadas pela Comissão, transformando-as, materialmente, numa regulamentação efectiva e transnacional, impondo-se, desde logo, às autoridades nacionais.

Notamos, também, que, dessa forma e através de tal tendência para se transformar jurisprudencialmente o mencionado “soft-law” em “hard-law”, a Comissão poderá impor a sua perspectiva, o seu método de interpretação e de aplicação das regras em análise, em todo o espaço da União, uniformizando, desse modo, a aplicação do sistema comunitário de *defesa da concorrência*.

Saliente-se: a Comissão assegurará, previsivelmente e pela via descrita, tal uniformização, de acordo com os seus próprios padrões de interpretação e de aplicação das regras do Tratado CE em causa – o que conduzirá à referida situação de progressivo (efectivo e *natural*) reforço da influência da Comissão e da sua capacidade de orientação/determinação, no que diga respeito à Política da concorrência comunitária.

No entanto, poderemos, ainda, direccionar a nossa reflexão sobre o Tribunal, num sentido mais amplo e menos centrado no referido triângulo

institucional-comunitário (porém, ainda dele decorrente indirectamente)⁶⁵⁵: considerando o facto de os Tribunais nacionais serem *a primeira instância de aplicação do Direito da União*, a análise relativa à estrutura institucional do Direito de *defesa da concorrência* comunitário, suporta, ainda, uma observação sobre o papel e o desempenho das jurisdições dos Estados-membros na aplicação desse Direito.

Neste último sentido apontado, interessa-nos considerar, conseqüentemente, o denominado “private enforcement” ou a aplicação impositiva de carácter (e impulso) privado, das regras em consideração, a saber, dos artigos 81º e 82º do Tratado CE – aplicação impositiva esta, naturalmente, levada a cabo pelos Tribunais dos Estados-membros.

8.2 – A aplicação impositiva de carácter privado e a tradição europeia de aplicação impositiva de carácter público, das regras dos artigos 81º e 82º do Tratado CE.

173. Importa, agora e no seguimento do que atrás referimos, determos brevemente sobre a questão da aplicação impositiva de carácter privado – (“private enforcement”) dos artigos 81º e 82º do Tratado CE.

Na verdade, sobre o papel que, recorrentemente, o Tribunal de Justiça e o Tribunal de Primeira Instância têm vindo a desempenhar no sentido de, em conjugação com a Comissão, tornarem o denominado “soft-law” desta Instituição cada vez mais vigente e *quase - vinculativo*⁶⁵⁶, já nos pronunciamos anteriormente. Assim sendo, neste ponto do presente trabalho, remetemos

⁶⁵⁵ Ou seja, entendendo-se, aqui, “Tribunal” com o sentido amplo de órgãos jurisdicionais que decidem sobre a aplicação das regras de *defesa da concorrência*.

⁶⁵⁶ Nomeadamente, também com o intuito de se subordinar a prática de aplicação do sistema de *defesa da concorrência* comunitário à lógica da *legalidade* (princípio da legalidade).

Ora, tal transformação do “soft-law” emanado pela Comissão em regras “quase-vinculativas” poderá constituir, como temos vindo a salientar, a “pedra de toque” decisiva para que, a prazo, a Comissão se assumia incontestavelmente como a natural e exclusiva policymaking em matéria de defesa da concorrência, reforçando o seu papel e poder de influência efectivos na determinação e condução da própria Política em causa

para o exposto, *supra*, principalmente nesta IIIª Parte e, em especial, para os respectivos Capítulos 2º e (sobretudo) 4º - "A importância do recurso à *quase-legislação* (de volta à consideração do *Soft-Law*, na perspectiva da teoria da agência"⁶⁵⁷.

174. Ora, anteriormente, fomos pressupondo e mesmo referindo o facto de o Direito da concorrência da União ser predominantemente garantido por um sistema (tradicional) de aplicação impositiva de carácter público, de "public enforcement".

Centrando-nos especificamente nos artigos 81º e 82º do Tratado CE, podemos afirmar que as proibições contidas nestas regras do Tratado CE eram praticamente garantidas, em exclusivo e durante a vigência do Regulamento nº 17 de 1962, pela Comissão Europeia - sendo que as respectivas decisões de aplicação (ou de não aplicação) das cominações previstas nas regras em causa, bem assim como as respectivas coimas decididas pela Comissão, ficavam sujeitas ao controlo jurisdicional do Tribunal de Justiça e do Tribunal de Primeira Instância.

Com a entrada em vigência do Regulamento nº 1/2003, como vimos, a Comissão continua a desempenhar tal papel de aplicadora dos artigos 81º e 82º do Tratado CE, agora conjuntamente com as autoridades nacionais da concorrência, ou seja, conjuntamente com as entidades que, com ela, integram a "rede europeia". De todo o modo, essa aplicação empreendida predominantemente no âmbito da referida "rede" continua a ser uma aplicação impositiva de carácter público; a tradição de "public enforcement" existente (desde sempre) no Direito Europeu manteve-se.

Numa primeira observação, manteve-se, com o novo regime de aplicação dos artigos 81º e 82º do Tratado CE, a mesma lógica e tradição de aplicação

⁶⁵⁷ Ver, ainda e a propósito das "manifestações de transformação do soft-law em hard-law", o tópico geral constante ainda do Capítulo 3º (3.6), da Iª Parte do presente trabalho, a propósito da problemática das coimas e demais sanções pecuniárias (Iª Parte, II - " «Compromissos» e «transacções de carácter processual» ", Capítulo 3º, respectivo nº 3.6 - "A jurisprudência comunitária: manifestações de transformação do *soft-law* em *hard-law*").

impositiva de carácter público das regras comunitárias de *defesa da concorrência*, se bem que agora, alargando-se o número de entidades que prosseguem tal aplicação: juntam-se à Comissão, as autoridades nacionais que integram a “rede europeia”. Das decisões destas autoridades (Comissão também aqui incluída) continua a existir, naturalmente, um controlo jurisdicional, susceptível de ser empreendido quer pelos Tribunais da União (Tribunal de Justiça e Tribunal de Primeira Instância), quer pelos Tribunais dos Estados-membros (se, porventura, de acordo com o regime instituído pelo Regulamento nº 1/2003, tiverem sido, em primeira linha, tais autoridades nacionais a aplicarem os artigos 81º e 82º do Tratado CE).

No entanto, com a reforma em curso no sistema de *defesa da concorrência* comunitário (em rigor, na sequência de tal reforma e, novamente, a través de actos de “soft-law”), a Comissão começou a abrir caminho para um incremento do denominado “private enforcement”. Na realidade, os últimos Comissários com o pelouro da concorrência – Mário Monti e Neelie Kroes – defenderam publicamente a necessidade de o denominado “private enforcement”, levado a cabo nos Tribunais dos Estados-membros, ser desenvolvido como um importante instrumento complementar de efectivação da Política comunitária da Concorrência⁶⁵⁸.

Assim, desde logo, em 2005, no Livro Verde relativo às “Acções de indemnização devido à violação das regras comunitárias no domínio

⁶⁵⁸ CRISTOPHER J. COOK elenca as seguintes comunicações: MONTI - *European Commission, Speech No. 04/403, Private litigation as a key complement to public enforcement of competition rules and the first conclusions on the implementation of the new Merger Regulation, Speech at the IBA - 8th Annual Competition Conference, Fiesole (Sep. 17, 2004)*; KROES - *European Commission, Speech No. 05/533, Enhancing Actions for Damages for Breach of Competition Rules in Europe, Dinner Speech at the Harvard Club, New York (Sep. 22, 2005)* e ainda, *European Commission, Speech No. 05/613, Damages Actions for Breaches of EU Competition Rules: Realities and Potentials, speech at the conference 'La reparation du prejudice causé par une pratique anti-concurrentielle en France et à l'étranger: bilan et perspectives', Paris (Oct. 17, 2005)*. Ver CRISTOPHER J. COOK – *Private Enforcement of EU Competition Law in Member State Courts: Experience to Date and the Path Ahead, in Competition Policy International, Vol. 4, nº 2, Autumn 2008, p. 4*. Disponível, na *Internet*, em: www.globalcompetitionpolicy.org (Agosto 2009).

*antitrust*⁶⁵⁹, a Comissão detectou um problema que formulou nos seguintes termos:

“Embora o direito comunitário exija um sistema eficaz para os pedidos de indemnização na sequência das infracções às regras *antitrust*, esta área do Direito caracteriza-se, nos 25 Estados membros, por um «subdesenvolvimento total». O Tribunal de Justiça declarou que, na ausência de regras comunitárias sobre a matéria, cabe aos sistemas jurídicos dos Estados-membros definir regras pormenorizadas para a introdução de pedidos de indemnização. Uma vez que os Tribunais comunitários não têm competência neste domínio (excepto no que se refere às questões prejudiciais), estes processos são apreciados normalmente pelos Tribunais dos Estados – membros. Existem, nos diversos Estados-membros, obstáculos significativos ao funcionamento eficaz das acções de indemnização por infracção à legislação comunitária no domínio *antitrust*⁶⁶⁰”.

A Comissão formula, no Livro Verde mencionado, algumas questões (indicando, simultaneamente, linhas de reflexão e de resposta) que, na sua perspectiva, sintetizam os principais obstáculos que se levantam relativamente a uma implementação e desenvolvimento mais efectivos, em todos os Estados-membros, das acções de indemnização por violação das regras comunitárias de *defesa da concorrência*⁶⁶¹.

⁶⁵⁹ *Livro Verde* referido, apresentado pela Comissão em 19.12.2005, COM(2005) 672 *final*. Disponível na *Internet*, em: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2005:0672:FIN:PT:PDF> (Consulta em Setembro de 2009).

⁶⁶⁰ *Livro Verde*, p. 4.

⁶⁶¹ Tais questões em torno das quais se estrutura o referido Livro Verde são as seguintes:

- Deve haver regras especiais em matéria de divulgação de prova documental nas acções civis de indemnização ao abrigo dos artigos 81.º e 82.º do Tratado CE? Em caso afirmativo, como deverá proceder-se a esta divulgação? - A existência de regras especiais em matéria de acesso aos documentos na posse de uma autoridade de concorrência pode facilitar a introdução de pedidos de indemnização no domínio *antitrust*? Como pode ser organizado este acesso? Nas acções de indemnização, o ónus de provar a infracção às regras de concorrência imposto ao requerente deve ser atenuado? Em caso afirmativo, de que forma? - Deve haver um requisito de culpa nas acções de indemnização no domínio *antitrust*? - Qual a definição de indemnização?

Note-se que a Comissão preocupa-se com a formulação/equação de tais dificuldades (que podem impedir o desenvolvimento desse tipo de litigância privada), na medida em que pressupõe, desde logo, que:

“A aplicação do direito comunitário a nível dos particulares contribui, também, desde o início para a aplicação dos artigos 81º e 82º do Tratado⁶⁶²”, sendo também certo que, na perspectiva da Comissão, tal aplicação impositiva de carácter privado daquelas regras, traduzindo-se em acções de indemnização devido à infracção da legislação *antitrust* comunitária (*vidé*, tais artigos 81º e 82º do Tratado CE), servirá, também, o objectivo de “garantir a plena eficácia” dessas regras, “dissuadindo os comportamentos anticoncorrenciais e contribuindo desta forma para a manutenção de uma concorrência efectiva na Comunidade⁶⁶³”.

Dito de outro modo, tais acções de indemnização são entendidas como fazendo parte integrante do sistema de aplicação da legislação comunitária no domínio *antitrust*.

- Qual o método a utilizar para o cálculo do montante da indemnização? - Deve haver regras sobre a admissibilidade e funcionamento do argumento relativo à repercussão do aumento de custos? Em caso afirmativo, que forma devem assumir estas regras? O comprador indirecto deve ter legitimidade para agir? - Deve haver procedimentos especiais para a introdução de acções colectivas e para a protecção dos interesses dos consumidores? Em caso afirmativo, que forma devem assumir tais procedimentos? - Devem ser introduzidas regras especiais para reduzir o risco de o requerente suportar as custas? Em caso afirmativo, que tipo de regras? - Como atingir uma coordenação óptima entre a aplicação da legislação de concorrência pelos poderes públicos e pelos particulares? - Que direito material deve ser aplicado às acções de indemnização no domínio *antitrust*? - Os peritos, quando necessários, devem ser nomeados pelo tribunal? - Os prazos de prescrição devem ser suspensos? Em caso afirmativo, a partir de que momento? - É necessário clarificar o requisito jurídico denexo de causalidade para facilitar as acções de indemnização? (Finalmente e na lógica da sujeição a discussão pública das conclusões principais do documento, a solicitação de formulação de outras questões relativamente às quais os interessados pretendam apresentar observações).

⁶⁶² Livro Verde, p. 3.

⁶⁶³ Livro Verde, p. 4.

175. Importa referir, no entanto, que antecedendo o atrás mencionado Livro Verde, a Comissão tinha promovido a publicação, já em 2004, da Comunicação relativa ao tratamento de denúncias, nos termos dos artigos 81º e 82º do Tratado CE⁶⁶⁴, integrada (tal Comunicação) no “Pacote Modernização”, na qual deixava antever o seu entendimento sobre o papel do “private enforcement”, relativamente às regras dos artigos 81º e 82º do Tratado CE. Ora, nos termos do nº 18 de tal documento, a Comissão considerava que o novo sistema de aplicação estabelecido pelo Regulamento nº 1/2003, reforçava as possibilidades de os denunciantes (os particulares) poderem obter uma protecção efectiva dos seus direitos (quer dizer, de tutela dos seus interesses afectados pela violação das regras de *defesa da concorrência*) junto dos Tribunais nacionais.

Mais recentemente, em 2008, foi adoptado e publicado o Livro Branco sobre “acções de indemnização por incumprimento das regras comunitárias no domínio *antitrust*.”⁶⁶⁵

Na realidade, este último acto da Comissão acabou por concentrar-se, em termos de objectivos, apenas na *compensação/reparação dos danos infligidos às vítimas* (agentes económicos e consumidores) das violações das regras de *defesa da concorrência* comunitárias.

Sublinhamos este enfoque seguido claramente pelo Livro Branco, na medida em que, de certo modo e como é salientado por ÁGUILA-REAL, as propostas e os objectivos inicialmente contidos no Livro Verde de 2005, eram bastante ambiciosos, passando, aparentemente, por levar até às últimas consequências, no que diz respeito à aplicação das regras do Tratado em causa, a descentralização promovida pelo Regulamento nº 1/2003 – ou seja, “transformar el Derecho de la Competencia, desde un Derecho público

⁶⁶⁴ Jornal Oficial, nº C 101, de 27.04.2004, p. 65. Já anteriormente abordamos a referida Comunicação, a propósito da problemática das denúncias apresentadas pelos particulares (nomeadamente, junto da Comissão) e respectivo regime. Ver, *supra*, Capítulo 4º (*As Denúncias*), da IIª Parte, do presente trabalho.

⁶⁶⁵ COM(2008) 165 *final*. Disponível, na *Intenet*, no *sítio* oficial da Comissão, em: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/documents.html#link1>

sancionador de carácter administrativo en un Derecho ampliamente aplicado en las relaciones entre particulares y por los jueces civiles por iniciativa de aquellos⁶⁶⁶”.

De resto, o extenso rol de questões/problemas enunciados pela Comissão no *supra* mencionado Livro Verde⁶⁶⁷, ilustra essa tentativa de - mais do que garantir minimamente as condições, em cada Estado-membro e a favor dos particulares, de ressarcimento, pela via judicial, dos danos sofridos pela violação das regras dos artigos 81º e 82º do Tratado CE - enveredar pela criação de um regime processual *ex-novo* (harmonização positiva) de aplicação obrigatória dos normativos em causa (ou das soluções por eles contempladas), impondo-se em todos os ordenamentos jurídicos. Como referiremos, esta linha de acção (tal como aparentemente decorria do Livro Verde), suscita muitas reservas.

8.3 – Os objectivos / funções da aplicação impositiva das regras de *defesa da concorrência*.

176. Podemos atribuir à aplicação impositiva das regras de *defesa da concorrência* - e respectiva garantia dessa mesma aplicação, ou seja, à garantia de efectividade de tais regras *antitrust* - três grandes objectivos funcionais.

Assim, por um lado, tal aplicação impositiva (“enforcement”) acaba por, em concreto e casuisticamente, clarificar o sentido das proibições estabelecidas, preenchendo os conceitos abertos de que a redacção deste tipo de normativos (nomeadamente, dos artigos 81º e 82º do Tratado CE) se socorre habitualmente.

Por outro lado, tal como sucede com a aplicação de toda e qualquer regra de carácter sancionatório (ou prevendo, na respectiva estatuição, sanções), a aplicação impositiva das regras de *defesa da concorrência* visa

⁶⁶⁶ JESÚS ALFARO ÁGUILA-REAL, *Contra la armonización positiva: la Propuesta de la Comisión para reforzar el «private enforcement» del Derecho de la Competencia*, in *InDret – Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, Julio de 2009, disponível na *Internet* em: www.indret.com e em <http://ssrn.com/abstract=1439643> (Setembro de 2009), p. 3.

⁶⁶⁷ Ver, *supra*, número antecedente, no texto e em nota 650.

prevenir violações, assegurando um efeito dissuasor de práticas anticoncorrenciais, através da aplicação das sanções previstas.

Finalmente, existe, ainda um objectivo/função de reparação, prosseguido pela aplicação impositiva das normas em causa: pretende-se garantir, tanto quanto possível, o ressarcimento dos danos gerados pela prática violadora das regras *antitrust* em questão⁶⁶⁸.

É interessante salientar a opinião de WILS, sobre a importância do primeiro objectivo atrás assinalado, a saber, a clarificação do sentido das proibições estabelecidas nas normas de *defesa da concorrência*, prosseguida pela respectiva aplicação impositiva (neste caso, essencialmente de carácter público) desses preceitos: “This also allows the content of the prohibitions to involve over time, following the development of economic opinion, and the fluctuations of political or societal preferences as to the bounds of legitimate private and public power⁶⁶⁹”. Ou seja, o denominado “enforcement” que, em concreto, seja prosseguido em relação a estas regras (quer de carácter privado, quer público), acaba, também, por reflectir o entendimento dominante e as opções (“preferences”) económicas, sociais e políticas seguidas, num determinado tempo, numa comunidade.

177. Interessa, brevemente, relacionar estes objectivos atribuídos à aplicação impositiva das regras de *defesa da concorrência* com as vias mais

⁶⁶⁸ Ver, entre outros, a síntese de WOUTER P. J. WILS, *The Relationship between Public Antitrust Enforcement and Private Actions for Damages*, in *World Competition*, Vol. 32, nº 1, March 2009, p. 3, em particular, p. 6 e ss.

⁶⁶⁹ WOUTER P. J. WILS, *idem.*, apoiando-se, contudo e em parte, em R. A. POSNER, *Antitrust Law*, 2nd Ed., University of Chicago Press, 2001, nº 286. Com efeito, POSNER exprime a mesma ideia, porém, colocando como factor exclusivo de influência da aplicação impositiva das regras *antitrust*, as correntes de opinião económica (a doutrina económica). WILS acaba por ser mais abrangente, em consonância, na nossa perspectiva, com a realidade e a tradição *antitrust* europeia – comunitária. Com efeito, WILS transcreve, em particular, a seguinte conclusão de POSNER: “Looking over the entire history of U.S. antitrust law, I conclude that the most powerful explanatory variable is simply the state of economic opinion. Antitrust doctrine has changed more or less in tandem with changes in economic theory, though often with a lag”.

adequadas para a sua concretização, em termos de Política da concorrência (ou seja, as vias decorrentes da iniciativa e da responsabilidade públicas ou “public enforcement” ou então e ao invés, de iniciativa particular, através das referidas acções de indemnização ou “private enforcement”).

Ora, poderemos correlacionar o objectivo de clarificação e/ou determinação concreta do sentido das proibições contidas nas regras em equação, com a aplicação impositiva de carácter público. Afigura-se mais adequada para a prossecução deste objectivo funcional, a aplicação impositiva levada a cabo pelas autoridades nacionais da concorrência ou pela Comissão Europeia (“public enforcement”), na medida em que, desde logo, a actuação destas entidades orientar-se-á pelo interesse público - no caso, pela efectivação, na justa medida da aplicação das regras aos casos concretos, das orientações delineadas pela Política da concorrência.

Na realidade, numa acção de indemnização não é o interesse da efectivação das orientações em matéria de Política da concorrência que moverá os agentes; estes prosseguem os seus interesses particulares, independentemente da clarificação do sentido do sistema de *defesa da concorrência*. Como nota WILS (continuando a seguir a sua síntese), “(...) private interests (...) will often diverge from the general interest. Issues which should be clarified in the general interest may thus never be clarified through private litigation, because no private party has a sufficient interest to bring na action, or because cases are settled without any clarification of the law⁶⁷⁰”. Em rigor, na denominada “litigância privada”, as partes tentarão, antes de tudo, alcançar interpretações das regras em causa que possam beneficiar os seus interesses privados, comerciais ou empresariais.

Assim sendo, poderemos concluir, em abstracto e acompanhando a generalidade da doutrina⁶⁷¹, que o objectivo da clarificação e determinação ou

⁶⁷⁰ Ainda WOUTER P. J. WILS, *ob. cit.* (*The Relationship...*), p. 7

⁶⁷¹ Ver, por exemplo, WOUTER P. J. WILS, *ob. cit.* (*The Relationship...*), e, em particular, as referências enunciadas neste texto, em nota nº 17. Ainda de WOUTER P. J. WILS, *The Optimal Enforcement of EC Antitrust Law: Essays in Law and Economics*, Kluwer Law International, The

densificação dos preceitos de *defesa da concorrência* em causa serão primacialmente prosseguidos através do denominado “public enforcement”. Este adequa-se melhor e mais eficazmente a tal desiderato, para além do facto de, normalmente, as entidades/autoridades da concorrência que prosseguem tal aplicação impositiva de carácter público, estarem melhor apetrechadas em termos de meios e disporem de experiência qualificada mais relevante do que a generalidade dos Tribunais (inclusivamente, porventura, os de competência especializada e afectos ao julgamento, directo ou indirecto, de matérias de *defesa da concorrência*).

178. Se empreendermos, brevemente, o mesmo tipo de correlação entre aplicação impositiva, pública ou privada, das regras de *defesa da concorrência* consideradas e o objectivo da prevenção e dissuasão de possíveis violações de tais regras, bem assim como o da aplicação de sanções por infracções verificadas, poderemos, então, enunciar algumas considerações. Desde logo, há que salientar o facto de existirem várias formas de tal objectivo ser alcançado, de um modo razoavelmente eficaz.

Uma delas - de resto, experimentada pela prática comunitária - consistirá em impor uma intervenção das autoridades competentes, prévia à verificação/execução da conduta susceptível de violar tais normativos. Uma intervenção *ex-ante* de tais entidades tal como sucede, actualmente, no âmbito do regime comunitário de controlo das operações de concentração entre empresas, estabelecido (já no âmbito da reforma ou *modernização* do Direito da concorrência comunitário) pelo Regulamento (CE) nº 139/2004 do Conselho, de 20 de Janeiro de 2004⁶⁷². Com efeito, o nº 1, do artigo 4º do Regulamento referido, estabelece, como princípio geral, no seu parágrafo primeiro, o seguinte:

Hague, 2002 e *Should private antitrust enforcement be encouraged in Europe? in World Competition: Law and Economics Review*, v. 26, nº 3, September, 2003, p. 473. Ver, ainda, JESÚS ALFARO ÁGUILA-REAL, *ob. cit.* (*Contra la armonización positiva...*).

⁶⁷² Jornal Oficial nº L 024, de 29.01.2004, p. 1.

“As concentrações de dimensão comunitária abrangidas pelo presente Regulamento devem ser notificadas à Comissão antes da sua realização e após a conclusão do acordo, do anúncio da oferta pública de aquisição ou a aquisição de uma participação de controlo⁶⁷³”.

Por outro lado ainda, recorde-se que igual intervenção prévia da Comissão era também suscitada, no âmbito do regime estabelecido pelo Regulamento nº 17 de 1962, em concreto, no que dizia respeito à aplicação do nº 3, do artigo 81º do Tratado CE.

Esse antecedente regime de aplicação do artigo 81º do Tratado CE - em especial, do nº 3, desse artigo 81º - caracterizava-se, como fomos referindo, pelo denominado sistema de “notificação prévia” à Comissão, dos comportamentos de colusão susceptíveis de serem subsumidos a tal regra. Tal

⁶⁷³ O nº 2, do mesmo artigo 4º daquele Regulamento nº 139/2004, especifica, ainda que as concentrações que consistam numa *fusão* de duas ou mais empresas anteriormente independentes ou na *aquisição* por duas ou mais pessoas que detêm já o controlo de, pelo menos, uma empresa, ou por uma ou mais empresas por compra de partes de capital ou de elementos do activo, por via contratual ou por qualquer outro meio, do controlo (directo ou indirecto) do conjunto ou de partes de uma ou de várias outras empresas (alínea *b*, do nº 1 do artigo 3º do Regulamento considerado), devem, tais concentrações, ser também notificadas previamente – de acordo com o enunciado geral do nº 1, do artigo 4º do Regulamento nº 139/2004 – pelas partes intervenientes na fusão ou pelas partes que adquirem o controlo conjunto.

Note-se, ainda que, de acordo com o estabelecido no nº 1, do artigo 7º do Regulamento considerado, uma concentração de dimensão comunitária assim notificada previamente à Comissão, não poderá concretizar-se nem antes de ser, naturalmente, notificada, nem antes de ter sido declarada compatível com o mercado comum, através de uma Decisão da Comissão. Trata-se, no fundo, da consagração de uma obrigação de *stand still* que garante tal intervenção/actuação prévia da Comissão, prevenindo, no caso concreto, uma eventual lesão da estrutura concorrencial do mercado e dissuadindo eventuais práticas futuras intencionalmente violadoras do regime comunitário em questão.

Sobre a “notificação pévia”, a suspensão da operação de concentração (a obrigação de *stand still*) e a respectiva violação (comportamentos de *Gun-Jumping*), PEDRO MADEIRA FROUFE, *O Novo Regulamento das Concentrações Comunitárias: Notas sobre o Reforço do Princípio do «Balcão Único» e os Comportamentos de «Gun-Jumping»*, in *SCIENTIA IVRIDICA*, Tomo LIII, nº 299, Maio – Agosto de 2004, p. 221, em particular, 232-236.

intervenção prévia da Comissão foi, agora e com o Regulamento nº 1/2003, substituída pelo denominado sistema de “excepção legal (artigo 1º do Regulamento nº 1/2003).

Note-se que tal dissuasão é (e era) também prosseguida através da consagração da regra da invalidade (no caso, a nulidade) dos comportamentos violadores das regras de *defesa da concorrência* – tal como é consagrada, por exemplo, no nº2, do artigo 81º do Tratado CE. A insusceptibilidade de invocação judicial, pelas partes, de direitos advenientes de tal conduta (por exemplo, de um determinado contrato) é, também, um instrumento de reforço de tal dissuasão e será, ainda, perspectivada como uma sanção relativamente a um comportamento violador da estrutura concorrencial do mercado.

De todo o modo, a possibilidade de imposição, pelas autoridades competentes, de *sanções significativas*, nomeadamente, de carácter pecuniário, pela violação das regras consideradas, tem vindo a ser o método mais directo e cogente para ser levada a cabo a punição e a dissuasão de comportamentos ilícitos, à luz do sistema de *defesa da concorrência*.

Ora, concordamos, a este respeito, com a observação de WILS: “as far as deterrence and punishment are concerned, public antitrust enforcement is (...) superior to private actions for damages⁶⁷⁴”.

Se nos concentrarmos apenas neste segundo objectivo (sanção/dissuasão) da aplicação impositiva das regras de *defesa da concorrência*, o denominado “public enforcement” - prosseguido por entidades que dispõem do poder/coação públicos e que, como já atrás salientamos, ordinariamente, beneficiarão de uma estrutura de meios auxiliares de investigação e de decisão mais completa – afigura-se mais eficaz e, conseqüentemente, mais apto à garantia de efectividade do Direito da concorrência (neste caso, comunitário).

Acresce, ainda, que, no âmbito das acções de indemnização prosseguidas junto dos Tribunais dos Estados-membros, a fixação da

⁶⁷⁴ WOUTER P. J. WILS, *ob. cit.* (*The Relationship...*), p. 9.

indemnização a conceder à parte lesada, ainda que possa ser entendida como um sucedâneo de uma eventual coima aplicada pelas autoridades da concorrência, levantará, sempre, alguns problemas, na perspectiva da reparação do dano efectivo infligido à estrutura concorrencial do respectivo mercado relevante. Quer dizer, neste ponto em particular, tal indemnização arbitrada pelos Tribunais, no âmbito do “private enforcement”, nunca será tão precisa, rigorosa e efectiva, quanto uma coima aplicada pelas autoridades competentes: naquele caso, tal indemnização calcular-se-á primordialmente em função da reparação do dano privado sofrido em consequência da violação das regras de *defesa da concorrência*, sem ter necessariamente que entrar em linha de conta nem com o objectivo sanção/dissuasão, nem especificamente com a reparação do funcionamento do mercado, tal qual ele se desenrolaria sem que tivesse sofrido, na sua estrutura concorrencial, o dano (ao interesse público).

Assim sendo, poder-se-á considerar, neste ponto – o mesmo é referir-se, no que diz respeito aos objectivos agora considerados da aplicação impositiva das regras de *defesa da concorrência* – que as acções de indemnização promovidas pelos agentes económicos porventura (também) lesados com as violações dessas regras poderão desempenhar um bom e eficaz papel de complemento das acções prosseguidas pelas autoridades competentes; poderão, tais acções de indemnização, reforçar o peso das eventuais coimas aplicadas no âmbito do “public enforcement” e, assim, potenciar o efeito dissuasor da aplicação impositiva das regras de *defesa da concorrência*.

No entanto, a título principal, este objectivo, bem assim como o da sanção das práticas ilícitas, numa perspectiva de interesse público, será mais adequada e naturalmente prosseguido através da aplicação impositiva de carácter público, dos normativos em causa.

179. Dissemos, ainda, ser possível, atribuir à aplicação impositiva das regras de *defesa da concorrência* um outro (terceiro) objectivo: o da reparação, ou ressarcimento dos danos causados a terceiros, pela prática violadora dessas regras. Ora, este desiderato será, naturalmente, correlacionado, quase exclusivamente e de um *modo directo*, com as acções de indemnização,

intentadas pelos agentes económicos, porventura vítimas de tais violações das regras de *defesa da concorrência* ("private enforcement"). Pese embora o facto de, no decurso da aplicação impositiva de carácter público, prosseguida pelas autoridades da concorrência (estando, aqui, também incluída a Comissão Europeia), serem detectadas situações de danos sofridos por agentes económicos e por consumidores⁶⁷⁵, a preocupação daquelas autoridades não se focaliza na reparação de tais danos. Note-se, a este respeito, por exemplo, aquilo que a Comissão reconhece e afirma no nº 27 da já mencionada Comunicação relativa ao tratamento das denúncias⁶⁷⁶:

"A Comissão, ao contrário dos tribunais civis, cuja missão é salvaguardar os direitos dos particulares, é uma autoridade administrativa que deve agir na prossecução do interesse público".

Assim sendo, então e no que diz respeito ao "public enforcement", a prioridade passará pelo cumprimento dos dois grandes objectivos, anteriormente referidos, numa lógica de prossecução do interesse público e apenas reflexamente é que as medidas de coação aplicadas nesse âmbito de actuação pública, poderão levar em linha de conta o ressarcimento das vítimas/terceiros agentes e consumidores, individualizadamente lesados pelas práticas perseguidas.

É certo que o reforço das condições, no espaço europeu, para que se desencadeiam frequentemente acções de indemnização por danos resultantes da violação dos artigos 81º e 82º do Tratado CE (no fundo, por violação do Direito comunitário), contribuirá para o reforço da efectividade dessas regras de *defesa da concorrência*. Mesmo prosseguindo-se, através de tais acções de indemnização, interesses privados, reflexamente garante-se, ainda, a impositividade da ordem concorrencial no Mercado Interno. De certo modo, os

⁶⁷⁵ Servindo, muitas vezes, tais danos suportados na esfera jurídica privada desses agentes e desses consumidores, de indício e de critério determinante para que as autoridades competentes desencadeiam a sua actuação (inquérito e instrução).

⁶⁷⁶ Jornal Oficial, nº C 101, de 27.04.2004, p. 65. Comunicação esta cujo nº 18 já anteriormente mencionamos, ainda a respeito do entendimento, da Comissão, de que os particulares poderão efectivar cabalmente os seus direitos (decorrentes da violação destas regras de *defesa da concorrência*), junto dos Tribunais nacionais.

objectivos que anteriormente referimos como sendo prosseguidos através da aplicação impositiva do Direito da concorrência (e, portanto, também do Direito da concorrência comunitário), encontrarão, com um incremento dessas acções (do “private enforcement”) melhores condições para, indirectamente, serem alcançados.

No entanto – pelo menos na tradição processual europeia – eles não poderão ser eficazmente prosseguidos (ou, tão eficazmente prosseguidos), verificando-se, porventura, um reforço de algumas das vertentes dessa aplicação impositiva (ou seja, ou do “private enforcement” ou do “public enforcement”), em detrimento de outra.

Queremos dizer o seguinte: não perspectivamos como solução para o reforço da efectividade deste sistema comunitário (nem tão pouco para o reforço da efectividade dos sistemas de *defesa da concorrência* nacionais), deixar de se prosseguir simultaneamente quer a aplicação impositiva de carácter público, quer a de carácter privado das regras em consideração.

Como assinalamos, a clarificação e a densificação das regras em causa, bem assim como a punição e a dissuasão de práticas que as violem ou a reparação dos danos provocados por tais práticas no funcionamento da estrutura concorrencial dos mercados, dificilmente poderão, eficiente e eficazmente, serem alcançados através das acções de indemnização promovidas por sujeitos privados, nas respectivas ordens jurídicas nacionais. Os interesses concorrenciais, empresariais, comerciais ou de consumo de agentes económicos e de consumidores, porventura afectados por práticas lesivas das regras de *defesa da concorrência*, também dificilmente e no quadro da tradição processual da maioria dos Estados da União, poderão adequadamente ser ressarcidos através unicamente da actuação das autoridades da concorrência (“public enforcement”). Daí, a complementaridade entre a aplicação impositiva, pública e privada, das regras de *defesa da concorrência*.

8.4 – A aplicação impositiva de carácter privado, dos artigos 81º e 82º do Tratado CE. Especificidades europeias e o sistema *antitrust* norte-americano.

180. Importa fazer referência a um aspecto que, de certo modo, na nossa perspectiva, terá influenciado as primeiras abordagens que a Comissão teve relativamente ao incremento, no espaço comunitário, das acções de indemnização (já referimos, *supra*, o Livro Verde de 2005)

A reforma em curso, em grande medida, foi, também e como tivemos a oportunidade de referir logo na Iª Parte do presente trabalho, motivada por uma tentativa de aproximação do Direito da concorrência comunitário ao sistema *antitrust* norte-americano.

Ora, na perspectiva norte-americana, com efeito, grande parte da aplicação impositiva das regras do *Sherman Act* é assegurada através do denominado “private enforcement”. O papel e a frequência das acções judiciais privadas (promovidas pelos agentes interessados) são significativamente mais relevantes nos Estados-Unidos (em quantidade e em importância) do que na Europa⁶⁷⁷.

Como salienta WILS, o objectivo da dissuasão é tradicionalmente prosseguido, no sistema *antitrust* norte-americano, através das acções privadas⁶⁷⁸. Existe, com efeito, na lógica federal norte-americana uma concepção das acções de indemnização por violação das regras do *Sherman Act* que as entende como sendo um instrumento prioritário de dissuasão e de punição. Tal resultará, entre outros aspectos⁶⁷⁹, de circunstancialismos históricos.

⁶⁷⁷ Segundo CRISTOPHER COOK, no sistema norte-americano, entende-se comumente que cerca de 90% da aplicação impositiva das regras *antitrust* é concretizada através do denominado “private enforcement”. CRISTOPHER J. COOK, *ob. cit. (Private Enforcement...)*, p.4.

⁶⁷⁸ WOUTER P. J. WILS, *ob. cit. (The Relationship...)*, p. 17-19.

⁶⁷⁹ Desde logo, designadamente, de uma diferente e específica configuração processual que se afasta daquela que serve, habitualmente, esse tipo de acções nos sistemas jurídicos europeus, marcada por uma maior intervenção das partes na investigação, uma vez que estas

Em 1890, apesar de o *Sherman Act* considerar as respectivas violações como sendo delitos puníveis através da aplicação de multas e mesmo com penas privativas de liberdade, o facto é que, correlativamente, não foi previsto cabimento orçamental federal para a prossecução da aplicação impositiva de carácter público de tais regras.

A pouco e pouco – até mesmo pelos montantes de indemnização arbitrados judicialmente – o denominado “private enforcement” foi-se assumindo como uma alternativa (um substituto) para tal aplicação impositiva de carácter público que se debatia com a mencionada falta de previsão e de cabimento orçamental⁶⁸⁰.

Ulteriormente, quando o DOJ (*Department of Justice*), começou a perseguir, sob o ponto de vista *criminal*, tais violações do *Sherman Act*, circunstancialmente, as multas foram limitadas a cinquenta mil *dólares* norte-americanos (até 1974), deixando-se, assim, margem para que o objectivo da dissuasão pudesse ser efectivamente prosseguido, complementar e conjugadamente com a multa porventura aplicada, através do pagamento das indemnizações fixadas nas acções privadas.

No fundo, o objectivo e a preocupação com a perseguição criminal de tais violações, concentrava-se nas denominadas práticas anticoncorrenciais “hard-core” (mais graves, na óptica da Política Federal *antitrust*):

“(...) US public enforcement is in practice limited to prospective injunctive relief, leaving a *deterrence gap* to be filled by follow-on treble damage actions⁶⁸¹”.

Na realidade, as circunstâncias históricas da aplicação impositiva das regras de *defesa da concorrência* comunitárias foram diferentes, não condicionando orçamentalmente (como sucedeu nos Estados-Unidos) as opções políticas seguidas (pelo menos, inicialmente).

prosseguem, em larga medida quase exclusivamente, a tarefa da detecção e da produção de material probatório.

⁶⁸⁰ “Private treble damages actions thus were a substitute for public enforcement”. WOUTER P. J. WILS, *ob. cit.* (*The Relationship...*), p. 18.

⁶⁸¹ WOUTER P. J. WILS, *idem*.

Numa perspectiva comparativa entre o sistema *antitrust* norte-americano e o europeu/comunitário, em rigor, poderemos sublinhar a seguinte diferença (entre esses sistemas): o denominado “private enforcement” não se impôs, na União e ao contrário do que sucedeu nos Estados- Unidos, como um instrumento complementar e necessário de dissuasão, nem como uma forma de se reforçar a sanção negativa em relação aos comportamentos anti-concorrenciais.

Estas diferenças de contexto e de condicionantes históricas (no fundo, de *ecologia* da aplicação impositiva e da garantia de efectividade dos sistemas norte-americano e europeu), justificam, na nossa perspectiva, uma notória inflexão do sentido que Comissão apontou, no Livro Verde (*supra* referido).

Na verdade, atentando, agora, no objectivo menos ambicioso do Livro Branco de 2008, comparativamente com os aparentes intentos de 2005 (expressos no Livro Verde)⁶⁸², poderemos dizer que a Comissão, tenta, actualmente, seguir uma “abordagem genuinamente europeia⁶⁸³”, orientando-se, no Livro Branco, por opções de política geral, “assentes na cultura e tradições jurídicas europeias⁶⁸⁴”.

Assim, é compreensível, na nossa perspectiva, que a Comissão, em 2008 e no mencionado Livro Branco, não tenha seguido certas opções norte-americana, levantadas, em 2005, no debate comunitário - tais como, por exemplo, a *exclusão* das denominadas “follow-on actions” e da “passing-on defence”, assim como a *recusa* de atribuição de legitimidade processual aos adquirentes indirectos, também seguida no Direito norte-americano, com o intuito de evitar, desse modo, que aqueles adquirentes possam agir contra a empresa (ou empresas) violadoras das regras *antitrust*.

⁶⁸² Recorde-se: a Comissão acabou por concentrar-se (apenas) na *compensação/reparação dos danos infligidos às vítimas* das violações das regras de *defesa da concorrência* comunitárias, deixando cair, aparentemente, a tentativa de criação de um regime material ex-novo, de carácter processual e uniformizado em toda a União, relativamente às acções de indemnização.

⁶⁸³ Livro Branco, p. 3, no respectivo nº “1.2 – Objectivos, princípios orientadores e âmbito do Livro Branco”.

⁶⁸⁴ Livro Branco, *idem*.

Essas opções seguidas pelo sistema norte-americano poderão justificar-se à luz de uma aplicação impositiva das regras *antitrust*, essencial e predominantemente de carácter privado, na medida em que as respectivas acções de indemnização terão, também, que prosseguir, de um modo incontornável e eficaz, os objectivos da dissuasão e da punição das condutas anticoncorrenciais. Tal já deixará de se compreender se, ao invés e como se pretende na lógica do sistema comunitário, esses desideratos forem prosseguidos, principalmente, através da aplicação impositiva de carácter público das regras de *defesa da concorrência*, libertando-se o “private enforcement” dessas regras da prossecução daqueles objectivos, permitindo-lhe concentrar-se na sua vocação “natural”: o ressarcimento dos danos resultantes dos comportamentos anticoncorrenciais⁶⁸⁵.

8.5 – A aplicação impositiva de carácter privado, dos artigos 81º e 82º do Tratado CE. (cont.). As “follow-on” actions vs. as “stand – alone actions”.

181. É usual estabelecer-se uma distinção entre as denominadas “follow-on actions” e as “stand – alone actions”⁶⁸⁶.

As primeiras são acções judiciais que se seguem a um procedimento e a uma acção prévias, de verificação/condenação de uma prática ilícita, à luz do sistema *antitrust*. Pressupõem, portanto, uma condenação antecedente. Incluem-se, nesta categoria, as acções de indemnização por danos sofridos em resultado da violação das regras de defesa da concorrência, promovidas pelos particulares, juntos dos respectivos Tribunais nacionais. Como atrás salientamos, este tipo de acções cumpre o objectivo de garantir a justa compensação/indemnização pelos danos resultantes – no caso do sistema comunitário – da violação das regras do Tratado CE, nomeadamente, dos respectivos artigos 81º e 82º.

Ao invés das referidas “follow-on actions”, as “stand-alone actions” serão aquelas que, *pensando sobretudo na lógica norte-americana*, consubstanciam,

⁶⁸⁵ Neste sentido, também, WOUTER P. J. WILS, *ob. cit.* (*The Relationship...*), p. 19.

⁶⁸⁶ Tornou-se corrente, na literatura especializada, a utilização destes anglicismos.

em exclusivo, a aplicação impositiva das regras *antitrust*. Sendo assim, estas acções (as “stand-alone actions”), surgindo como a (única) reacção judicial relativamente às violações das regras de concorrência, acabam por prosseguir não só uma função/objectivo compensatório das vítimas de tais práticas ilícitas, como, desde logo, o objectivo de sancionar tais práticas e, caso tal desiderato se revele necessário, clarificar/densificar o alcance das regras violadas. No fundo, através da compensação/indemnização atribuída à parte queixosa, atinge-se, também, um efeito dissuasor – o que implica, naturalmente, atingirem-se montantes indemnizatórios significativamente elevados (ou, em princípio, mais elevados do que aqueles que são alcançados numa típica “follow – on action”).

Nos sistemas europeus (e ao contrário do que sucederia no sistema *antitrust* norte-americano), ao referirmo-nos, agora e em abstracto, às “stand – alone actions”, teremos que nos focalizar nas acções que surgem na sequência da aplicação impositiva de carácter público, naquelas acções judiciais que decorrem da reacção dos destinatários das decisões (de proibição e de condenação) das autoridades competentes (*vg.*, autoridades nacionais da concorrência; Comissão Europeia).

O Livro Branco de 2008, efectivamente, pretende facilitar, em princípio, as *supra* denominadas “follow-on actions”, as acções de indemnização intentadas por agentes que, tendo sofrido danos pela violação das regras de *defesa da concorrência* comunitárias, pretendem ver ressarcidos tais danos individuais, na sequência de uma verificação de tais condutas ilícitas, através de uma prévia actuação das autoridades da concorrência competentes e/ou da Comissão ou, bem assim, na sequência de uma acção judicial promovida pelas empresas violadoras de tais regras, contra as decisões de condenação por parte daquelas entidades. Uma análise do actual sistema comunitário, resultante do Regulamento nº 1/2003 e, em especial, da implementação da “rede europeia”, permitirá concluir, com propriedade que, em princípio e perante a configuração e a tradição de tal sistema (comunitário), serão as autoridades da concorrência e/ou a Comissão a intervir em primeira linha, alheias à necessidade/objectivo de ressarcir eventuais danos sofridos, nas respectivas esferas privadas, por

consumidores ou agentes económicos concorrentes – ou seja, prosseguindo os objectivos/funções que atrás assinalamos como sendo aqueles que são próprios do “public enforcement”: a dissuasão e a punição de práticas anticoncorrenciais, bem assim como a clarificação/determinação do sentido das regras de *defesa da concorrência*. A esta primeira reacção das autoridades da concorrência, poderão seguir-se, subseqüentemente e após tal intervenção prévia (em sede de “public enforcement”), as acções judiciais de indemnização, promovidas pelos particulares/vítimas das violações dos artigos 81º e/ou 82º do Tratado CE.

No entanto, o facto é que, pese embora essa vocação prioritária do Livro Branco para as “follow-on actions” (repita-se: partindo-se da tradição e do desenho da configuração operativa do sistema comunitário), a Comissão ressalva, expressamente, que “convém igualmente que a estratégia considerada (nesse documento) abranja tanto as acções de indemnização que se baseiam na verificação prévia de um incumprimento por parte de uma autoridade da concorrência (as referidas *follow-on actions*), como *as que não se baseiam nessa verificação (as stand-alone actions)*”⁶⁸⁷.

Ora, na realidade, importa notar o seguinte: as acções de indemnização promovidas pelos particulares porventura lesados pela violação das regras de *defesa da concorrência*, serão mais facilmente prosseguidas (nomeadamente, no que se refere à viabilidade dos respectivos pedidos indemnizatórios), se forem, efectivamente, “follow – on actions”, suportando-se em prévias intervenções das autoridades da concorrência e em antecedentes acções judiciais que confirmem as suas decisões. Desde logo, estas decisões judiciais terão já estabelecido a existência da violação em causa e mesmo, porventura, terão verificado a ocorrência de certos factos que poderão ser úteis para a determinação, em sede de acção de indemnização, donexo de causalidade entre a violação das regras *antitrust* e os danos sofridos e geradores do pedido de indemnização.

⁶⁸⁷ Livro Branco, p. 4, ainda o mesmo nº “1.2 – Objectivos, princípios orientadores e âmbito do Livro Branco”.

182. A respeito dessa interação entre o resultado (nomeadamente, uma decisão judicial) da aplicação impositiva de carácter público das regras dos artigos 81º e 82º do Tratado CE e as acções de indemnização promovidas por quem sofre danos resultantes da violação de tais regras (“private enforcement”), importa sublinhar o que a Comissão afirma, no Livro Branco:

“Quando a Comissão declara verificada uma infracção ao artigo 81º ou 82º do Tratado CE, as vítimas da referida infracção podem, por força de uma jurisprudência constante e do nº 1, do artigo 16º do Regulamento nº 1/2003, basear-se nesta decisão como uma prova irrefutável no âmbito de uma acção cível de indemnização. (...) A Comissão não vê qualquer razão para que uma decisão definitiva tomada por uma Autoridade Nacional da Concorrência da rede europeia da concorrência no âmbito do artigo 81º ou 82º, assim como uma sentença definitiva de uma instância de recurso que confirme a decisão da Autoridade Nacional da Concorrência ou declare ela própria verificada uma infracção, não serem aceites em todos os Estados-membros como provas irrefutáveis da infracção nas acções cíveis de indemnização subsequentes por infracção das regras *antitrust*”⁶⁸⁸.

Ora, o artigo 16º do Regulamento nº 1/2003, com efeito, fornece, também neste quadro da aplicação impositiva das regras dos artigos 81º e 82º do Tratado CE, uma base de sustentação para que, definitivamente, a complementaridade entre o “public enforcement” (empreendido pela Comissão e pelas autoridades – bem assim como Tribunais – nacionais) e o “private enforcement”, seja estabelecida de uma forma profícua. Com efeito, seguindo esta lógica pretendida pela Comissão – no fundo, de subordinação das acções de indemnização (as “follow-on actions”) às decisões resultantes da aplicação impositiva das regras comunitárias consideradas (estas decisões sendo encaradas, então, como pressuposto vinculativo das acções de indemnização) – a posição dos particulares, em sede de “private enforcement” resulta facilitada. O que está em causa é, ainda – e por isso a invocação do artigo 16º do Regulamento nº 1/2003 – um corolário da lealdade comunitária e do primado

⁶⁸⁸ Livro Branco, p. 6, nº 2.3 – “Efeito vinculativo das decisões das autoridades nacionais da concorrência”

atribuído a esta ordem jurídica, de um modo amplo e global⁶⁸⁹, impondo-se, conseqüentemente e de um modo incontornável, as decisões da Comissão (tornadas definitivas) em sede de aplicação dos artigos 81º e 82º do tratado CE.

Note-se que esta linha pretendida e afirmada, pela Comissão, no respectivo Livro Branco, acaba por decorrer da conhecida jurisprudência (do Tribunal de Justiça) *Masterfoods*⁶⁹⁰.

Nos termos dessa decisão do Tribunal comunitário, poderemos afirmar que quando a Comissão adopta uma decisão declarando que uma ou mais empresas infringiram os artigos 81º e/ou 82º do Tratado CE, um Tribunal nacional estatuindo sobre o *mesmo comportamento* e no âmbito de uma acção relativa à apreciação jusconcorencial, precisamente, desse comportamento (por exemplo, para efeitos de atribuição de uma indemnização pelos danos causados), envolvendo igualmente *os mesmos* (ou alguns dos mesmos) *intervenientes*, deve, por conseguinte, aceitar, com base na referida decisão comunitária, que se encontra provada a alegada infracção.

No Livro Branco, a Comissão acaba por ir mais longe (num certo sentido), generalizando, com o intuito de facilitar o sucesso das acções de indemnização (as "follow – on actions")⁶⁹¹, aquela decorrência dos princípios da lealdade e do primado comunitários.

A Comissão, como vimos, vem propor que as decisões (definitivas) de qualquer autoridade nacional da concorrência ou Tribunal nacional, tenham, igualmente, um carácter vinculativo, servindo de prova das alegadas infracções, no que diga respeito a todas e quaisquer subsequentes acções de indemnização ("follow – on actions") que corram termos num Tribunal de um Estado-membro⁶⁹².

⁶⁸⁹ Diríamos, portanto, do primado atribuído ao "acquis communautaire".

⁶⁹⁰ Acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de Dezembro de 2000, Processo nº C – 344/98, caso *Masterfoods Ltd vs. HB Ice Cream Ltd.*, Colectânea 2000, p. I – 11369.

⁶⁹¹ Desonerando, dessa forma, os Autores de tais acções das sempre expectáveis dificuldades em matéria de produção de prova.

⁶⁹² Recorde-se – nos termos do nº 2.3 do Livro Branco (respectiva p. 6) - a Comissão declara que "não vê qualquer razão para que uma decisão definitiva tomada por uma Autoridade

Esta solução, de resto, era já seguida em alguns Estados – membros, nomeadamente, na Alemanha. A *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* – GWB (a Lei alemã contra as restrições à concorrência), em vigência desde 1 de Julho de 2005, consagrou o carácter vinculativo e o efeito obrigatório não apenas das decisões adoptadas pela competente autoridade alemã da concorrência, mas também das decisões de quaisquer outras autoridades dos restantes Estados-membros, impondo, portanto, a sua consideração (ou seja, os seus efeitos) às decisões das autoridades nacionais germânicas que versassem sobre o mesmo comportamento (facto), envolvendo as mesmas partes⁶⁹³.

183. Esta linha proposta pela Comissão, no Livro Branco de 2008, acaba por entrecruzar-se com o problema das relações entre a Comissão e os órgãos jurisdicionais dos Estados-membros, em especial, com a questão dos limites da lealdade comunitária quando um Tribunal nacional se depara com uma decisão prévia da Comissão, sobre uma factualidade que é também (total ou parcialmente; directa ou indirectamente) objecto de apreciação por parte desse órgão jurisdicional nacional.

Ora, antecedentemente, já abordamos esta problemática, no contexto da análise relativa à introdução, no sistema comunitário de *defesa da concorrência*, do estatuto de “amicus curiae” a favor da Comissão, efectuada pelo Regulamento nº 1/2003. Assim sendo, remetemos, agora, para o Capítulo 4º («Amicus Curiae». As relações entre a Comissão e os órgãos jurisdicionais dos Estados-membros”), da precedente Iª Parte.

Nacional da Concorrência (...) assim como uma sentença definitiva de uma instância de recurso que confirme a decisão da Autoridade Nacional da Concorrência ou declare ela própria verificada uma infracção, *não serem aceites em todos os Estados-membros como provas irrefutáveis da infracção nas acções cíveis de indemnização (...)*”. O sublinhado é da nossa responsabilidade.

⁶⁹³ Secção 33 (4) da referida Lei alemã. Ver, a este respeito, ANDREAS M. KLEES, *Breaking the Habits: The German Competition Law after the 7th Amendment to the Act against Restraints of Competition (GWB)*, in *German Law Journal – Review of Developments in German, European and International Jurisprudence*, Vol. 7, Issue nº 4, 2006, p. 399, em especial, p. 415 – 416.

De todo o modo, ainda a propósito de tal problemática, importa recordar (novamente e agora neste contexto) o seguinte: como resulta do caso *Inntrepreneur v. Creham*, decidido pela *The House of the Lords* em 2006⁶⁹⁴, a questão ampla a equacionar e debater será a do relacionamento, à luz da lealdade comunitária, entre os órgãos jurisdicionais dos Estados-membros e a Comissão – ou, então e noutros termos, o tipo de relação expectável e possível, entre os Tribunais nacionais e órgãos não jurisdicionais, de natureza *(para)administrativa* e de carácter supranacional (como é o caso da Comissão Europeia).

Como o mencionado caso e a respectiva resolução (sentença) do Tribunal superior britânico relevam, não é propriamente a afirmação da lealdade comunitária que se questiona (de resto, tal lealdade foi pacificamente aceite pela jurisdição britânica, fundamentando-se na própria jurisprudência do Tribunal de Justiça do Luxemburgo), nem, em particular, a vinculatividade de uma decisão prévia da Comissão, incidindo sobre o mesmo comportamento e sobre as mesmas partes.

Na perspectiva que seguimos, a questão fulcral que subjaz a todo o caso mencionado será a da amplitude concreta de tal lealdade: quais os limites de tal lealdade ou ainda, noutros termos e concentrando-nos especificamente nas decisões comunitárias, em que medida é que os pressupostos e a apreciação da matéria de facto seguidos pela Comissão, em prévias decisões sobre situações que, sendo análogas ou semelhantes àquelas que são apreciadas pelos Tribunais nacionais⁶⁹⁵, devem ou não ser necessariamente seguidas por estes órgãos jurisdicionais internos (não se tratando, apesar de tudo dos mesmos casos judiciais, ou seja, dos mesmos comportamentos,

⁶⁹⁴ *Crehan v. Inntrepreneur Pub Co*, (2006) *United Kingdom House of Lords* - julgamento de 19 de Julho de 2006, em sede de recurso da decisão prévia da *Court of Appeal (2004) England and Wales Court of Appeal* – EWCA Civ 637. Ver, *supra*, Iª Parte, Capítulo 4º, em especial, 4.3 “As relações entre a Comissão e os órgãos jurisdicionais dos Estados-membros. Um caso paradigmático: a jurisprudência britânica *Inntrepreneur contra Creham*, de 2006”.

⁶⁹⁵ Por exemplo, no decurso de acções cíveis de indemnização relativamente a danos sofridos pela violação das regras dos artigos 81º e/ou 82º do Tratado CE – ou seja, no âmbito do denominado “private enforcement” dessas regras comunitárias.

praticados pelas mesmas partes envolvidas – tal como sucedeu com os Tribunais britânicos no já mencionado caso *Inntrepreneur v. Creham*, em relação à antecedente decisão comunitária *Whitbread* (publicada em 31 de Março de 1999).

8.6 – A aplicação impositiva de carácter privado, dos artigos 81º e 82º do Tratado CE. (cont.). A “passing – on defence”.

184. Dissemos, anteriormente (*supra* em 8.4, do presente Capítulo) que o Livro Branco não seguiu algumas das características do sistema *antitrust* norte-americano, tais como, por exemplo e para além da *exclusão* das denominadas “follow-on actions”, a recusa da “passing-on defence”.

Na lógica da Comissão, esse meio de defesa (“passing – on defence” ou a invocação da “repercussão de custos adicionais”) em acções de indemnização por danos resultantes da violação das regras dos artigos 81º e 82º do Tratado CE, deverá, portanto e por princípio, ser admitido nos ordenamentos dos Estados-membros.

A expressão “passing – on defence” prende-se com a problemática da repercussão dos denominados “custos adicionais” ilegais, resultantes da prática anticoncorrencial, na esfera dos clientes dos agentes económicos lesados com tais práticas (e, conseqüentemente, autores das respectivas acções de indemnização). Estamos, portanto, no domínio do *cálculo ou determinação* das compensações e/ou indemnizações pela violação das regras de *defesa da concorrência* comunitárias, sendo certo que a Comissão, na linha do Tribunal de Justiça e do Tribunal de Primeira Instância, realça, especialmente, o “princípio da reparação e o seu postulado segundo o qual devem poder ser atribuídos perdas e danos a qualquer pessoa lesada que possa provar a existência de um nexo de causalidade com a infracção⁶⁹⁶”.

⁶⁹⁶ Livro Branco, número 2.6 – “Repercussão dos custos adicionais”, p. 8. Explicita-se, no Livro Branco, a questão, referindo-se o seguinte: “Podem surgir problemas, por um lado, se o **infractor** invocar a repercussão dos custos adicionais **como meio de defesa** contra a pessoa que solicita uma indemnização, argumentando que esta última não sofreu qualquer prejuízo, uma vez que repercutiu o aumento dos preços nos seus clientes”.

Na realidade – exemplificando este meio de defesa equacionado expressamente no Livro Branco – o que está em causa é a possibilidade de as empresas que se tenham envolvido num cartel ou levado a cabo uma prática de abuso de posição dominante poderem, no âmbito das acções de indemnização, defender-se, alegando e provando que a vítima directa de tal prática⁶⁹⁷ repercutiu, através, por exemplo, dos preços praticados, a totalidade ou parte de tal prejuízo para a esfera dos respectivos clientes⁶⁹⁸.

Devemos, desde já, salientar o facto de esta questão da admissibilidade (ou recusa) da “passing – on defence” estar ligada, também, com a questão da legitimidade processual dos denominados “adquirentes indirectos” – ou seja, adquirentes de bens ou de serviços que não negociaram directamente com as empresas infractoras das regras de concorrência em questão, mas, apesar disso, suportaram, de alguma forma, um dano resultante de tal infracção anticoncorrencial.

Explicitando: os adquirentes indirectos serão os clientes de empresas revendedoras que, por seu turno, são fornecidas directamente pelos agentes infractores. Na medida em que aquelas revendedoras repercutiram, total ou parcialmente, os danos resultantes da conduta anticoncorrencial que sofreram nos seus clientes (por exemplo, repercutiram a totalidade ou parte do aumento do preço que tiveram que pagar aos agentes infractores), estes seus clientes serão, portanto, os adquirentes indirectos, afectados pela ou pelas condutas anticoncorrenciais em causa. Na realidade, estes adquirentes indirectos acabarão, mesmo, por ser os agentes onerados primeiramente, sob o ponto de vista económico, pela violação das regras de *defesa da concorrência*, se os seus fornecedores (ou seja, se os denominados adquirentes directos) tiverem

⁶⁹⁷ O autor dessa acção judicial; o adquirente de bens ou serviços fornecidos pelo ao cartel ou pelas empresas que abusaram da respectiva posição de domínio.

⁶⁹⁸ “Por ejemplo, el fabricante de caramelos vitaminados no habría sufrido un daño indemnizable como consecuencia del aumento del precio de la vitamina incluida en sus caramelos producto de un cártel entre fabricantes de vitaminas porque habría aumentado, a su vez, el precio de sus caramelos a los consumidores finales”- JESÚS ALFARO ÁGUILA-REAL, *ob. cit.* (*Contra la armonización positiva...*), p. 10.

repercutido a totalidade do dano (por exemplo, aumento ilegítimo de preço) que lhes foi imposto pelos infractores⁶⁹⁹. Abordaremos seguidamente (ou seja, *infra*, em 8.7, do presente Capítulo) a posição dos adquirentes indirectos que será inevitavelmente diferente consoante for admitida, ou não, a dita “repercussão dos custos adicionais” (“passing – on – defence”), como meio de defesa por parte dos agentes infractores das regras de *defesa da concorrência*.

No sistema norte-americano, com efeito, não se aceita a referida prova da repercussão (a “passing-on defence”) como meio de defesa, ao contrário do que se propõe, agora, no Livro Branco, para o sistema comunitário (em rigor, para os ordenamentos internos dos vários Estados-membros). No entanto, tal não-aceitação no sistema *antitrust* norte-americano, parece resultar de razões que se prendem com a própria economia e gestão processuais das respectivas acções, intentadas por (alegadas) vítimas de violações às regras do *Sherman Act*: esta solução facilita a determinação/cálculo das indemnizações e, conseqüentemente, diminui, também, os custos (e a complexidade) das respectivas acções judiciais⁷⁰⁰.

⁶⁹⁹ Inspirando-nos nos exemplos de ÁGUILA-REAL - *ob. cit.* (*Contra la armonización positiva...*) - e no acervo dos casos decididos pelos Tribunais comunitários, ilustraríamos a posição dos denominados adquirentes indirectos, com a seguinte hipótese: *A* e *B* são produtores de determinado composto vitamínico que é utilizado na composição de certos caramelos. *A* e *B* constituem uma entente com o objectivo de manipularem e aumentarem os preços de venda praticados com os fabricantes de caramelos vitaminados, do composto que produzem. Se os fabricantes de caramelos repercutirem integralmente nos comerciantes/revendedores dos ditos caramelos tal aumento de preço do composto vitamínico que utilizam, então, serão estes comerciantes/revendedores os *adquirentes indirectos* que suportam economicamente e em primeira linha a prática anticoncorrencial de *A* e *B*.

⁷⁰⁰ JESÚS ALFARO ÁGUILA-REAL, *ob. cit.* (*Contra la armonización positiva...*), p. 11. Com efeito, foi em 1968, com o caso “Hanover shoe” que o Supremo Tribunal de Justiça rejeitou clara e inequivocamente a “passing – on defence”, fundamentando-se nos argumentos que indicamos no texto, sublinhando, também, que tal meio de defesa “discourage lawsuits by making it more difficult for those best placed to bring them, thereby reducing the effectiveness of private actions as an antitrust enforcement tool”. CRISTOPHER J. COOK, *ob. cit.* (*Private Enforcement...*), p.56.

Além disso, a admissibilidade deste meio de defesa, proposta pela Comissão no âmbito das acções de indemnização intentadas por agentes privados contra empresas violadoras das regras de *defesa da concorrência*, não deixa, também, se suscitar algumas críticas. Na realidade, a admissibilidade, sem mais, da “passing – on defence” afecta a doutrina que defende o dever de mitigar o dano, a cargo do credor (ou seja, nestes casos, quem sofre o dano pela violação das regras dos artigos 81º e 82º do Tratado CE e quem se assume como autor das acções de indemnização). Com efeito, os agentes que viram ser-lhes infligidos danos resultantes das práticas anticoncorrenciais, deverão ser ressarcidos de tais danos, unicamente na medida em que *razoavelmente* não os evitaram ou não adoptaram medidas adequadas e possíveis, tendo em vista a sua mitigação. Existe, nesta perspectiva, um dever geral, de acordo com os critérios da razoabilidade, de reacção relativamente a tais danos alegadamente sofridos em virtude da violação das regras em causa. Assim sendo, o credor/vítima das práticas anticoncorrenciais deverá ser ressarcido unicamente pelos danos que razoavelmente não conseguiu evitar, adoptando medidas de reacção e/ou de mitigação de tais danos que poderia razoavelmente ter implementado.

Ao admitir-se a “passing – on defence” como meio de defesa, tenderá a confundir-se judicialmente, por exemplo, todo e qualquer *aumento de preços* praticado pelas empresas vítimas de práticas anticoncorrenciais, com medidas de repercussão dos danos sofridos. Deste modo, tenderá a desvalorizar-se o facto de ser necessário distinguir – continuando a focalizar a questão dos preços praticados por quem sofreu danos resultantes da violação das regras de *defesa da concorrência* - a parte desse aumento imputável a tal repercussão legítima e expectável, daquela outra que, porventura, poderia ter sido evitável, caso tais medidas de reacção fossem oportunamente adoptadas, pelas empresas vítimas de tais violações⁷⁰¹.

⁷⁰¹ Socorrendo-nos, aqui, da exemplificação dada por ÁGUILA-REAL, poderemos considerar as seguintes hipóteses:

“Por ejemplo, el fabricante de caramelos vitaminados no habría sufrido un daño indemnizable como consecuencia del aumento del precio de la vitamina incluida en sus caramelos producto de un cártel entre fabricantes de vitaminas porque habría aumentado, a su vez, el precio de sus caramelos a los consumidores finales (...) Es difícil de aceptar que elevar el precio del producto en el que se ha utilizado la materia prima cartelizada sea una «medida exigible» al fabricante de caramelos vitaminados. Que logre vender más caros sus caramelos no está vinculado causalmente con el aumento de precio de las vitaminas. Y, por tanto, el cartelista no puede alegar el *passing on* para reducir el *quantum respondeatur*. Y la regla es tanto más sangrante por cuanto el daño ha sido causado, normalmente en los casos de cártel, dolosamente por los cartelistas (en algunos países, producto de un delito)”.

Continuando com as exemplificações de ÁGUILA-REAL, este Autor refere, ainda, outro caso (apoiando-se, também, em A. SOLER PRESAS - *La indemnización por resolución del contrato en los PECL/DCFR*, 2009, *InDret*, 2/2009, www.indret.com):

“Los demandantes habían adquirido un bungalow creyendo, negligentemente inducidos por los intermediarios, que no había sufrido hundimientos en su superficie. Con este convencimiento pagaron por él un precio que excedía en £17.000 del valor de mercado del inmueble en las circunstancias en que se encontraba. Una vez aclarado el error, decidieron los demandantes solicitar el permiso de obra necesario para reemplazar el citado inmueble por otros dos nuevos, en vez de reparar y revender inmediatamente el inmueble. Tras dos años y medio de gestiones, vendieron el terreno, el bungalow y el permiso de obra **en £23.000 más que el precio de compra**, y reclamaron al vendedor la indemnización correspondiente. **En primera instancia se rechazó la pretensión considerando que, gracias a la reventa efectuada, los demandantes habían mitigado completamente las pérdidas**. Esta decisión fue revocada por la Court of Appeal concediendo el resarcimiento pretendido, no sin antes preguntarse, y aquí radica el principal interés del caso, ***si verdaderamente coincide la causa del daño con la del pretendido lucro***, pregunta cuya respuesta, (...) ha de ser negativa, por entender que el hecho de que la venta, celebrada dos años y medio después de la adquisición, fuera una opción que el incumplimiento del demandado brindó a los demandantes, no es razón suficiente para imputar el beneficio derivado de la misma al incumplimiento”. Y cita igualmente una Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 1998 en la que el Tribunal rechaza compensar los daños causados por el impago de una renta arrendaticia con el beneficio obtenido por el arrendador con la venta posterior del inmueble arrendado. Y, como en el caso inglés, la cuestión es que “la relación arrendaticia estaba extinguida al tiempo de efectuarse la venta pública, sin que sea relevante, a efectos de las obligaciones arrendaticias asumidas por la recurrente”. JESÚS ALFARO ÁGUILA-REAL, *ob. cit. (Contra la armonización positiva...)*, p. 9 e 10. Os sublinhados são da nossa responsabilidade.

185. A avaliação da crítica referida e, conseqüentemente, das virtualidades e da viabilidade operativa, sob o ponto de vista judicial, deverá entroncar-se na temática da responsabilidade civil e, em particular, na discussão sobre a determinação (exigível, nomeadamente num perspectiva probatória) do nexo de causalidade entre o comportamento ilícito e o eventual dano sofrido (e os critérios para a respectiva quantificação/determinação). De todo o modo, se pensarmos que a Comissão entende – como notamos anteriormente – as acções de indemnização por danos resultantes da violação das regras dos artigos 81º e 82º do Tratado CE como um instrumento complementar, em relação ao denominado “public enforcement”, de garantia de efectividade dessas normas, então não nos repugnaria aceitar a solução seguida, neste caso, pelo sistema federal norte-americano. Para além das notórias vantagens em termos de simplificação (ou aligeiramento) processual, o facto é que a recusa da “passing – on defence” poderia conduzir, indirectamente, a um reforço da dissuasão pretendida, também, pela aplicação impositiva das regras de *defesa da concorrência*. Com efeito, tal sucederia na medida em que a recusa de tal meio de defesa poderia agravar o encargo económico que o infractor de tais regras teria que suportar, considerando globalmente quer as eventuais sanções pecuniárias que em sede de “public enforcement” lhe seriam aplicadas, quer, ainda, o montante das indemnizações que, nas acções de indemnização referidas (“private enforcement”) lhe seriam exigidas.

8.7 – A aplicação impositiva de carácter privado, dos artigos 81º e 82º do Tratado CE. (cont.). A posição dos adquirentes indirectos.

186. A atribuição de legitimidade processual aos adquirentes indirectos, possibilitando-se (e até incentivando-se), assim, as acções judiciais por estes intentadas contra as empresas infractoras das regras dos artigos 81º e 82º do Tratado CE, é outro dos pontos de divergência que atrás (*supra*, em 8.4 do presente Capítulo) assinalamos, entre a proposta da Comissão contida no Livro Branco e o sistema norte-americano.

Em 1977, com efeito, o Supremo Tribunal de Justiça norte-americano, no caso "Illinois Brick", decidiu que apenas os adquirentes directos de uma empresa ou empresas integrantes de um cartel ilícito poderiam accionar, num Tribunal federal, tal ou tais empresas (e o respectivo cartel), por danos resultantes da prática anticoncorrencial em causa⁷⁰².

Em grande medida, as razões invocadas pelo Supremo Tribunal Federal foram as mesmas que motivaram, no caso "Hanover Shoe", de 1968, a inadmissibilidade da "passing – on defence": as dificuldades práticas, operativas, sob o ponto de vista judicial (e, em particular, em matéria de prova) que a admissão dos "adquirentes indirectos", nesse tipo de acções, suscitaria, acabando por introduzir-se, caso a legitimidade destes adquirentes fosse reconhecida, insegurança jurídica e uma complexidade adicional naquele tipo de acções judiciais.

Tal complexidade seria, na óptica do Supremo Tribunal Federal, desde logo, especialmente nociva (dissuasora) do "private enforcement", em matéria *antitrust*. O Supremo Tribunal de Justiça norte-americano sublinhou, ainda, os seus receios de que os requeridos (as empresas envolvidas em cartéis ilícitos) pudessem ver multiplicarem-se injustificadamente os pedidos de indemnização pelo mesmo facto, incorrendo numa espécie de "double liability" injusta e desproporcionada.

Importa relembrar que esse risco poderá, de facto, potenciar-se num sistema como o norte-americano, em que é através do próprio "private enforcement" que também se prossegue a função/objectivo de penalização e de dissuasão das práticas *antitrust* - ou seja, num sistema em que o montante indemnizatório determinado judicialmente, nas respectivas acções de indemnização, é, tendencialmente e por regra, mais elevado do que no sistema europeu (em que o "private enforcement" prossegue primacialmente a sua função "natural": ressarcir os danos sofridos em virtude da violação das regras de *defesa da concorrência*).

A problemática da admissibilidade da "passing – on defence" (que referimos anteriormente), de facto, está imbricada com a questão do

⁷⁰² Ver CRISTOPHER J. COOK, *ob. cit.* (*Private Enforcement...*), p.56 e 57.

reconhecimento de legitimidade processual activa, a favor dos denominados “adquirentes indirectos”. Ao admitir-se a invocação da existência de uma “repercussão dos custos adicionais” (“passing – on defence”) como um meio de defesa das empresas infractoras, nas acções de indemnização contra elas intentadas, naturalmente, abre-se o caminho ao necessário reconhecimento de tal legitimidade processual, a favor dos “adquirentes indirectos”.

Não sendo assim, existiria sempre o risco de se impedir o adequado ressarcimento daqueles que efectivamente foram economicamente lesados nos seus interesses económicos, pela prática anticoncorrencial. Acabaria, igualmente, por abrir-se a porta, em determinadas situações e circunstâncias, a um lucro ilegítimo, por parte dos infractores – sobretudo, na lógica europeia, de acordo com a qual a aplicação impositiva de carácter público das regras dos artigos 81º e 82º do Tratado CE não se preocupa (não se deve preocupar, naturalmente) com o ressarcimento dos danos sofridos por terceiros agentes económicos e/ou consumidores.

187. Ora, em 2008, no Livro Branco, a Comissão, fundamentando-se e seguindo a jurisprudência comunitária⁷⁰³, expõe, claramente, uma posição sobre a legitimidade processual dos “adquirentes indirectos” que se afasta da posição do Supremo Tribunal Federal norte-americano⁷⁰⁴:

⁷⁰³ Acórdão do Tribunal de Justiça de 13 de Julho de 2006, Acórdão *Manfredi*, Processos apensos C-295, Col. 2006, p. I-6619.

⁷⁰⁴ Sublinhamos esta nota e destacamos a posição do Supremo Tribunal de Justiça (Federal) norte-americano, na medida em que, de todo o modo, a sua jurisprudência – nomeadamente no referido caso “Illinois Brick” – não foi consensual e não é, em muitos Estados, seguida pelos actos legislativos (“statutes”) e pelos Tribunais estaduais. Trancrevemos a informação/observação de COOK, a este respeito:

“*Illinois Brick* was unpopular and perceived as unfair in many state capitals, which reacted by introducing so-called “*Illinois Brick Repealer*” statutes. These laws, which have been enacted in almost half of the U.S. states, entitle indirect purchasers to sue for treble damages under state antitrust laws—effectively circumventing the Supreme Court’s ruling by providing a remedy under state law that the Court denied under federal law The end result—ironic in light of the rationale of the *Illinois Brick* judgment—is that antitrust defendants in the United States face the prospect of not only multiple recoveries for the same harm, but also extraordinarily

“No contexto da legitimidade para intentar uma acção, a Comissão acolhe positivamente a confirmação pelo Tribunal de Justiça de que «**qualquer pessoa**» tem o direito de pedir a reparação do dano sofrido pelo incumprimento das regras *antitrust* perante os tribunais nacionais. Este princípio aplica-se igualmente aos **adquirentes indirectos**, ou seja, os adquirentes que, embora não negociando directamente com o infractor, tenham sofrido danos consideráveis em razão da repercussão ao longo da cadeia de distribuição da aplicação de um preço excessivo imposto ilegalmente”.

A posição seguida pela Comissão no Livro Branco⁷⁰⁵, consiste, em síntese e ao invés do sistema federal norte-americano, na admissibilidade da “*passing – on defence*” e, simultaneamente e em conformidade com a posição do Tribunal de Justiça (expressa, por exemplo, no já mencionado Acórdão de 13 de Julho de 2006, Acórdão *Manfredi*) e com o “princípio da reparação total do valor real do prejuízo sofrido⁷⁰⁶”, na atribuição de legitimidade processual activa aos denominados “adquirentes indirectos”.

Além disso, a Comissão completa esta sua orientação de princípio, com uma presunção ilidível, relativamente aos “adquirentes indirectos”: a presunção de que o custo adicional ilegal foi neles repercutido na sua totalidade⁷⁰⁷.

O ónus da prova deveria passar, portanto e na proposta da Comissão, para os infractores ou seja, para os demandados nas respectivas acções de

complex, duplicative, and even inconsistent litigation in both federal and state courts based on the same underlying facts”. CRISTOPHER J. COOK, *idem*.

⁷⁰⁵ Depois de, em 2006, no antecedente Livro Verde, a Comissão ter considerado todas as possíveis alternativas, ou seja, por exemplo, incentivar a “*passing – on defence*” e a admissibilidade das acções de indemnização intentadas pelos “adquirentes indirectos”, excluir a “*passing – on defence*”, mas reconhecendo a legitimidade processual activa dos “adquirentes indirectos” ou, ao invés, não lhes reconhecer tal legitimidade processual.

⁷⁰⁶ Livro Branco, número 2.5 – “Indemnizações”, p. 8. “Princípio da reparação” e o seu postulado segundo o qual “devem ser atribuídos perdas e danos a qualquer pessoa lesada” – Livro Branco, número 2.6 – “Repercussão dos custos adicionais”, p. 8.

⁷⁰⁷ “(...) a Comissão recomenda reduzir o ónus da prova que incumbe à vítima e propõe que:

- Os adquirentes indirectos possam invocar presunção ilidível de que o custo adicional ilegal foi neles repercutido na sua totalidade” – Livro Branco, número 2.6, p. 9.

indemnização por danos resultantes da violação dos artigos 81º e 82º do Tratado CE. Esta facilidade em termos de trabalho probatório, a favor do “adquirente indirecto”, conjugada com a admissibilidade da “passing – on defence”, atenua os riscos de os “adquirentes directos” poderem, porventura e caso tenham repercutido integralmente os custos adicionais ilegais, resultantes, para si, do comportamento anticoncorrencial, beneficiar de um enriquecimento sem causa. Ou seja, a possibilidade de repercutiram os danos suportados num primeiro momento e, ainda assim, conseguiram obter uma indemnização precisamente por esses danos subsequentemente repercutidos (para os seus clientes ou “adquirentes indirectos”). Além disso, naturalmente, melhora a posição processual dos “adquirentes indirectos” e, poderá, por conseguinte, garantir um grau de viabilidade ou de sucesso mais elevado, nas acções judiciais por eles intentadas.

Na realidade, sem este (relativo) auxílio em matéria de prova, em termos de frequência e de normalidade, o reconhecimento da legitimidade processual activa dos “adquirentes indirectos” seria praticamente uma mera afirmação académica. A distância que, na cadeia de distribuição, separa a empresa violadora das regras de *defesa da concorrência* dos “adquirentes indirectos”, fará - na ausência de tal presunção sugerida no Livro Branco – com que a produção da prova relevante, em termos judiciais e a cargo desses “adquirentes indirectos”, seja de uma dificuldade extrema.

8.8 – Notas conclusivas sobre a aplicação impositiva de carácter privado dos artigos 81º e 82º do Tratado CE.

188. A aplicação impositiva de carácter privado dos artigos 81º e 82º do Tratado CE, empreendida junto dos Tribunais dos Estados – membros pelos agentes económicos ou consumidores que sofrem danos resultantes da violação daquelas normas de *defesa da concorrência*, mereceu, como referimos anteriormente, a atenção da Comissão. Esta, desde 2004, com a publicação da Comunicação relativa ao tratamento de denúncias, nos termos

dos artigos 81º e 82º do Tratado CE⁷⁰⁸, tinha perspectivado um papel de (relativo) relevo - no âmbito da reforma e do quadro do novo regime de aplicação daquelas regras comunitárias, introduzido pelo Regulamento nº 1/2003 – para o denominado “private enforcement”. Com efeito, os denunciantes podem, na perspectiva da Comissão, auxiliar o trabalho desta, no que diz respeito à detecção de práticas anticoncorrenciais e, nessa medida, associarem-se, indirectamente, à aplicação impositiva de carácter público (“public enforcement”) dos artigos 81º e 82º do Tratado CE.

A atenção que foi prestada, pela Comissão, à problemática da aplicação impositiva de carácter privado das regras dos artigos 81º e 82º do Tratado CE, acaba por ser compreensível se pensarmos que a Comissária Neelie Kroes sempre perspectivou a prossecução dos interesses (económicos) dos consumidores, como sendo um dos objectivos da Política da concorrência comunitária. Esta preocupação com a defesa dos interesses dos consumidores é, por exemplo, particularmente visível (pelo menos, no plano da afirmação de um discurso político) no domínio da reforma da aplicação do artigo 82º do Tratado CE.

Como veremos *infra*, na IVª Parte do presente trabalho, a Comunicação da Comissão de Dezembro de 2008, publicitando a *Orientação* desta Instituição sobre as suas prioridades na aplicação do artigo 82º do Tratado CE⁷⁰⁹, destaca, precisamente, de forma clara e inequívoca, a consideração dos interesses dos consumidores. Estes são colocados, de um modo inequívoco, no centro das preocupações da Política da concorrência e, em particular, da aplicação, levada a cabo pela Comissão, do artigo 82º do Tratado CE.

⁷⁰⁸ Jornal Oficial, nº C 101, de 27.04.2004, p. 65.

⁷⁰⁹ Comunicação publicada originariamente em Dezembro de 2008 e ulteriormente disponibilizada (publicada) em língua portuguesa (em Fevereiro de 2009), sob o título “*Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82º do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante*” - C (2009) 864 final, datada de 9.02.2009

Como refere COOK, apoiando-se, igualmente, em declarações prestadas pela Comissária Neelie Kroes, a Comissão perspectiva o “private enforcement” como um complemento do “public enforcement” e, sobretudo, a partir do nível do consumidor⁷¹⁰.

Veja-se, também e a este respeito, o número 5 da referida *Orientação*. Nesse número do documento em causa, a Comissão afirma, de forma expressa e directa, que se concentrará privilegiadamente nos tipos de conduta *mais prejudiciais para os consumidores*.

Além disso, nesse mesmo número 5, a Comissão esclarece qual é a relação existente, na sua perspectiva, entre a concorrência e os benefícios que dela resultam para os consumidores. Com efeito, na óptica da Comissão, “os benefícios que a concorrência proporciona aos consumidores são preços mais baixos, melhor qualidade e maior variedade de bens e serviços novos ou melhorados. Assim, a Comissão pretende orientar a aplicação da lei no sentido de assegurar o bom funcionamento dos mercados e o benefício por parte dos consumidores da eficiência e produtividade resultantes de uma concorrência efectiva entre as empresas”.

Sem desenvolver, agora e neste contexto, as questões que a referida assumpção da defesa dos interesses dos consumidores como objectivo (prioritário) da Política da concorrência pode suscitar⁷¹¹, sempre notaremos que

⁷¹⁰ “The Commission thus regards private enforcement, particularly at the consumer level, as a complement to public enforcement and has made facilitation of private enforcement a clear policy goal. In the words of Commissioner Kroes: «No matter how closely public intervention mirrors the concerns of consumers, no matter how effectively the fines that we impose punish and deter unlawful behaviour, the victims of illegal behaviour will still not be compensated for their losses. [Public enforcement] cannot make amends for the damage and suffering caused to consumers. Therefore, consumers should be empowered to enforce their rights themselves.» - CRISTOPHER J. COOK, *ob. cit.* (*Private Enforcement...*), p.6 e 7.

⁷¹¹ Questões, nesta sede, sempre complexas, na medida em que o conceito normativo de consumidor, no quadro do Direito do Consumo (enquanto *Direito de protecção* da parte mais fraca na relação de consumo – “protecção dos consumidores”), não poderá ser transposto, liminarmente, para o domínio da regulação dos mercados e do Direito de *defesa da concorrência*. A questão será mesmo a de se saber como se deverá entender “consumidor”, neste domínio do *antitrust* (ou seja, de que “consumidores” é que, por exemplo, fala a

uma especial atenção dispensada ao denominado “private enforcement” e, em particular, ao seu incremento junto dos Tribunais nacionais, compreende-se e justifica-se, desde logo, a partir da assumpção daquele objectivo político.

Além do mais, já em 2004 (e porque a questão do “private enforcement” dos artigos 81º e 82º do Tratado CE emergia conjuntamente com a reforma ou *modernização* do Direito da concorrência comunitário), tinha sido, também, divulgado um estudo promovido pela própria Comissão que concluía, partindo de uma análise às acções judiciais intentadas nos Tribunais dos Estados-membros, que o estado da aplicação impositiva de carácter privado das regras dos artigos 81º e 82º do Tratado CE, era de total subdesenvolvimento⁷¹².

Por outro lado ainda, a entrada em vigência do Regulamento nº 1/2003, instituindo um novo regime de aplicação dos artigos 81º e 82º do Tratado CE, incentivava o desenvolvimento do “private enforcement” desses normativos comunitários de *defesa da concorrência*.

Vimos que o sentido imediato do novo regime caracteriza-se por uma (denominada) descentralização, para o nível nacional, das referidas regras do

Comissária Neelie Kroes?). Ver, a propósito de algumas dificuldades operativas que se sentem quando se lida com o conceito de consumidor, no quadro da aplicação do Direito de *defesa da concorrência*, infra, os Capítulos 3º, 4º e 5º, da IVª Parte, do presente trabalho – em particular, os números 3.2 (“O bem – estar dos consumidores”) e 3.3 (“Os consumidores”), daquele Capítulo 3º e, ainda, as questões relativas ao denominado “teste das escolhas dos consumidores”, proposto por AVERITT e LANDE, abordadas nos números 4.7 a 4.9, do Capítulo 4º, daquela IVª Parte.

⁷¹² A expressão utilizada era “total underdevelopment”. Assim, o mencionado estudo inicia-se, desde logo, com a seguinte e muito impressionante frase: “The picture that emerges from the present study on damages actions for breach of competition law in the enlarged EU is one of astonishing diversity and total underdevelopment” – in DENIS WAELBROECK, DONALD SLATER e GIL EVEN-SHOSHAN - *Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules. Comparative Report*, Ashurst, Brussels, 31.08.2004, p. 1. Para um comentário ao estado do “private enforcement” dos artigos 81º e 82º do Tratado CE, bem assim como, em particular, para algumas observações relativamente às conclusões do estudo mencionado, ver, entre outros, RENATO NAZZINI & ALI NIKPAY, *Private Actions in EC Competition Law, in Competition Policy International*, Vol. 4, nº 2, Autumn 2008, disponível, na Internet, em www.globalcompetitionpolicy.org. (Agosto de 2009).

Tratado – sendo que o Regulamento nº 1/2003 alarga o leque das entidades que promovem a aplicação dos artigos 81º e 82º em causa. Assim sendo, o incremento das acções de indemnização por danos resultantes da violação de tais normas comunitárias seria o caminho lógico e o factor de reforço dessa descentralização; seria o instrumento complementar para se garantir o objectivo de se desonerar a Comissão do trabalho (hercúleo) de aplicação (quase) exclusiva dos artigos 81º e 82º do Tratado CE.

O Livro Verde cuja publicação, em 2005, foi promovida pela Comissão, reflecte, ainda, uma outra influência/impulso não despidendo que, numa primeira fase (diríamos, até 2008 e até à publicação, nesse ano, do Livro Branco), terá norteado o movimento da reforma (ou modernização) do Direito da concorrência comunitário, no sentido da promoção e desenvolvimento do “private enforcement” dos artigos 81º e 82º do Tratado CE: a influência do sistema *antitrust* norte-americano.

No entanto, como mencionamos precedentemente (*supra*, números 8.5, 8.6 e 8.7 do presente Capítulo) e avaliando os casos paradigmáticos das denominadas “follow – on actions”, da “passing – on defence” e da posição dos “adquirentes indirectos”, podemos concluir que a Comissão, na sua proposta contida no Livro Branco de 2008, acabou por seguir um caminho que se afasta dos traços gerais marcantes do sistema *antitrust* (federal) norte-americano. Como é mencionado pela própria Comissão, a “plena indemnização” é, nesta matéria, “o primeiro e mais importante princípio orientador” da proposta expressa no Livro Branco, devendo, contudo, tal objectivo inserir-se num quadro de **“medidas equilibradas, assentes na cultura e tradição jurídicas europeias”**⁷¹³.

Esta afirmação ganha, de facto, mais relevo, *a priori* e em tese geral, se caracterizarmos da seguinte forma aquele que é o entendimento da Comissão sobre o “private enforcement” dos artigos 81º e 82º do Tratado CE⁷¹⁴: este

⁷¹³ Livro Branco, número 1.2 – “Objectivos, princípios orientadores e âmbito do Livro Branco”, p.3.

⁷¹⁴ Desenhado, sobretudo, na proposta contida no Livro Branco e na evolução que se verifica ter existido entre esta proposta da Comissão e o quadro avançado, em 2005, no Livro Verde.

deverá prosseguir um objectivo/função sobretudo reparadora dos danos (privados) das vítimas das práticas anticoncorrenciais (auxiliando, assim e igualmente, a protecção dos interesses dos consumidores), apartando-se, portanto, das preocupações (primeiras) de punição e de dissuasão de tais comportamentos anticoncorrenciais – preocupações estas que norteiam, em primeira linha, a Comissão e, de um modo geral, todas as entidades que prosseguem o denominado “public enforcement”.

O “private enforcement” deverá, conseqüentemente, no contexto geral da aplicação impositiva dos artigos 81º e 82º do Tratado CE, servir de instrumento complementar ao “public enforcement”, alargando, desde logo, a capacidade de detecção de práticas ilícitas⁷¹⁵ e contribuindo, assim, ainda que indirectamente, para a garantia de efectividade do Direito comunitário (em geral e, em particular, do Direito comunitário da concorrência).

189. Importa, como nota final, salientar, ainda, alguns pontos de reflexão, a propósito da problemática da aplicação impositiva de carácter privado das regras dos artigos 81º e 82º do Tratado CE e da reforma do Direito da concorrência comunitário.

É importante não esquecer que, apesar das preocupações da Comissão, expressas no Livro Branco de 2008, focarem, sobretudo, as acções de indemnização por danos resultantes da violação das regras de *defesa da concorrência*⁷¹⁶, o facto é que devemos incluir, também, no âmbito do “private

Ver, por exemplo, CRISTOPHER J. COOK, *ob. cit.* (*Private Enforcement...*), particularmente p. 6 e 7 e ainda, páginas 62 a 64; Ver, ainda, WOUTER P. J. WILS, *ob. cit.* (*The Relationship...*), páginas 15 a 19, embora colocando o acento principal não tanto na perspectiva do consumidor, mas nas *diferentes* funções/objectivos que, no contexto comunitário (ao invés do norte-americano) e no “desenho” proposto pela Comissão para o “private enforcement”, este e o “public enforcement” dos artigos 81º e 82º do Tratado CE, devem prosseguir.

⁷¹⁵ Inclusivamente, devendo, também, considerarem-se, aqui, as denúncias de particulares – também elas, como vimos *supra* (Capítulo 4º, IIª Parte), incentivadas pela Comissão.

⁷¹⁶ Como referimos, apesar de não se excluírem as denominadas “stand – alone actions”, a proposta da Comissão pressupõe como mais frequentes e ordinárias, nesta sede, as “follow – on actions”.

enforcement”, as acções intentadas pelas partes de um contrato, invocando a nulidade (total ou parcial) do respectivo negócio jurídico, em virtude de cláusulas violadoras das regras dos artigos 81º e 82º do Tratado CE.

Por outro lado, como salientam alguns Autores⁷¹⁷, por vezes e em função das preocupações e orientações avançadas pela Comissão (ver, por exemplo, a sucessão de documentos sobre esta problemática, desde 2005, com o Livro Verde, até 2008, com a publicação do Livro Branco), não é certo que o problema da aplicação impositiva dos artigos 81º e 82º do Tratado CE, passe, com maior acuidade, pelo alegado déficite de “private enforcement”.

Os riscos para a efectividade do Direito da concorrência comunitário (e, por conseguinte, para a prossecução da respectiva Política comunitária), ainda se situam, sobretudo e para uma parte significativa da doutrina, no âmbito das falhas da aplicação impositiva de carácter público de tais normativos – nomeadamente, nas dificuldades sentidas pela Comissão para prosseguir a sua função aplicadora, relativamente a certos carteis ou ententes (aplicação do artigo 81º do Tratado CE)⁷¹⁸. As práticas de cartel (ditas) “hard – core”, até mesmo pela capacidade técnica e meios ao dispor dos seus intervenientes ordinários mais frequentes (grandes empresas transnacionais), constituem, desde logo, ao nível da própria detecção, um desafio premente e complexo para as entidades que prosseguem a aplicação impositiva do artigo 81º do Tratado CE.

Assim sendo, há que considerar a hipótese de existirem, nos Tribunais nacionais, poucas acções de indemnização por danos resultantes da violação

⁷¹⁷ Por exemplo, JESÚS ALFARO ÁGUILA-REAL, *ob. cit. (Contra la armonización positiva...)*, que acompanhamos de perto, relativamente a esta observação.

⁷¹⁸ Assim, segundo ÁGUILA-REAL, “(...) sólo podemos estar seguros de que hay un underenforcement del Derecho de la competencia en relación con los cárteles”, advertindo, este Autor, para o seguinte: “Incentivar la litigación privada en los demás ámbitos del Derecho de la competencia resulta innecesario y puede que contraproducente porque los particulares disponen de la información, los medios procesales y los incentivos para litigar, de manera que no son probables ganancias en el bienestar social derivadas de medidas que incentiven la litigación en esos ámbitos”. JESÚS ALFARO ÁGUILA-REAL, *ob. cit. (Contra la armonización positiva...)*, p. 30.

(nomeadamente) do artigo 81º do Tratado CE, tão simplesmente porque há uma relativamente fraca intensidade do “public enforcement”, nesta matéria de ententes e de coligações anticoncorrenciais. Ou seja, porque existem, também, poucas decisões das autoridades da concorrência e da própria Comissão, no que respeita à aplicação (impositiva de carácter público) do artigo 81º do Tratado CE. Segundo ÁGUILA-REAL, na última década, foram adoptadas, pela Comissão, unicamente 61 decisões em matéria de cartéis, sendo que na década precedente, esse número foi de apenas 21 (casos objecto de decisão). De todo o modo, considerando, ainda, os últimos dez anos, das referidas 61 decisões, cerca de 70% delas foram adoptadas no último lustro⁷¹⁹.

Por outro lado ainda, segundo os dados coligidos e utilizados por ÁGUILA-REAL, se observarmos as dez coimas mais elevadas, impostas pela Comissão, nenhuma delas será relativa a casos antecedentes a 2001, sendo que, frequentemente, as decisões adoptadas pela Comissão são suportadas por investigações que se reportam a factos ocorridos há bastante tempo atrás (alguns anos de antecedência), dificultando, assim e conseqüentemente, a produção de material probatório apto a sustentar uma condenação em Tribunal⁷²⁰.

No fundo e envolvendo os aspectos atrás referidos, o facto é que a pouca tradição europeia do “private enforcement”, nesta matéria, justifica, também, as conclusões do estudo *supra* citado de 2004, da responsabilidade de DENIS WAELBROECK, DONALD SLATER e GIL EVEN-SHOSHAN e promovido pela Comissão⁷²¹. Esse estudo – recorde-se - verifica a existência de um número muito pequeno de acções de indemnização por danos decorrentes da violação das regras de *defesa da concorrência* comunitária, correndo termos nos Tribunais dos Estados-membros: “The picture that emerges from the present study on damages actions for breach of competition law in the enlarged EU is one of astonishing diversity and total underdevelopment”.

⁷¹⁹ JESÚS ALFARO ÁGUILA-REAL, *ob. cit.* (*Contra la armonización positiva...*), p. 25 e 26.

⁷²⁰ JESÚS ALFARO ÁGUILA-REAL, *idem*.

⁷²¹ *Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules. Comparative Report*, Ashurst, Brussels, 31.08.2004 (já mencionado anteriormente).

Assim sendo, poder-se-á questionar o pressuposto de que parte a Comissão, no Livro Branco de 2008, a saber, o de que o insuficiente desenvolvimento do “private enforcement” relativamente aos artigos 81º e 82º do Tratado, resulta, sobretudo, de obstáculos existentes nas ordens jurídicas internas⁷²² e de que a actuação da Comissão dever-se-á focalizar numa tentativa de harmonização (sobretudo, positiva) de um regime comunitário incentivador do acréscimo das acções dos particulares (vítimas das violações dos artigos 81º e 82º do Tratado CE), junto dos seus Tribunais nacionais.

Com efeito, dadas as implicações complexas - ao nível dos Direitos processuais e da responsabilidade civil internos - que tal hipótese de harmonização suscitaria (por exemplo, através de uma Directiva ou mesmo de um Regulamento) e considerando o reconhecido (também pelo próprio Regulamento nº 1/2003) princípio da autonomia processual das competentes autoridades e Tribunais dos Estados-membros, seria previdente não só travar tal eventual ímpeto harmonizador da Comissão, como, sobretudo, reequacionar os pressupostos de que parte esta Instituição (e a reforma do Direito comunitário da concorrência em curso), nas suas abordagens à questão do “private enforcement” dos artigos 81º e 82º do Tratado CE.

⁷²² Imputadas, no referido estudo de 2004, à grande diversidade (“astonishing diversity”) de regimes jurídicos internos – o que, contudo, nos parece não só inevitável (e daí, também, o reconhecimento do princípio da autonomia processual das autoridades e Tribunais nacionais), como enriquecedor, neste ponto, em termos comunitários.

IVª PARTE

A Reforma da Aplicação do artigo 82º do Tratado CE.

Enquadramento Geral

A consagração normativa do princípio da proibição dos abusos de posição dominante.

190. Após (e na sequência) da entrada em vigência do Regulamento nº 1/2003, a reforma (ou *modernização*) do próprio artigo 82º está, de facto, na ordem do dia⁷²³. De resto, para muitos comentadores, a dita reforma é já premente, face às mudanças entretanto operadas quer ao nível da aplicação do artigo 81º (pelo Regulamento nº 1/2003), quer ao nível do controle comunitário das operações de concentração entre empresas.

Como impressivamente referiu, a este propósito, SHER, o artigo 82º acaba por ser uma espécie de “último comboio a vapor”, na era da “alta velocidade” com que “circulam” hoje, no espaço comunitário, tanto o controle dos carteis, como o controle das concentrações entre empresas⁷²⁴.

191. A reforma ou a modernização do artigo 82º do TCE não poderá, contudo, ser analisada apenas numa perspectiva comunitária. Dito de outra forma, uma eventual alteração material da referida norma do Tratado que

⁷²³ Como referimos *supra*, em 4: (...) presentemente, está também em curso (pelo menos, em curso de concepção) a reforma de todos os domínios do Direito e da Política da concorrência, na União Europeia.

Assim, poderemos, a este propósito, (...) referir a discussão pública (em curso) sobre a (eventual) reforma *substantiva* do próprio artigo 82º (princípio da proibição dos abusos de posição dominante) – que, inevitavelmente, acaba por se entrelaçar, também, com a “grande reforma” já promovida pelo Regulamento nº 1/2003, ao nível do regime de aplicação quer deste normativo, quer do artigo 81º do TCE”.

⁷²⁴ B. SHER, *The Last of Stream-Power Trains: Modernizing art. 82, in European Common Law Review*, 2004, p.243.

proíbe os abusos de posição dominante, ou uma alteração do método da sua aplicação⁷²⁵, assim como dos pressupostos da respectiva interpretação, não deverão ser equacionados apenas á luz da Política da Concorrência da União Europeia e do respectivo Direito.

Na medida em que existe uma crescente descentralização (para o nível nacional) da aplicação dos artigos 81º e 82º do TCE, bem como dos princípios que regem as relações entre este Direito da União e os Direitos nacionais, tais mudanças que porventura se verifiquem na esfera do artigo 82º do TCE, repercutir-se-ão, imediata e directamente, nestes últimos.

O artigo 3º do Regulamento nº 1/2003, estabelece, com efeito e como tivemos já a oportunidade de analisar, *supra* (IIIª Parte, B, Capítulo 6º), que quando as autoridades da concorrência ou os tribunais nacionais aplicam o direito interno da concorrência a uma determinada prática restritiva que seja também proibida pelo artigo 82º do TCE, têm também a obrigação de aplicar esta norma comunitária⁷²⁶. Trata-se da denominada “aplicação cumulativa com equivalência de resultado” das ordens nacionais e comunitária (ver número 6.5, Capítulo 6º, da referida IIIª Parte).

192. Atentemos, portanto, no artigo 82º do TCE e no princípio, nele contido, da proibição dos abusos de posição dominante, tentando compreender a necessidade (ou desnecessidade) da sua reforma/modernização.

Ora, nos termos do artigo 82º do TCE (ex- artigo 81º),

É incompatível com o mercado comum e proibido, na medida em que tal seja susceptível de afectar o comércio entre os Estados-Membros, o facto de

⁷²⁵ *Effects-based approach* ou *formalistic approach*, seguindo e reproduzindo a terminologia anglo-saxónica, muito em voga, a este propósito.

⁷²⁶ Recorde-se que a parte final, do nº 1, do mencionado artigo 3º, do Regulamento nº 1/2003, estabelece, com efeito, o seguinte: “*Sempre que as autoridades dos Estados membros responsáveis em matéria de concorrência ou os tribunais nacionais apliquem a legislação nacional em matéria de concorrência a qualquer abuso proibido pelo artigo 82º do Tratado, devem aplicar igualmente o artigo 82º do Tratado*”.

uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante no mercado comum ou numa parte substancial deste.

Segue-se uma lista meramente exemplificativa de comportamentos que corresponderão a exemplos de práticas abusivas de quem está em posição dominante e que, no fundo, acaba por ser a mesma lista de exemplos elencados no nº 1, do artigo 81º do TCE, a saber⁷²⁷:

a) Impor, de forma directa ou indirecta, preços de compra ou de venda ou outras condições de transacção não equitativas;

b) Limitar a produção, a distribuição ou o desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores;

c) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência;

d) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objecto desses contratos (os denominados tying agreements).

Esta disposição do Tratado CE e o princípio nela contida são, por seu turno, assimilados e positivados na nossa ordem jurídica, no artigo 6º da Lei nº 18/2003 (Lei da Concorrência), nos seguintes termos:

1 – É proibida a exploração abusiva, por uma ou mais empresas, de uma posição dominante no mercado nacional ou numa parte substancial deste, tendo por objecto ou como efeito impedir, falsear ou restringir a concorrência.

⁷²⁷ Sobre o “catálogo de exemplos constante do art. 82º CE”, bem assim como relativamente a “Outros exemplos” (de práticas tradicionalmente tidas por abusivas), ver, entre nós, JOSÉ PAULO MARIANO PEGO, *O Controlo dos oligopólios pelo Direito Comunitário da Concorrência. A posição dominante colectiva*, Almedina, Coimbra, 2007, p. 366- 379.

O nosso legislador, contudo e ao contrário do que sucedeu com o legislador comunitário, preocupou-se em definir o requisito necessário e prévio, exigido para a verificação de uma situação qualificada de *abuso de posição dominante*, ou seja, teve o cuidado de definir o que se deverá entender por *posição dominante*. Assim, segue-se, neste artigo 6º da Lei nº 18/2003, a enunciação de situações consideradas, *de per se*, como sendo situações de domínio, ou de posição dominante (nº 2, desse artigo 6º), a saber, respectivamente:

- a) A empresa que actua num mercado no qual não sofre concorrência significativa ou assume preponderância relativamente aos seus concorrentes; e ainda:*
- b) Duas ou mais empresas que actuam concertadamente num mercado, no qual não sofrem concorrência significativa ou assumem preponderância relativamente a terceiros.*

O nº 3, deste artigo 6º da Lei nº 18/2003, prossegue, em parte, também na linha do artigo 82º do Tratado CE, referindo-se e elencando, exemplificativamente, comportamentos que podem ser considerados abusivos quando praticados por empresas que se encontrem nas situações previstas no precedente nº 2, dessa mesma disposição (artigo 6º) da Lei nº 18/2003, ou seja, por empresas em situação de posição dominante.

Assim, diz-nos o nº 3, do artigo 6º da Lei da Concorrência que pode ser considerada abusiva, designadamente:

- a) A adopção de qualquer dos comportamentos referidos no nº 1, do artigo 4º (da Lei nº 18/2003), ou seja e a saber, comportamentos de entente ou de coligação entre empresas que tenham por objecto ou como efeito impedir, falsear ou restringir de forma sensível a concorrência.*
- b) A recusa de facultar, contra remuneração adequada, a qualquer outra empresa o acesso a uma rede ou a outras infra-estruturas essenciais que*

a primeira controla, desde que, sem esse acesso, esta última empresa não consiga, por razões factuais ou legais, operar como concorrente da empresa em posição dominante no mercado a montante ou a jusante, a menos que a empresa dominante demonstre que, por motivos operacionais ou outros, tal acesso é impossível em condições de razoabilidade. Dito de outro modo, o legislador nacional previu, desde logo, aqui, nesta disposição, os princípios orientadores em matéria de defesa da concorrência relativos à actuação das empresas que se encontrem em situação de monopólio natural.

Por outro lado ainda, e em jeito de comparação com a regra do artigo 82º do TCE, no âmbito do Direito norte-americano, aquele normativo comunitário (e as demais disposições que, em termos europeus – respectivamente, nas legislações nacionais dos vários Estados-membros – vão consagrando o princípio da proibição dos abusos de posição dominante), encontra uma disposição paralela na *Section 2*, do *Sherman Act* de 1890.

Com efeito, tal *Section 2*, estabelece que:

Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding (...) if a corporation, or, if any other person, \$350,000, or by imprisonment not exceeding three years, or by both said punishments, in the discretion of the court.

Ora, da simples leitura dos dispositivos acima transcritos, podemos verificar que há uma diferença na forma de consagração do princípio da proibição dos abusos de posição dominante, quer no âmbito do Tratado CE, quer, por comparação, no âmbito do *Sherman Act* norte-americano e, ainda (se bem que menos substancial), no que respeita à consagração adoptada pelo legislador nacional, no mencionado artigo 6º, da Lei nº 18/2003.

Na realidade – e cingindo-nos, por enquanto, apenas à análise literal dos dispositivos transcritos – no caso do TCE, a norma do respectivo artigo 82º dirige-se à exploração abusiva de uma posição dominante no mercado, distinguindo, então, claramente, o abuso (que é visado pela norma), da posição de domínio no mercado (que, *a priori*, poderá ser tolerada; pelo menos, em si mesma considerada, será, em princípio, lícita).

Tal entendimento vale também para a consagração do princípio em causa na ordem nacional, através do já atrás transcrito nº 1, do artigo 6º da Lei nº 18/2003.

193. Podemos dizer, portanto, que há dois elementos integrantes do tipo de facticidade previsto (e proibido) pelo artigo 82º do Tratado CE (e pelo nº 1, do artigo 6º, da Lei da Concorrência portuguesa), a saber, por um lado, a existência de uma *posição dominante* e, por outro, o *abuso* dessa posição.

Como teremos também oportunidade de referir, estes elementos e a conseqüente (e mencionada) distinção que o intérprete, entre eles, deverá empreender, constituir-se-ão, precisamente, como um dos traços mais controvertidos e polémicos da eventual reforma/modernização do artigo 82º do Tratado CE.

A *Section 2*, do *Sherman Act*, por seu turno, aparenta ignorar esse pressuposto de facto, prévio à aplicação do artigo 82º do Tratado CE, a saber, a existência de uma posição dominante. Com efeito, para o legislador norte-americano, de forma literal, o que é abusivo é, por si só, a situação de monopólio ou a tentativa de se alcançar tal situação. Com efeito, o *Sherman Act criminaliza* mesmo (e esta é outra das diferenças imediatas entre o artigo 82º do TCE e a referida *Section 2*, daquele acto legislativo norte-americano) o acto de *monopolizar* ou a *intenção de monopolizar*.

A doutrina assinala, habitualmente, que a monopolização tem, para estes efeitos, dois elementos: por um lado, o desfrutar de um *poder monopolístico* no seu mercado e, por outro, a aquisição ou a manutenção voluntária, querida e projectada desse mesmo poder, como algo de distinto daquilo que seria o

normal poder da empresa, resultante do seu crescimento, da sua habilidade empresarial ou da própria superioridade do seu produto.

Como nota, a este propósito, ÁGUILA-REAL, *aparentemente*, o direito norte-americano teria, neste particular, como objectivo, impedir a formação de empresas com posição dominante (em rigor, neste caso, de monopólio) e, portanto, a aquisição de uma tal posição poderia ser criminalmente perseguida, apesar de, no âmbito do Tratado CE (e, de um modo geral, do Direito Europeu), tentar-se apenas restringir o comportamento de tais empresas (evitando os abusos), se bem que não se proibissem as próprias posições dominantes em si mesmo consideradas ou os comportamentos tendentes à sua obtenção⁷²⁸.

194. No entanto, essa não parece ser – apesar da literalidade da disposição em causa – a melhor interpretação da *Section 2*, do *Sherman Act*.

Aparentemente, e seguindo até a jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça norte-americano, deveria efectuar-se, também, uma distinção, no âmbito da aplicação da *Section 2*, do *Sherman Act*, entre “monopolização ilegal” ou “monopolização legal”, ou obtida por meios lícitos⁷²⁹.

Na realidade, a jurisprudência norte-americana, neste domínio, tem vindo a integrar e a aplicar esta *Section 2* do *Sherman Act* de uma forma que, materialmente, acaba por se revelar relativamente coincidente com a prática decisória da Comissão Europeia e com a jurisprudência comunitária.

Se atentarmos em alguns casos históricos norte-americanos vemos, assim, que as diferenças entre a aplicação do artigo 82º do Tratado CE e a aplicação da mencionada *Section 2*, do *Sherman Act*, independentemente das diferentes redacções respectivas, acaba por ser convergente em alguns pontos.

⁷²⁸ JESUS ALFARO ÁGUILA-REAL, *Delimitación de la Noción de Abuso de una Posición de Dominio*, in *El Abuso de la Posición de Dominio* – SANTIAGO MARTÍNEZ LAGE / AMADEO PETITBÓ JUAN (Directores), Madrid, Barcelona, 2006, p. 200.

⁷²⁹ A doutrina, de um modo geral, cita o Caso nº 384 US 563, 570-510, 86, S. Ct. (*Supreme Court*), de 1966: *United States vs. Grinnel Corp.*, como ilustrativo dessa distinção, empreendida pelo Supremo Tribunal de Justiça norte-americano.

Apesar de o elemento literal daquela norma norte – americana considerar as acções de monopólio ou a tentativa de monopolizar (“monopolize or attempt to monopolize”) ilegais, logo em 1911, o Supremo Tribunal de Justiça considerou, na sua decisão relativa ao caso *Standard Oil (Standard Oil Co. Of New Jersey v. United States*, 221 U.S. 1 -1911), não ser, contudo, ilegal por si só, uma empresa dispor de uma situação de monopólio, no seu mercado.

Este entendimento (não absoluto e não literal daquela *Section 2*, do *Sherman Act*) foi, de certo modo reiterado no famoso caso *Alcoa*, em 1945 (*United States v. Aluminium Co. of America*, 1945).

Já na década de 1960, o Supremo Tribunal de Justiça norte-americano teve a ocasião de afirmar, na decisão proferida a respeito do caso *Grinnel (United States v. Grinnel Corp., 348 US 563, 570, 1966)* que “monopolization must be distinguished from growth or development as a consequence of a superior product, business acumen, or historic accident”.

Mais recentemente, em 2004 e na decisão relativa ao caso *Trinko*, o Supremo Tribunal norte-americano mostrou-se inclusivamente mais aberto e flexível do que tem sido a prática decisória da Comissão Europeia, em relação aos monopólios e às práticas monopolistas e/ou de empresas em posição dominante, no domínio dos preços. Nesse (mais) recente caso, o Supremo Tribunal de Justiça norte-americano concluiu que:

“The mere possession of monopoly power, and the concomitant charging of monopoly prices, is not only lawful; it is an important element of the free-market system. The opportunity to charge monopoly prices – at least for short period – is what attracts «business acumen» in the first place; it induces risk taking that produces innovation and economic growth⁷³⁰”.

Por agora, importa notar, contudo, que “el planteamiento norteamericano se dirige a prevenir las situaciones de monopólio y se preocupa menos com la conducta efectiva de una empresa que há logrado el monopólio.

⁷³⁰ *Apud* JESUS ALFARO ÁGUILA-REAL, *ob. cit (Delimitación de la Noción de Abuso...)*.

Por el contrario, el Derecho europeo prohíbe varios tipos de conducta de empresas dominantes⁷³¹.”

Artigo 82º do Tratado CE: “O último comboio a vapor na era da «alta velocidade»”?

195. Ora, antes de prosseguirmos, importa recordar o que já salientamos atrás, invocando SHER: face às mudanças entretanto operadas quer ao nível da aplicação do artigo 81º (pelo Regulamento nº 1/2003), quer ao nível do controle comunitário das operações de concentração entre empresas (Regulamento nº 139/2004 do Conselho e Regulamento nº 802/2004 da Comissão), a doutrina e a própria Comissão reconheciam a necessidade de se adaptar o artigo 82º do Tratado CE à nova fisionomia que se foi preparando, desenvolvendo e implantando, no sistema comunitário de *defesa da concorrência*.

Há, com efeito, toda uma perspectiva envolvente à reforma que tem vindo a ser empreendida no edifício da *defesa da concorrência* comunitária e que poderemos, agora e sucintamente, caracterizar como sendo uma

⁷³¹ JESUS ALFARO ÁGUILA-REAL, *ob. cit. supra, apud* CANOY/REY/VAN DAMME, *Dominance*, p. 22 e 28, transcrevendo, mesmo, em nota 21, a seguinte (e impressionante) passagem: “To cater to the various degrees of market power, legal practice in US has developed the difference between «a lot of market power» and a «smaller amount of market power». If the evidence suggests substantial market power then the courts have identified a certain set of practices that will condemn the defendant of illegal monopolization. If the evidence suggests lesser market power, then the courts tends to go for «attempt to monopolize» which requires stricter conduct requirements...In Europe, such a «sliding scale» of market power does not exist, at least not in a legally form way. In the US (sufficient) market power and abuse of market power are not treated separately. In Europe, however, there is a rather strict distinction between dominance and abuse of dominance. *The advantage of the European approach is that it starts with a «dominance test», which is relatively straight-forward compared to abuse. If there is no dominance, there is no case. These simply rule creates clarity for firms within a relatively short time period.* The disadvantage is that it creates *a some artificial split between a «problem – area» and a «no – problem» area, largely based on a market share criterion*” (os sublinhados são da nossa responsabilidade).

perspectiva orientada para um *enfoque económico* na integração dos conceitos (abertos) normativos e na determinação dos pressupostos da interpretação e da aplicação das regras comunitárias de concorrência - nomeadamente, do artigo 81º do Tratado CE.

Logo em 2000, na Comunicação relativa às restrições verticais⁷³², a Comissão enfatizava a necessidade de, na aplicação das regras comunitárias em matéria de concorrência, ser adoptada “uma abordagem económica baseada nos efeitos sobre o mercado” dos acordos verticais que, por seu turno, “devem ser analisados no seu contexto jurídico e económico⁷³³”.

Tradicionalmente, atendendo à jurisprudência do Tribunal de Justiça, a interpretação e a aplicação do artigo 82º do Tratado CE eram relativamente indiferentes a tal enfoque económico, seguindo, de uma forma mais visível, uma perspectiva que poderemos qualificar como eminentemente jurídico-formal, aceitando, inclusivamente, juízos e presunções de ilicitude (de abuso), desencadeados pela Comissão relativamente a certos tipos de comportamentos, quando praticados por empresas em posição dominante. De certa forma, esta nova sensibilidade (enfoque económico) não foi ainda acolhida pela jurisprudência do Tribunal de Justiça e do Tribunal de Primeira Instância, no que respeita ao artigo 82º do Tratado CE.

Assim, em Acórdãos como *Continental Can*⁷³⁴, de 1973, *Hoffmann – La Roche*⁷³⁵, de 1979, *Michelin I*⁷³⁶, de 1983, *AKZO*⁷³⁷ e *Hiltl*⁷³⁸, ambos de 1991,

⁷³² Comunicação da Comissão “Orientações relativas às restrições verticais”. Jornal Oficial, nº C 291, de 13.10.2000, p. 1.

⁷³³ Ponto (7), nº 2 (Aplicação do artigo 81º aos acordos verticais) da mencionada Comunicação “Orientações relativas às restrições verticais”. No entanto, tal abordagem económica que a Comissão deverá adoptar, não invalida que “no caso das restrições pelo objecto, tal como indicadas no artigo 4º do Regulamento de Isenção por Categoria, a Comissão *não tem de apreciar os efeitos reais sobre o mercado*. A integração dos mercados constitui um objectivo adicional da política de concorrência comunitária e aumenta a concorrência na Comunidade. Não se deve permitir que as empresas recriem obstáculos de natureza privada entre Estados-membros, quando já se conseguiram eliminar com êxito os obstáculos estaduais” – ainda Ponto (7) atrás indicado.

⁷³⁴ Acórdão de 21.02.1973, Proc. 6/72, Rec. p. 215.

⁷³⁵ Acórdão de 13.02.1979, Proc 85/76, Rec. p.461.

*British Gypsum*⁷³⁹, de 1993 e *Tetra Park*⁷⁴⁰, de 1994, a jurisprudência comunitária não sentiu necessidade de privilegiar um outro enfoque menos formal e mais económico (utilizando a terminologia da Comissão, na referida Comunicação de 2000, relativa às restrições verticais).

Mais ainda: em certos Acórdãos (também eles históricos) mais recentes – como são os casos dos acórdãos *Michelin II*⁷⁴¹ e *British Airways*⁷⁴² – proferidos já depois de 2000 e em fase de plena reforma dos métodos e das perspectivas de aplicação quer do artigo 81º, quer do controle das operações de concentração entre empresas, o Tribunal de Primeira Instância seguiu, aparentemente, um caminho que não só parece imune aos ventos de mudança em curso, como se revelou mesmo em oposição ao sentido de tal mudança, impulsionada pela Comissão.

Estes dois últimos Acórdãos - apesar de marcarem uma relativa viragem na forma como, até então, o Tribunal encarava o abuso de posição dominante, avançando para uma perspectiva que avaliava e tomava mais em consideração os comportamentos concretos das empresas - acabam também por aceitar abertamente, em sede de aplicação do artigo 82º do Tratado CE, a existência de proibições de *per se*, reconhecendo, também, que a Comissão não tem que analisar os possíveis efeitos concretos, nos respectivos mercados relevantes, das práticas alegadamente abusivas, para desencadear um juízo de ilicitude e aplicar a referida norma do Tratado CE.

196. A título ilustrativo, podemos salientar o que o Tribunal afirma no considerando 239, do *Acórdão Michelin II*:

⁷³⁶ Acórdão de 09.11.1983, Proc. 322/81, Rec. p. 3461.

⁷³⁷ Acórdão de 03.07.1991, Proc. C- 62/86, Rec. p. I - 3359

⁷³⁸ Acórdão de 12.12.1991, Proc. T-30/89, Rec. p. II- 1439

⁷³⁹ Acórdão de 01.04.1993, Proc. T-65/89, Rec. p. II – 389.

⁷⁴⁰ Acórdão de 06.10.1994, Proc. T- 83/91, Rec. p. II – 755.

⁷⁴¹ Acórdão de 30.09.2003, Proc. T- 203/01, Rec. p. II – 4071.

⁷⁴² Acórdão de 17.12.2003, Proc. T – 219/99, Rec. p. II - 5917

“(…) Para se poder demonstrar a existência de uma violação do artigo 82º CE , basta demonstrar que o comportamento abusivo da empresa que ocupa uma posição dominante tem por objecto restringir a concorrência, ou, noutros termos, que o comportamento pode ter esse efeito”.

É ainda revelador da linha seguida pelo Tribunal de Primeira Instância, a seguinte afirmação, constante dos considerandos 264 e 293, do Acórdão *British Airways*:

«(…) L’article 82 CE n’imposerait pas la démonstration d’un quelconque effet réel ou direct du comportement critiqué sur les consommateurs. Le droit de la concurrence viserait à protéger la structure du marché contre les distorsions artificielles et protégerait ainsi au mieux les intérêts à moyen et à long terme des consommateurs (...).

Enfin, BA ne saurait reprocher à la Commission de ne pas avoir démontré que ses pratiques produisaient un effet d’exclusion. En effet, d’une part, aux fins de l’établissement d’une violation de l’article 82 CE, *il n’est pas nécessaire de démontrer que l’abus considéré a eu un effet concret sur les marchés concernés. Il suffit à cet égard de démontrer que le comportement abusif de l’entreprise en position dominante tend à restreindre la concurrence ou, en d’autres termes, que le comportement est de nature ou susceptible d’avoir un tel effet*”.

Em resumo, o artigo 82º do Tratado CE configura-se como um reduto ainda não transposto pelo sentido geral economicista da reforma/modernização do Direito comunitário da concorrência, compreendendo-se, assim, a já citada afirmação de SHER, caracterizando tal dispositivo do Tratado (e o respectivo modo de interpretação/aplicação) como uma espécie de “último comboio a vapor”, na era da “alta velocidade” com que “circulam” hoje, no espaço comunitário, tanto o controle dos carteis, como o controle das concentrações entre empresas. E isso mesmo – pelo menos, a necessidade de se empreender, de alguma forma, uma revisão da política comunitária respeitante ao artigo 82º

do TCE – parece ser também o entendimento da própria Comissão, se atentarmos em algumas afirmações da actual Comissária N. KROES, como aquela que, de seguida, se transcreve e proferida já em 2005, no *Fordham Corporate Law Institute*:

“ I am convinced that the exercise of market power must be assessed essentially on the basis of its effects in the market, although here are exceptions such as the per se illegality of horizontal price fixing. This is consistent with the way we apply Europe’s rules on collusive behavior, laid down in art 81 of the EC Treaty, as well as other instruments of European competition law”.

“(…) I would like to emphasize that it is not our intention to propose a radical shift in enforcement policy. We simply want to develop and explain theories of harm **on the basis of a sound economic assessment for the most frequent types of abusive behaviour** to make it easier to understand our policy, not only as stated in policy papers but also in individual decisions based on Article 82”.⁷⁴³

As possíveis incongruências entre o nº 3, do artigo 81º e o artigo 82º, ambos do Tratado CE. A necessidade de uma abordagem “mais económica”.

197. A (aparente) indiferença da jurisprudência comunitária, em sede de aplicação do artigo 82º do Tratado CE, aos “novos ventos”⁷⁴⁴ que norteiam a reforma dos artigos 81º do Tratado CE e o regime do controlo das operações de concentrações, torna-se mais visível se pensarmos que, actualmente, em virtude das autorizações *ex lege* introduzidas pelo Regulamento nº 1/2003, relativamente ao nº 3, do artigo 81º do Tratado CE, podemos deparar com situações aparentemente contraditórias (para alguns comentadores, situações

⁷⁴³ NEELIE KROES - *Preliminary Thoughts on Policy Review of Article 82. Speech at the Fordham Corporate Law Institute, New York, 23rd September 2005.* SPEECH/05/537. Disponível, em 12.2007, na *Internet*, no *sítio* oficial da Comissão, em: http://ec.europa.eu/comm/competition/speeches/index_2005.html (o sublinhado é da nossa responsabilidade).

⁷⁴⁴ Dito de outra forma, ao reclamado enfoque (mais) económico.

de incongruência⁷⁴⁵), precisamente entre esta norma e aquela outra de que agora cuidamos (artigo 82º do Tratado CE).

Considerando que o movimento de reforma, já em curso, no Direito e na Política da Concorrência comunitários promoveu uma evolução (no sentido pro-económico, atrás assinalado) dos princípios que, actualmente, subjazem à interpretação do artigo 81º do Tratado CE e tomando em atenção que tal evolução não se verificou, ainda, no domínio do artigo 82º do mesmo Tratado, então, é possível que deparemos com casos em que um comportamento seja autorizado *ex lege* à luz do nº 3, do artigo 81º, mas, por outro lado, o mesmo comportamento possa ser, de *per se*, considerado abusivo – e isto se, porventura, a empresa que o pratica, ultrapassar determinada quota de mercado que leve as autoridades (designadamente, a Comissão) a considerarem, também de *per se*, que tal empresa se encontra em situação de domínio (posição dominante).

A questão, de facto, sobressai mais, sobretudo, quando se tenta adoptar o mencionado enfoque económico, na interpretação dos artigos 81º e 82º.

⁷⁴⁵ RAFAEL ALLENDESALAZAR CORCHO, *El Abuso y sus Efectos. Modernización del artículo 82 TCE: Revisión o Reforma*, in *El Abuso de la Posición de Dominio ...*, 2006, p. 160. Ver, também, a este propósito – e, de resto, invocada por CORCHO - AMELIA FLETCHER, *The Reform of art. 82: recommendations on the key policy objectives. Speech at the Competition Law Forum in Brussels, 15 March 2005*, disponível, na *internet*, em: http://oft.gov.uk/shared_oft/speeches/spe0205.pdf.; REY, PATRICK / GUAL, JORDI / HELLWIT, MARTÍN / PERROT, ANNE / POLO, MICHELE / SCHMIDT, KLAUS / STENBACKA, RUNE – *Un enfoque económico del artículo 82*, in *El Abuso de la Posición de Dominio*, *ob.cit.*, 2006, p. 99 e ainda, dos mesmos autores que integraram o EAGCP, o Relatório encomendado pela Comissão e intitulado *An Economic Approach to Article 82*, de Julho de 2005, onde se lê, desde logo, na apresentação do trabalho em causa (*Executive Summary*) que: “This report argues **in favour of an economics-based approach to Article 82, in a way similar to the reform of Article 81 and merger control.** (...) Such an approach focuses on the presence of anti-competitive effects that harm consumers, and **is based in an examination of each specific case, based on sound economics and grounded on facts**” (sublinhados nossos). Este é, de facto, o pano de fundo – ou seja, uma perspectiva primordialmente económica e casuística – em que são mais invocadas as críticas de incongruência entre as respectivas normas, na aplicação dos artigos 81º e 82º do TCE.

Na realidade, muitos autores que centram a sua análise prioritariamente numa abordagem económica ou material (e necessariamente casuística) dos comportamentos abusivos e dos respectivos efeitos concretos no mercado, salientam a desrazoabilidade de os juízos de ilicitude sobre determinados comportamentos (*rectius*, sobre os *mesmos* comportamentos) dependerem do facto de uma empresa ser ou não considerada como dispendo de uma posição dominante.

Como escreve FLETCHER, "(...) from an economic point of view, it is in fact hard to think of any form of unilateral behaviour that will only ever harmful, or even any form of behaviour of which it is possible to say that it will tend to be harmful on average (ie. more often harmful than not), even when carried out by dominant firms, without considering the market context in which the behavior occurs". E esta autora acrescenta: "(...) it is hard to find **an economic rationale for a regime in which certain types of behavior are per se unlawful once a firm passes over the threshold into dominance, especially where they are per se lawful below this threshold**⁷⁴⁶".

Se continuarmos a seguir este enfoque económico, analisando essencialmente os efeitos (concretos) no mercado, das práticas ou comportamentos eventualmente subsumíveis ao artigo 82º do Tratado CE, então temos que concordar com aqueles comentadores que criticam algumas decisões da própria Comissão, em sede de aplicação deste normativo.

CORCHO cita, a este propósito (situações de incongruência entre os artigos 81º e 82º do TCE), o caso *Interbrew*.

Ora, precisamente a propósito das mencionadas incongruências, salientando que estas não são meramente hipotéticas e académicas, aquele autor refere, com efeito, o seguinte:

⁷⁴⁶ AMELIA FLETCHER, *ob. cit.*, 2005, p.2. Em nota (2), FLETCHER ilustra a sua afirmação, utilizando o caso dos acordos de exclusividade. Com efeito, refere que "exclusive dealing arrangements are sometimes viewed as *per se* abusive under EC competition law, if carried out by a dominant firm. It may well be true that such arrangements will tend to be harmful when they tie up a majority of distributors in a market . (...) It is far less clear that a single exclusive dealing arrangement, with a single downstream distributor, will damage competition or cause consumer harm. Thus, market context is crucial when assessing unilateral behavior".

“(…) Un ejemplo lo podemos encontrar en la autorización concedida ex art. 81.3 TCE por la Comisión a unos contratos de suministro de cerveza de la empresa *Interbrew*⁷⁴⁷, pese a que contenían cláusulas de no competencia⁷⁴⁸ que podrían considerarse *per se* contrarias al art. 82 TCE en la medida en que, por su cuota de mercado, *Interbrew* sería una clara candidata a ser calificada como dominante”⁷⁴⁹.

A *Interbrew* – que solicitou à Comissão um certificado negativo, ao abrigo do nº 1, do artigo 81º do Tratado CE, ou uma isenção individual, nos termos do nº 3, da mesma disposição daquele Tratado - teria, com efeito, uma quota de mercado de cerca de 56% do respectivo mercado hoteleiro belga, face a uns 13% do segundo concorrente mais forte nesse mercado (a *Alken – Maes*) e de cerca de 6% (ou menos), do terceiro (a produtora de cerveja *Haacht*).

198. Em síntese, perante a reforma do regime de aplicação dos artigos 81º e 82º do Tratado CE que culminou no Regulamento nº 1/2003 e, ainda, em face das alterações introduzidas no regime de controlo das concentrações, a pressão para que algo se altere relativamente àquele artigo 82º, agora sob o ponto de vista substantivo, passou a ser significativa.

A adopção do dito enfoque económico na interpretação e na aplicação daquela norma comunitária é a palavra de ordem de quem - uma larga maioria da doutrina⁷⁵⁰ - propugna por tal reforma/modernização.

Argumentos como a *falta de justificação económica* para que se qualifiquem, sob o ponto de vista jurídico, os mesmos comportamentos, de

⁷⁴⁷ Ver *Comunicação publicada nos termos do nº 3, artigo 19º do Regulamento nº 17 relativa á notificação COMP/A37.904/F3 – Interbrew*, J.O. nº C 283, de 20.11.2002, p.14.

⁷⁴⁸ Em rigor, tratava-se de um conjunto cláusulas de subordinação, para o fornecimento de cerveja. Ver *Comunicação Interbrew*, citada *supra*.

⁷⁴⁹ RAFAEL ALLENDESALAZAR CORCHO, *ob. cit. in El Abuso de la Posición de Dominio ...*, 2006, p. 161.

⁷⁵⁰ E também, aparentemente, para a própria Comissária Neelie Kroes. Ver, a título exemplificativo, o já citado SPEECH/05/537, de 25 de Setembro de 2005 (*Preliminary Thoughts on Policy Review of Article 82.*).

forma diferente, consoante a empresa que os adopta esteja ou não em posição dominante, bem assim como as consequentes (e já aludidas) *incongruências* entre os artigos 81º e 82º do Tratado CE, resultantes dos enfoques tendencialmente diferentes que norteiam a aplicação destes normativos, são apontadas, de um modo geral e imediato, como justificativas da premência de uma mudança de política, relativamente ao artigo 82º do Tratado CE. No fundo, na perspectiva de quem defende essa mudança, as respectivas causas *preliminares* são aquelas que já atrás descrevemos topicamente.

Neste contexto (digamos, no contexto de tais causas preliminares justificativas de uma mudança de política), invoca-se, também e frequentemente, a falta de uma definição legal (*rectius*, de definição normativa, seja no Tratado, seja em acto de direito derivado), suficientemente clara e (também) operativa, do que seja um *abuso* de posição dominante.

O Tratado CE não foi, de facto, por esse caminho, enunciando, pelo contrário, quer no artigo 81º, quer no artigo 82º, apenas princípios e/ou um “quadro de referências” que não se aproximam de nenhuma definição reguladora, ou catálogo fechado e definitório de comportamentos que se devam considerar ilícitos.

Como nota AKMAN, “(...) Article 82 EC does not express a requirement of prevention, restriction or distortion of competition and thus does not stipulate the precise objective(s) or a standard of harm for its application⁷⁵¹”.

Pensamos, de todo o modo, que a eventual pretensão de se avançar, por via normativa, no sentido da fixação de um conceito (taxativo) de abuso de posição dominante, é, ela própria, incongruente.

⁷⁵¹ PINAR AKMAN, *Consumer Welfare and Article 82EC: Practice and Rhetoric*, CCP Working Paper 08 – 25, in 32 *World Competition* (Forthcoming in 2009), disponível, na Internet, em: <http://www.ccp.uea.ac.uk/publicfiles/workingpapers/CCP08-25.pdf> Segundo AKMAN, *ob. cit.* p. 3: “(...) since a dominant position itself is not prohibited and Article 82EC should be read in conjunction with Article 3(1) g EC which includes «a system ensuring that competition in the internal market is not distorted» as one of the activities of the EC, it follows that there must be harm to something or someone for Article 82EC to be applicable. «Abuse» must be understood as harm to something or someone and it can mean harm to competition, harm to competitors, harm to consumers or a combination of these to name a few”.

Tal caminho normativo conduziria, inevitavelmente, àquilo que quem reclama tal mudança de política, assinala como sendo um dos actuais pontos criticáveis e a evitar, na aplicação do artigo 82º Tratado CE: a existência de comportamentos considerados, de *per se* e independentemente dos seus *efeitos concretos no mercado*, como sendo abusivos e ilícitos.

Ponto de ordem.

199. No entanto, importa, agora, compreender até que ponto tal proclamada necessidade de mudança é, ou não, efectivamente justificada.

Esta interrogação leva-nos a desenhar os contornos da mudança pretendida⁷⁵² e a avaliar a sua pertinência e mérito relativamente à política tradicionalmente seguida pela União – isto é, pelo Tribunal de Justiça e pela Comissão – em matéria de aplicação do artigo 82º do Tratado.

Abordaremos, então, em primeiro lugar, **(A)** *o modo ou método de interpretação e de aplicação daquela norma*, (ainda) tradicionalmente empreendidos pelas instituições e pela jurisprudência comunitárias (“A Interpretação e a aplicação do artigo 82º do Tratado CE”)

Tentaremos, depois, **(B)** *avaliar as suas insuficiências e virtudes* para – ao menos implicitamente e em jeito de formulação de pistas de reflexão – podermos responder às seguintes questões:

a) é ou não necessário reformar/modernizar o artigo 82º ou o seu quadro tradicional de aplicação? E,

b) em caso afirmativo, em que sentido deverá ser conduzida essa reforma/modernização?

⁷⁵² Pretendemos referir-nos a os contornos da mudança que, actualmente e de um modo geral, é pretendida por quem (doutrina e, até certo ponto Instituições como a Comissão Europeia) reclama tal mudança.

No fundo, há que enunciar alguma notas críticas e conclusivas, relativamente à reforma da aplicação do artigo 82º do Tratado CE (“Notas críticas à luz da reforma do Direito de *defesa da concorrência* comunitário”)

A

A Interpretação e a aplicação do artigo 82º do Tratado CE.

CAPÍTULO 1º - A existência de uma posição dominante.

1.1 - Enquadramento sistemático.

200. Tivemos, já, a oportunidade de notar que existe uma diferença na forma como o princípio da proibição dos abusos de posição dominante surge consagrado quer no âmbito do TCE, quer, por comparação, no âmbito do *Sherman Act* norte-americano e, ainda, no que respeita à consagração de tal princípio pelo legislador nacional, no artigo 6º, da Lei nº 18/2003.

Ora, concentrando-nos, agora, na ordem jurídica da União Europeia, a norma que sustenta a consagração de tal princípio é o artigo 82º do Tratado CE (ex-artigo 86º), já acima transcrito.

O texto do artigo 82º do Tratado CE sujeita a interdição dos abusos de posição dominante a duas condições cumulativas, a saber, respectivamente,

- a existência de uma *posição dominante* no mercado em consideração;
- a *exploração abusiva* (o *abuso*) dessa mesma posição dominante.

Comecemos, agora, por debruçar-nos sobre *a existência* de uma posição dominante.

201. A primeira condição – a existência de uma posição dominante – suscita, por seu turno, três questões:

- i) a sua definição (o que é uma posição dominante?);
- ii) a sua prova;
- iii) a determinação dos respectivos titulares de tal posição.

1.2 - A existência de uma posição dominante (i). O que é uma posição dominante? O paradigma “Estrutura – Comportamento – Resultado”.

202. Na realidade, o artigo 82º do TCE não define o que seja uma posição dominante, nem avança, sequer, com critérios gerais determinativos de tal posição (como, de todo o modo, é compreensível, atendendo à sua natureza de Tratado – quadro).

A jurisprudência comunitária tem vindo a caracterizar tal posição como sendo, para a empresa que dela dispõe, o *poder* de se abstrair da concorrência de terceiros, na determinação e na prossecução da sua conduta comercial⁷⁵³.

No fundo, a posição até agora assumida pelo Tribunal de Justiça, decorre ainda do paradigma de análise do denominado poder de mercado (“market power”) que, à data de elaboração do Tratado, era dominante em termos de concepções económicas: o paradigma *Estrutura – Comportamento – Resultado*.

Tal paradigma de análise pode-se sintetizar do seguinte modo: uma determinada forma de organização (ou estrutura) do mercado acabará por conduzir as empresas a um determinado comportamento, sendo que este (o comportamento dessas empresas determinado pela estrutura do respectivo mercado) levará, por seu turno, a um dado resultado.

Assim, por exemplo, um monopólio (a *estrutura do mercado*, em concreto) acabaria por determinar uma actuação comercial por parte da empresa presente nesse mercado (*comportamento*) que se traduziria, por hipótese, na fixação dos seus preços num nível superior relativamente aos custos marginais, propiciando-lhe, então, um preço de monopólio (*resultado*).

Tal poder de mercado, assim entendido e analisado nos termos deste paradigma, acabaria, conseqüentemente, por ter uma primeira causa estrutural - a estrutura do próprio mercado. Ou seja, tal poder de mercado (“market power”) que confere à empresa que o detém uma certa margem de

⁷⁵³ Neste sentido, por exemplo, os Acórdãos históricos *United Brands*, de 14.02.1978, Processo 27/76, *Hoffmann – La Roche* do TJCE, de 13.02.1979, Processo nº 85/76 e, ainda, *Hilti AG*, de 01.12.1991 (este, do Tribunal de Primeira Instância), proferido Processo nº T – 30/89.

discricionariedade e de autonomia na sua actuação, teria a sua origem e, simultaneamente, os seus limites, nas condições estruturais do próprio mercado.

O Tribunal de Justiça, seguindo um pouco esta perspectiva (marcada pelo paradigma *Estrutura – Comportamento – Resultado*), descreveu, no seu Acórdão *United Brands*, de 1978 (considerando 65), a posição dominante como dizendo respeito “ a uma posição de poder económico detida por uma empresa que lhe permite afastar a manutenção de uma concorrência efectiva no mercado em causa e lhe possibilita comportar-se, em medida apreciável, de modo independente em relação aos seus concorrentes, aos seus clientes e, finalmente, aos seus consumidores.”

Concretizando um pouco mais a posição dominante, a partir do que está estabelecido na jurisprudência comunitária⁷⁵⁴, podemos dizer que tal posição consistirá no “pouvoir de faire obstacle au maintien d’une concurrence effective sur le marche en cause, en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et, finalement, des consommateurs⁷⁵⁵.”

Precisando melhor os contornos desta descrição de posição dominante – seguida, de resto, por grande parte da doutrina e dos ordenamentos nacionais - o Tribunal de Justiça, afirmou que “la position dominante, à la différence d’une situation de monopole ou de quasi-monopole, n’exclut pas l’existence d’une certaine concurrence, mais met la firme qui en beneficie en mesure sinon de décider, tout au moins d’influencer notablement les conditions dans lesquelles cette concurrence se développera et, en tout cas, de se comporter dans une large mesure sans devoir en tenir compte et sans pour autant que cette attitude lui porte préjudice⁷⁵⁶.”

⁷⁵⁴ Ver, nomeadamente, os Acórdãos do TJCE e do TPI citados (nota precedente).

⁷⁵⁵ MARIE MALAURIE-VIGNAL, *Droit de la Concurrence interne et communautaire* (3ème Edit.), Armand Colin/Dalloz, Paris, 2005, p. 193., apoiando-se, precisamente, nos Acórdãos *Hoffmann – La Roche e Hilti AG*.

⁷⁵⁶ Acórdão *Hoffmann – La Roche* do TJCE, de 13.02.1979, já anteriormente referido (vg. nota 60).

Para que não restem dúvidas, a posição dominante não significa, num dado momento e num determinado espaço geográfico, uma dominação absoluta do mercado (monopólio ou *quasi-monopólio*), sendo compatível ainda com a existência de um certo (por definição, reduzido) nível de concorrência. O acento tónico é, de facto, colocado na capacidade que a empresa dominante terá de se abstrair dessa própria concorrência porventura existente no mercado que domina.

Linearmente (e, portanto, correndo alguns riscos de reducionismo e de pouco rigor) podemos sistematizar as linhas essenciais desta noção descritiva que tem vindo a ser seguida pela jurisprudência e pela prática comunitárias dizendo que, em termos de formas de organização do mercado pelo lado da oferta (ou simplesmente, *formas de mercado*), a posição dominante deverá corresponder, por via de regra, a situações em que o dito mercado se configura ou em concorrência imperfeita (a saber, oligopólio, quer restrito, quer amplo ou *quasi-monopólio ou concorrência monopolista*), ou mesmo em situação de ausência de concorrência (monopólio)⁷⁵⁷.

1.3 - A existência de uma posição dominante (ii). Como se verifica, em concreto, a existência de uma posição dominante? A prova da posição dominante.

203. Sinteticamente, podemos referir a existências de vários critérios que têm vindo a ser utilizados pelas autoridades da concorrência e pelas jurisdições (quer nacionais, quer comunitária) para se proceder a tal determinação da existência de uma posição de domínio, por uma ou várias empresas, no mercado (na verdade, como referiremos *infra*, a posição dominante também poderá ser detida, conjuntamente, por mais do que uma empresa, sendo, neste caso, uma posição dominante colectiva).

⁷⁵⁷ De resto, para uma caracterização das formas de mercado, ver, na nossa doutrina, JOSÉ PAULO FERNANDES MARIANO PEGO, *O Controlo dos Oligopólios pelo Direito Comunitário da Concorrência. A posição dominante colectiva*, Almedina, Coimbra, 2007, p. 21 a 40. Sobre a distinção entre oligopólio restrito e oligopólio amplo, ver, em especial, p. 37 a 40. Veremos, também, que hoje em dia a jurisprudência do Tribunal de Justiça entende que a posição dominante poderá existir não só do lado da oferta, mas também do lado da procura.

A *quota de mercado* é, sem dúvida, um dos mais importantes critérios, pese embora não ser exclusivo. Como sublinham alguns autores⁷⁵⁸, no fundo, a detenção de uma parte significativa do mercado em causa é um *indício muito importante* da existência, ou não, de uma posição dominante; no entanto e desde logo porque o seu significado concreto (e traduzido em *poder económico*) variará, necessariamente, consoante as próprias características desse mesmo mercado, não poderá, então, ser entendido como um elemento de prova definitivo. Note-se, por exemplo, a formulação do Tribunal de Justiça, no seu Acórdão *Hoffman – La Roche*, já anteriormente mencionado: “(...) a existência de uma posição dominante pode resultar de diversos factores que, tomados isoladamente, não são necessariamente determinantes, mas entre esses factores, a detenção de quotas de mercado é altamente significativa”. Este enunciado, corresponde, com efeito, à tradução portuguesa do referido Acórdão que, contudo, suscita dúvidas de conformidade com a versão original, salientadas por MIGUEL MENDES PEREIRA⁷⁵⁹.

Embora não seja ainda possível estabelecer uma espécie de regra geral, a partir da jurisprudência do Tribunal de Justiça, sobre a relevância da quota de mercado, o certo é que este Tribunal foi ensaiando, por diversas ocasiões, a formulação de algumas conclusões. Por exemplo, no Acórdão *Metro I*, o Tribunal de Justiça entendeu que uma quota de mercado de apenas 10%, em

⁷⁵⁸ Ver, por exemplo, MARIE MALAURIE-VIGNAL, *ob.cit.*, p. 194. JEAN-BERNARD BLAISE, *Droit des affaires. Commerçants, Concurrence, Distribution*, (4^{ème} Ed.), LGDJ, Paris, 2007, p. 450-451.

⁷⁵⁹ A propósito deste Acórdão *Hoffmann – La Roche*, saliente-se, com efeito, a chamada de atenção feita por MENDES PEREIRA:“(…) Inexplicavelmente, a tradução portuguesa do acórdão pura e simplesmente elimina uma expressão que é crucial para se compreender o que pretende afirmar o TJ. Na versão francesa diz-se: «a existência de uma posição dominante pode resultar de diversos factores que, tomados isoladamente, não são necessariamente determinantes, mas entre esses factores, a detenção de quotas de mercado de **grande amplitude** é altamente significativa”, MIGUEL MENDES PEREIRA, *ob. cit. (Lei da Concorrência...)*, p. 152, em nota nº 313.

princípio, excluiria a existência de uma posição dominante no mercado em causa, a não ser que se verificassem circunstâncias excepcionais derogatórias deste entendimento. No entanto, no Acórdão *Alsatel vs. Novasam*, considerou-se mesmo insuficiente, para se concluir pela existência de uma posição dominante, uma quota de mercado de 33% - e isto, na medida em que, no caso em apreço, um concorrente detinha também igual quota de mercado. Já o Tribunal de Primeira Instância, no Acórdão *Hilti*, teve a oportunidade de considerar que uma quota de mercado situada entre os 70 e os 80%, constituiria um indício claro da existência de uma posição dominante (considerando 92 do mencionado Acórdão).

No fundo, a jurisprudência do Tribunal de Justiça parece seguir um pouco, para lá desta ausência de formulação de uma regra geral sobre a relevância da quota de mercado na determinação da existência de uma posição dominante, a ordem jurídica alemã. Com efeito, esta traça uma distinção entre a "posição de domínio de mercado" (o equivalente à agora discutida posição dominante) e uma "posição de mercado superior".

No primeiro caso ("posição de domínio") a empresa em causa ou não tem concorrentes ou não está sujeita a uma concorrência efectiva e substancial. No segundo caso ("posição de mercado superior"), a empresa em consideração enfrenta concorrência efectiva e significativa, porém, ainda assim e sem estar em posição dominante, sobressai e superioriza-se, naquele mercado, face aos seus concorrentes.

204. Uma concepção dinâmica do que seja uma posição dominante implica que – como assinalamos atrás, através da invocação ilustrativa da jurisprudência do Tribunal de Justiça – tal posição seja, antes de mais, definida como *poder económico* e, conseqüentemente, o método probatório seguido pelas autoridades e jurisdições competentes acabe por assentar na utilização de um conjunto alargado de indícios (e não só a análise e a quantificação da respectiva quota ou parte de mercado), analisados em conjunto e interconexamente, tais como, por exemplo:

- A posição e o estatuto da empresa e as suas *vantagens concorrenciais relativas* (o volume de negócios, a dimensão dos seus compromissos financeiros e respectiva capacidade creditícia, a sua específica capacidade comercial e tecnológica, a possibilidade eventual de captar subsídios e auxílios públicos).

- A *natureza da oferta* existente, no mercado em causa, susceptível, ou não, de criar, porventura, situações de “parcerias forçadas” entre a empresa dominante e as demais empresas que se movimentem naquele mercado e/ou os seus fornecedores. Tal poderá acontecer se, por exemplo, existe uma *marca* com uma notoriedade particularmente forte que se torna incontornável para a procura.

- A *situação concreta dos concorrentes* e a *natureza* do mercado em causa. É relevante, nesta perspectiva, verificar se os concorrentes estarão em condições de se constituírem como um contra-peso suficiente, em termos de capacidade concorrencial, ou se, pelo contrário, face à empresa dominante, não existe, por parte dos seus concorrentes, tal capacidade, não dispendo estes de capacidade para limitar o poder económico daquela – poder económico este que permitirá à empresa considerada em posição dominante, desenvolver uma estratégia global e efectiva de encerramento do mercado em causa, impedindo a entrada de novos concorrentes.

- Relacionado com o factor de análise (ou indício/critério) antecedente, refira-se, ainda, a existência, ou não, de *barreiras* à entrada de novos concorrentes ou a ausência de concorrência potencial, no mercado em causa.

Em resumo, deverá empreender-se, em matéria de determinação (e prova) da existência de uma posição dominante, uma apreciação global de um conjunto de factores diversos, entre os quais sobressairá, de facto, a *quota de*

mercado imputável à empresa ou empresas alegadamente em situação de domínio, mas não exclusivamente⁷⁶⁰.

Como refere MALAURIE-VIGNAL:

“Au-delà des caractéristiques objectives du produit, il doit être tenu compte des conditions de la concurrence, de la structure du marché et de la puissance de l’entreprise. Il faut apprécier la notoriété de l’entreprise, l’avance technologique, l’efficacité du réseau commercial, et l’étendue des gammes. Il faut prendre en considération tous les avantages dont bénéficient certains offreurs par rapport à d’autres concurrents⁷⁶¹”.

205. Se a questão da prova da existência de uma posição dominante passa, como vimos, pela consideração e invocação, global e inter-relacionada, de um conjunto de factores (indícios e/ou critérios reveladores da situação de domínio de uma empresa), importa sublinhar que todos esses indícios ou factores pressupõem um *mercado em concreto* no qual se movimenta a empresa ou empresas alegadamente em posição dominante.

Um passo prévio, mas inultrapassável, será, por conseguinte, o da determinação do mercado em causa.

⁷⁶⁰ Neste sentido, com efeito, afirma-se no Acórdão *United Brands Company* do TJCE de 14.02.1978 (considerando nº 66) (...) *que l’existence d’une position dominante résulte en general de la reunion de plusieurs facteurs, qui, pris isolement, ne seraient pas necessairement determinants*. Também na Comunicação da Comissão de 3 de Dezembro de 2008 - *Guidance on the Commission’s Enforcement Priorities in Applying Article 82 EC Treat to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings* (intitulada, na versão portuguesa, *Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82º do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante*) – afirma-se que: “In general, a dominant position derives from a combination of several factors which, taken separately, are not necessarily determinative”.

Por outro lado, no mesmo documento mencionado, de Dezembro de 2008, a Comissão diz claramente, no que respeita às quotas de mercado, que: “Persistently high market shares *may be indicative* of the existence of barriers to entry and expansion” – nº 17, Comunicação da Comissão de 3 de Dezembro de 2008, *Orientação sobre as prioridades da Comissão...*

⁷⁶¹ MARIE MALAURIE-VIGNAL, *ob.cit.*, p. 195.

A determinação ou a prova da existência de uma posição dominante começa, assim, por construir-se com a tarefa de delimitação do mercado relevante ou mercado em causa⁷⁶².

Não nos vamos, por agora e neste contexto, deter sobre a velha e debatida questão do que é o mercado - quase uma *questão existencial* e originária, na perspectiva da compreensão do sistema capitalista ou de economia de mercado. Vamos utilizar uma noção operativa de mercado, como sendo o espaço (não físico, mas antes relacional) de encontro da procura e da oferta de um produto ou serviço específico.

O mercado tem, portanto, como elementos integrantes, o produto em causa (*mercado do produto*, ou mercado material) e o espaço geográfico (*mercado geográfico*). Além destes elementos, é frequente apontar-se um terceiro: o elemento temporal. Com efeito, a determinação do mercado de um certo produto (mercado material), concretiza-se em função de determinadas coordenadas ou referências quer temporais, quer também geográficas.

Assim, naturalmente, o mercado material de um determinado produto, hoje e numa determinada zona geográfica, será provavelmente diferente do mesmo mercado quando determinado no futuro (ou relativamente ao passado) e considerando outra zona geográfica.

Ora, será necessário, no que diz respeito à determinação concreta do mercado relevante, verificar, então e em função do que referimos, que produto ou serviço é que constitui o dito mercado – ou seja, definir o mercado do produto ou mercado material. Se é certo que o produto em causa começará por determinar-se em função das suas características objectivas, o facto é que esta definição depende também da própria perspectiva dos utilizadores do produto. Na realidade, define-se também (em termos decisivos) em função de um critério subjectivo que se reconduz à utilização que os próprios consumidores/utilizadores de tal produto ou serviço lhe emprestam.

⁷⁶² Para JEAN-BERNARD BLAISE, "La détermination du marché constitue en matière de position dominante un point de passage obligé du raisonnement". J.-B. BLAISE, *ob. cit.*, ainda p. 450.

O mercado não será o mesmo consoante nos colocamos na perspectiva da procura (os consumidores/ utilizadores do bem ou serviço) ou da oferta.

Existirão, assim, vários mercados para o mesmo produto objectivo.

No fundo, o ponto sensível desta análise residirá na determinação dos bens ou serviços que se poderão considerar como sucedâneos ou substituíveis, fazendo, portanto, parte de um mesmo mercado, daqueles outros que, ao invés, não são sucedâneos, nem substituíveis. Esta substituíbilidade acaba por aferir-se a partir da procura, em função dos gostos, das preferências e da perspectiva concreta que os utilizadores/consumidores adoptam relativamente ao tal produto ou serviço considerado⁷⁶³.

A título ilustrativo, podemos dizer que, numa situação concreta, perante dois produtos objectivamente idênticos, com preços sensivelmente idênticos (por exemplo, água engarrafada, provinda da mesma fonte, porém comercializada através de duas marcas distintas), se os consumidores os reputam diferentemente e agem como tal (ainda que por razões várias não demonstráveis e e não objectivas), então, esses produtos serão considerados diferentes, originando distintos mercados.

Existem também, de todo o modo, alguns métodos estatísticos que permitem precisar melhor os contornos da substituíbilidade, nomeadamente, recorrendo a curvas de elasticidade da procura cruzadas.

Definido, então, o mercado do produto ou mercado material, passar-se-á ao seu enquadramento geográfico e temporal, à determinação do seu âmbito geográfico e dos seus limites de análise temporal.

Note-se que, de certo modo, ao determinar-se o mercado material pressupõem-se já um determinado espaço geográfico e uma concreta situação temporal, pelo que, em rigor, estas tarefas de definição, em concreto, das

⁷⁶³ Neste sentido, ver, no âmbito da jurisprudência do Tribunal de Justiça, novamente, o supra citado Acórdão *United Brands Company* do TJCE de 14.02.1978. No mesmo sentido, ver, também, COMMISSION EUROPÉENNE, *Communication sur la définition du marché en causa aux fins du droit communautaire de la concurrence*, J.O.C.E. nº C 372, 9.12.1997. Também, entre vários, JEAN-BERNARD BLAISE, *ob. cit.*, p. 451.

várias dimensões ou elementos que integram o mercado relevante acabam por ser empreendidas em simultâneo e de um modo conexas.

1.4 - A existência de uma posição dominante (iii). Os titulares da posição dominante. Quem detém uma posição dominante num determinado mercado relevante?

206. Determinado o mercado relevante e feita a prova da existência de uma situação de posição dominante nesse mesmo mercado, importa apurar, para efeitos de imputação dos comportamentos eventualmente lesivos e para aplicação das regras suscitadas (a saber, desde logo e no âmbito do Direito comunitário, o artigo 82º do TCE) a quem deverá ser atribuída tal posição, tal poder de mercado (*market power*).

Fazemos equivaler aqui a noção de posição dominante e de poder de mercado (significativo), entendendo-se este (ou, nos termos expostos, aquela) como a capacidade que uma empresa, ou conjunto de empresas, detém num dado mercado relevante para manipular as variáveis de mercado (preço, quantidade produzida ou vendida, capacidade instalada, investimentos), independentemente da actuação de outras empresas⁷⁶⁴.

O artigo 82º do TCE visa, com efeito, "o facto de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante", abrindo caminho à distinção entre *posição dominante exclusiva* ou *singular* (que coincidirá com a existência de um monopólio) e a *posição dominante colectiva*. Esta (a posição dominante colectiva) resultará, em princípio, de uma situação de oligopólio. No entanto, para que várias empresas detenham, em conjunto, uma posição dominante (colectiva) será necessário que entre elas existam determinadas ligações de carácter económico.

⁷⁶⁴ ABEL M. MATEUS, *Economia e Direito da Concorrência e Regulação*, in *Sub Judice*, nº 40, Julho-Setembro, 2007, p. 11.

1.5 Formas de Organização do mercado. Tipologia.

207. Mas, importa recordar, a este propósito (determinação de quem detém uma posição dominante), as *formas de organização do mercado* que, sem dúvida, subjazem e se imbricam com a compreensão da titularidade da posição dominante.

Assim, relativamente à taxinomia dos mercados e seguindo uma linha de exposição característica da Escola de Coimbra, podemos dizer, com MARIANO PEGO⁷⁶⁵, que distinguimos as seguintes formas de organização dos mercados (considerando o número de vendedores⁷⁶⁶ e ordenando-as de modo decrescente): *concorrência pura e perfeita*, *concorrência imperfeita* (que compreende a concorrência monopolística e o oligopólio) e o *monopólio*.

208. A concorrência pura e perfeita corresponde a um modelo de organização dos mercados caracterizado pela existência de um grande número de unidades, de agentes económicos, tanto do lado da oferta, como, correlativamente, do lado da procura, não tendo, nenhum deles, dimensão ou poder de mercado para, por si só, exercer a sua influência sobre o preço e sobre a produção. Existe, portanto, uma grande *atomicidade*. Além disso, são também características deste modelo de organização, a *homogeneidade do produto*, *livre acesso ao mercado* e *perfeita mobilidade* dos agentes económicos e ainda, a *total informação ou transparência* (publicidade completa).

No mercado, todos os agentes pelo lado da oferta, produzem ou comercializam bens que os adquirentes consideram idênticos ou homogéneos, não existindo, portanto, na perspectiva da procura e de acordo com este

⁷⁶⁵ JOSÉ PAULO FERNANDES MARIANO PEGO, ob. cit. (*O Controlo...*), p. 22 e s., citando MANUEL LOPES PORTO, *Economia: um texto introdutório*, Coimbra, 2004 e AVELÃS NUNES, *Economia Política. A Produção. Mercados e Preços*, Coimbra, 1998. Seguimos, nesta parte, a sistemática expositiva de MARIANO PEGO, ob. cit., sobretudo, p. 22 a 40.

⁷⁶⁶ Ou seja, considerando, então, as formas de organização dos mercados pelo lado da oferta.

modelo de concorrência pura e perfeita, produtos alternativos ou sucedâneos (homogeneidade do produto).

Também não existem restrições à entrada e/ou saída dos agentes àquele mercado (livre acesso ao mercado) e cada um dos vendedores pode dirigir a sua oferta a qualquer comprador, sendo que cada um destes, por seu turno, também pode encaminhar a sua procura para qualquer um dos ofertantes (perfeita mobilidade dos agentes).

Finalmente, todos os agentes têm conhecimento completo de todos os factores relevantes para determinarem o seu comportamento no mercado (ou seja, dispõem de total informação ou transparência).

As empresas (em concorrência pura e perfeita) não dispõem do já mencionado poder de mercado (*market power*) – ou, pelo menos, de um nível de poder de mercado significativo.

Entendendo-se o poder de mercado (ou a posição dominante que, de resto, usamos aqui de forma equivalente) como sendo a capacidade que uma empresa, ou conjunto de empresas, detém para manipular as variáveis de mercado e tomando como uma dessas principais variáveis (se não mesmo, para muitos autores, a principal) o preço, poderemos, por conseguinte, dizer que uma empresa dispõe desse poder se se revelar capaz de condicionar ou influenciar os preços vigentes (naturalmente, no mercado relevante onde actua).

Tal poder de mercado, em rigor, tanto poderá manifestar-se do lado da oferta, como do lado da procura. Uma empresa – seguindo esse critério do preço e da capacidade para a sua determinação como sendo o principal critério aferidor do denominado poder de mercado – tanto poderá ser detentora de poder de mercado quer quando se assume como vendedora, quer enquanto compradora (determinando, por exemplo, a formação dos preços levada a cabo pelos seus fornecedores).

Habitualmente, a ausência de poder de mercado faz com que a empresa em causa, relativamente aos preços, acabe por agir como sendo uma *price-taker* (ou seja, um agente económico que *segue* os preços de mercado sobre cuja formação não teve/tem capacidade de influir).

Neste contexto, poderá, então, afirmar-se que o modelo em questão implica e pressupõe que todas as empresas ou agentes económicos (quer do lado da oferta, quer do lado da procura) actuam no mercado como sendo *price-takers*. Neste modelo, nenhuma empresa dispõe de poder de mercado, ou, dito de outro modo, há concorrência perfeita e, por isso mesmo, ninguém tem capacidade suficiente para, por si só, determinar a formação do preço.

No modelo da concorrência perfeita – em que, como referimos, todos os agentes são *price-takers* – entende-se que existe equilíbrio quando todas as empresas oferecem uma determinada quantidade de produto (ou de serviços) que é aquela que lhes permite maximizar os seus ganhos, ao preço (de mercado) vigente.

Além disso, se, por um lado, cada empresa oferece a quantidade que lhe permite tirar o máximo de benefícios, para si e àquele preço vigente, por outro lado, a quantidade de produto (ou de serviços) oferecida, naquele mercado, por todos os ofertantes, acabará por ser igual à quantidade total procurada por todos os consumidores/utilizadores daquele produto (ou serviços).

209. Se num mercado em concorrência pura e perfeita existe equilíbrio quando as empresas oferecem a quantidade de produto (ou de serviços) que lhes permitirá, no fundo, maximizar os seus lucros, isso significa que deverão vender (ou produzir) até um determinado ponto em que o custo suportado na produção ou na oferta adicionais de *mais* uma unidade de produto – ou seja, o denominado custo marginal – seja igual ao preço de mercado vigente.

Tal preço, neste modelo e nesta suposição, corresponde, então, à receita média, sendo que esta (a receita média) acabará por ser igual à receita marginal.

Em síntese, na hipótese atrás descrita e no modelo em questão, as vendas adicionais fazem-se ao mesmo preço que as anteriores, sendo que a receita ou os proveitos que advêm da venda de mais uma unidade suplementar de produto (ou serviço) oferecido (ou seja, a referida receita marginal), acabarão por igualar o preço unitário do mercado.

Sendo constante a receita média, então, também a receita marginal deverá ser igualmente constante e equivaler àquela (receita média = receita marginal).

Seguindo a descrição de MARIANO PEGO, " (...) o volume de produção que garante o máximo lucro à empresa em concorrência perfeita corresponde ao ponto em que o custo marginal iguala a receita marginal, que é idêntica ao preço e à receita média".

Voltando á perspectiva dos preços e da sua formação, assentamos, pelo exposto, que o preço de mercado (ou o preço de concorrência), coincide, então, com o custo marginal da oferta necessária para fazer equilíbrio com a procura. Isso significa que esse é o preço mais baixo por que as empresas aceitam estavelmente vender.

Assim, "o preço igual ao custo marginal, o preço de concorrência, é o preço mais baixo possível. Ora, na medida em que a procura varia num sentido inverso ao do preço, se este é o mais baixo possível, ele é, outrossim, aquele a que se faz a maior procura possível – o preço da concorrência é, em princípio, aquele que dá satisfação ao maior número possível de adquirentes"⁷⁶⁷

Entende-se que este modelo de organização do mercado em concorrência pura e perfeita é definitivamente isso mesmo, ou seja, apenas um *modelo* ou *arquétipo*; não mais do que um modelo teórico de reflexão⁷⁶⁸.

Como também refere MARIANO PEGO, é fácil compreender que este modelo sucumba, de facto, quando confrontado com as características da economia moderna: "muitas vezes, os consumidores não estão suficientemente informados sobre os preços e, sobretudo, não têm tempo nem disposição para procurar a alternativa mais conveniente – falha a transparência; mercados

⁷⁶⁷ JOSÉ PAULO FERNANDES MARIANO PEGO, *ob. cit.*, (O Controlo...), p. 24.

⁷⁶⁸ A expressão é de ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Defesa da concorrência e direitos fundamentais das empresas: da responsabilização da Autoridade da Concorrência por danos ocasionados em actuações de inspecção*, in RUY DE ALBUQUERQUE e ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO (coordenação), *Regulação e Concorrência. Perspectivas e limites da defesa da concorrência*, Coimbra, 2005, p. 124. Também citado por JOSÉ PAULO FERNANDES MARIANO PEGO, *ob. cit.* (O Controlo...), p. 23, em nota (22)

atomizados são, cada vez mais, *avis rara*; os bens não são homogéneos e aí estão (ao menos) a publicidade e o *marketing* para os diferenciar; a mobilidade dos factores está posta em causa – muitas vezes é difícil mudar de emprego e a evolução tecnológica condiciona cada vez mais a transição para outras actividades⁷⁶⁹”.

Na realidade, julgamos que a crítica ao modelo (clássico) da concorrência pura e perfeita poderá, ainda, alargar-se a outros aspectos relevantes da actividade e das relações económicas hodiernas, seguindo outras linhas de reflexão e de observação empírica. Por agora, e prosseguindo o caminho que atrás traçamos e que se dirige para a determinação de quem detém o poder de mercado (*market power*) suficiente para justificar a análise dos respectivos comportamentos à luz do princípio da proibição dos abusos de posição dominante (tal como este princípio tem vindo a ser aplicado no âmbito jurídico-comunitário), importa, brevemente, passar em revista a caracterização das demais formas de organização do mercado.

210. Dissemos, atrás, que o mercado em concorrência imperfeita pode abranger tanto a concorrência monopolística, como o oligopólio. O entendimento que, ao longo do século XX, se foi desenvolvendo e solidificando, foi no sentido de que a forma de organização natural e mais plausível dos mercados corresponde àquela que reflecte um estado de concorrência imperfeita, reforçando, efectivamente, a perspectiva da concorrência pura e perfeita como um mero modelo de reflexão teórico.

⁷⁶⁹ JOSÉ PAULO FERNANDES MARIANO PEGO, *ob. cit.*, (ainda) p. 23, suportando-se, também, em MARIA DO ROSÁRIO REBORDÃO SOBRAL/JOÃO EDUARDO PINTO FERREIRA, *Da Livre Concorrência à Defesa da Concorrência. História e Conceitos Base da Legislação de Defesa da Concorrência*, Porto, 1985, p. 93 e em EDUARDO PAZ FERREIRA, *Lições de Direito da Economia*, Lisboa, AAFDL, 2001, p. 469.

Outro modelo de organização dos mercados é, de facto, o dos mercados oligopolísticos. Falando, agora, de oligopólios, situamo-nos, já, no campo da concorrência imperfeita.

O oligopólio⁷⁷⁰, definido pelo lado da oferta, corresponde a um modelo de organização caracterizado pela existência de um pequeno número de agentes ou empresas, encontrando-se, no entanto, a procura, atomizada. Pequeno número de ofertantes para um grande número de compradores. De resto, uma das situações de oligopólio mais simples é a de duopólio, em que apenas duas empresas garantem a integralidade da oferta. De notar que, num oligopólio, do lado da oferta e a par das empresas de grande dimensão que controlam (praticamente) toda a oferta, podem, também, existir as denominadas *fringe firms*. Estas correspondem, num mercado em oligopólio, a “pequenos operadores que, tendo quota de mercado diminuta, não condicionam a actuação das grandes nem das (outras) pequenas empresas que coabitam no mercado⁷⁷¹”.

Uma das várias distinções classificatórias que se empreendem relativamente ao oligopólio é aquela que distingue entre o *oligopólio perfeito* e o *oligopólio imperfeito*.

Esta distinção corresponde às seguintes duas hipóteses, respectivamente: por um lado, temos casos em que o produto ou serviço oferecido pelos oligopolistas, no respectivo mercado, é homogéneo (oligopólio perfeito); por outro lado, tal homogeneidade poderá não existir, verificando-se, ao invés, uma certa diferenciação do bem ou serviço comercializado por cada uma das empresas oligopolistas (oligopólio imperfeito). No entanto, mesmo nesta última hipótese de oligopólio imperfeito, os oligopolistas pertencem e movimentam-se no mesmo mercado relevante, vendendo produtos que, entre si, acabam por ser sucedâneos (muito) próximos uns dos outros.

⁷⁷⁰ Oligopólios, terminologicamente, provem das palavras gregas *oligos* (que significa *poucos*) e *polein* (*vender*): poucos vendedores.

⁷⁷¹ JOSÉ PAULO FERNANDES MARIANO PEGO, *ob. cit.*, p. 30. Seguimos de perto, nesta parte, principalmente este texto de MARIANO PEGO.

211. A ciência económica foi formulando vários modelos de entendimento e de análise do funcionamento dos referidos mercados oligopolísticos.

Um dos mais antigos e divulgados é o denominado “modelo de Cournot⁷⁷²” que se utiliza, sobretudo, para a análise de situações de mercado nas quais o produto comercializado é homogéneo (portanto, oligopólios perfeitos) e a variável estratégica principal das empresas é apenas a quantidade que cada uma delas vai produzir/oferecer.

Neste “modelo de Cournot” parte-se do princípio de que cada empresa decide sobre a sua produção sabendo simultaneamente o seguinte: quanto mais produzir/oferecer mais o preço do produto diminuirá e, por outro lado ainda, esse preço acabará também por influenciar as decisões sobre a respectiva produção das restantes empresas que se movimentam no mesmo mercado.

Dito de outro modo e considerando, em particular, a primeira premissa (quantidade oferecida – preço do produto), no fundo, cada agente económico apenas toma as suas decisões de produção ou sobre o preço, (querendo, fixando-o), ou sobre a quantidade que oferecerá, uma vez que não conseguirá controlar ambas as variáveis simultaneamente. “Se estabelece as quantidades que pretende vender, o mercado indica-lhe o preço por que as compra; se fixa o preço a que almeja transaccionar, o mercado decide as quantidades que absorve”⁷⁷³.

Voltando a considerar, neste ponto, o já *supra* abordado poder de mercado, então, de acordo com o “modelo de Cournot”, o equilíbrio do oligopólio traduzirá uma situação em que todas as empresas detêm e exercem, precisamente, um certo poder de mercado.

Nos termos deste modelo, o efeito das decisões que as empresas tomam sobre o preço de equilíbrio do mercado é directamente proporcional à dimensão da própria empresa.

⁷⁷² ANTOINE AUGUSTIN COURNOT (1802 – 1977), economista, filósofo e matemático francês.

⁷⁷³ Ainda JOSÉ PAULO FERNANDES MARIANO PEGO, *ob.cit.*, p. 25.

Assim, uma empresa grande acabará por alcançar uma maior margem de lucro sobre o custo marginal por si suportado, comparativamente com a margem obtida por uma empresa pequena. De igual modo, um mercado com poucas empresas acabará por gerar níveis de preços mais elevados (e, conseqüentemente, maiores lucros para as empresas) do que aqueles que resultam de um mercado com muitas empresas.

Na lógica do oligopólio de Cournot, os lucros para as empresas que actuam do lado da oferta serão tanto maiores quanto menor for o número de oligopolistas⁷⁷⁴, sendo que tais lucros serão também tanto mais maximizados, quanto maior for a dimensão da respectiva empresa.

Neste sentido, também, a descrição generalizada de um oligopólio como sendo um mercado em que, do lado da oferta, encontramos poucas e grandes empresas ou agentes económicos.

212. Além do exposto, deste “modelo de Cournot” decorre ainda outra característica interessante do oligopólio: na verdade, seguindo esta linha de análise, o oligopólio (de Cournot) acaba por se posicionar como sendo o modelo regra, ordinário ou regular, de organização e de configuração dos mercados, abrangendo, portanto, como casos particulares e especiais, quer os monopólios, quer os mercados em concorrência pura e perfeita.

O monopólio⁷⁷⁵ seria assim, nesta perspectiva, uma espécie de oligopólio de Cournot, (porém) com uma só empresa. Note-se que ao falarmos de monopólios já falamos de mercados que se posicionam, em termos de nível decrescente de concorrência, para lá dos limites da concorrência imperfeita (oligopólios e concorrência monopolista).

Falamos, portanto, dos antípodas da concorrência pura e perfeita, situando-se o mercado em monopólio no campo dos mercados sem concorrência pelo lado da oferta.

⁷⁷⁴ Para as empresas que se movimentam nesse mercado em situação de oligopólio, a situação ideal seria, conseqüentemente e nesta lógica, a de um duopólio.

⁷⁷⁵ A palavra monopólio tem a sua origem nos vocábulos gregos *monos* (*um*) e *polein* (*vender*): um só vendedor.

Ao contrário do monopólio, o mercado em concorrência pura e perfeita (no pólo oposto àquele), poderia ser entendido como uma espécie de caso extremo de oligopólio no qual, por seu turno, um conjunto de poucas e grandes empresas teria sido substituído por muitos e pequenos agentes.

Na realidade, nesta lógica de Cournot, o monopolista não poderia controlar simultaneamente quer o preço do seu produto, quer a quantidade que, desse seu produto, será procurada no mercado em causa. O monopolista fixará apenas o preço ou a quantidade de produto, na medida em que ele é obrigado a ter em conta a reacção, naquele mercado no qual se movimenta, da respectiva procura.

Ora, nestes pressupostos, “o monopolista, tal como a empresa em concorrência perfeita, vai desenvolver a sua produção até ao ponto no qual gasta mais na produção de uma unidade suplementar (custo marginal) – o *preço óptimo de monopólio* é, pois, um preço de equilíbrio entre a procura e a oferta cujo custo marginal iguala a receita marginal”⁷⁷⁶.

No entanto, e ao contrário do que sucederia se o mercado funcionasse em concorrência pura e perfeita, em monopólio o preço (*preço de monopólio*) será superior á receita marginal e o custo marginal, na medida em que a oferta do monopolista desenvolver-se-á até ao ponto em que o custo marginal acabe por igualar aquela receita marginal.

Sendo assim, se o preço em questão é superior ao custo marginal, então, isso significará que aquele preço não corresponderá (porque excede) ao menor preço possível, pelo qual a empresa se disporia a vender o seu produto se não se encontrasse em situação de monopólio.

Dito de outra forma, se não se trata do menor preço possível, isso significa que não satisfaz o maior número possível de consumidores e que, conseqüentemente, não existe uma afectação óptima de recurso, no funcionamento daquele mercado. Há uma margem de benefício/lucro para o monopolista, em função do preço fixado (que, recorde-se, excederá a receita

⁷⁷⁶ JOSÉ PAULO FERNANDES MARIANO PEGO, *ob.cit.*, p. 25. Continuamos a seguir este Autor, agora e a propósito da descrição do monopólio perspectivado a partir do “princípio de Cournot”, *ob. cit.*, p. 24 – 26.

marginal e o custo marginal) e que pode ser identificada como uma “renda monopolista”.

O monopolista, naturalmente, detém, pelo menos durante um certo período de tempo, um absoluto poder de mercado. A justificação económica (estrita) para, na perspectiva do Direito da concorrência, se limitarem estas situações de monopólio prende-se, precisamente, com a situação de *deseconomia*, de não afectação óptima dos recursos que tais situações geram – pelo menos, na perspectiva (clássica) *supra* descrita.

O *Sherman Act* norte-americano, como referimos, formula uma proibição directa relativamente aos monopólios ou às tentativas de criação de monopólios⁷⁷⁷, sendo que, de um modo geral, as legislações europeias e, em particular, o artigo 82º do TCE apenas se preocupam (em termos de formulação normativa literal) em proibir os “abusos de posição dominante” (os abusos de *market power*) e não preliminarmente as próprias posições dominantes, nas quais se incluem as situações de monopólio.

213. Algumas correntes de pensamento têm manifestado animosidade relativamente à tutela (e repressão) que, de um modo geral, as políticas *antitrust* e os sistemas legais de *defesa da concorrência* desenvolvem relativamente às situações de monopólio⁷⁷⁸.

Um dos argumentos mais lineares é aquele que consiste em considerar-se a situação de monopólio atingida por um determinado agente económico como demonstrativa de capacidade e de eficiência superiores desse mesmo agente ou empresa (numa perspectiva microeconómica) e, conseqüentemente, não dever tal mérito ser penalizado. Por outro lado ainda, se o preço de equilíbrio do monopolista é tão apelativo, então, seguramente que ele atrairá para aquele mercado outras empresas ou agentes concorrentes, pelo que, se existir livre acesso ao mercado, em breve, a concorrência será efectivamente restabelecida.

⁷⁷⁷ Section 2, do *Sherman Act* de 1890: “Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize (...)”. Ver, *supra*, neste texto, ponto 15.

⁷⁷⁸ É o caso de alguns autores que integram a denominada escola “pós-Chicago”.

No fundo, este argumento significa que, mesmo numa situação de monopólio, a empresa poderá ser coagida a baixar o seu preço em virtude da existência (sempre presente, em mercados abertos) de uma *concorrência potencial* que, mais tarde ou mais cedo e mantendo-se tal nível de preços monopolistas naquele mercado, concretizar-se-á efectivamente. Trata-se de uma perspectiva que parte do pressuposto de que os preços – nomeadamente, os preços de monopólio, quando excessivos, são auto-correctivos (*self-correcting*).

De facto, uma parte significativa deste entendimento e das respectivas reticências à intervenção sobre os monopólios (nomeadamente, através da via do Direito da Concorrência), desenvolveu-se, precisamente, a propósito da questão dos “preços excessivos”, mais frequentemente praticados por empresas em situação de monopólio.

Habitualmente, esta perspectiva “não intervencionista”⁷⁷⁹ fundamenta-se nos seguintes argumentos: a repressão/proibição de “preços excessivos” (e, indirectamente, por essa via, das práticas monopolistas) pode desincentivar investimentos, designadamente, na inovação. Por outro lado, existem dificuldades técnicas assinaláveis no que diz respeito à quantificação dos preços para efeitos da respectiva qualificação como sendo ou não excessivos (abusivos), sendo que tais dificuldades acabam por dificultar uma fiscalização concreta dos preços que se praticam nos mercados. Finalmente, em terceiro lugar, a própria fiscalização e repressão dos ditos “preços excessivos” acabará por ser redundante, uma vez que – como referimos atrás – tal nível elevado de preços atrairá outros concorrentes para o mercado em causa, acabando, a seu tempo, a própria pressão concorrencial por corrigir tais “preços excessivos”.

Em síntese e relativamente a este último argumento – talvez o mais reiterado, da parte de quem sustenta tal posição “não intervencionista” – entende-se que existe uma natural tendência de auto-correcção, por parte dos mercados, relativamente a “preços excessivos” (e, portanto, quando tais preços

⁷⁷⁹ Na literatura anglo-saxónica, alguns autores apelidam tal visão reticente de *non-interventionist approach*.

são resultado de um comportamento monopolista, relativamente aos próprios excessos das empresas que se encontram numa posição de monopólio)⁷⁸⁰.

Pensamos, porém, que a relevância deste argumento depende, sobretudo, do facto de existirem, ou não, barreiras ao acesso ao mercado em consideração. Tal efeito de “auto-correcção” que atrás aludimos não deverá, seguramente, ser expectável se estiver em causa um mercado onde não exista ou seja significativamente reduzida a liberdade de acesso – como, tendencialmente e em alguma medida, sucederá nos mercados em monopólio.

Tal é (implicitamente) reconhecido mesmo por autores que defendem este ponto de vista “não – intervencionista”, como é o caso de O’ DONOGHUE e ATILANO PADILLA que, a propósito desta questão, referem:

“The key consideration is to limit intervention to cases in which entry barriers are very high and, therefore, where there is a reasonable prospect that consumers could be exploited. The need for a strict enforcement policy is less obvious in circumstances where the market is contestable, since high prices

⁷⁸⁰ Ver, neste sentido, R. WISH, *Competition Law*, LexisNexis, 5th Ed., London, 2003, p. 688 – 689: “if normal market forces have their way, the fact that a monopolist is able to earn large profits should inevitably, in the absence of barriers to entry, attract new entrants to the market. In this case the extraction of monopoly profits will be self-deterring in the long run and can act as an important economic indicator to potential entrants to enter the market. If one accepts this view of the way that markets operate, one should accept with equanimity periods during which a firm earns monopoly profit: the market will in due course correct itself and intervention by the competition authorities will have the effect of undesirably distorting this process”. Este entendimento teve, também, eco no Relatório do ECONOMIC ADVISORY GROUP ON COMPETITION POLICY , intitulado *An Economic Approach to Article 82*, de Julho de 2005, p.11: “(...) Such a policy intervention (against monopolistic pricing) drastically reduces, and may even forego the chance to protect consumers in the future by competition rather than policy intervention. A regime in which consumer protection from monopoly abuses is based on competition is greatly to be preferred to one in which consumer protection is due to political or administrative control of prices” – disponível na *Internet* (2008) em: http://ec.europa.eu/comm/competition/publications/studies/eagcp_july_21_05.pdf

would ordinarily attract new entrants that would compete away the excessive margins⁷⁸¹”.

214. Recapitulando, dissemos que, hoje em dia, o entendimento dominante no que diz respeito à forma de organização dos mercados é aquele que vê na concorrência imperfeita o modelo tendencialmente mais natural e previsível de organização dos mercados livres. Concorrência imperfeita que se contraporá, conseqüentemente, à concorrência pura e perfeita, sendo que esta é entendida, sobretudo, como um modelo teórico de reflexão, uma espécie de critério referencial, sem hipótese de viabilidade concreta no funcionamento dos mercados.

Topicamente, passamos em revista, antecedentemente, alguns pontos caracterizadores quer do modelo da concorrência pura e perfeita, quer do oligopólio (concorrência imperfeita) e do monopólio (que, como referimos, posiciona-se nos antípodas da concorrência perfeita, correspondendo a uma situação de ausência de concorrência) – e isto, seguindo, nesta análise, o tradicional “modelo de Cournot”.

Ora, para concluirmos este breve excursão pelos modelos (ou arquétipos) de organização dos mercados, importa, ainda, enunciar alguns tópicos relativamente à outra manifestação do modelo da concorrência imperfeita, a saber, a da concorrência monopolista.

No fundo, tendo presente a caracterização das demais formas de organização dos mercados, é relativamente simples (por comparação) descrever a concorrência monopolista: se atendermos ao número de operadores, podemos dizer que nos mercados em concorrência monopolista

⁷⁸¹ ROBERT O’ DONOGHUE / JORGE ATILANO PADILLA - *The Law and Economics of Article 82 EC*, p. 635-636, *apud* ARIEL EZRACHI / DAVID GILO - *Are Excessive Prices Really Self-Correcting?*, *Journal of Competition Law and Economics* (no prelo, em Outubro de 2008, disponível como *working paper*, na *Internet* em: <http://ssrn.com/abstract=1237802>). Estes autores, de resto, recorrem a argumentos fundados na “teoria dos jogos” para concluírem que “ (...) excessive prices are not self-correcting whether entry barriers into the market are high or low and whether or not potential entrants are informed about the incumbent’s relative efficiency” - ARIEL EZRACHI / DAVID GILO, *ob. cit.* (*Are Excessive prices...*), p. 18.

coabita um número relativamente elevado de empresas, do lado da oferta, porém, ainda assim, naturalmente menor do que num hipotético mercado em concorrência pura e perfeita. A concorrência monopolista estará, assim, atendendo ao número de empresas que se movimenta no mercado, num meio-termo entre a concorrência perfeita e o monopólio.

Tal significa que, por outro lado e atendendo ao critério do peço (ou da influência sobre a sua determinação), na concorrência monopolista, cada uma das empresas ofertantes acaba por ter capacidade de influência na determinação do respectivo preço de mercado – coisa que, de todo, não sucede na concorrência pura e perfeita.

Comparando este modelo com o da concorrência monopolista e continuando a seguir a lógica do “modelo de Cournot”, podemos dizer de cada uma das empresas presentes nesses mercados que “a oferta de cada uma delas tem influência sobre o peço, já porque são em menor número, já porque, embora reduzida, a sua dimensão é maior do que na concorrência perfeita (...). O preço que se vem a estabelecer no mercado de concorrência monopolista é um preço de equilíbrio entre a procura que se dirige a cada empresa e a oferta de cada uma delas, cujo custo marginal iguala a receita marginal e cujo custo total médio iguala o preço⁷⁸²”.

A este respeito e na síntese de MARIANO PEGO⁷⁸³ – que se sustenta, por seu turno, em AVELÃS NUNES e em MANUEL LOPES PORTO - o preço que se estabelece no mercado de concorrência monopolista, corresponde ao “ponto em que desaparecem os *lucros anormais* (ou seja, lucros que a empresa percebe por vender a preço superior ao custo total médio), e cessam porque, quando existiam, a indústria era atractiva, novas empresas acederam ao mercado (e as que já lá estavam aumentaram a produção), isso levou a um aumento da oferta e á consequente diminuição do preço (que baixou justamente até esse ponto em que se tornou igual ao custo total médio; a partir daí não desceu mais, pois a indústria deixou de ser atractiva e findou o incentivo à entrada de novas empresas (...); para a expiração dos lucros

⁷⁸² JOSÉ PAULO FERNANDES MARIANO PEGO, *ob.cit.*, (O Controlo...), p. 26 e 27.

⁷⁸³ Ainda *O Controlo dos Oligopólios...*, p. 27 e 28, em nota (38).

anormais contribui (...) o facto de o custo médio ir, eventualmente, subindo, em virtude de afectar à produção factores menos vantajosos”.

Este tipo de análise descritiva do modo como se fixa o preço no mercado de concorrência monopolista vem - até certo ponto e ressalvando as diferenças entre monopólio e concorrência monopolista - de encontro àquelas posições críticas relativamente à tutela/proibição que a generalidade das legislações de *defesa da concorrência* empreende relativamente às situações de monopólio. Quer dizer, mesmo numa situação de monopólio, a empresa poderá ser coagida a baixar o seu preço em virtude da existência (sempre presente, em mercados abertos) de uma *concorrência potencial* que, mais tarde ou mais cedo e mantendo-se tal nível de preços monopolistas naquele mercado, concretizar-se-á efectivamente. Deste modo, o Direito da Concorrência e as autoridades (quer administrativas, quer judiciais) que o aplicam não deveriam perseguir os monopólios, não só porque isso equivalerá (nesta perspectiva) a desincentivar a actuação de empresas que se revelam, afinal, mais eficientes do que as suas concorrentes (que não conseguem guindar-se a tal posição de privilégio no mercado), mas também porque, pressupondo que o mercado em causa é aberto e existe concorrência potencial, tal situação de monopólio acabará sempre por ser temporária (até que outras empresas, atraídas pelo preço anormalmente vantajoso, entrem nesse mercado).

215. Importa registar dois reparos imediatos, para além da crítica a esta perspectiva já abordada *supra*: por um lado, nem todos os sistemas de *defesa da concorrência* proíbem, de *per se*, os monopólios (pondo de lado, por ora, o *Sherman Act* norte-americano, o artigo 82º do TCE, por exemplo, persegue os *abusos* de posição dominante e não as posições dominantes, em si e por si mesmas consideradas); por outro lado ainda, recordamos que o pressuposto que sustenta tal visão crítica, é necessariamente (mesmo quando os seus defensores não o afirmam explicitamente), a existência de um mercado aberto. Sucede, porém, que tal não é frequente suceder quando estamos perante uma notória e sólida posição de domínio do mercado como aquela que se verifica sempre que existe monopólio. Pelo menos, tal não é frequente suceder nos

casos de mercados monopolistas europeus, os quais (e ao contrário do que sucede habitualmente nos Estados-Unidos da América) nasceram e resultaram, frequentemente, da intervenção estatal, através da criação e outorga de direitos exclusivos ou de monopólios legais.

Mas a característica de modelo situado num *meio-termo* entre a concorrência perfeita e o monopólio manifesta-se ainda noutros aspectos típicos da concorrência monopolista: há uma certa diferenciação dos produtos que compõem o mercado material.

Na realidade, tais produtos que se disputam no mercado em concorrência monopolista, não são tão (idealmente) homogéneos como o seriam na concorrência pura e perfeita. No entanto, por outro lado, também não são meros produtos alternativos remotos (logo, formando eventual e esporadicamente outro mercado material alternativo), meros sucedâneos distantes, como sucederá no(s) mercado(s) em monopólio. Existe, portanto, um princípio de “diferenciação mínima” entre os produtos das empresas em concorrência monopolista.

Em síntese, a concorrência monopolista acaba por ser uma forma (manifestação) de organização dos mercados em concorrência imperfeita, na qual são ofertados, pelas empresas concorrentes, bens relativamente diferentes, porém, passíveis de entrarem em concorrência com bens que, por seu turno, poderão ser vistos (pelo consumidor) como substitutos próximos. Cada empresa tentará, actuando no respectivo mercado, diferenciar minimamente os seus produtos, introduzindo-lhes variantes ou elementos apelativos do consumo que, muitas das vezes, mais não são do que roupagens de *marketing* ou de publicidade diferentes para produtos que satisfazem basicamente a mesma necessidade: por exemplo, água mineral em contraposição com água mineral com sabor a fruta ou água mineral em garrafas com determinadas características que facilitam o controlo da respectiva ingestão.

216. Respondendo, agora, à questão formulada anteriormente, ou seja, quem detém, num determinado mercado relevante, uma posição dominante, torna-se claro que as empresas monopolistas, as empresas que actuam num mercado de concorrência monopolista ou aquelas que são oligopolistas poderão ser as titulares de tal posição dominante, desde que detentoras, portanto, de poder de mercado relevante, para efeito de aplicação dos dispositivos de *defesa da concorrência*.

Essas empresas – no fundo, movimentando-se em mercados que se caracterizam pela sua organização em concorrência imperfeita ou mesmo em monopólio – pautam a sua actuação pelo benefício de significativo poder de mercado, nomeadamente, no que diz respeito à capacidade de fixação dos preços.

Todas elas – se, efectivamente, são titulares de uma posição dominante – dispõem, no mercado respectivo, do poder de se abstrárem da concorrência de terceiros, na determinação e na prossecução da sua própria conduta comercial – e isto, recorrendo á terminologia do Tribunal de Justiça e do Tribunal de Primeira Instância, seguida nos Acórdãos, respectivamente, *Hoffmann – La Roche* (de 13.02.1979) e *Hilti AG*. (de 01.12.1991).

Mas essa posição de domínio no mercado relevante poderá ser, por outro lado ainda, detida e exercida por “uma ou mais empresas” (artigo 82º do TCE). Naturalmente, se falarmos de um mercado organizado em monopólio, falaremos de uma única empresa em posição dominante ou em situação de domínio – o que, por outro lado já não sucederá se depararmos com um mercado organizado oligopolisticamente (por exemplo, em duopólio).

Dito de outro modo, a posição dominante poderá ser *exclusiva* (uma única empresa titular) ou *colectiva* (mais do que uma empresa dispendo de tal titularidade).

A posição dominante exclusiva (monopólio) tanto poderá resultar do funcionamento livre e natural do mercado em causa, da evolução normal das performances da empresa que acaba por dominar, de facto, tal mercado, como, por outro lado, de uma intervenção legal ou regulamentar do Estado. Ou seja,

tanto poderemos deparar com monopólios de facto como com a criação de monopólios ou a atribuição de direitos exclusivos de carácter legal.

A situação de domínio colectivo ou de posição dominante colectiva, por seu turno, implica uma pluralidade de titulares de tal posição, no mercado relevante. Em teoria, também se poderá dizer que, tal como na posição dominante exclusiva, a colectiva resultará quer da evolução natural e livre do mercado (sendo, por conseguinte, uma posição dominante colectiva de facto), como da intervenção legal ou regulamentar do Estado. No entanto, não é frequente existir uma situação de domínio colectivo de origem legal, ao invés do que sucede com a posição dominante exclusiva (monopólio ou atribuição de um direito exclusivo a uma única empresa ou agente).

217. Importa, agora e a propósito da noção de posição dominante colectiva, recordar que a Comissão Europeia avançou e utilizou, pela primeira vez, tal noção, na sua Decisão de 7 de Dezembro de 1988⁷⁸⁴, relativa ao caso “vidro plano” que, de resto, originou o Acórdão do Tribunal de Justiça de 10 de Março de 1992, *Società Italiana Vetro SpA (SIV) e outros vs. Comissão*⁷⁸⁵.

Ora, nos termos da jurisprudência do Tribunal de Justiça, nomeadamente e a título ilustrativo, de acordo com o Acórdão de 27 de Abril de 1994, *Commune d’Almélo*⁷⁸⁶, existe uma posição dominante colectiva quando várias empresas detêm, *em conjunto* e em razão de *factores de correlação* existentes entre elas, o poder de adoptarem um comportamento idêntico no mercado e de agirem independentemente de outros concorrentes, da sua clientela e dos consumidores.

⁷⁸⁴ Decisão da Comissão de 7 de Dezembro de 1988, Jornal Oficial nº L 33, de 4 .02.1989.

⁷⁸⁵ Acórdão do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias de 10.03.1992, proferido nos Processos T – 68/89, T – 77/89 e T – 78/89, Colectânea 1992, II – 1403.

⁷⁸⁶ Acórdão do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias de 27.04.1994, proferido no Processo C – 393/92, *Recueil* 1994, I – 1477.

Segundo o mesmo Acórdão, para existir posição dominante colectiva, torna-se necessário que as várias empresas em causa tenham *ligações* entre elas, permitindo-lhes adoptar a mesma linha de acção no mercado⁷⁸⁷.

Sem desenvolver, por agora, a temática da posição dominante colectiva⁷⁸⁸, poderemos, contudo, dizer que existe tal posição quando várias empresas actuam no *mesmo mercado relevante* conjuntamente e como se todas elas agissem como uma *única entidade/unidade económica* e não com as suas próprias individualidades e poderes de decisão autónoma⁷⁸⁹.

Mais recentemente (em relação ao supra referido Acórdão de 27 de Abril de 1994), o Tribunal de Justiça voltou a abordar esta questão e a reafirmar este entendimento (a saber, o de posição dominante colectiva, a propósito da aplicação do artigo 82º do Tratado CE), no Acórdão *Compagnie Maritime Belge*, de 16 de Março de 2000. Segundo o Tribunal, neste acórdão de 2000, "(...) a expressão «mais empresas» que figura no artº 82º do Tratado implica que uma posição dominante pode ser detida por duas ou mais entidades económicas, juridicamente independentes uma da outra, na condição de, do ponto de vista económico, se apresentarem ou actuarem em conjunto num mercado específico, como uma entidade colectiva. É nesta acepção que há que entender a expressão «posição dominante colectiva»⁷⁹⁰."

O Tribunal acrescenta ainda que: "Para apreciar a existência de uma entidade colectiva na acepção acabada de referir, há que examinar as relações ou factores de correlação económica entre as empresas em causa (ver, nomeadamente, os Acórdãos de 27 de Abril de 1994, *Commune d'Almélo, C* –

⁷⁸⁷ « (...) Une telle position dominante collective exige cependant que les entreprises du groupe en cause soient suffisamment liées entre elles pour adopter une même ligne d'action sur le marché».

⁷⁸⁸ Para tal aprofundamento, torna-se incontornável, na nossa literatura, o já citado texto de JOSÉ PAULO FERNANDES MARIANO PEGO, *O Controlo dos Oligopólios...*, *A posição dominante colectiva*, Coimbra, 2007, em particular, no âmbito do Direito Comunitário, p. 261 e s.

⁷⁸⁹ Pode ler-se na já citada Decisão da Comissão de 7 de Dezembro de 1988, relativa ao caso "vidro plano", que as três empresas em causa se apresentavam, nesse mercado relevante, como "une seule entité et non avec leur individualité".

⁷⁹⁰ Nº 36, do referido Acórdão *Compagnie Maritime Belge*.

393/92, Colectânea, p. I – 1477, nº 43, e de 31 de Março de 1998, *França e outros vs. Comissão*, C – 68/94 e C – 30/95, Colectânea, p. I – 1375, nº 221)⁷⁹¹. A este propósito, há que verificar, nomeadamente, se existem relações económicas entre as empresas em causa que lhes permitam agir em conjunto, independentemente dos seus concorrentes, dos seus clientes e dos consumidores⁷⁹²”.

Se assim é, existirão, portanto, determinados factores de ligação entre tais empresas que, *colectivamente*, assumem uma posição dominante.

Tais factores tanto poderão ser *estruturais* (por exemplo, resultantes da própria situação de facto das empresas naquele mercado, da comunhão circunstancial de determinados interesses), como *formais* ou *jurídicos* (participações cruzadas no capital social de duas ou mais sociedades, sociedade comum, representação de uma sociedades nos órgãos sociais de outra, laços contratuais vários, como, por exemplo, no domínio das obrigações de aprovisionamento exclusivo de uma empresa face a outra, licenciamento de determinadas direitos de propriedade industrial, etc.), sendo certo que tais elos deverão, conseqüentemente, traduzir a vontade de tais empresas em seguirem uma linha de acção única no respectivo mercado. Isto mesmo acaba por ser referido (e sintetizado) pelo Tribunal, ainda no mesmo Acórdão *Compagnie Maritime Belge*, quando expõe que:

“A existência de uma posição dominante colectiva pode, portanto, resultar da natureza e dos termos de um acordo, do modo como se concretiza e, portanto, das relações ou factores de correlação entre empresas que dela resultam. Todavia, a existência de um acordo ou de outros laços jurídicos não é indispensável para a verificação da existência de uma posição dominante colectiva, verificação que poderia resultar de outros factores de correlação e que dependeria de uma apreciação económica, designadamente de uma apreciação da estrutura do mercado em causa⁷⁹³”.

⁷⁹¹ Acórdão *Compagnie Maritime Belge*, nº 41.

⁷⁹² Ainda o mesmo Acórdão *Compagnie Maritime Belge*, nº 42.

⁷⁹³ Número 45, ainda do mesmo Acórdão *Compagnie Maritime Belge*.

218. Questão particularmente debatida, a este respeito (a necessidade de se estabelecerem factores de ligação entre as empresas, para ser possível qualificar uma determinada situação como sendo de posição dominante colectiva), prende-se com o tipo e a natureza da ligação económica que origina uma actuação como se as empresas (por exemplo, integrantes de um mercado em oligopólio) fossem uma única entidade/unidade económica.

Que tipo de ligação é que se exige? Será suficiente, num mercado oligopolista, a simples (e inevitável) interdependência económica entre as empresas, mesmo *sem existir colusão* ou qualquer tipo de entente, para caracterizar a situação de tais empresas (oligopolistas) como sendo de posição dominante colectiva?

Na verdade, ao admitir-se a possibilidade de existirem posições dominantes colectivas – como faz a jurisprudência do Tribunal de Justiça e como acolhe a letra do artigo 82º do Tratado CE – levanta-se uma questão: como se separam os âmbitos de aplicação dos artigos 81º e 82º do Tratado CE? O que distingue, em certas situações como aquelas em que existe uma configuração oligopolista do mercado, uma entente ou coligação tutelada pelo artigo 81º do Tratado, de um comportamento de abuso de posição dominante (colectiva)?

Ora, a jurisprudência comunitária tem, tradicionalmente, entendido que a simples interdependência económica entre empresas não será suficiente para caracterizar uma posição dominante colectiva. De resto, como atrás referimos, na linha dos Acórdãos “vidro plano” e *Commune d’Almélo*, a existência de uma posição dominante colectiva – pressuposto para a aplicação do artigo 82º do TCE – requer algo mais do que a simples, natural e inevitável ligação ou interdependência de facto que, num mercado oligopolista, existe.

Tal interdependência de facto deverá ser *qualificada* e resultante de algo mais do que a simples posição relativa das empresas num determinado mercado (oligopolista); deverá resultar de comportamentos ou práticas no mercado que apontem para *a vontade* das empresas em causa estabelecerem ou manterem tal ligação, assumindo (pelo menos, implicitamente) um intuito de colusão ou de adopção de comportamentos concertados ou paralelos.

Em síntese, serão necessários indícios da existência de uma *vontade* em participar numa estratégia de actuação comum, no respectivo mercado, para que se possa falar de posição dominante colectiva. Tal significa, também, que nem todos os oligopólios, por si só considerados, significam a existência automática de uma posição dominante colectiva.

No entanto, como referem alguns autores, há, contudo, alguns sinais na jurisprudência do Tribunal de Primeira Instância e no Tribunal de Justiça que perspectivam, aparentemente, uma mudança de sentido, no que respeita à qualificação de uma determinada situação como sendo de posição dominante colectiva. Tais posições recentes parecem admitir que a simples existência de laços económicos *sem a prova da intenção de colusão* entre as empresas (laços esses que são sempre, até certo ponto, inevitáveis ou, pelo menos, muito prováveis, em mercado oligopolistas) podem ser suficientes para determinar tal posição.

A vontade de colusão não seria, assim, exigida como condição necessária para que entre as empresas integrantes de um mercado oligopolista existisse uma posição dominante colectiva (para efeitos de aplicação do artigo 82º do Tratado CE). Esta resultaria, no fundo, de uma situação objectiva, alheia a elementos volitivos, sendo sempre, então, uma situação de facto – e isto, consequentemente, quer falemos, em posição dominante colectiva ou individual.

A análise que deveria ser empreendida seria, neste sentido, uma análise estrutural, por oposição a uma análise comportamental, sendo relevante, unicamente, a realidade económica objectiva⁷⁹⁴.

No entanto, retomando, novamente, o entendimento do Tribunal no Acórdão *Compagnie Maritime Belge* e centrando-nos, em particular, no seu nº 39, podemos dizer que existirá uma posição dominante colectiva se:

- entre as empresas consideradas existirem os factores de correlação, as ligações que permitem verificar-se que tais empresas, em conjunto, actuam como uma entidade colectiva em relação aos seus concorrentes; tais factores de correlação devem traduzir uma vontade de actuação conjunta, podendo ser

⁷⁹⁴ MARIE MALAURIE-VIGNAL, *ob.cit.*, p. 198.

de carácter estrutural ou económico ou então serem simplesmente resultantes de ligações jurídicas e formais;

- além disso, em conjunto e naquele mercado relevante, tais empresas actuarem com suficiente poder de mercado que permita qualificar a sua actuação (conjunta) como típica de quem dispõe de uma posição dominante, capaz, portanto e de acordo com a jurisprudência tradicional do Tribunal de Justiça, de se abstrair do comportamento dos concorrentes, fornecedores e consumidores.

Só após a verificação deste circunstancialismo – ou seja, só depois de concluirmos, perante um conjunto determinado de empresas, que elas actuam comumente e que tal actuação reflecte o desfrute (pelo referido conjunto de empresas) de uma posição dominante colectiva - é que poderemos, então, verificar se existe, ou não, um comportamento abusivo (também ele colectivo), susceptível de desencadear a aplicação do artigo 82º do Tratado CE.

O mencionado nº 39, do Acórdão *Compagnie Maritime Belge* refere, com efeito, o seguinte:

“Assim, é necessário, para efeitos de uma análise nos termos do artigo 82º do Tratado, examinar se as empresas em causa constituem, em conjunto, uma entidade colectiva em relação aos seus concorrentes, parceiros comerciais e consumidores num mercado determinado. Só no caso de resposta afirmativa é que haveria que analisar se essa entidade colectiva detém efectivamente uma posição dominante e se se comporta de maneira abusiva”.

219. Importa, ainda, notar que, em resposta á questão que formulamos atrás sobre a separação dos âmbitos de aplicação, respectivamente, dos artigos 81º e 82º do Tratado CE, emerge, novamente, como passo decisivo na aplicação (distinta) destes normativos, a existência (ou a não) de uma posição dominante no mercado.

Até certo ponto, em função do que nos expõe a jurisprudência do Tribunal de Justiça, os factores de correlação entre as empresas que nos permitem falar da existência, entre elas, de uma actuação conjunta, colectiva, no respectivo mercado, poderão, por si sós, ser os mesmos que determinam a

existência de comportamentos de colusão ou de entente. Sob o ponto de vista das relações estabelecidas entre as empresas que actuam em conjunto, os comportamentos em questão tanto poderiam subsumir-se ao artigo 81º, como ao artigo 82º do Tratado CE. No entanto, a diferença reside, precisamente, no facto de num caso (artigo 82ª) ser necessário concluir-se pela existência de um posição de domínio no concreto mercado em causa, detida por esse colectivo ou conjunto de empresas, ao passo que no caso do artigo 81º, tal situação de posição dominante não se verificará entre o grupo das empresas que, entre si, estabeleceu uma entente.

A existência de uma posição dominante, estando em causa comportamentos colectivos, será, portanto, o elemento de facto que permitirá separar o âmbito de aplicação dos referidos normativos do Tratado CE, desempenhando a sua verificação em concreto, em certa medida, uma função equivalente á de uma regra de conflitos entre as duas referidas normas do Tratado.

CAPÍTULO 2º - O Abuso de uma posição dominante.

2.1 – Considerações prévias.

220. Passamos em revista os principais elementos que integram a primeira condição imposta para a aplicação do artigo 82º do Tratado CE, a saber, a verificação da existência de uma posição dominante no mercado em causa.

Poderemos, *em parte*, a este respeito (posição dominante) seguir VATIERO, quando este Autor explica, em síntese, que a posição dominante corresponde a uma “common market structure, where there is more than one competitor (hence, it is not a monopoly), but where one firm (or a group of firms, but not all) has some kind of market significance (thus, it is not a perfect atomistic competition context). To understand dominant position dynamic, we have to depart from the idea of imperfect competition in order to relax the assumption that price contains any information and to regard strategic rationality by agents.”⁷⁹⁵

A verificação de tal situação de domínio – requisito, até agora, necessário para a aplicação deste normativo do Tratado, segundo a prática das Instituições e a jurisprudência do Tribunal de Justiça⁷⁹⁶ – requer, como tivemos

⁷⁹⁵ MASSIMILIANO VATIERO, *An Explanation of Market Dominance*, (Abstract, p.1), *Working Paper*, University of Siena, April, 2008, disponível na *Internet*, em: http://lawprofessors.typepad.com/antitrustprof_blog/ Poderemos seguir, *em parte*, este Autor, na medida em que, na perspectiva que corresponde à abordagem tradicional da jurisprudência comunitária, o monopolista beneficia também e por definição de uma posição dominante, no respectivo mercado em causa. Dito de outro modo, a posição dominante, como forma de organização do mercado, pelo lado da oferta (estrutura de mercado), engloba quer a concorrência imperfeita, quer a ausência actual dela (pela existência de um monopólio) e não, necessariamente, apenas situações em que “there is more than one competitor”.

⁷⁹⁶ “ (...) para infringir o disposto no artigo 86.º (actual artigo 81º) do Tratado, uma empresa tem que ocupar uma posição dominante” – Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 07.10.1999, *Irish Sugar*, Processo T – 228/97 (considerando 18) e ainda, Decisão 97/624/CE da Comissão, de 14 de Maio de 1997 - Decisão esta, objecto de impugnação neste caso *Irish Sugar*.

a oportunidade de expor, que se estabeleça, desde logo, qual o entendimento de posição dominante, a sua prova e, logicamente, quem dela beneficia (quem são os respectivos titulares).

Importa avançar para a segunda condição de aplicação do artigo 82º do Tratado CE: a verificação da ocorrência de um *abuso* (a exploração abusiva) de tal posição dominante.

Recorde-se que estas duas condições são, como referimos, cumulativas (ou, pelo menos, assim têm sido entendidas pela jurisprudência e pela doutrina comunitárias).

221. É já um lugar-comum na literatura sublinhar-se o facto de o artigo 82º do Tratado CE não fornecer uma definição de abuso. Sendo certo que apenas o abuso de posição dominante é sancionado por esta norma do Tratado, os contornos desse abuso (naturalmente) proibido surgem-nos, na redacção do referido artigo 82º, descritos através de uma lista de tipos de comportamento, meramente exemplificativa. Recorre-se, assim, a uma proibição sob a forma de cláusula geral, seguida de uma lista exemplificativa de comportamentos (referidos como sendo abusivos), em coerência com a natureza de Tratado-quadro atribuída ao Tratado CE.

Importa referir, de todo o modo, um traço distintivo entre a proibição dos abusos de posição dominante e o controle dos comportamentos de colusão ou de coligação, no âmbito do Tratado CE (ou seja, entre os artigos 81º e 82º, ambos do Tratado): a proibição dos comportamentos abusivos é absoluta, na medida em que não é prevista nenhuma excepção ou derrogação, de qualquer tipo ou natureza, a tal proibição.

Em rigor, tal carácter absoluto, insusceptível de derrogação é coerente com a terminologia adoptada: um abuso, enquanto tal, dificilmente poderia ser normativamente tolerado. Voltando ao cotejo entre o artigo 81º e o artigo 82º, ambos do Tratado CE, podemos dizer que "enquanto o artigo 81º procura

combinar um regime de proibição com uma excepção⁷⁹⁷ que hoje em dia prescinde de uma intervenção administrativa prévia, o artigo 82º estabelece *solidamente* a proibição do abuso⁷⁹⁸.

2.2 Abuso de comportamento vs. Abuso de estrutura.

222. Habitualmente, a doutrina e a jurisprudência distinguem duas categorias de situações abusivas: o abuso de *comportamento* e o abuso de *estrutura*⁷⁹⁹.

Assim, referindo-nos ao denominado abuso de comportamento, ele diz respeito a um acto ou comportamento reiterado da empresa dominante que é *anormal* relativamente ao previsível acto ou comportamento dessa mesma empresa, resultante do normal jogo da concorrência⁸⁰⁰.

⁷⁹⁷ Em rigor, entendemos, contudo, que o nº 3, do artigo 81º - aqui implicitamente referido - não configura uma verdadeira excepção (facto autónomo que impede a verificação dos efeitos jurídicos normais de outro facto), na medida em que a hipótese legal daquela norma deverá ser entendida como composta quer pelo nº 1, quer pelo respectivo nº 3. Com efeito, os comportamentos de entente só serão ilícitos e proibidos se, *simultaneamente*, subsumirem-se ao nº 1, daquele artigo 81º do Tratado e não poderem, igualmente, ser justificados pelo "juízo de balanço económico" consagrado no respectivo nº 3, daquela norma.

⁷⁹⁸ MIGUEL MOURA E SILVA – *Direito da Concorrência. Uma Introdução Jurisprudencial*, Almedina, 2008, p. 578. O sublinhado é da nossa responsabilidade.

⁷⁹⁹ Como veremos *infra*, para além desta distinção, outra há ainda que é também relevante: abusos de *exploração* (que se manifestam nas relações entre a empresa dominante e os seus clientes ou fornecedores, ou seja, num plano vertical de relacionamento comercial) e os abusos de *exclusão* (que correspondem a comportamentos através dos quais a empresa em posição dominante utiliza o seu *market power* para eliminar a concorrência ou impedir o acesso de novos concorrentes ao seu mercado; este tipo de abuso de exclusão – normalmente associado à actuação/manipulação da empresa dominante sobre os preços – manifesta-se, quanto aos seus efeitos, num plano horizontal).

⁸⁰⁰ Ver, também a este propósito, o Acórdão de 13 de Fevereiro de 1979, *Hoffman – La Roche*, Processo 85 – 76, Col. p. 461. Voltaremos, *infra*, a este Acórdão *Hoffman – La Roche*, para notar uma inflexão no sentido da jurisprudência comunitária, atenuando uma perspectiva inicial de abuso (Acórdão de 21 de Fevereiro de 1973, *Continental Can*, Processo nº C – 6/72, *Rec. p.* 215), excessivamente tributária do abuso de estrutura.

Comportamentos como a prática de preços (considerados) excessivos, a recusa injustificada de fornecimentos ou de venda poderão ser, nestes termos, exemplos de abusos de posição dominante de comportamento.

Por outro lado, quando o comportamento ou um determinado acto da empresa dominante acaba por modificar as próprias condições de funcionamento do mercado em causa e, conseqüentemente, da concorrência nele existente, reduzindo-a, diz-se estarmos perante um abuso de estrutura.

Exemplos ilustrativos, em abstracto, de abusos de estrutura serão, entre outros, os comportamentos tendentes a excluir do mercado um ou vários concorrentes mais pequenos e sem poder de mercado, ou uma prática que impeça o acesso ao mercado de outros potenciais concorrentes, reforçando ou perpetuando *artificialmente* a respectiva posição dominante (artificialmente, se tomarmos como referência o hipotético jogo normal da concorrência).

No fundo, o abuso de estrutura acaba por ser um abuso objectivo que se traduzirá, em última instância, numa lesão à própria estrutura concorrencial do mercado.

223. O Acórdão do Tribunal de Justiça *Continental Can*, de 21 de Fevereiro de 1973, enunciou e, até certo ponto, exacerbou⁸⁰¹, a importância para o Direito Comunitário do denominado abuso objectivo de estrutura, a tal ponto que chegou a considerar que a simples criação ou reforço, por si sós, de uma posição dominante, seriam comportamentos abusivos.

Nesta perspectiva objectivista qualificava-se como sendo abusivo um determinado comportamento em função da própria estrutura do mercado relevante e não tanto considerando, em si mesmo e na situação concreta, o comportamento praticado - nomeadamente, quanto aos respectivos efeitos.

Como é frequentemente referido, esta concepção ou teoria do abuso de estrutura (especialmente, quando exacerbada) acabava por conduzir a resultados que dificilmente se compaginavam com a própria norma do artigo 82º do Tratado CE: esta concepção objectivista do abuso de estrutura levaria (como resultou da jurisprudência *Continental Can*) à proibição do simples

⁸⁰¹ A expressão é de MALAURIE-VIGNAL, *ob. cit.*, p. 199.

reforço ou manutenção da própria posição dominante que, nos termos do artigo 82º do Tratado e da jurisprudência ulterior do Tribunal de Justiça (por exemplo, Acórdãos *Akzo*, de 3 de Julho de 1991 e *Irish Sugar*, de 7 de Outubro de 1999), por si só, não é proibida.

A jurisprudência *Continental Can*, com efeito, implicava que o carácter abusivo de um comportamento começasse a vislumbrar-se, desde logo, na simples defesa da posição (dominante) de mercado da empresa em causa, ainda que tal acção defensiva estivesse de acordo com aquilo que, no jogo normal da concorrência, seria expectável e previsível.

2.3 – A influência ordoliberal.

224. Esta concepção estruturalista do abuso, para efeitos de aplicação do artigo 82º (ex-artigo 86º) do Tratado CE, compreende-se melhor à luz do tempo em que, com vigor, se afirmou na jurisprudência comunitária.

Na década de setenta do século passado, a grande preocupação subjacente à aplicação das políticas comunitárias (*rectius*, subjacente, desde logo, à própria determinação das políticas comuns) era a construção e a solidificação do Mercado Comum que seriam impossíveis de alcançar sem a existência de uma estrutura concorrencial operativa. Ainda que adoptando-se a lógica e a concepção minimalista da *concorrência possível ou praticável* (“workable competition”), o facto é que esta era um elemento necessário para a emergência de um efectivo Mercado Comum comunitário e, conseqüentemente, um instrumento imprescindível para a integração - até aí, quase exclusivamente económica.

Além disso, esta perspectiva estruturalista é, ainda, parcialmente tributária de uma cosmovisão ordoliberal que terá influenciado, no que à *defesa da concorrência* diz respeito, a lógica de aplicação dos artigos 81º e 82º (ex-

85º e 86º) do Tratado CE, pelo menos (em maior ou menor medida) até à década de 1990.⁸⁰².

Ora, topicamente, importa situar esta corrente de pensamento que, na perspectiva de grande parte da doutrina, terá tido uma influência determinante e inultrapassável, na configuração do sistema comunitário de *defesa da concorrência* e, conseqüentemente, na cultura *antitrust* europeia.

225. Assim, refere, por exemplo, LEITÃO MARQUES⁸⁰³ - apoiando-se em GERBER⁸⁰⁴ - o seguinte:

⁸⁰² É esse, pelo menos, o entendimento (relativamente) generalizado da doutrina. Em parte, a modernização ou reforma do Direito de *defesa da concorrência* comunitário, desencadeada, em 1999, com a publicação do respectivo Livro Branco, reage, também, a tal influência ou cosmovisão ordoliberal. Ver, por exemplo, neste sentido e como referência sintética a esse estado de coisas (restícios de influência ordoliberal, nomeadamente, na jurisprudência do Tribunal de Justiça e do Tribunal de Primeira Instância), MARIA MANUEL LEITÃO MARQUES, *Um Curso de Direito da Concorrência*, Coimbra Ed., Coimbra, 2002, p. 29 a 34. LEITÃO MARQUES, com efeito, traça uma caracterização tópica do Ordoliberalismo da Escola de Friburgo e de autores como W. Royke, A. Muller-Armack, Walter Eucken e mesmo de F. Von Hayek, referindo-se, também, à *influência genética* destes pensadores e do Ordoliberalismo, no Direito Comunitário da Concorrência.

Ainda na nossa literatura, ver o texto (na nossa perspectiva, incontornável), de JOAQUIM SOUSA RIBEIRO, *O Problema do Contrato. As Cláusulas Contratuais Gerais e o Princípio da Liberdade Contratual*, Almedina, Coimbra, 1999, em especial, o respectivo Capítulo II – “Ordem de Concorrência e Contrato”, p. 177 – 212 e ainda, PAULA VAZ FREIRE – *Os Fundamentos Ordoliberais do Direito Europeu da Concorrência, in Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, Volume II, Almedina, 2008, p. 1791.

Ver, para uma caracterização mais ampla da filosofia (política) ordoliberal, PHILIPPE NEMO et JEAN PETITOT (*sous la direction de*) – *Histoire du Libéralisme en Europe*, PUF, Paris, 2006, em particular, o texto de VIKTOR VANBERG – *L'École de Fribourg: Walter Eucken et l'ordoliberalisme*, *ob. cit.*, p. 911 a 936. Ver ainda, de entre as referências sobre esta temática, enunciadas por VANBERG, *ob. cit.*, a colectânea de estudos organizados por A. PEACOCK e H. WILLGERODT (dir.), *Germany's Social Market Economy: Origins and Evolution*, MacMillan, London, 1989, na qual se inclui a tradução, para língua inglesa, do texto de BOHM, *Privatrechtsgesellschaft und Marktwirtschaft*: F. BOHM – *Rule of law in a market economy*, in A. PEACOCK e H. WILLGERODT (dir), *ob. cit.*

⁸⁰³MARIA MANUEL LEITÃO MARQUES, *ob. cit.*, (*Um Curso ...*) p. 31.

“Liberalismo ordenado traduz bem a ideia-chave dessa escola (do Ordoliberalismo), ou seja, uma ordem jurídica para garantir a liberdade económica e a concorrência. (...) Mas não só o excesso de iniciativa pública poderia destruir a liberdade económica. O excesso de poder económico privado era igualmente susceptível de conduzir ao mesmo resultado, e daí a necessidade de medidas preventivas de eventuais abusos e a importância do controlo das concentrações. O programa ordoliberal para atingir estes objectivos centrava-se numa nova relação entre o sistema económico e o direito: a concorrência providenciaria as bases do sistema económico, e o direito (através da «constituição económica», representando a decisão política sobre o tipo de economia) deveria criar e manter as condições sob as quais a concorrência poderia funcionar adequadamente”.

Na óptica da LEITÃO MARQUES, o sucesso da “economia social de mercado alemã”, no período pós-guerra e pós-reconstrução, terá ajudado à expansão da influência do pensamento ordoliberal, visível, nomeadamente, no processo de integração europeia. Por outro lado também – e ainda segundo LEITÃO MARQUES – “o principal veículo de disseminação do pensamento ordoliberal fora da Alemanha foi o processo de unificação europeia”⁸⁰⁵.

Ora, as ideias-chave da liberdade económica e da ordem como condição necessária e, simultaneamente, enquadramento potenciador daquela liberdade (ideias-chave essas que marcavam a concepção ordoliberal), justificaram, assim, um especial cuidado e tutela relativamente às concentrações de poder económico e excessos de poder de mercado.

Na óptica ordoliberal, tais excessos de poder de mercado (de poder económico), poderiam, pela sua simples existência, pôr em causa o funcionamento equilibrado da ordem económica (e, por consequência, política e social), afectando, conseqüentemente, a liberdade económica.

⁸⁰⁴ D. GERBER, *Constitutionalizing the Economy: German Neo – Liberalism, Competition Law and the «New Europe»*, in *American Journal of Comparative Law*, nº 42, p. 25, apud MARIA MANUEL LEITÃO MARQUES, *ob. cit. (Um Curso...)*, p.31.

⁸⁰⁵ MARIA MANUEL LEITÃO MARQUES, *ob. cit., (Um Curso ...)* p. 33.

Entrecruzando uma perspectiva jusconcorrencial e a visão jurídico - contratual do ordoliberalismo - e, no fundo, perspectivando ambas, a partir da posição ocupada pela *liberdade individual*, na construção jurídica inerente a uma economia de mercado⁸⁰⁶ - sobressai o carácter e a dimensão *institucional* que aquela *liberdade* assume (liberdade individual, liberdade de concorrência ou de *empresa*, liberdade contratual).

Seguindo SOUSA RIBEIRO, podemos referir a emergência de tal dimensão institucional (da liberdade individual e, por conseguinte, da liberdade de empresa e de concorrência), nos seguintes termos: "(...) a liberdade contratual perde a sua natureza estritamente privatista, para ganhar uma dimensão institucional, como *elemento objectivo de uma determinada constituição económica*. (...) Mas, tendo a experiência mostrado que a crença do liberalismo clássico numa ordem de concorrência como um processo natural, que exigia apenas a não intromissão do Estado, era infundada, aquela recepção das «leis próprias da economia» não significa separação e independência das esferas político-jurídica e económica". Uma vez que «o mecanismo de mercado, deixado a si próprio, não reproduz as suas condições funcionais», o Estado, como instância organizadora, tem que permanentemente zelar para manter as condições de funcionamento da ordem de concorrência, neutralizando os poderes privados que distorcem e pervertem os mecanismos auto-reguladores". Em suma, "(...) a concorrência torna-se também uma *instituição juridicamente garantida e apoiada*, que corporiza representações de valor com eficácia normativa⁸⁰⁷".

O ordoliberalismo (da Escola de Friburgo), ao contrário, portanto, do pensamento liberal clássico, não acreditava que a emergência de contrapoderes privados, reciprocamente concorrentes, pudesse ser espontânea, justificando,

⁸⁰⁶ Ou seja, noutra perspectiva, traçando um paralelismo entre, por um lado, a questão da tutela das concentrações de poder económico e empresarial e, por outro, a problemática da liberdade contratual.

⁸⁰⁷ JOAQUIM SOUSA RIBEIRO, *ob. cit.* (*O Problema do Contrato...*), p. 183 – 184. Os sublinhados são da nossa responsabilidade.

por isso, uma intervenção “artificial” no jogo económico (no mercado), através do Direito, no sentido de fomentar uma concorrência efectiva.

Digamos que, em comum com o pensamento liberal clássico - nomeadamente, aquele que é representado pela Escola *austríaca* e que tem em Hayek um dos seus mais influentes protagonistas – o ordoliberalismo segue o entendimento da liberdade e da lealdade como princípios estruturantes do funcionamento do mercado e de uma ordem concorrencial (portanto, como instituições ou “quadros institucionais”) e, ainda, “a ideia de que a liberdade individual só encontra realização numa economia de mercado⁸⁰⁸”. Porém, como referimos, ao contrário do pensamento Austríaco e da tradição britânica emergente da obra de Smith, Locke e Hume, o ordoliberalismo não crê na formação espontânea da ordem do mercado, nem na sua capacidade (também espontânea) de auto-correcção.

A concorrência seria, portanto, o garante institucional de uma ordem económica equilibrada e propícia à liberdade - diríamos, à *liberdade ordenada*. Neste sentido, o próprio ordoliberalismo poderá, também, ser entendido como uma abordagem (económica e jurídica) anti-monopolista (*lato sensu*)⁸⁰⁹. De resto, a concorrência é entendida sobretudo, em todas as suas dimensões (económica, mas também social e política) como um instrumento de limitação e de dissipação do poder⁸¹⁰.

Seria, no entanto, erróneo considerar linearmente o ordoliberalismo como a única (ou mesmo, a determinante) influência justificativa da opção pelo abuso objectivo (abuso de estrutura), seguida logo inicialmente pela jurisprudência comunitária.

⁸⁰⁸ PAULA VAZ FREIRE, *ob. cit.*, (*Os fundamentos...*), p. 1793.

⁸⁰⁹ “(...) ordo cannot reign (...) unless the government carefully shapes its policies so as to create and maintain competitive markets (...) government must actively promote and enforce competition” – H. M. OLIVER JR. – *German Neoliberalism, in The Quarterly Journal of Economics*, 1960, 74(1), 117 – 49, *apud* VATIERI, *An Explanation of Market Dominance, ob.cit.*

⁸¹⁰ “A concorrência não é um mecanismo de incentivos mas sim um instrumento de dissipação do poder”- PAULA VAZ FREIRE, *ob. cit.*, (*Os Fundamentos...*), p. 1797.

Na realidade, na génese do Tratado e, sobretudo, da sua aplicação inicial - em particular, no que dizia respeito às regras de *defesa da concorrência* - confluíram vários elementos político-ideológicos e referências/influências diversas que se complementaram, interagiram e terão determinado o rumo seguido nos primeiros anos de integração europeia.

2.4 – A influência *do antitrust* norte-americano.

226. Não terá sido, também, despicienda - a propósito do recorte da noção de abuso (de posição dominante), efectuado inicialmente pela Comissão e pelo Tribunal de Justiça - a influência exercida pelo direito *antitrust* norte-americano (e pelos ensinamentos resultantes da respectiva aplicação).

Essa influência foi também (pelo menos) implicitamente sentida em certas opções consagradas no Tratado e que, em termos positivos, acabaram mesmo por afastar (aparentemente e em alguns pontos) o direito comunitário, do caminho trilhado nos Estados-Unidos. Tal será, precisamente, o caso, no que diz respeito ao artigo 82º do Tratado CE (ex-artigo 86º) e à tutela das posições de domínio (*market power*).

Seguindo este ponto de vista, no âmbito comunitário, ter-se-á pretendido consagrar uma postura de *defesa da concorrência* que sublinhasse o carácter relativo do *market power*, não aprisionando a aplicação de certos normativos (nomeadamente, o artigo 82º do Tratado CE) em metodologias de interpretação muito rígidas e conducentes a proibições de *per se* – ainda que estas acabassem, ulteriormente (como notaremos *infra*), por marcar presença, em sede de aplicação do artigo 82º do Tratado CE, através da prática administrativa e jurisprudencial comunitária. Daí, tendo-se como referência antagónica o *Sherman Act* norte-americano (em particular, a sua *Section 2*), a opção, no quadro do sistema comunitário, por uma expressão menos carregada

ideologicamente (o abuso de posição dominante) do que aquela que foi seguida pelo direito *antitrust* norte-americano (monopólio)⁸¹¹.

Por outro lado ainda, apesar das diferenças assinaladas entre os artigos 81º e 82º do Tratado CE⁸¹², o facto é que, como já referimos, o sistema de *defesa da concorrência* erigido pelo Tratado CE subordina-se (e, sobretudo, subordinou-se originariamente, de forma particularmente clara e decidida) aos objectivos mais amplos da integração europeia.

As regras comunitárias de concorrência serviam, em última instância e especialmente nos primeiros anos de vigência do Tratado, de instrumento para a construção do Mercado Comum - que seria inalcançável sem a existência de uma estrutura concorrencial operativa, na qual pudesse assentar.

A própria concepção de concorrência que serve de pressuposto a este sistema de defesa (dessa concorrência), ao contrário daquilo que se assume no âmbito da jurisprudência e do direito *antitrust* norte-americanos, segue uma lógica de "concorrência-meio" – ou seja, numa visão da concorrência entendida não como um valor absoluto, mas antes como um instrumento ao serviço dos objectivos da política económica (comunitária).

Nos termos da alínea g), do artigo 3º do Tratado CE, efectivamente, este carácter instrumental da defesa da concorrência emerge, quando se declara que "para alcançar os fins enunciados no artigo 2º, a acção da Comunidade implica, (...) um regime que garante que a concorrência não seja falseada no mercado interno".

A concorrência (possível, praticável) deve ser protegida, na medida em que sem ela não será possível a construção de um Mercado Comum (Interno) que, por seu turno e nos termos do artigo 2º do Tratado CE, era enunciado

⁸¹¹ Entre nós, esta perspectiva é afluada, por exemplo, por MIGUEL MOURA E SILVA, *ob. cit* (*Direito da Concorrência...9*, p. 580, apoiando-se, nomeadamente, em RENÉ JOLIET – *Monopolisation et abus de position dominante, in Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 1969, p. 645.

⁸¹² Por exemplo, o carácter absoluto da proibição dos abusos (de posição dominante) consagrada no artigo 82º, quando comparada com a possibilidade de *não aplicação*, por razões fundadas num "juízo balanço económico" positivo da proibição prevista no artigo 81º.

como um instrumento ou um meio através do qual se prosseguiriam os fins políticos mediatos da construção comunitária.

Assim, como é referido por MOURA E SILVA, a defesa da concorrência (ou seja, impedir-se que a concorrência seja eliminada) é uma exigência que decorre, a *fortiori*, daquilo que é enunciado na alínea g), do artigo 3º do Tratado CE (criação de um regime que garanta que a concorrência não seja falseada) ... e isto, "para se alcançarem os fins enunciados no artigo 2º"⁸¹³.

Nestes termos, poderemos dizer, conseqüentemente, que existe um ponto comum entre os artigos 81º e 82º do Tratado CE: ambos visam preservar esta concorrência instrumental, impedir o "enfraquecimento do jogo da concorrência".

Este ponto comum é também o "limite comum" às restrições admitidas pelo sistema comunitário á concorrência, como, de resto, foi claramente assumido, em 1973, pelo Tribunal de Justiça, no já mencionado Acórdão *Continental Can*: "as restrições à concorrência que o Tratado admite em certas condições, por razões relativas à necessidade de conciliar os objectivos a prosseguir, encontram nas exigências dos artigos 2º e 3º o limite para além do qual o enfraquecimento do jogo da concorrência poderia prejudicar as finalidades do mercado comum (Acórdão *Continental Can*, considerando 24)".

2.5 – A aplicação conjunta dos artigos 81º e 82º.

227. A existência de este ponto comum entre as normas dos artigos 81º e 82º, ambos do Tratado CE, mais facilmente justificou uma aplicação (implicitamente) complementar daqueles normativos comunitários de *defesa da concorrência*.

Seguimos, neste ponto, a exposição de MOURA E SILVA, quando este, suportando-se na jurisprudência *Continental Can*, refere que o mencionado limite comum às restrições à concorrência admitidas pelo sistema comunitário, acaba por desempenhar, também, o papel de um "*elemento hermenêutico unificador* dos regimes previstos pelo artigo 81º, aplicável aos acordos entre

⁸¹³ MIGUEL MORA E SILVA, *ob. cit.* (*Direito da Concorrência...*), p. 580.

empresas, decisões de associações de empresas e práticas concertadas, e pelo artigo 82º, relativo «à acção unilateral de uma ou várias empresas».

Assim, se o artigo 81º, nº 3, al. b), impõe como condição para a isenção de um dos comportamentos abrangidos pelo nº 1 da mesma disposição que eles «não dêem a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa», o artigo 82º deve ser interpretado no sentido de proibir como abuso de posição dominante «o facto de uma empresa em posição dominante reforçar essa posição ao ponto de o grau de domínio assim atingido prejudicar substancialmente a concorrência, ou seja, deixar subsistir apenas empresas dependentes, no seu comportamento, da empresa dominante...» (*Continental Can*, considerando 26)⁸¹⁴

2.6 – Crítica à visão estruturalista.

228. A visão (pró-) estruturalista do abuso de posição dominante, tal como indiciada pela jurisprudência *Continental Can*, acabou por ser, de todo o modo, muito criticada, desde logo, pelas razões já anteriormente afluadas.

No limite, encarando-se, assim, o abuso, atingir-se-iam, em sede de respectiva aplicação, resultados que dificilmente se compaginariam com a própria norma do artigo 82º do Tratado CE, tais como a proibição de simples e normais (na lógica concorrencial) medidas defensivas das próprias empresas em posição dominante.

A fronteira entre a proibição do abuso de posição dominante e da proibição da própria posição dominante de *per se*, passaria a ser, na melhor das hipóteses, muito ténue e confusa.

As empresas em posição dominante estariam, pelo simples facto de ocuparem tal posição, impedidas de actuarem de acordo com os ditames (absolutamente) normais e justificados do livre jogo da concorrência, sendo,

⁸¹⁴ MIGUEL MOURA E SILVA, *ob. cit.* (*Direito da Concorrência ...*), p. 580 – 581. Destacamos a certa qualificação - *elemento hermenêutico unificador* (entre os regimes dos artigos 81º e 82º, ambos do Tratado CE) – utilizada pelo autor.

assim, também e em parte, subtraídas à lógica da concorrência pelos méritos: uma empresa dominante (ainda que tal posição no mercado tivesse resultado do funcionamento do livre jogo da concorrência) não poderia sequer tentar, activa e concorrencialmente, vender o seu produto; apenas poderia, passivamente, deixar que ele fosse comprado.

O Tribunal de Justiça acabou por superar-se e ultrapassar esta visão objectivista / (pró-) estruturalista que transparece do mencionado Acórdão de 21 de Fevereiro de 1973 (*Continental Can*).

Em 1979, o Acórdão de 13 de Fevereiro, *Hoffman – La Roche*⁸¹⁵, reintroduziu a consideração do *comportamento da empresa* no respectivo mercado relevante, para efeitos de determinação de uma exploração abusiva.

Note-se que o Tribunal de Justiça, neste Acórdão, não abandona uma visão objectiva do que seja o abuso. Até certo ponto, poderemos dizer que, sendo esta (perspectiva objectiva) a posição de princípio do Tribunal, no que dizia respeito ao abuso de posição dominante, no Acórdão *Hoffman – La Roche*, contudo, a jurisprudência comunitária avança para uma visão que, continuando ainda a ser tendencialmente objectiva, é, porém, mitigada e aberta à ponderação dos comportamentos concretos das empresas.

Refere o Tribunal, com efeito, que:

«(...) la notion d'une exploitation abusive est une *notion objective* qui vise les *comportements* d'une entreprise en position dominante qui sont de nature a influencer la structure d'un marché ou, a la suite précisément de la présence de l'entreprise en question, le degré de concurrence est déjà affaibli et qui ont pour effet de faire obstacle, par *le recours a des moyens différents de ceux qui gouvernent une compétition normale* des produits ou services sur la base des prestations des operateurs économiques, au maintien du degré de concurrence existant encore sur le marché ou au développement de cette concurrence ». ⁸¹⁶

⁸¹⁵ Acórdão do Tribunal de Justiça de 13 de Fevereiro de 1979, *Hoffman- La Roche*, Processo 85 – 76, Col. p. 461.

⁸¹⁶ Acórdão mencionado, *Hoffman – La Roche*, de 13 de Fevereiro de 1979, considerando 91. O sublinhado é da nossa responsabilidade.

No fundo, o critério seguido, em 1979, pelo Tribunal, para determinar a existência, ou não, de um abuso, reconduz-se à avaliação da conformidade do comportamento da empresa em posição dominante com aquilo que são os comportamentos (ou meios) de uma “concorrência normal”.

O abuso seria, assim, definido a partir de um *comportamento que permitiria à empresa dominante obter uma vantagem anormal, excessiva ou injustificada quando avaliada à luz do normal desenrolar do jogo da livre concorrência*.

Sem deixar de lado a perspectiva tendencialmente objectivista (do abuso de estrutura), o facto é que com este Acórdão *Hoffman – La Roche*, a jurisprudência do Tribunal de Justiça passou a entender o abuso de posição dominante também de uma forma comportamental, tentando ajuizar se os actos praticados (e que, previsivelmente, afectarão a estrutura concorrencial do mercado em causa) seriam ou não necessários e adequados (proporcionados) à defesa de interesses legítimos da empresa, de acordo com o normal desenrolar da concorrência.

Este tipo de análise subjacente à determinação do abuso obriga, assim, as competentes autoridades da concorrência (nomeadamente, a Comissão Europeia) a avaliarem e a pronunciarem-se sobre a legitimidade dos objectivos perseguidos, através dos respectivos comportamentos, pelas empresas dominantes e ainda, naturalmente, sobre a adequação e proporcionalidade dos actos praticados a tais objectivos.

Ora, como salienta alguma doutrina, esta visão do abuso introduzida pelo Acórdão *Hoffman – La Roche*, implicando esta avaliação dos objectivos das empresas em posição dominante, assim como da adequação e proporcionalidade dos actos praticados, a tais objectivos, aproxima a análise requerida em sede de aplicação do artigo 82º do Tratado CE, daquela que se desenvolve para efeitos de aplicação do artigo 81º do mesmo Tratado (proibição das ententes e, subjacentemente, nos termos do nº 3, de tal artigo

81º, “juízo de balanço económico” avaliador dos efeitos *pro* e *anti* competitivos dos comportamentos de colusão em análise)⁸¹⁷.

Acaba-se, também, por diluir, um pouco, para efeitos de aplicação do artigo 82º do Tratado CE, a distinção traçada entre abuso de estrutura e abuso de comportamento.

2.7 – Síntese conclusiva intercalar: o entendimento tradicional/estrutural de abuso.

229. Em síntese, o abuso de posição dominante é entendido como um abuso que se materializa em danos à estrutura concorrencial do mercado (abuso de estrutura), resultantes de comportamentos anormais em termos concorrenciais (abuso de comportamento), praticados por quem é dominante naquele mercado relevante.

Descrita, nestes termos, a distinção oscilante e, em grande medida, ambivalente, empreendida pela jurisprudência comunitária, entre o abuso de estrutura e abuso de comportamento, poder-se-á ainda invocar um outro Acórdão do Tribunal de Justiça, mais recente e ilustrativo deste actual entendimento (até certo ponto) *misto* ou ambivalente de abuso de posição dominante: o Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 30 de Setembro de 2003, Acórdão *Michelin II*.

Neste Acórdão afirma-se, nomeadamente, que:

«(...) la notion d’exploitation abusive est une notion objective qui vise les comportements d’une entreprise, en position dominante, qui sont de nature à influencer la structure du marché où, à la suite de la présence de l’entreprise en question, le degré de concurrence est affaibli et qui ont pour effet de faire

⁸¹⁷ Ver, entre outros, MALAURIE – VIGNAL, *ob. cit.*, p. 199, estabelecendo uma relação, também, com os critérios seguidos pelo Tribunal de Justiça já em 1978, no Acórdão *United Brands*.

obstacle, par le recours à des moyens différents que ceux qui gouvernent une compétition normale⁸¹⁸ ».

Além disso, esclarece-se, ainda, invocando o Tribunal a sua própria jurisprudência antecedente (nomeadamente, os Acórdãos *United Brands* e *Irish Sugar*⁸¹⁹), que:

« Par conséquent, si la constatation de l'existence d'une position dominante *n'implique en soi aucun reproche à l'égard de l'entreprise concernée*, il lui incombe, indépendamment des causes d'une telle position, une responsabilité particulière de ne pas porter atteinte par son comportement à une concurrence effective et non faussée dans le marché commun. De même, si l'existence d'une position dominante ne prive pas une entreprise placée dans cette position du droit de préserver ses propres intérêts commerciaux, lorsque ceux-ci sont menacés, et si cette entreprise a la faculté, dans une mesure raisonnable, d'accomplir les actes qu'elle juge appropriés en vue de protéger ses intérêts, on ne peut, cependant, admettre de tels comportements lorsqu'ils ont pour objet de renforcer cette position dominante et d'en abuser⁸²⁰ ».

O Tribunal (neste caso, o Tribunal de Primeira Instância) não teve dúvidas em qualificar o abuso objectivamente (noção objectiva), desde logo na medida em que tal (abuso) decorria da existência de um poder de mercado significativo.

⁸¹⁸ Acórdão *Michelin* do Tribunal de Primeira Instância de 30 de Setembro de 2003, *Michelin*, Processo T – 2003/01, considerando 54.

⁸¹⁹ Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 07.10.1999, *Irish Sugar*, Processo T – 228/97, Rec. 2969. Com efeito, em 1999 e neste Acórdão *Irish Sugar*, declarava-se, desde logo, o seguinte: “*Si l'existence d'une position dominante ne prive pas une entreprise placée dans cette position du droit de préserver ses propres intérêts commerciaux, lorsque ceux – ci sont menacés*, et si cette entreprise a la faculté, *dans une mesure raisonnable*, d'accomplir les actes qu'elle juge appropriés en vue de protéger ses intérêts, l'on ne peut cependant admettre de sa part des comportements qui ont pour objet de renforcer cette position dominante et d'en abuser ». O sublinhado é da nossa responsabilidade, pretendendo, precisamente, realçar a não proibição, de *per se*, da posição dominante e da adopção, pela empresa dominante, dos *actos razoáveis* tendentes a proteger os seus normais (legítimos) interesses concorrenciais.

⁸²⁰ Acórdão *Michelin*, considerando 55. O sublinhado é da nossa responsabilidade.

Esse *market power* é entendido como apto a influenciar ou embaraçar, por si só, o jogo normal da livre concorrência (em virtude do seu grau elevado); porém, simultaneamente, o abuso objectivo – que, como vimos, já se indicia, então, pela simples existência de um grau elevado de domínio – resultará também dos comportamentos concretos adoptados pelas empresas dominantes (talvez, com mais propriedade, deva referir-se que se manifesta relevantemente, para efeitos de aplicação do artigo 82º do Tratado CE, nos comportamentos dessas empresas).

2.8 – A jurisprudência comunitária e a posição da Comissão (nota).

230. Torna-se, agora, oportuno lembrar, em nota breve, as considerações que expusemos *supra*, sobre a (relativa) incongruência entre a atitude da Comissão Europeia e do próprio Tribunal de Justiça, no que diz respeito ao modo como estas Instituições têm vindo a encarar, por um lado, a aplicação do artigo 82º e, por outro, a aplicação do artigo 81º do Tratado CE (e os princípios metodológicos orientadores de tal aplicação).

Na realidade, a mencionada oscilação que a jurisprudência comunitária tem vindo a revelar na determinação do conceito de abuso, apoiando-se quer na concepção objectiva ou de abuso de estrutura (posição de princípio), quer indo de encontro, também e simultaneamente, à concepção do abuso de comportamento, reflecte as questões/dilemas que, actualmente, se colocam a propósito da política comunitária em sede de proibição dos abusos de posição dominante.

A denominada *modernização* do Direito comunitário da concorrência teve como orientação e como razão justificativa⁸²¹, a necessidade de tornar a aplicação dos dispositivos comunitários mais fundada na denominada *economic-based approach* e, conseqüentemente, numa análise (económica) dos efeitos provocados pelos comportamentos das empresas, no funcionamento dos mercados.

⁸²¹ Se bem que não exclusiva.

Focalizando mais particularmente esta perspectiva, reclamada pela *modernização*, na noção de abuso (para efeito de aplicação do artigo 82º do Tratado CE), esperar-se-ia que (nomeadamente) o Tribunal de Justiça ultrapassasse, em parte, a referida ambivalência ou carácter misto da noção por si esboçada desde o Acórdão *Hoffman – La Roche*, apontando para um entendimento do abuso que nitidamente decorresse da avaliação dos efeitos concretos dos comportamentos adoptados pelas empresas.

Uma abordagem que fosse de encontro aos efeitos concretos dos comportamentos praticados pelas empresas dominantes teria, necessariamente, que implicar e, simultaneamente, resultar, de um peso significativamente maior atribuído à análise económica (*economic – based approach*), na aplicação do artigo 82º do Tratado CE. Tal hipótese implicaria, também e por outro lado, em sede de aplicação daquela norma, uma abordagem mais casuística por parte dos Tribunais e das Instituições e autoridades competentes.

Até certo ponto, nesta linha de raciocínio, diríamos que o binómio “estrutura – comportamento”, no mínimo, deveria, então, começar a evoluir para o (binómio) “comportamento – efeitos”, deixando-se cair, assim e consequentemente, o elemento objectivo ou estrutural que ainda é o ponto de partida para a formulação jurisprudencial da noção de abuso⁸²².

Não existem, contudo e por enquanto, indícios no âmbito da jurisprudência comunitária e da prática decisória da Comissão de que tal esteja a suceder - e isto, mesmo considerando a Comunicação da Comissão de 3 de Dezembro de 2008⁸²³ que abordaremos oportunamente.

Na jurisprudência do Tribunal de Primeira Instância, lembremos, por exemplo, o já mencionado Acórdão *Michelin II*.

⁸²² E isto, de acordo com a jurisprudência mais recente do Tribunal e do Tribunal de Primeira Instância, proferida já após o início do referido movimento reformador ou de *modernização*: ver, por exemplo, o Acórdão do Tribunal de Primeira Instância *Michelin II*, de 30 de Setembro de 2003 e *British Airways*, de 17 de Dezembro do mesmo ano.

⁸²³ Comunicação essa contendo a *Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82 EC Treaty* – que vem, no seguimento do *Discussion paper* de 2005, expor a posição da Comissão no que diz respeito à aplicação do artigo 82º do Tratado CE, relativamente às práticas de exclusão (“anticompetitive foreclosure”).

Neste Acórdão, aquele Tribunal afirmou que para se poder demonstrar a existência de uma violação do artigo 82º do Tratado CE, bastaria a demonstração de que o comportamento abusivo da empresa dominante tinha por objecto restringir a concorrência - sendo que, para o Tribunal, se um determinado comportamento poderia ter tal objecto, então, previsivelmente, ele acabaria por produzir mesmo esse efeito. O Tribunal entendeu, portanto, que se o objecto de um comportamento é o de lesar a concorrência, então esse comportamento será, de *per se*, susceptível de produzir tal efeito, acabando, portanto através desta presunção, por equiparar *objecto* e *efeito*.

Por outro lado, pouco tempo depois, no seu Acórdão *British Airways*, o Tribunal de Primeira Instância referiu que a aplicação do artigo 82º do Tratado CE não implicava a demonstração da existência de um qualquer efeito sobre a concorrência, directamente resultante do comportamento adoptado pelas empresas, enveredando, claramente, por uma lógica de presunções e, portanto, de regras de proibição (pelo menos, *a priori*, presuntivas) de *per se*, relativamente a certos comportamentos adoptados pelas empresas dominantes.

Bastaria – segundo o Tribunal – demonstrar que o comportamento abusivo da empresa em posição dominante tende a restringir a concorrência, ou então, noutros termos, bastaria demonstrar que tal comportamento é susceptível de produzir tal efeito⁸²⁴.

É, assim, de notar que a perspectiva do abuso de estrutura (ainda presente, como vimos, no entendimento do Tribunal e que, na nossa perspectiva, anda associada, também, a uma metodologia de interpretação e de aplicação do artigo 82º do Tratado CE pouco económica) levou, indirectamente, à aceitação e/ou adopção de regras de *per se*. E isto, sendo

⁸²⁴ Acórdão *British Airways*, em particular, considerando 293. Em rigor, o Tribunal refere-se expressamente à desnecessidade de se demonstrar um qualquer efeito resultante dos comportamentos das empresas dominantes sobre a situação dos *consumidores*. A mesma conclusão pode também ser suportada a partir dos Acórdãos *Michelin II* e *Irish Sugar*, como nota AKMAN: "(...) there are several cases where the conduct were not deemed relevant at all such as *Michelin II* and *Irish Sugar* where the Court of First Instance held that for the purposes of applying Article 82EC, establishing anticompetitive object and anticompetitive effect are one and the same thing" - PINAR AKMAN, *ob. cit.*, *Consumer Welfare and Article 82EC...* .

certo que, como referimos *supra*, a propósito da distinta redacção da *Section 2* do *Sherman Act* e do (actual) artigo 82º do Tratado CE, a intenção originária dos autores do Tratado, teria sido, precisamente, evitar o recurso àquele tipo de regras, não aprisionando a aplicação de certos normativos (nomeadamente, o artigo 82º do Tratado CE) em metodologias de interpretação muito rígidas e formais.

Dissemos, com efeito, que no âmbito comunitário, ter-se-á pretendido consagrar uma postura de *defesa da concorrência* que sublinhasse o carácter relativo do *market power*, não aprisionando a aplicação de certos normativos (nomeadamente, o artigo 82º do Tratado CE) em metodologias de interpretação muito rígidas e conducentes a proibições de *per se* – justificando-se, assim, deste modo, a opção comunitária por uma terminologia ideologicamente menos carregada e menos definitiva (abuso de posição dominante) do que aquela que o *Sherman Act* seguiu (monopólio).

Sucedo, porém, que a prática decisória e jurisprudencial comunitária, com o passar do tempo e com a adopção da perspectiva do abuso de estrutura⁸²⁵, acabou mesmo, em certa medida, por seguir um caminho significativamente formal e alheio aos efeitos concretos que, sobre a estrutura concorrencial do mercado, casuisticamente, cada situação ou comportamento, gerava.

Um caminho que, em muitas situações, aceita e adopta, materialmente (ainda que tal não esteja normativamente previsto no Tratado CE), as regras (proibições) de *per se* relativamente a alguns comportamentos, quando praticados pelas empresas dominantes.

2.9 – A (doutrina da) “responsabilidade especial” das empresas em posição dominante.

231. Ilustrando, ainda, a perspectiva que, sobre o que seja o abuso, vai sendo seguida pela jurisprudência do Tribunal de Justiça e pela prática (e

⁸²⁵ Pelo menos parcial e como ponto de partida (como resulta claramente, por exemplo, do Acórdão *Hoffman – La Roche*) para o entendimento do que seja o abuso.

política) da Comissão Europeia, importa referir a denominada *doutrina da responsabilidade especial das empresas em posição dominante* ("special responsibility") – doutrina esta que vem sendo afirmada (e praticada) pelo Tribunal de Justiça, explicitamente, desde 1983, e sempre reafirmada pela Comissão⁸²⁶.

Na realidade, esta doutrina ancora-se e reflecte, ainda, a posição de princípio tendencialmente pró-objectiva do abuso de estrutura, que tem vindo a ser característica (como foi anteriormente exposto) da jurisprudência do Tribunal de Justiça e do Tribunal de Primeira Instância.

Mencionamos, atrás, o ano de 1983, na medida em que foi no Acórdão do Tribunal de Justiça de 9 de Novembro de 1983, Acórdão *Michelin I*, que, de uma forma directa se afirmou que:

«(...) la constatation de l'existence d'une position dominante n'implique en soi aucun reproche à l'égard de l'entreprise concernée, mais signifie seulement qu'il incombe a celle-ci, *indépendamment des cause d'une telle position*, une *responsabilité particulière* de ne pas porter atteinte par son comportement a une concurrence effective et non faussée dans le Marché Commun⁸²⁷»

⁸²⁶ Veja-se, por exemplo e mais recentemente, o documento da Comissão contendo as orientações em matéria de aplicação do artigo 82º do Tratado CE aos abusos de exclusão, publicado em Dezembro de 2008, na sequência do *Discussion Paper* de 2005. Nesse documento pode ler-se, logo no respectivo ponto 1. (*Introduction*) que: "the undertaking concerned has a *special responsibility* not to allow its conduct to impair genuine undistorted competition on the common market". Esta afirmação repete-se no ponto 9. do mesmo documento - de resto com um elenar de jurisprudência relevante, efectuado em nota (2) – onde se lê que " (...) according to the case-law, holding a dominant position confers a special responsibility on the firm concerned" - *Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82 EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings*, publicadas pela Comissão em 3 de Dezembro de 2008 (COM 2008 – ainda em *draft* divulgado na *Internet*, em <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/guidance.pdf>)

⁸²⁷ Acórdão do Tribunal de Justiça de 09.11.1983, *Michelin (I)*, Processo 322/81, *Rec.* 3461, considerando 57. Sublinhamos quer a expressão (sintomática) "independentemente das causas dessa posição (dominante) " quer a expressão "responsabilidade particular" (naturalmente,

Seguidamente, no mesmo Acórdão, o Tribunal de Justiça esclarece o pano de fundo que subjaz ao seu entendimento de abuso (tendencialmente, abuso de estrutura), declarando que:

« (...) L'article 86 (actual artigo 82º) vise les comportements qui sont de nature a influencer la structure d'un marché ou, a la suite précisément de la présence de l'entreprise en question (recorde-se, uma empresa em posição dominante), le degré de concurrence est déjà affaibli et qui ont pour effet de faire obstacle, par le recours a des moyens différents de ceux qui gouvernent une compétition normale des produits ou services sur la base des prestations des operateurs économiques, au maintien du degré de concurrence existant encore sur le marché ou au développement de cette concurrence.⁸²⁸»

232. Ulteriormente, no Acórdão do Tribunal de Justiça de 16 de Março de 2000, Acórdão *Compagnie Maritime Belge*, reafirma-se a ideia da especial responsabilidade da empresa dominante, confirmando o sentido anteriormente mencionado - ou seja, tal empresa, porque está em posição dominante, independentemente da forma como a alcançou, não poderá adoptar comportamentos dos quais resulte uma diminuição do nível de concorrência existente nesse mercado (nível esse que, já de si, será reduzido em função da presença de uma empresa em posição dominante).

Noutros termos ainda, tal empresa não poderá, porque é dominante, empregar meios diferentes daqueles que são ditados por uma "concorrência normal", entendendo-se, então, que os meios ou comportamentos diferentes daqueles que são ditados por uma "concorrência normal" conduzem, num mercado em que se movimenta uma empresa dominante, a uma diminuição do nível concorrencial existente.

Antes de criticarmos o significado e a formulação desta doutrina, importa atentar no que é reafirmado pelo Tribunal de Justiça, no Acórdão *Compagnie Maritime Belge*:

dessa empresa em posição dominante, sendo certo que as causas dessa posição no mercado são irrelevantes para a assumpção de tal responsabilidade)

⁸²⁸ Acórdão *Michelin* (I), considerando 70.

“(…) o artigo (82º) faz pesar sobre uma empresa em posição dominante, independentemente das causas dessa posição, a especial responsabilidade de não afectar pelo seu comportamento uma concorrência efectiva e não falseada no mercado comum (...) Fica, assim, abrangido pela esfera de aplicação do artigo (82º) qualquer comportamento de uma empresa em posição dominante, susceptível de constituir obstáculo à manutenção ou ao desenvolvimento do grau de concorrência existente num mercado onde, como consequência precisamente da presença dessa empresa, a concorrência está já enfraquecida.

(…) se a existência de uma posição dominante não priva uma empresa (...) de salvaguardar os seus próprios interesses comerciais quando estes estiverem ameaçados, e se essa empresa tem a faculdade, dentro dos limites do razoável de praticar os actos que considere apropriados para proteger os seus interesses, não podem no entanto admitir-se tais comportamentos quando tenham por objectivo reforçar essa posição dominante e abusar dela⁸²⁹”.

Esta doutrina da responsabilidade especial das empresas em posição dominante é também pressuposta no caso *Microsoft* – nomeadamente, na posição do Tribunal de Primeira Instância, no seu Acórdão de 17 de Setembro de 2007, Acórdão *Microsoft*⁸³⁰. Com efeito, neste Acórdão relativo a um dos processos do caso *Microsoft* (Processo T – 201/04) que teve por objecto um pedido de anulação, nos termos do artigo 230º do Tratado CE, da Decisão da Comissão, de 24 de Maio de 2006⁸³¹, reiteram-se as linhas seguidas pela jurisprudência antecedente no que respeita a este dever ou especial responsabilidade das empresas em posição dominante, afirmando o Tribunal que:

⁸²⁹ Acórdão do Tribunal de Justiça de 16.03.2000, *Compagnie Maritime Belge*, Processo C – 395/96, Colect. p. I – 1365); considerandos 106 e 107.

⁸³⁰ Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 17.09.2007, *Microsoft*, Processo T – 201/04, Jornal Oficial nº C – 269, 10.11.2007, p. 45.

⁸³¹ Decisão da Comissão de 24 de Maio de 2006, relativa a um processo nos termos do artigo 82.º do Tratado CE e do artigo 54.º do Acordo EEE contra a *Microsoft Corporation* (Processo COMP/C-3/37.792 – *Microsoft*), Jornal Oficial nº L 32, p. 23.

(...) O artigo 82º do Tratado CE aplica-se, com efeito, ao comportamento de um ou vários operadores económicos, que consiste no facto de se explorar de modo abusivo uma situação de poder económico que permite ao operador em causa impedir a manutenção de uma concorrência efectiva no mercado em causa, ao proporcionar-lhe a possibilidade de adoptar comportamentos independentes, em medida apreciável, face aos seus concorrentes, aos seus clientes e, finalmente, aos consumidores (Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de Justiça de 16 de Março de 2000, *Compagnie maritime belge transports* e Comissão, C-395/96 P e C-396/96 P, Colect., p. I-1365, n.º 34). Deve recordar-se igualmente que, embora a conclusão de que uma empresa está em posição dominante não constitua, em si mesma, nenhuma censura a essa empresa, incumbe, no entanto, a esta última, independentemente das causas dessa posição, *a responsabilidade especial de não impedir, através do seu comportamento, uma concorrência efectiva e não falseada no mercado comum* (Acórdão do Tribunal de Justiça de 9 de Novembro de 1983, *Michelin/Comissão*, 322/81, *Recueil*, p. 3461, n.º 57, e Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 7 de Outubro de 1999, *Irish Sugar/Comissão*, T-228/97, Colect., p. II-2969, n.º 112). Ora, uma vez que está demonstrado, no caso em apreço, que o grau de interoperabilidade existente não permite que os criadores de sistemas operativos para servidores concorrentes da *Microsoft* permaneçam de modo viável no mercado desses sistemas operativos, há um impedimento à manutenção de uma concorrência efectiva nesse mercado⁸³²”.

A doutrina da responsabilidade especial da empresa dominante acaba por alinhar (e sublinhar) o entendimento pró-objectivo de abuso que tem vindo a ser seguido pelo Tribunal e pela prática da Comissão.

Impõe-se, na lógica desta especial responsabilidade que se gera pelo simples facto de uma empresa ocupar uma posição dominante no seu mercado,

⁸³² Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 17.09.2007, *Microsoft*, considerando 229, sublinhando-se a formulação do Tribunal relativa à “responsabilidade especial” da empresa em posição dominante de *não impedir* uma concorrência efectiva.

uma espécie de *dever geral de conduta concorrencial*⁸³³, parametrizado pelo recurso a métodos ou “meios normais de concorrência”. Independentemente do que se entenda, nas situações concretas, por meios normais de concorrência, esta posição parte, de facto, de uma cosmovisão eminentemente estruturalista, tributária do paradigma *Estrutura – Comportamento – Resultado*⁸³⁴. Reflecte, também, a influência de uma concepção ordoliberal e o seu postulado da conveniência de uma ordem equilibrada, antecipadamente estruturada⁸³⁵ - sendo certo que é, precisamente, a manutenção de tal estrutura (uma estrutura concorrencial) que emerge como bem jurídico a proteger.

233. Um dos problemas que se levanta a propósito desta doutrina e corrente jurisprudencial, prende-se, precisamente, com aquilo que, em cada situação, pode ser entendido como um meio ou comportamento comercial de acordo com os padrões de uma normal concorrência.

No enunciado de princípio, expresso pelo Tribunal de Justiça, verifica-se, com efeito, a tentativa de limitar a actuação defensiva das empresas em posição dominante, de protecção dos seus legítimos interesses comerciais, a métodos que se justifiquem à luz dos procedimentos normais de concorrência. Recorde-se, novamente, o considerando 107 do Acórdão *Compagnie maritime belge, supra* transcrito, no qual se contrapõe, por um lado, a “salvaguarda (d)os (...) interesses comerciais, quando estes estiverem ameaçados” e, por outro, o facto de, apesar de tudo (ou seja, apesar da legitimidade dessa salvaguarda), a empresa dominante não poder adoptar comportamentos que não sejam, nas palavras do Tribunal, razoáveis, a saber e ainda segundo a própria clarificação feita nesse Acórdão, “quando (estes) tenham por objectivo reforçar essa posição dominante ou abusar dela”.

⁸³³ MIGUEL MOURA E SILVA, *ob. cit.* (*Direito da Concorrência...*), p. 667.

⁸³⁴ Ver *supra*, ponto 20.

⁸³⁵ A “designed order”, na expressão de G. AMATO, *Antitrust and the Bounds of Power*, Hart Publishing, Oxford, 1997 e de D. J. GERBER, *Law and Competition in Twentieth Century Europa: Protecting Prometheus*, Oxford University Press, Oxford, 1998, *apud* MASSIMILIANO VATIERI, *ob. cit.* (*An Explanation of Market Dominances*).

Torna-se difícil esboçar um critério geral de qualificação dos comportamentos comerciais das empresas em posição dominante como sendo – ou não – conforme a este dever geral de conduta. Não parece ser clara, portanto, a linha de fronteira entre aquilo que possam ser comportamentos concorrencialmente normais de protecção dos próprios interesses legítimos das empresas em posição dominante e os hipotéticos comportamentos anormais e, portanto, abusivos.

A empresa em posição dominante, em suma e nesta perspectiva que tem vindo a ser seguida e solidificada pela prática da Comissão e pela jurisprudência do Tribunal de Justiça, deverá subordinar a sua actuação a dois imperativos: ela não deverá alterar ou pôr em risco a estrutura concorrencial (existente) do mercado e, por outro lado, ela deverá justificar o seu comportamento em função de um interesse concorrencial legítimo. No fundo, em concreto, a verificação do que seja um comportamento subsumível aos “meios normais de concorrência” passará pela verificação destes dois imperativos.

Alargando, no entanto, os horizontes da nossa análise, estes dois imperativos acabarão por ser exigíveis quer às empresas em posição dominante quer a qualquer outra empresa que, no seu mercado relevante, não detenha esse qualificado e significativo *market power*. Sucede que a jurisprudência do Tribunal de Justiça tem entendido que, especialmente no que diga respeito a situações em que se verifique um reforço da posição dominante existente ou a tentativa de introduzir a empresa dominante em novos mercados, deverão ser impostas condições acrescidas e mais exigentes para que tais condutas não sejam consideradas violadoras o artigo 82º do Tratado CE.

Assim e seguindo, em parte, a síntese exemplificativa de MALAURIE – VIGNAL⁸³⁶, podemos dizer que, relativamente ao primeiro imperativo atrás enunciado (e comum, quer às empresas dominantes quer às empresas que não dispõem de tal posição de domínio nos seus mercados), uma empresa dominante poderá adoptar a política económica, comercial ou financeira que entenda, desde que não imponha, aos seus concorrentes, a saída desse

⁸³⁶ MARIE MALAURIE – VIGNAL, *ob. cit.*, p. 200 – 2005.

mercado. Ainda relativamente ao primeiro imperativo referido (necessidade de não pôr em risco a estrutura concorrencial existente no mercado), MALAURIE – VIGNAL, apoiando-se no exemplo da ordem jurídica francesa⁸³⁷ - que, neste ponto, segue de muito perto o entendimento e a prática habituais das Instituições da União Europeia - refere o caso da escolha de um determinado circuito de distribuição, por parte de uma empresa em posição dominante: o facto de tal empresa impor contratualmente aos seus revendedores o estatuto de depositários poderá constituir um obstáculo ao normal funcionamento da concorrência (nesse mercado), reduzindo significativamente a concorrência pelos preços, na medida em que tais revendedores (depositários) poderão ter que se sujeitar a um determinado preço (fixo, mínimo ou máximo) de revenda.

Relativamente ao segundo imperativo atrás referido (a saber, a necessidade de a empresa dominante – assim como qualquer outra - justificar o seu comportamento em função de um interesse concorrencial legítimo), podemos novamente invocar a título ilustrativo, o Acórdão do Tribunal de Primeira Instância *Irish Sugar*⁸³⁸, quando nele se declara explicitamente que a existência de uma posição dominante não inibe a empresa em causa de proteger os seus próprios interesses comerciais.

No entanto, nesse Acórdão, acrescenta-se, também e por outro lado, não ser admissível que a empresa dominante adopte comportamentos que tenham por objectivo reforçar essa mesma posição de que dispõe, dela abusando. Dito de outro modo, a empresa dominante não deverá adoptar um comportamento que signifique o reforço da sua posição dominante, na medida em que tal comportamento nunca poderá ser entendido como legítimo e proporcional à protecção/defesa dos seus interesses comerciais.

⁸³⁷ Parecer da *Commission de la Concurrence* de 26 de Abril de 1979, *Marché des gaz industriels et du gaz carbonique*, Recueil Lamy, nº 146, *apud* MALAURIE – VIGNAL, *ob. cit.*, p. 200.

⁸³⁸ Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 07.10.1999, *Irish Sugar*, Processo T – 228/97, Rec. 2969.

Igualmente, no Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 22 de Novembro de 2001, *AAMS (Amnistationi Antonma di Monopoli di Stato)*, o Tribunal declarou, a propósito da criação de um circuito de distribuição de cigarros em Itália, alternativo àquele que existia e que era detido por uma empresa em posição dominante (resultante, de resto, de um antecedente monopólio legal de distribuição) que:

« En tout état de cause, s'il est exact que la détention par une entreprise d'une position dominante sur un marché donné ne saurait priver celle-ci du droit de préserver ses propres intérêts commerciaux, lorsque ceux-ci sont attaqués, et qu'il est nécessaire de lui accorder, dans une mesure raisonnable, la faculté d'accomplir les actes qu'elle juge appropriés en vue de protéger ses intérêts, l'AAMS *n'a pas établi à suffisance de droit* que l'ensemble des clauses susvisées étaient nécessaires afin de protéger ses intérêts commerciaux et d'éviter le risque de surcharge de son réseau de distribution et le risque financier résultant d'une durée excessive de stockage dans ses dépôts des cigarettes non commandées par les détaillants». ⁸³⁹

No Acórdão *AAMS*, estavam, com efeito, em causa, algumas cláusulas de um contrato de distribuição de cigarros, impostas pelo distribuidor/empresa em posição dominante (a *AAMS*, distribuidora no mercado Italiano), aos seus fornecedores.

Essas cláusulas estipulavam, por exemplo, prazos para a introdução de novas marcas no mercado, *plafonds*/quantidades anuais e mensais de encomendas de novos produtos/cigarros de novas marcas a distribuir e cláusulas relativas à apresentação e controle de novos produtos/marcas de cigarros - cláusulas essas que, na óptica da Comissão e do Tribunal, limitavam a liberdade empresarial das empresas fornecedoras e contribuía, injustificadamente, para que a *AAMS* reforçasse a sua posição dominante. Quer dizer, para o Tribunal esteve em causa um comportamento injustificado – logo, não fundamentado num interesse comercial legítimo - na medida em que tais cláusulas não se revelavam necessárias para a protecção dos interesses

⁸³⁹ Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 22.11. 2001, *AAMS - Amnistationi Antonma di Monopoli di Stato*, Processo T – 139/98, Rec. II – 3413, considerando 79.

comerciais do distribuidor/AAMS ou para evitar o risco de sobrecarga do seu circuito de distribuição.

É, ainda, de salientar que o ónus da prova relativamente ao carácter necessário de tais limitações contratuais, para a eventual salvaguarda de interesses legítimos da empresa dominante, recaía sobre esta (*l'AAMS n'a pas établi à suffisance de droit...*).

234. Dissemos que comportamentos tendentes ao reforço da posição dominante existente ou à tentativa de introduzir a empresa dominante em novos mercados estariam sujeitos a condições especialmente restritivas, para que não fossem considerados violadores do artigo 82º do Tratado CE.

Tentando deduzir, tanto quanto isso é possível, o rumo seguido pela jurisprudência do Tribunal de Justiça, poderemos dizer que a empresa em posição dominante não pode seguir uma lógica de pura oportunidade económica. Se bem que, em sede de afirmação de princípio, seja possível dizer que uma empresa em posição dominante poderá, face à concorrência (actual ou potencial) de um novo agente que chega ao seu mercado, defender a sua posição e até tentar expandir a sua quota de mercado, o facto é que se sujeitam estes comportamentos à lógica da estrita "concorrência pelo mérito" ou da "concorrência normal", sem que o Tribunal seja muito generoso (para as empresas em posição dominante) na concretização do significado destes conceitos abertos e gerais.

Em certas circunstâncias e em certos casos (frequentes) – como, por exemplo, aqueles que suscitaram os Acórdãos *Compagnie maritime belge* e *Akzo* – o reforço da posição dominante já é considerado, em si mesmo, abusivo, se, à luz daquilo que seriam as condições normais do mercado e dos comportamentos das empresas, tal reforço é (de acordo com esse parâmetro de normalidade) injustificado por ser anormal. Repita-se, isto mesmo que numa estrita lógica económica e comercial, esse comportamento conducente ao reforço da posição dominante existente seja compreensível e justificado.

Este entendimento da jurisprudência comunitária tem-se estendido também àquelas situações (*vg.* caso *Akzo* – Acórdão do Tribunal de Justiça de 3

de Julho de 1991) em que a empresa dominante tenta implantar-se num novo mercado (reforçando, indirectamente, a sua posição no mercado inicial em questão), não se considerando, assim, como justificação relevante e procedente a lógica de oportunidade económica, mas apenas o mérito ou os “procedimentos normais de concorrência”.

Em princípio, deixando cair as possíveis justificações decorrentes da oportunidade económica e negocial, será sempre difícil ou, no mínimo, artificial, conseguir-se uma justificação decorrente exclusivamente do que se possa entender pelo mérito e pela “normal concorrência”, sobretudo se o critério para a concretização destes conceitos gerais acaba por ser o comportamento normal e histórico, das empresas naquele mercado.

2.10 – Abusos de exclusão vs. Abusos de exploração. A preocupação prioritária com os Abusos de Exclusão.

235. O dever geral de conduta resultante, nos termos atrás referidos, da denominada doutrina da responsabilidade especial e que acaba por limitar a margem de manobra que as empresas dominantes têm para protegerem os seus interesses, poderá relacionar-se estreitamente com a preocupação que, desde sempre, a Comissão e o Tribunal têm manifestado relativamente aos *abusos de exclusão*.

Como afirma WILLIAMSON, “market power arguments can be brought to bear on organizational innovation in two ways. One is that possessors of market power simply prefer certain organizational arrangements. The second is that organization is used strategically as an impediment to rival⁸⁴⁰”.

Ora, esta última utilização, pelas empresas dominantes, do respectivo *market power*, para estrategicamente condicionarem o mercado em função dos seus interesses, impedindo o acesso de novos concorrentes, insere-se, na

⁸⁴⁰ OLIVER E. WILLIAMSON, *The Economic Institutions of Capitalism. Firms, markets and Relational Contracting*, The Free Press, New York, 1985, p. 125, *apud* VATIERO, *ob. cit.*. Também parcialmente disponível na *Internet*: [http://www.sp.uconn.edu/~langlois/Williamson%20\(1985\),%20chapter%201.pdf](http://www.sp.uconn.edu/~langlois/Williamson%20(1985),%20chapter%201.pdf) (2008).

perspectiva da Comissão e, de um modo geral, das autoridades de concorrência, na lógica do que é um de abuso de exclusão.

236. Há, com efeito e relativamente aos comportamentos abusivos, uma clássica separação que tende a distinguir e a classificar, na *perspectiva do comportamento* praticado pelas empresas (nomeadamente, pelas empresas em posição dominante), os *abusos de exploração* dos *abusos de exclusão*.

Os primeiros manifestar-se-ão através de comportamentos que relacionam directamente a empresa dominante e os seus fornecedores ou clientes, aqueles abusos que, na expressão de WILLIAMSON, traduzem um determinado “organizational arrangement”, vislumbrando-se, portanto, num plano vertical de relacionamento comercial entre a empresa em posição dominante e os seus co-contratantes, assim *explorados*⁸⁴¹.

Os *abusos de exclusão* serão, por outro lado, aqueles que traduzem uma acção da empresa dominante sobre a própria estrutura do mercado relevante, permitindo-lhe limitar ou anular a concorrência (não só actual, como potencial), ocorrendo em relações negociais de tipo horizontal⁸⁴².

⁸⁴¹ “Exploitive abuses (abusos de exploração) can be defined as attempts by a dominant undertaking to exploit the opportunities provided by its market strength in order to harm customers directly” – CARLES ESTEVA MOSSO / STEPHAN A. RYAN, Article 82 – *Abuse of a Dominant Position*, in JONATHAN FAULL and ALI NIKPAY (eds), *The EC Law of Competition*, Oxford University Press, New York, 1999, p. 146 – *apud* PINAR AKMAN, *Searching for the Long – Lost Soul of Article 82EC*, CCP Working Paper 07 – 5, Centre for Competition Policy and School of Law, University of East Anglia, Norwich, December 2007, p. 6. Também disponível, na *Internet*, em: (*Available at SSRN*): <http://ssrn.com/abstract=977221> (Dezembro 2008). Importa notar, contudo, que foi já editada, em 2007, a *2econd Edition* de J FALL and A NIKPAY (eds), *The EC Law of Competition*, na qual o texto referido de MOSSO e RYAN, é também assinado por SVEND ALBAK e MARIA LUISA TIerno CENTELLA (*Article 82*, p. 313)

⁸⁴² “(...) Exclusionary abuses (abusos de exclusão) are those practices, not based on normal business performance, which seek to harm the competitive position of the dominant undertaking’s competitors or to exclude them from the market altogether” - C.E. MOSSO / S. RYAN, *ob. cit.*, (Article 82...), *apud* PINAR AKMAN, *Searching for the Long-Lost Soul ...* Segundo o enunciado da Comissão, no seu *Discussion Paper on the Application of Article 82 of the Treaty*

No âmbito dos abusos de exploração cabem comportamentos que consistem, por exemplo, na fixação, pela empresa dominante, de preços excessivos aos seus clientes ou na imposição de preços anormalmente desajustados (por exemplo, excessivamente baixos), em relação às utilidades adquiridas aos seus fornecedores que, por falta de alternativa, não podem deixar de contratar com a empresa em posição dominante.

Exemplificando, ainda, esta categoria dos abusos de exploração, podemos referir a fixação de condições especialmente desvantajosas de venda, a obrigação de encomendas mínimas ou de *stocks* obrigatórios, assim como a imposição de obrigações acessórias anormais para aceitar contratar.

Muitos dos comportamentos típicos perseguidos pelo artigo 81º (ou, generalizando e ultrapassando os quadros do Tratado CE, muitos dos comportamentos de entente) ilustram frequentemente e quando levados a cabo por empresas em posição dominante, este tipo de abuso (de exploração).

Os abusos de exclusão, por seu turno, podem consistir na prática de preços predatórios ou de preços excessivos, com o intuito de tornar pouco ou nada atractiva a (possível) entrada no mercado de potenciais concorrentes ou de se ocultar (no caso particular de preços excessivos) o nível real da procura (a curva da procura) no mercado em causa, dificultando, assim, a posição e a pretensão de acesso àquele mercado por parte de potenciais concorrentes. Em certos casos, serão também considerados abusos de exclusão comportamentos

to exclusionary abuses, de Dezembro de 2005, p.4, os abusos de exclusão são definidos nos seguintes termos:

“By exclusionary abuses are meant behaviours by dominant firms which are likely to have a foreclosure effect on the market, i.e. which are likely to completely or partially deny profitable expansion in or access to a market to actual or potential competitors and which ultimately harm consumers. Foreclosure may discourage entry or expansion of rivals or encourage their exit.”.

O acento tónico, para a Comissão, reside, portanto, por um lado, no acesso (ou na sua impossibilidade) ao Mercado respectivo, por parte de concorrentes (actuais ou potenciais) da empresa dominante e, por outro lado, no dano para os consumidores daí resultante. Veremos, adiante, como se tem vindo a equacionar – pelo menos, segundo o discurso da Comissão – a questão do dano aos consumidores e, ainda, para efeito de aplicação do artigo 82º do Tratado CE, como deverá entender-se o conceito de consumidor.

como, designadamente, a prática de descontos anormais, direccionados estrategicamente para a fidelização de clientes (*targeting costumers*), com a intenção de excluir concorrentes actuais ou potenciais⁸⁴³.

A questão dos preços, a sua fixação, pode, portanto, materializar quer um abuso de exploração quer um abuso de exclusão; no entanto, verifica-se existir uma particular focalização das autoridades da concorrência (nomeadamente, da Comissão), nos abusos que são levados a cabo através dos preços⁸⁴⁴.

Como refere MOURA E SILVA, "o documento dos serviços da DG COMP (Direcção Geral da Concorrência) sobre abusos de exclusão assenta no estabelecimento de diferentes metodologias de concretização da abordagem (aos abusos de posição dominante) centrada nos efeitos consoante o abuso se refira ou não aos preços⁸⁴⁵".

O aludido documento da DG COMP (Direcção Geral da Concorrência – Comissão Europeia) é o *Documento sobre a aplicação do artigo 82º do Tratado*

⁸⁴³ Ver os exemplos de práticas de exclusão (nomeadamente, os preços predadores e os descontos) tidos por "strategic pricing leading to exclusion of a competitor", enunciados e comentados na perspectiva (crítica) da determinação de um critério de prova (*standard of proof*), para efeito de aplicação do artigo 82º do Tratado CE, por ALBERTO PERA e VITO AURICCHIO, *Consumer Welfare, Standard of Proof and the Objectives of Competition Policy*, in ENRICO ADRIANI RAFFAELLI (edited by/ a cura di) - *Antitrust Between EC Law and National Law / Antitrust Fra Diritto Nazionale e Diritto Comunitario*, Bruylant / Giuffrè Ed., Bruxelles / Milano, 2005, p. 373.

⁸⁴⁴ Para MOURA E SILVA, "A *summa divisio* em direito da concorrência é a que distingue os abusos relativos aos preços dos abusos que incidem sobre outros parâmetros da concorrência. (...) o documento dos serviços da DG CPMP sobre abusos de exclusão assenta no estabelecimento de diferentes metodologias de concretização da abordagem centrada nos efeitos económicos consoante o abuso se refira ou não aos preços. A razão de ser desta qualificação radica na ideia de que os abusos em matéria de preços se prestam a uma mais fácil identificação mediante a aplicação do critério do concorrente igualmente eficiente (*as efficient competitor*)" – MIGUEL MOURA E SILVA, *ob. cit., Direito da Concorrência...*, p. 669 e 670. Voltaremos, *infra*, a esta questão, a propósito dos abusos em matéria de preços e do critério referido ("as efficient competitor").

⁸⁴⁵ MIGUEL MORA E SILVA, *ob. cit., (Direito da Concorrência ...)*, p. 669-670.

CE aos abusos de exclusão, publicado pela Comissão em Dezembro de 2005⁸⁴⁶. Este documento (*Discussion Paper*) esteve sujeito a consulta pública até 31 de Março de 2006, tendo resultado, por seu turno, de um estudo/parecer, publicado em Julho de 2005, intitulado *An economic approach to Article 82* e elaborado - também por solicitação da Comissão - pelo *Economic Advisory Group for Competition Policy* (EAGCP)⁸⁴⁷. Regressaremos ulteriormente e com mais detalhe a estes documentos, assim como abordaremos também a Comunicação da Comissão de 3 de Dezembro de 2008, intitulada *Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82 EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings*⁸⁴⁸ que acaba por estabelecer, na sequência dos referidos estudo e *Discussion Paper* de 2005, as orientações adoptadas mais recentemente pela Comissão, em matéria de aplicação do artigo 82º do Tratado.

Os abusos de exclusão são mais difíceis de detectar, na medida em que acabam, muitas vezes, por produzir efeitos (estruturalmente) anticoncorrenciais difusos, indirectos e de dificuldade acrescida em matéria de prova. São também, de um modo geral e como referimos, aqueles que suscitam mais preocupações por parte da Comissão e das autoridades de concorrência – o que, no fundo, se compreende, na medida em que o paradigma ainda dominante acaba por ser tendencialmente pró-estruturalista (ver, *supra*, a própria concepção de abuso – eminentemente, abuso de estrutura – desenvolvido e solidificado pela jurisprudência do Tribunal de Justiça e do

⁸⁴⁶ *DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses*, Brussels December 2005, disponível na *Internet*, entre outros endereços, em: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>

⁸⁴⁷ ECONOMIC ADVISORY GROUP ON COMPETITION POLICY / PATRICK REY (Coordinator) - *An Economic Approach to Article 82*, Julho de 2005, disponível *on-line* (2008) em: http://ec.europa.eu/comm/competition/publications/studies/eagcp_july_21_05.pdf

⁸⁴⁸ Comunicação da Comissão intitulada *Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82 EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings*, cujo *draft* (versão provisória apenas em língua inglesa e ainda não publicada no Jornal Oficial) é datado de 3 de Dezembro de 2008, COM (2008), disponível na *Internet* em <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/guidance.pdf>

Tribunal de Primeira Instância, nomeadamente, a partir do Acórdão *Hoffman – La Roche*).

237. Na realidade, contudo, os abusos de exploração e os abusos de exclusão estão, em grande medida e num número considerável de situações concretas, inter-ligados, circularmente conectados.

Eliminando um potencial concorrente, uma empresa em posição dominante acaba por reforçar, pelo menos indirectamente, a sua capacidade de exploração dos seus clientes e fornecedores, reduzindo-lhes (pelo menos potencialmente) as suas alternativas de escolha. De igual modo, poder-se-á dizer que quanto mais capacidade de exploração relativamente aos seus clientes e fornecedores tiver a empresa dominante, mais reforçará o seu *market power* e, conseqüentemente, de um modo mais fácil poderá, então, praticar abusos de exclusão, incidindo eficazmente sobre a estrutura concorrencial do mercado em causa. Quanto mais uma empresa dominante reforça o seu *market power*, mais possibilidades existem de emergir, naquele mercado relevante, uma situação de fácil manipulação da respectiva estrutura concorrencial, por exemplo, com intuitos de criação, solidificação e desfrute de um efectivo monopólio. É, neste sentido, que a ordem jurídica norte – americana, em particular a *Section 2* do *Sherman Act*, proíbe a “monopolização” ou a “tentativa de monopolizar”.⁸⁴⁹

⁸⁴⁹ “Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine (...)” – já transcrito *supra*, no texto, em 15. Ver, neste sentido, a saber, a lógica da circularidade ou da *substituibilidade* (MOURA E SILVA, *ob. cit.*, *Direito da Concorrência...*, p. 669) os abusos de exploração e de exclusão e a razão de ser da proibição consagrada nos termos da *Section 2, do Sherman Act* norte – americano, PIER LUIGI PARCU, *European Dominant Position and American Monopolization: a Unifying Approach from Basic Game Theory*, in Banca Nazionale del Lavoro Quarterly Review, Jun 2006, disponível na Internet (2008): http://findarticles.com/p/articles/mi_qa5480/is_200606/ai_n21405736/. A versão de 2005 deste artigo de PARCU é também citada por VATIERO, *ob. cit.* (*An Explanation...*).

Assim, neste ponto e a propósito da doutrina comunitária da responsabilidade especial das empresas em posição dominante, pode estabelecer-se um paralelismo entre o direito (e a jurisprudência) europeu de *defesa da concorrência* e o direito *antitrust* norte-americano: ambos tentam dissuadir tal circularidade entre as práticas de exploração e de exclusão através, respectivamente, da proibição de “attempt to monopolize” (*Sherman Act* norte – americano) e da doutrina da responsabilidade especial das empresas dominantes (Direito Comunitário).

Encarado sob o prisma desta responsabilidade especial (europeia), há uma convergência, afinal, entre a *Section 2 do Sherman Act* e o artigo 82º do Tratado CE.

238. Uma cosmovisão do funcionamento dos mercados e da concorrência influenciada pelo pensamento ordoliberal e adoptando como pressuposto metodológico de análise e de avaliação do carácter anticoncorrencial (e, portanto, da ilicitude) dos comportamentos das empresas dominantes (e não só) o paradigma *Estrutura – Comportamento – Resultado*, terá, conseqüentemente, como preocupação mais aguda, a dissuasão dos denominados abusos de exclusão (que incidem directamente sobre a estrutura concorrencial do mercado).

Esta preocupação prioritária da Comissão está também em consonância com uma das influências marcantes do conceito de abuso, tal como vem sendo desenvolvido pela jurisprudência comunitária em matéria de aplicação do artigo 82º do Tratado CE: a influência do Direito da concorrência alemão. Com efeito, a doutrina refere, habitualmente, o facto de o conceito jurisprudencial de abuso (coincidente, de resto, com o entendimento que tem sido manifestado pela Comissão) inspirar-se, também, no conceito de *BehinderungsmiBbrauch* (comportamento que limita significativamente os concorrentes, clientes ou fornecedores nas suas actividades competitivas sem uma causa justificativa, afectando, desse modo, a estrutura competitiva).

A jurisprudência alemã, na realidade, restringe a aplicação deste conceito apenas ao comportamento das empresas em posição dominante que ponham

em causa uma concorrência efectiva (*Nichtleistungswettbewerb*) e que, além disso e por isso mesmo, acabem por afectar também a própria estrutura do mercado⁸⁵⁰.

239. Há, assim, *aparentemente*, um fio condutor lógico que liga o conceito de abuso de estrutura (consagrado como ponto de partida para a definição de abuso formulada pela jurisprudência comunitária), as preocupações da Comissão centradas prioritariamente nos denominados abusos de exclusão (que, dado o seu carácter difuso ou indirecto, mais facilmente poderão vislumbrar-se seguindo-se o conceito objectivo ou estrutural de abuso) e a cosmovisão ordoliberal (preocupada em manter uma *concorrência estruturalmente ordenada*, uma vez que esta⁸⁵¹ é entendida como sendo quer uma garantia quer um factor de desenvolvimento da liberdade económica).

Neste contexto, compreende-se que, em muitas situações, as decisões comunitárias acabem por considerar abusiva, de um modo quase *automático*, qualquer comportamento de uma empresa em posição dominante que tenha por objecto a eliminação de um concorrente, mesmo que tal comportamento não seja, em concreto, idóneo para a produção de tal resultado.

Como já referimos anteriormente, o Tribunal de Justiça e o Tribunal de Primeira Instância não consideraram, em muitos casos, necessário demonstrar que um determinado comportamento conduziria, efectivamente, a tal resultado lesivo porventura pretendido pela empresa dominante, bastando-se, para a aplicação do artigo 82º do Tratado CE, com a simples verificação do carácter anticoncorrencial do objecto de tal comportamento⁸⁵².

No fundo, como pudemos salientar, existe, para a jurisprudência comunitária, a presunção de que um comportamento com um objectivo de exclusão, porque praticado por uma empresa dominante, será, desde logo, susceptível de produzir esse resultado.

⁸⁵⁰ MOURA E SILVA, *ob. cit.*, (*Direito da Concorrência...*), p. 666.

⁸⁵¹ Em rigor, o funcionamento (ordenado) do mercado em concorrência, ou seja, uma *ordem* concorrencial.

⁸⁵² Acórdãos *Compagnie maritime belge, Michelin II* e *British Airways*, *supra* abordados.

Relembremos aquilo que já salientamos a propósito do Acórdão *Michelin II*: o Tribunal de Primeira Instância entendeu que se o objecto de um comportamento é o de lesar a concorrência, então esse comportamento será, de *per se*, susceptível de produzir tal efeito, acabando, portanto e através desta presunção, por equiparar automaticamente *objecto* a *efeito*.

A desconsideração dos efeitos e a conseqüente suficiência do objecto da conduta da empresa dominante, em sede de aplicação do artigo 82º do Tratado CE, conduzem, frequentemente, a proibições formais e automáticas de certos comportamentos das empresas, ou seja, à metodologia das proibições de *per se*.

Essa desconsideração da idoneidade da conduta das empresas dominantes para excluir, de facto, algum concorrente, faz emergir outra discussão que se desenvolve a propósito da aplicação do artigo 82º do Tratado CE e daquilo que, para este efeito, deve ser considerado como abuso: dever-se-á interpretar o artigo 82º do Tratado CE considerando *o efeito* das condutas em causa, apenas o respectivo *objecto* (como o Tribunal vem fazendo) ou ambos?

Basta a simples intenção de provocar e de tirar partido de um abuso para que o comportamento da empresa em posição dominante seja proibido à luz do artigo 82º do Tratado CE (mesmo que tal comportamento seja, porventura, inidóneo para alcançar tal resultado), ou será necessário considerar para além dessa intenção, ou mesmo independentemente dela, o concreto efeito abusivo produzido?

Como em muitos aspectos da aplicação deste dispositivo do Tratado CE, ainda não foi possível traçar uma linha de rumo clara, assente e solidificada numa prática decisória e jurisprudencial inequívoca.

Capítulo 3º - O *Abuso* de uma posição dominante (cont.): a relevância dos “efeitos da conduta” e o “bem – estar dos consumidores”.

3.1 – A consideração dos efeitos das condutas: efeitos abusivos relativamente a quê/a quem?

240. Começemos por recordar, novamente, as diferenças existentes entre a redacção do artigo 82º e do artigo 81º, ambos do Tratado CE: este refere-se ao dano concorrencial pelo objecto ou, em alternativa, pelo efeito do comportamento, ao passo que o artigo 82º do Tratado apenas menciona a exploração abusiva.

Naturalmente, se a opção a seguir for no sentido de uma abordagem menos estrutural do conceito de abuso e mais comportamental (ou, noutros termos paralelos: se se privilegiar, na aplicação do artigo 82º do Tratado CE, um enfoque mais económico e casuístico, em detrimento de uma abordagem mais formal e apriorística), então, o carácter abusivo de uma conduta dependerá da verificação dos efeitos que ela, efectivamente, produza.

3.2 – O “bem – estar dos consumidores” (noção operativa).

241. Uma das razões justificativas da necessidade de reformar o modo tradicional de aplicação do artigo 82º - excessivamente formalista e insensível a uma *effects-based approach*, segundo uma corrente (dominante?) da doutrina e também, até certo ponto, segundo a própria Comissão, a avaliar pelo discurso oficial recorrente da Comissária Neelie Kroes – tem sido, precisamente, a pouca relevância dada aos efeitos concretos das condutas adoptadas pelas empresas em posição dominante (que conduz, como se assinalou, na prática, a uma espécie de metodologia de proibições de *per se*). Novamente, lembrando a respectiva redacção, o artigo 82º do Tratado CE não nos fornece elementos suficientes para considerar, de forma necessária, os efeitos das condutas das empresas dominantes (nem tão pouco apenas o respectivo objecto, ou ambos): como já referimos, o artigo 82º do Tratado CE apenas se refere à exploração

abusiva de uma posição dominante, sem fixar critérios definitórios do que seja tal exploração abusiva.

Além disso, importa ainda questionar – na hipótese de se pretender impor a consideração dos efeitos dos comportamentos alegadamente abusivos, na aplicação da norma em causa – sobre o quê, ou sobre quem é que tais efeitos se manifestarão relevantemente.

Dito de outro modo, a consideração dos efeitos (abusivos) das condutas (requerida por uma perspectiva de aplicação do artigo 82º do Tratado CE mais casuística e económica) implica que se determine sobre quem ou sobre que realidade é que tais efeitos incidirão.

A conduta abusiva de uma empresa dominante sê-lo-á, por exemplo, porque afecta a própria estrutura concorrencial do mercado, produzindo efeitos de exclusão sobre os concorrentes actuais ou potenciais, ou porque tais efeitos se manifestarão directamente sobre os consumidores, impondo-lhes preços excessivos ou, por hipótese, condições injustificadas para vender (independentemente dos concorrentes)?

No fundo, se os efeitos de uma conduta são abusivo, alguém suportará um dano; o abuso materializar-se-á num dano que será infligido a alguém ou que afectará alguma situação ou interesse.

A este respeito, AKMAN salienta, precisamente, que: "(...) there must be harm to something or someone for Article 82 EC to be applicable. *Abuse* must be understood as harm to something or someone and it can mean harm to competition, harm to competitors, harm to consumers or a combination of these to name few⁸⁵³".

Ora, se atendermos ao discurso adoptado nos últimos anos pela Comissão, o objectivo último das regras comunitárias de defesa da concorrência será a salvaguarda do *bem-estar dos consumidores* (*consumer welfare*). Com efeito, resulta expressamente do *documento sobre a aplicação do artigo 82º do Tratado CE aos abusos de exclusão*, publicado pela Comissão em Dezembro de 2005 (*Discussion Paper* já *supra* referido) que o artigo 82º do Tratado CE tem

⁸⁵³ PINAR AKMAN, *ob. cit.*, (*Consumer Welfare and Article 82EC...*) ., p.3, já anteriormente transcrito. Ver, *supra*, ponto 18.

como desiderato a protecção da concorrência como meio ou instrumento de garantia e de reforço do bem – estar (dos interesses) dos consumidores⁸⁵⁴.

Assim sendo, poderemos pensar que, de acordo com os termos recorrentes do discurso da Comissão sobre a aplicação do artigo 82º do Tratado CE, a impor-se, na interpretação e aplicação deste artigo, a consideração dos efeitos das condutas das empresas dominantes, estes efeitos relevantes serão aqueles que incidem sobre o bem – estar dos consumidores.

Uma conduta será, portanto, nesta linha de raciocínio, abusiva se, tendo sido praticada por uma empresa em situação de posição dominante, os seus efeitos provocam um dano no bem – estar dos consumidores.

242. Esta invocação do bem-estar dos consumidores levanta, contudo, algumas dificuldades e releva algumas incongruências no que diz respeito à aplicação do artigo 82º do Tratado CE.

Importa notar desde logo e preliminarmente que essa reiterada remissão para o bem-estar dos consumidores (*welfare consumer*) não é acompanhada da indicação de qual o entendimento, por parte da Comissão, desse conceito. Não parece existir, de resto, consenso em torno do significado de bem-estar dos consumidores.

Bem – estar dos consumidores pode ser entendido de variados modos. Por exemplo, a introdução de novos e mais avançados produtos melhora, em princípio e em termos amplos o referido bem – estar dos consumidores. Traduzir-se-á num benefício, numa melhoria da satisfação dos seus interesses. A descida dos preços também significa, natural e imediatamente, um benefício para o consumidor do respectivo bem ou serviço. No limite, indirectamente, a

⁸⁵⁴ Pode ler-se no referido documento da Comissão / Direcção Geral da Concorrência, publicado em Dezembro de 2005 - *Documento sobre a aplicação do artigo 82º do Tratado CE aos abusos de exclusão*, publicado pela Comissão em Dezembro de 2005 - que " the essential objective of Article 82 when analysing exclusionary conduct is the protection of competition on the market as a means of enhancing consumer welfare and of ensuring an efficient allocation of resources" - DG Competition, *Discussion Paper on the Application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuses*, nº 54.

diminuição do desemprego acabará também por se traduzir num benefício e, conseqüentemente, num aumento do bem – estar

No entanto, definir, nestes termos, o bem – estar dos consumidores não é suficientemente rigoroso e operativo para podermos integrar tal conceito, de modo útil, num possível método de aplicação do artigo 82º do Tratado CE que atenda aos efeitos dos comportamentos das empresas dominantes, precisamente sobre tal bem – estar.

243. Ora, habitualmente, sob o ponto de vista económico, entende-se o bem – estar dos consumidores como sendo o ganho ou a vantagem em termos de rendimento obtido, precisamente, pelos consumidores.

Além disso ainda, entende-se tal ganho ou vantagem em termos agregados, quer dizer, correspondendo àquilo que é a vantagem global de *todos* os consumidores de um determinado produto⁸⁵⁵.

Mas, como é que se identifica e mede tal ganho? Como é que poderemos compreendê-lo em termos de grandeza quantitativa, para que tal conceito seja minimamente operativo?

Em termos económicos, é usual a abordagem deste conceito pensando nos quadros do pensamento clássico, a partir do modelo de mercado em concorrência perfeita: uma empresa que pretenda maximizar os seus lucros fixará um preço de venda do seu produto que corresponda ao valor do seu rendimento marginal e do seu custo marginal.

Em termos gráficos, o preço corresponderá ao ponto de intersecção da curva do rendimento marginal com a curva do custo marginal da empresa, quando produz aquele bem. O ponto de intersecção da curva do seu rendimento marginal com a do seu custo marginal definirá, portanto, o ponto de equilíbrio, determinando, conseqüentemente, o melhor preço de venda possível para a empresa - sendo que, por seu turno, esse será também o preço óptimo para os consumidores. Este preço corresponderá, também e em concorrência perfeita, ao preço máximo que os consumidores estarão dispostos

⁸⁵⁵ MASSIMO MOTTA, *Competition Policy: Theory and Practice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, p. 18 e 19.

a pagar e, por outro lado, ao preço que servirá o objectivo, por parte da empresa, de alcançar o máximo lucro possível.

Inversamente, se a empresa atinge a posição de monopólio, então, a curva do seu rendimento marginal intersectará a curva do seu custo marginal num ponto (diferente) mais alto do que aquele que seria o ponto de intersecção em concorrência perfeita (na situação anterior). Esse diferente ponto de intersecção da curva do rendimento marginal com a do custo marginal reflectirá uma situação em que a oferta de produto é menor do que aquela que seria em concorrência perfeita.

Noutros termos, nesta última hipótese, a quantidade disponível será efectivamente menor, sendo o preço maior – o que significará uma diminuição do bem – estar dos consumidores. Alguns dos consumidores habituais do produto numa situação de concorrência perfeita, deixarão, agora, de o ser, na medida em que não estarão dispostos a adquirir o produto àquele (novo) preço (de monopólio). Outros consumidores – se ainda assim pretenderem aceder a tal produto - pagarão mais do que pagariam se, porventura, o mercado se configurasse em concorrência perfeita. Há, portanto e em termos comparativos, um decréscimo de bem – estar dos consumidores quando se passa de uma (a primeira) para outra (a segunda) das situações anteriormente descritas.

Poder-se-á, também, afirmar que o bem-estar de um determinado consumidor individual será a diferença entre aquilo que ele estaria disposto a pagar para obter tal bem ou serviço e aquilo que ele efectivamente paga, no mercado respectivo, para o adquirir. Se o consumidor está disposto a pagar um determinado preço que corresponde àquele que resulta do funcionamento do mercado em concorrência perfeita, essa diferença ser-lhe-á tanto mais penalizadora em termos de bem – estar quanto mais as condições do funcionamento do mercado se aproximarem de uma situação de monopólio (ou de progressiva diminuição da concorrência, pelo lado da oferta).

Ora, o consumidor confronta-se, assim, nas suas opções com a organização do respectivo mercado e, por outro lado, com o seu próprio rendimento disponível.

Por conseguinte, poderemos, também, dizer que tal bem-estar de um consumidor individual reflecte e é simultaneamente definido pela própria avaliação que esse consumidor faz da satisfação da sua própria necessidade, através da consideração quer do preço dos produtos (resultante da organização do mercado, da existência – ou não – de um mercado em concorrência perfeita) quer do seu rendimento. Indirectamente, portanto, acaba por utilizar-se o rendimento do consumidor para medir o seu próprio bem-estar.

Como dissemos, o bem-estar dos consumidores acaba por corresponder ao bem-estar agregado de *todos* os consumidores individuais, à soma de todos os benefícios que cada um daqueles consumidores consegue, para si, obter.

A propósito do bem – estar dos consumidores, equaciona-se, também, o *bem – estar dos produtores*. Este, na mesma linha do bem – estar dos consumidores, corresponde ao valor agregado do benefício ou lucro obtido por todos os produtores/ofertantes daquele produto ou serviço.

Além disso, outro conceito ainda frequentemente utilizado no âmbito da economia do bem-estar é o de *bem – estar total (total welfare)* que significará a soma do bem – estar dos consumidores, com o bem – estar dos produtores.

Importa, ainda, integrar os conceitos atrás referidos (bem – estar dos consumidores, bem – estar dos produtores e bem - estar total que corresponde à soma dos dois anteriores) na lógica da mencionada economia do bem – estar, do *economic welfare* que permite avaliar e medir as performances de uma dada indústria (ou sector de actividade económica).

Em síntese, e como escreve MOTTA: "Economic *welfare* is the standard concept used in economics to measure how well an industry performs. It is a measure which aggregates the welfare (or surplus) of different groups in the economy. In each given industry, welfare is given by *total surplus*, that is the sum of consumer surplus and producer surplus."⁸⁵⁶

244.Nesta lógica da economia do bem – estar e seguindo a anteriormente exposta perspectiva clássica, podemos, portanto, dizer, sem margem de erro, que o consumidor é negativamente afectado quanto surge, no

⁸⁵⁶ MASSIMO MOTTA, *ob. cit.*, (*Competition Policy ...*), p. 18.

mercado em causa, um monopolista ou, no mínimo, quando se reforça o poder de mercado de algum dos ofertantes.

Em termos de organização do mercado, quando se verifica uma evolução conducente à criação de uma situação de monopólio ou de reforço de poder de mercado de alguma ou algumas empresas, partindo da situação de concorrência perfeita, muitos dos habituais consumidores ou deixarão de ter rendimento disponível para adquirir os bens em causa, pelo novo preço mais elevado, ou – continuando a ser consumidores – gastarão mais rendimento disponível na aquisição de tais bens ou serviços.

Existe, nesta perspectiva, uma correlação entre o reforço de *market power* de alguma ou algumas das empresas ofertantes e o bem – estar dos consumidores, assim avaliado.

Isto conduz-nos a uma outra observação: na realidade, nesta perspectiva clássica, microeconómica e colocando-nos, nesta lógica da dita economia do bem – estar, o aumento e/ou a diminuição do bem – estar dos consumidores poderá ser avaliado a partir da análise do poder de mercado (na medida em que aquele variará de modo relacionado com este, como referimos). Digamos que a quantificação do bem – estar dos consumidores (do respectivo aumento ou diminuição) será função do grau de *market power* detectado nas empresas que se movimentam nesse mercado e, conseqüentemente, tal bem – estar acabará, então, por ser medido a partir do maior ou menor poder de mercado detectado.

Sem avançarmos, por agora, numa crítica mais reflectida e estruturada à adopção do bem – estar dos consumidores como possível critério referencial da aplicação do artigo 82º do Tratado, sempre poderemos dizer que, em termos operativos, fazer da protecção de tal bem – estar o objectivo principal deste normativo (e, em termos mais amplos, de todo o Direito de *defesa da concorrência*) significará transformar o poder de mercado (*market power*) no elemento fundamental de análise das práticas anti-concorrenciais e, nomeadamente, da metodologia de aplicação do artigo 82º do Tratado CE.

3.3 – Os consumidores.

245. A consideração reiterada do bem – estar dos consumidores, no âmbito da afirmação política das Instituições (em especial, da Comissão), para além de levantar estas dúvidas preliminares sobre o que é que, no fundo e para efeitos de aplicação das normas de *defesa da concorrência* (em especial, neste particular, para efeitos da aplicação do artigo 82º do Tratado CE), se entende por tal bem – estar, coloca ainda outros problemas.

Recapitulemos o raciocínio seguido e que nos conduziu a estas notas sobre o *consumer welfare*, no âmbito de aplicação do artigo 82º do Tratado CE: a tentativa de determinação do entendimento, em termos operativos, do que seja uma conduta abusiva, permitiu-nos observar que a jurisprudência comunitária tendencialmente desconsiderava os efeitos das condutas, na medida em que prescindiu, em muitos casos, da demonstração de que um determinado comportamento produz efectivamente um resultado concorrencialmente lesivo.

Referimos que o Tribunal de Justiça e o Tribunal de Primeira Instância, em sede de aplicação do artigo 82º do Tratado CE, consideraram suficiente, em muitas situações⁸⁵⁷, a simples verificação do carácter anticoncorrencial do objecto de tal comportamento da empresa dominante, não entendendo ser necessário provar a adequação ou idoneidade de tal conduta para a produção de tais efeitos. O Tribunal de Primeira Instância, no caso *Michelin II*, considerou inequivocamente que se o objecto de um comportamento é o de lesar a concorrência, então esse comportamento será, de *per se*, susceptível de produzir tal efeito, acabando, portanto e através desta presunção, por equiparar automaticamente objecto a efeito.

Assim sendo e perante esta (por nós apelidada) desconsideração dos efeitos das condutas das empresas em posição dominante, concluiu-se (a Comissão e de um modo geral, a doutrina) pela necessidade de reorientar a

⁸⁵⁷ Recordem-se, entre outros, os “clássicos” Acórdãos *Compagnie maritime belge*, *Michelin II* e *British Airways*.

aplicação deste normativo num sentido menos formal e menos susceptível de conduzir à adopção de regras de proibição de comportamentos de *per se*.

Na realidade, como atrás mencionamos, tal desconsideração dos efeitos concretos dos comportamentos sob apreciação á luz do artigo 82º do Tratado CE, leva a essa abordagem mais formal e mais afastada do sentido geral proclamado pela modernização do Direito de *defesa da concorrência* comunitário. De resto, uma das justificações para a reforma ou modernização da aplicação das regras comunitárias (de concorrência), impulsionada pela Comissão, foi, precisamente, a necessidade de se adoptar, nessa sede, uma abordagem mais economicista e, conseqüentemente, mais casuística que não poderia, naturalmente, prescindir da apreciação dos efeitos das condutas.

Ao invés do que foi sucedendo em matéria de aplicação do artigo 81º do Tratado CE, efectivamente, tais ventos de mudança trazidos pelo movimento de reforma/modernização do Direito da concorrência comunitário não foram ainda e significativamente sentidos em matéria de abusos de posição dominante (artigo 82º). Reclamando-se por uma *effect-based approach* (por contraposição a uma *formalistic approach*), somos levados à conclusão de que, para efeitos de aplicação do artigo 82º do Tratado e, em especial, para a determinação do que é uma conduta abusiva (um abuso) praticada por uma empresa em posição dominante, é necessário centrar a análise nos efeitos (anticoncorrenciais) de tais condutas, considerando que existe abuso de posição dominante quando os efeitos da conduta da empresa que dispõe de tal *market power* provocam efectivamente um dano.

Conseqüentemente, a questão que daqui resulta é a de se saber em quem, ou em quê, é que se verifica tal dano. Como referimos, se pretendemos – como aponta o discurso dominante actual – *modernizar*, no sentido mais economicista, a aplicação do artigo 82º do Tratado e impor a consideração dos efeitos das condutas das empresas dominantes para a respectiva qualificação como sendo ou não abusivas, então, temos que determinar quem suportará o dano provocado por tais efeitos.

Nestes termos e seguindo, como salientamos, o discurso político actual da Comissão⁸⁵⁸, o critério para a determinação da existência de um dano deveria ser a protecção ou o reforço do bem – estar dos consumidores (*consumer welfare*).

Nesta linha de raciocínio, existirá um abuso quando os efeitos de uma prática levada a cabo por uma empresa em posição dominante provoquem um dano no bem – estar dos consumidores.

246. Dissemos que, para além das dúvidas que se levantam a propósito do entendimento de bem – estar dos consumidores, para efeitos de aplicação do artigo 82º do Tratado CE, outros problemas podem ainda ser enunciados a propósito da consideração de tal bem – estar como critério de apreciação dos efeitos abusivos das condutas das empresas dominantes (bem entendido, no contexto da aplicação daquela norma)⁸⁵⁹.

Ultrapassando, neste ponto, a questão anteriormente abordada, respeitante ao entendimento (operativo) do que é o bem – estar dos consumidores, surge, agora, a necessidade de se determinar quem serão os consumidores cujo bem - estar se pretende proteger com a aplicação daquela norma do Tratado CE.

Esta questão coloca-se na medida em que habitualmente, no âmbito do Direito da concorrência, consumidor quer significar “utilizador” (em sentido económico) de um determinado bem ou serviço, aquele que desfruta, consome, utiliza tal produto – e isto, independentemente de se reconduzir à classe de consumidores juridicamente relevante para efeitos de protecção concedida pelo Direito (de protecção) dos consumidores.

Dito de outro modo, habitualmente, à luz do Direito da concorrência os “clientes”, sendo, por exemplo, revendedores de um determinado produto,

⁸⁵⁸ Ver Comissão (DG Comp) - *Documento sobre a aplicação do artigo 82º do Tratado CE aos abusos de exclusão*, Bruxelas, Dezembro de 2005, já *supra* referido.

⁸⁵⁹ Na literatura anglo-saxónica, é comum depararmos com expressões como “consumer welfare as a standard of harm” ou “proof of harm to consumers”, a propósito da aplicação do artigo 82º do Tratado CE.

também são considerados consumidores, ao contrário do que sucede no domínio do Direito dos consumidores (Direito de protecção dos consumidores).

A própria Comissão revela expressamente que o conceito de consumidor, para efeitos de aplicação dos artigos 81º e 82º do Tratado CE, engloba todos os utilizadores directos ou indirectos do produto considerado, incluindo grossistas ou distribuidores, retalhistas ou consumidores finais (ou seja, nesta última hipótese, pessoas físicas que agem sem ser com intuítos comerciais ou profissionais)⁸⁶⁰.

Atentando, de facto, nas referidas "Orientações relativas à aplicação do nº 3, do Artigo 81" podemos ler o seguinte:

"O conceito de «consumidores» engloba todos os utilizadores dos produtos cobertos pelo acordo, incluindo grossistas, retalhistas e consumidores finais. Por outras palavras, os consumidores, na acepção do nº 3 do artigo 81º, são os clientes das partes no acordo e os compradores subsequentes. Estes clientes podem ser empresas, como é o caso dos compradores de maquinaria industrial ou de matéria-prima para transformação, ou particulares, como é o caso dos compradores de gelados ou bicicletas⁸⁶¹".

247. Há, portanto e nos termos expostos, uma divergência assumida entre o conceito de consumidor no âmbito do Direito do Consumo (ou de

⁸⁶⁰ Ver, entre outros, Comunicação da Comissão 2004/C 101/08 – *Orientações relativas à aplicação do nº 3, do artigo 81º do Tratado*, Jornal Oficial, nº C 101, de 27.04.2004 e, em paralelo, consultar também as (mais) recentes "Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82 EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings", publicadas pela Comissão em 3 de Dezembro de 2008 (COM 2008 – ainda em *draft* divulgado na *Internet*, em <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/guidance.pdf>). Neste, em nota 15., pode ler-se também o seguinte: "The concept of «consumers» encompasses all direct or indirect users of the products affected by the conduct, including intermediate producers that use the products as an input, as well as distributors and final consumers both of the immediate product and of products provided by intermediate producers".

⁸⁶¹ Comunicação da Comissão 2004/C 101/08 – *Orientações relativas à aplicação do nº 3, do artigo 81º...*, nº 84.

protecção dos consumidores) e o conceito de consumidor que, no domínio do Direito da concorrência, vigora.

A este propósito, importa notar o facto de a Comissão declarar também, no seu *Discussion Paper* de 2005, que os danos provocados pelas condutas das empresas dominantes em utilizadores que sejam intermediários, que actuem como agentes económicos, presumem-se danos provocados aos consumidores finais⁸⁶².

Há, portanto, uma presunção de que o comprador/cliente que actua como intermediário, repercute automaticamente o eventual dano sofrido no consumidor final. Poderemos dizer que existe, neste contexto e por força desta presunção, uma equiparação de *cliente* da empresa em posição dominante, a consumidor final quando, porventura, aquele cliente não seja já, ele próprio, um consumidor final.

Ora, sendo assim, poderemos, então, concluir que um possível dano ou redução do nível de bem – estar dos produtores ou dos clientes (*customers welfare*), resultante dos efeitos das condutas das empresas dominantes, presumir-se-á igualmente como sendo um dano ao bem – estar dos consumidores (*consumer welfare*). Noutros termos ainda, uma redução do bem – estar dos produtores, existindo esta presunção, equivalerá, segundo a Comissão, a uma redução do bem – estar dos consumidores e, portanto, traduzir-se-á, então, numa redução do bem – estar total (*total welfare*).

248. Nos termos da *Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82 EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings*, publicada pela Comissão em Dezembro de 2008 e cuja respectiva

⁸⁶² E isto, utilizando-se o sentido amplo de consumidor no âmbito de aplicação do artigo 82º do Tratado CE e tendo em conta que, ainda segundo a Comissão (como vimos anteriormente), o fim último desta norma do é o de proteger o bem – estar dos consumidores. Ver *Documento sobre a aplicação do artigo 82º do Tratado CE aos abusos de exclusão*, publicado pela Comissão em Dezembro de 2005.

versão em língua portuguesa foi divulgada já em Fevereiro de 2009⁸⁶³, na sequência do já mencionado *Discussion Paper* de 2005, afirma-se ainda que:

“(...) Sempre que os utilizadores intermédios sejam concorrentes actuais ou potenciais da empresa dominante, a avaliação centrar-se-á nos efeitos do comportamento em utilizadores mais a jusante”⁸⁶⁴

Se estivermos, então, perante utilizadores/intermediários/clientes da empresa dominante que são (também) *seus concorrentes*, actuais ou potenciais, a análise dos efeitos da conduta daquela empresa dominante (nomeadamente, em termos de afectação do bem – estar) deverá centrar-se nos clientes dessas suas clientes.

Há que verificar a produção dos efeitos resultantes dos comportamentos das empresas em posição dominante sobre os consumidores das empresas que compram àquela empresa dominante (dos intermediários).

Ora, a presunção atrás referida, face a esta nota incluída ainda no mesmo documento da Comissão (a referida Orientação ou *Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82*), parece legitimar a seguinte conclusão: quando o agente económico que se relaciona com a empresa dominante é seu concorrente, importa verificar se existem, ou não, efeitos que afectem o bem-estar dos consumidores/clientes daquele. Se, por outro lado, o cliente da empresa dominante não é concorrente, actual ou potencial, desta, então não será necessário fazer-se incidir tal análise relativamente aos efeitos da conduta da empresa dominante, sobre os consumidores/clientes da empresa que adquire ou que se fornece junto da empresa dominante.

Segundo a Comissão, a análise dos efeitos das condutas das empresas dominantes sobre o bem – estar dos consumidores só será, portanto, exigível quando quem se relaciona com tal empresa dominante é seu *concorrente*

⁸⁶³ Intitulando-se, tal Comunicação, em língua portuguesa, “*Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82º do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante*” - C (2009) 864 final, datada de 9.02.2009

⁸⁶⁴ *Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82...*, 19., ainda em nota 15

(actual ou potencial), nada se dizendo quando tal não ocorra (ou seja, quando quem compra à empresa dominante não é seu concorrente).

249. Por outro lado ainda, mesmo seguindo estas notas resultantes do referido documento da Comissão, subiste uma outra interrogação: no caso em que o agente/intermediário que compra à empresa dominante ser, ou poder vir a ser concorrente desta, é suficiente analisarem-se os efeitos da conduta de tal empresa dominante sobre os clientes/consumidores directos daquele agente/intermediário, ou, pelo contrário, exigir-se-á que tal análise se estenda, efectivamente, até ao nível do consumidor final propriamente dito? Repare-se, com efeito, que tal agente ou intermediário poderá ocupar apenas um nível (que não o último) no processo produtivo ou no circuito de distribuição.

Ilustremos esta hipótese que nos suscita a interrogação agora formulada com o caso de um grande entreposto comercial que é dominante no seu mercado e que fornece a um grossista/revendedor que, por seu turno, abastece vários retalhistas. A análise dos efeitos da conduta da empresa dominante (o entreposto), partindo do princípio de que o grossista/revendedor se movimenta no mesmo mercado desse entreposto, sendo, portanto, seu concorrente, bastará centrar-se nos clientes deste grossista/revendedor ou será necessário que tal análise se estenda até ao próprio consumidor final (ou seja, até aos clientes dos retalhistas fornecidos pelo grossista/revendedor)?

Centrando-nos apenas no discurso político enunciado pela Comissão que – recorde-se – coloca o acento tónico, para efeito de aplicação do artigo 82º do Tratado CE, na protecção do bem – estar dos consumidores (“enhancement of consumer welfare”, como vimos) e, sobretudo, atentando, novamente, nas “Orientações relativas à aplicação do nº 3, do Artigo 81”⁸⁶⁵, pensamos que, agora e neste contexto da aplicação do artigo 82º do Tratado CE, tal análise dos efeitos da conduta da empresa dominante dever-se-á estender,

⁸⁶⁵ Nas quais a Comissão afirma que a expressão «consumidores» engloba todos os utilizadores dos produtos cobertos pelo acordo, incluindo grossistas, retalhistas e também consumidores finais, podendo significar quer empresas quer particulares, “como é o caso dos compradores de gelados ou bicicletas”.

efectivamente, até ao próprio consumidor final – e isto, na hipótese enunciada de o cliente dessa empresa dominante ser também seu concorrente actual ou potencial.

Digamos que a própria enunciação abrangente, exaustiva, do que se deverá entender por “consumidor”, formulada pela Comissão nos documentos atrás referidos, indicia que o espírito com que esta Instituição encarara a dúvida suscitada será, precisamente, esse: percorrer todos os caminhos até se alcançar o último estágio dos circuitos de distribuição, até se protegerem (ainda que indirectamente) os próprios consumidores finais (os cidadãos dos Estados membros)⁸⁶⁶, em termos do respectivo bem – estar. De resto, a referência reiterada ao critério do *consumer welfare* (e não do bem – estar dos produtores ou *producer welfare*), aponta precisamente neste sentido: subjacente à aplicação deste normativo, ainda que de uma forma mediata e final, existe o intuito de se proteger o próprio consumidor final, entendendo-se que, tudo o que se faça em termos de bem – estar dos vários agentes económicos que ocupam os vários níveis dos circuitos produtivos ou de distribuição, repercutir-se-á no bem – estar dos consumidores (finais).

O facto de a Comissão não ter abordado e esclarecido esta questão, nomeadamente, no âmbito das suas orientações relativamente à aplicação do artigo 82º do Tratado CE (*Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82º do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante*), deixa, no entanto, à futura prática decisória daquela Instituição e à jurisprudência do Tribunal de Justiça e

⁸⁶⁶ Repare-se, por exemplo, na formulação utilizada pela Comissão no *Discussion Paper* de 2005:

“Article 82 prohibits exclusionary conduct which produces actual or likely anticompetitive effects in the market and which can harm *consumers in a direct or indirect way*. The longer the conduct has already been going on, the more weight will in general be given to actual effects. Harm to intermediate buyers is generally presumed to create harm to final consumers. Furthermore, not only short term harm, but also medium and long term harm arising from foreclosure is taken into account” – *Discussion Paper - Documento sobre a aplicação do artigo 82º do Tratado CE aos abusos de exclusão*, publicado pela Comissão em Dezembro de 2005, nº 55.

do Tribunal de Primeira Instância a tarefa de, a seu tempo, darem uma resposta mais clara e impositiva a esta questão.

CAPÍTULO 4º - As prioridades da Comissão “na aplicação do artigo 82º do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante” (A Comunicação de 3 de Dezembro de 2008).

4.1 – Enquadramento geral. Delimitação do objecto (prioritário) da Comunicação.

250. A Comunicação intitulada “Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82º do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante”⁸⁶⁷ exprime, com efeito, a tomada de posição mais recente da Comissão, no que diz respeito à aplicação do artigo 82º do Tratado CE.

Para alguns comentadores, esta Orientação acabou por ser um dos mais importantes desenvolvimentos da política comunitária da concorrência, desde há algum tempo a esta parte (pelo menos, desde 2005 e da publicação do *Discussion Paper* sobre a mesma matéria)⁸⁶⁸.

⁸⁶⁷ Comunicação da Comissão de 3 de Dezembro de 2008 – COM(2008), publicada, originalmente, em língua inglesa com o respectivo título de *Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82 EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings*. A versão em língua portuguesa foi ulteriormente publicada em 09.02.2009 - C(2009) 864 final. No âmbito da ordem jurídica norte-americana, antecedendo a publicação pela Comissão Europeia desta sua Comunicação, contendo a referida “Orientação”, foi também publicado um Relatório sobre as condutas unilaterais, pelo DOJ – *Department of Justice*, intitulado “Competition and Monopoly: Single-Firm conduct under Section 2 of the Sherman Act”, U. S. Department of Justice (September) 2008, disponível, na *Internet*, em: <http://www.usdoj.gov/atr/public/reports/236681.htm>. Sobre alguns aspectos deste Relatório (que abordaremos *infra*, nomeadamente, a propósito da desejável convergência/divergência entre o Direito *antitrust* norte-americano e o Direito de *defesa da concorrência* comunitário), comparando-o com a Orientação da Comissão Europeia, ver DAVID S. EVANS, *Why Different Jurisdictions Do Not (and Should Not) Adopt the Same Antitrust Rules, Draft Form*, disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1342797> (consulta em Março de 2009).

⁸⁶⁸ JAMES KILLICK / ASSIMAKIS KOMNINOS – *Schizophrenia in the Commission's Article 82 Guidance Paper: Formalism Alongside Increased Recourse to Economic Analysis*, in *GCP – The Online Magazine for Global Competition Policy*, February 2009, disponível na *Internet* em: www.globalcompetitionpolicy.org. (consulta em Maio de 2009). Estes Autores justificam a sua

Importa recordar que esta Comunicação resulta do documento publicado em 19 de Dezembro de 2005 e sujeito, pela Comissão, a discussão pública (o já mencionado *Discussion Paper* de 2005).

O documento de 2005 - bastante mais extenso do que a referida Orientação - tinha sido elaborado a partir do estudo desenvolvido pelo *Economic Advisory Group on Competition Policy* e intitulado *An Economic Approach to Article 82*, de Julho de 2005, no qual se começaram a desenhar as linhas gerais da mudança (esboço de reforma) pretendida pela Comissão, no que dizia respeito à aplicação do artigo 82º do Tratado⁸⁶⁹.

Ora, estes documentos e a perspectiva política de aplicação da regra do artigo 82º, neles assumida e proposta à Comissão, representam o último passo (até agora) dado institucionalmente no sentido da *modernização* do Direito da concorrência comunitário, em especial, no que se refere às condutas unilaterais – passo esse que tem sido marcado por uma maior resistência, discussão e dúvidas do que os demais já percorridos pela União, nomeadamente desde do Regulamento nº 1/2003.

251. Como poderemos, agora, em termos gerais e como contributo para a noção de abuso seguida pelo Direito Comunitário, enunciar as ideias-chave contidas na Comunicação de Dezembro de 2008?

Devemos começar por recordar o carácter *não universal*, em termos de aplicação do artigo 82º do Tratado CE, desta Orientação contida na

opinião relativamente à importância deste documento, desde logo, pelo receio que verificaram existir de que a Comissão acabasse por não dar sequência ao estudo do *Economic Advisory Group on Competition Policy* e ao *Discussion Paper*, ambos de 2005.

⁸⁶⁹ Sobre estas linhas gerais de orientação política e, no fundo, sobre o próprio estudo que serviu de base de orientação, para a Comissão, ver, também, dos próprio autores do referido estudo, a saber, PATRICK REY, JORDI GUAL, MARTÍN HELLWIT, ANNE PERROT, MICHELE POLO, KLAUS SCHMIDT e RUNE STENBACKA, a respectiva tradução (do estudo) em castelhano, *Un enfoque económico del artículo 82*, in SANTIAGO MARTÍNEZ LAGE / AMADEO PETITBÓ JUAN (Directores), *El Abuso de la Posición de Dominio*, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, 2006, p. 99. Ver, ainda, a explicação de PATRICK REY, intitulada *Concurrence par les mérites*, in GUY CANIVET (Dir.) – *La Modernisation du Droit de la Concurrence*, LGDJ, Paris, 2006, p. 151.

Comunicação agora referida. Como o respectivo título salienta, estão, sobretudo, em causa, os denominados comportamentos de *exclusão* (abusos de exclusão e não de exploração), nomeadamente, as práticas de evicção, de impedimento do acesso ao mercado, praticadas pelas empresas dominantes relativamente a concorrentes actuais ou potenciais - ou seja, aquilo que na terminologia anglo-saxónica se denomina, em termos genéricos, por "anticompetitive foreclosure"⁸⁷⁰, traduzida, na versão em língua portuguesa da Comunicação em causa, pela expressão "encerramento anticoncorrencial do mercado".

Esta preocupação específica com as práticas de "encerramento anticoncorrencial do mercado" corresponde apenas, como é reconhecido pela própria Comissão, à escolha e à gestão de prioridades, por parte desta Instituição.

A prática investigatória e decisória da DG COMP (Direcção Geral da Concorrência – *ex-DG IV* – da Comissão Europeia) tem-se focalizado prioritariamente nas práticas de exclusão, na medida em que estas são entendidas, como já tivemos ocasião de mencionar antecedermente, como as mais gravosas para a concorrência⁸⁷¹ e, nestes termos, também para os

⁸⁷⁰ Neste sentido, ver nºs. 19 a 21 do Documento em questão. No respectivo nº 19 pode ler-se, como explicação do que sejam os comportamentos que se traduzem em "anticompetitive foreclosure", o seguinte: "No presente documento a expressão «encerramento anticoncorrencial do mercado» é utilizada para designar as situações em que o comportamento da empresa em posição dominante restringe ou impede o acesso efectivo dos concorrentes actuais ou potenciais às fontes de abastecimento ou aos mercados, o que irá provavelmente permitir a esta última aumentar de forma rentável o preço cobrado aos consumidores".

⁸⁷¹ A Comissão "reconhece que o mais importante é a protecção de um verdadeiro processo de concorrência e não a mera protecção dos concorrentes", pode ler-se, no nº 6, da presente Comunicação, a propósito da prioridade concedida pela Comissão às práticas de exclusão. Acrescenta-se, ainda, no mesmo ponto da Comunicação, o seguinte: "Isso poderá significar que os concorrentes que tenham um desempenho inferior para os consumidores em termos de preço, gama de oferta, qualidade e inovação poderão desaparecer do mercado". No entanto, como veremos, esta opção (a prioridade atribuída às denominadas práticas de exclusão) merece, numa certa perspectiva e quando confrontada com a própria afirmação de que o objectivo a prosseguir pela aplicação do artigo 82º do Tratado CE é o "bem – estar" dos

consumidores (podendo verificar-se aqui, nesta perspectiva da Comissão e como salienta parte da doutrina, a influência mediata de concepções estruturalistas e ordoliberalistas).

A própria Comissão reconhece e justifica tal prioridade, quando, no nº 6 da Comunicação, afirma que:

“The emphasis of the Commission's enforcement activity in relation to exclusionary conduct is on safeguarding the competitive process in the internal market and ensuring that undertakings which hold a dominant position do not exclude their rivals by other means than competing on the merits of the products or services they provide”. Salvaguardando-se a ideia essencial (a defesa da própria concorrência e não dos concorrentes, como tem sido repetido, por exemplo, pela Comisária Neelie Kroes), o facto é que a tradução para língua portuguesa deste parágrafo do referido ponto nº 6, da Comunicação, diverge do texto atrás transcrito, em língua inglesa, na medida em que não se refere a um processo concorrencial (“competitive process”), mas utiliza a expressão menos dinâmica “concorrência”. Pensamos que, no contexto referido e dentro do espírito da renovação que este documento pretende consagrar no que respeita à aplicação (mais casuística e economicista, assente numa “effects-based approach”) do artigo 82º do Tratado CE, é realmente a ideia dinâmica de um *processo* concorrencial aquela que melhor exprime o sentido da orientação pretendida.

Esta atenção prioritária concedida às práticas de exclusão de “encerramento anticoncorrencial do mercado”, não significa, contudo, que a acção da Comissão não incida também sobre as denominadas práticas (ou abusos) de exploração. O nº 7 do documento formula a seguinte declaração de intenções da parte da Comissão:

consumidores, alguma reflexão e bastantes reparos, pelo menos, para alguns comentadores – PINAR AKMAN, *Exploitive Abuse in Article 82EC: Back to Basics?*, CCP Working Paper 09 – 1, December 2008 (Forthcoming in *11 Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2008 – 2009).

“Qualquer conduta que represente uma exploração dos consumidores (por exemplo, a aplicação de preços excessivos) ou que mine os esforços com vista à realização de um mercado integrado, é igualmente passível de infringir o artigo 82º. A Comissão poderá decidir intervir nos casos em que se registam tais comportamentos, nomeadamente quando a defesa dos mesmos e o bom funcionamento do mercado interno não possam ser adequadamente assegurados por outra via. No contexto do objectivo de formulação de orientações relativamente às suas prioridades na aplicação da lei, a Comissão limitar-se-á, na presente fase, a abordar os comportamentos de exclusão e, em especial, determinados tipos de comportamentos de exclusão que, de acordo com a sua experiência, parecem ser mais comuns”.

Apesar de na Orientação em causa a Comissão limitar-se, unicamente, ao tratamento expresso dos comportamentos de exclusão, o facto é que também intervirá, portanto, no que diz respeito a certas práticas de *exploração* – nomeadamente, práticas que envolvam a sempre sensível matéria dos preços. Tal intervenção poderá ser, na perspectiva da Comissão, desencadeada quando esta Instituição entenda que tais práticas afectam (digamos, mais veementemente) os interesses dos consumidores e o bom funcionamento do mercado interno.

No entanto, salienta ainda a Comissão, essa sua intervenção será guiada, em termos de efectivação e de oportunidade, por uma espécie de *critério da subsidiariedade*: a intervenção poderá ocorrer, em particular, quando a Comissão verificar que tais interesses não poderão ser repostos ou protegidos de outra forma (“adequadamente assegurados por outra via”), a não ser através da sua acção.

Poder-se-á questionar que outra forma é pressuposta nesta afirmação de princípio sobre a intervenção da Comissão, no caso de (alegados) abusos de exploração.

Na realidade, à luz do regime instituído pelo Regulamento nº 1/2003 – e, em particular, atendendo ao artigo 3º de tal Regulamento – a Comissão acaba

por assumir a sua subsidiariedade, neste ponto, relativamente às autoridades e Tribunais dos Estados-membros.

Este guia relativo à abordagem que a Comissão adoptará no que diz respeito à aplicação do artigo 82º, quando estejam em causa as referidas práticas de exclusão, restringe-se, também, àquelas situações em que se verifica existir uma posição dominante *exclusiva* ou *individual*. Com efeito, o nº 4 da Comunicação exclui, expressamente, dos alvos das orientações nela consagradas, os casos de posição dominante colectiva:

“O artigo 82º aplica-se a empresas que detêm uma posição dominante em um ou mais mercados relevantes. Esta posição pode ser detida por uma só empresa (posição dominante individual) ou por duas ou mais empresas (posição dominante colectiva). O presente documento aborda apenas abusos cometidos por empresas que detêm uma posição dominante individual”.

252. Temos, portanto, umas orientações da Comissão que se destinam a publicitar as “linhas mestras” da actuação desta Instituição, em matéria de aplicação do artigo 82º do Tratado CE, quando estejam em causa:

- abusos (de posição dominante) de exclusão (práticas de “encerramento anticoncorrencial do mercado”);
- praticados por empresas que detenham, no respectivo mercado relevante, uma posição dominante singular ou exclusiva.

253. Ora, este documento não pretende ser, segundo a própria Comissão, um enunciado doutrinal de carácter definitivo, nem um conjunto de regras que, porventura, se imponha à jurisprudência do Tribunal de Justiça e do Tribunal de Primeira Instância⁸⁷², relativamente à aplicação do artigo 82º do Tratado CE (em especial, quanto esteja em causa essa aplicação às práticas ditas de “encerramento anticoncorrencial do mercado”).

⁸⁷² O nº 3, desta Comunicação, estabelece que: “O presente documento não pretende constituir doutrina jurídica, devendo ser considerado em prejuízo da interpretação do artigo 82º por parte do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias ou do Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias.”

No entanto, importa referir – até mesmo reforçando, de facto, a importância deste documento – que as posições defendidas tradicionalmente pela Comissão, em matéria de aplicação do artigo 82º do Tratado CE, têm sido sistematicamente sufragadas pela jurisprudência comunitária. Com efeito, nos últimos anos, a Comissão não perdeu nenhum recurso junto do Tribunal de Justiça e do Tribunal de Primeira Instância, em matéria de aplicação dessa norma do Tratado e no que diz respeito às questões de fundo substantivos (aplicação do Direito substantivo)⁸⁷³.

A Comissão Europeia, de resto e até certo ponto, beneficia em termos de poder efectivo tendente à prossecução das suas políticas, de uma posição relativamente mais favorável do que aquela de que dispõem as autoridades da concorrência norte-americanas (*FTC / Federal Trade Commission* e *DOJ / Department of Justice*) – e isto, apenas fazendo relevar esta comparação entre as duas autoridades e ordens concorrenciais de referência maior, em termos mundiais.

Na realidade, ao invés do que sucede nos Estados-Unidos, na Europa a aplicação ou imposição das regras da concorrência (*enforcement*) é tradicionalmente empreendida por entidades públicas, por reguladores. Prevalece - utilizando a terminologia anglo-saxónica que, a este respeito, se foi institucionalizando – o denominado *public enforcement*, por contraposição ao *private enforcement* que marca o sistema norte-americano.

Por isso, no quadro da União Europeia e, pelo menos, até à entrada em vigência do Regulamento nº 1/2003 (que descentralizou para o nível das autoridades e Tribunais nacionais – no âmbito do movimento de *modernização* do Direito comunitário – a aplicação dos artigos 81º e 82º do Tratado CE), a Comissão dispunha de um poder de escolha ou selecção dos casos que

⁸⁷³ DAMIEN J. NEVEN (DG – COMP Economist Chief) – *Competition Economics and Antitrust in Europe*, 21 (48) *Economic Policy*, October, 2006, p. 741 – 791, *apud* CHRISTIAN AHLBORG / DAVID S. EVANS - *The Microsoft Judgment and its Implications for Competition Policy towards Dominant Firms in Europe*, p. 25-26, disponível na *Internet* em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1115867 .

perseguia, determinando, conseqüentemente e em parte, o caminho que a jurisprudência foi construindo em matéria de aplicação do artigo 82º.

Por outro lado ainda e voltando a concentrarmo-nos na Comunicação de Dezembro de 2008, a própria Comissão não parece querer – pelo menos, em termos de afirmação de princípio – vincular-se irreversivelmente às linhas de orientação por si enunciadas nesse documento, na medida em que declara expressamente poder vir a nortear a sua intervenção por outros critérios e prioridades não previstos na Comunicação em causa, mas que se reconduzam ao “interesse comunitário”⁸⁷⁴.

No fundo, a vinculatividade de facto destas linhas de orientação⁸⁷⁵ resultará – ou não – da possível e futura conformidade entre a actuação da própria Comissão e das autoridades nacionais e o conteúdo deste documento e, naturalmente, da forma como a jurisprudência do Tribunal de Justiça e do Tribunal de Primeira Instância tomar em consideração tais “linhas de orientação”.

De todo o modo, como contributo para o desenho do que se deverá entender por abuso (de posição dominante), esta orientação acaba por ser, desde já, importante, na medida em que representa uma tomada de posição da Comissão que surge em plena fase de debate sobre a reforma da aplicação do artigo 82º do Tratado CE, no âmbito da reclamada e posta em marcha *modernização* do Direito comunitário da concorrência.

⁸⁷⁴ No mesmo nº 3 da Comunicação, a Comissão deixa claro que, mesmo relativamente à sua própria actuação, não se vincula definitivamente às orientações por si enunciadas: “(...) o quadro geral apresentado neste documento aplica-se sem prejuízo da possibilidade de a Comissão rejeitar uma queixa quando considerar que determinado caso não é prioritário devido a, por exemplo, ausência de interesse para a Comunidade”. Saliente-se não só o carácter aberto da ressalva enunciada, como também o facto de a Comissão indicar o “interesse para a Comunidade” (sem densificar, em concreto, o conceito, neste seu documento) apenas como uma possível (e meramente exemplificativa) razão para actuar diversamente do sentido das suas próprias orientações.

⁸⁷⁵ Em rigor, em certas situações, como, por exemplo, na exemplificação que a Comissão empreende sobre como deverá agir, no que diz respeito às referidas “situações-tipo” (IV. *Formas Específicas de Abuso*), este documento assume-se mais como um verdadeiro “guia” do que como um enunciado de meras “linhas de orientação”.

Além disso, como notam alguns comentadores, transparece da leitura da referida Comunicação (destas “linhas de orientação”) a tentativa de se “codificar” o *acquis communautaire* em matéria de aplicação do artigo 82º do Tratado CE, nomeadamente, toda a jurisprudência do Tribunal de Justiça e do Tribunal de Primeira Instância⁸⁷⁶ – tarefa que, dadas as *nuances* e inflexões de sentido que tal jurisprudência tem percorrido, acaba por ser uma intenção muito conveniente.

Se o resultado alcançado, sob este ponto de vista sistematizador e “codificador”, tivesse sido mais evidente, sem dúvida que a importância e utilidade desta Comunicação teriam sido ainda mais incontornáveis.

254. O documento em causa subdivide-se, essencial e materialmente, em duas partes (para além da respectiva introdução e enunciado dos objectivos do documento): uma parte em que a Comissão enuncia os objectivos e os princípios gerais orientadores da abordagem que esta Instituição pretende desenvolver relativamente às práticas de exclusão (*Abordagem Geral ao Comportamento de Exclusão*); uma outra parte em que a Comissão concretiza os modos de aplicação da regra do artigo 82º (bem assim como excepções a tais princípios gerais e métodos particulares de aplicação desse normativo) a certas “situações-tipo”, ou seja, a casos que, em abstracto, a Comissão considera mais frequentes (*Formas Específicas de Abuso*).

Essas “situações – tipo” consideradas em especial, são as seguintes:

- acordos de exclusividade e outros benefícios (descontos) de fidelização (também denominados “descontos condicionais”, nos termos da Comunicação);
- vendas ou fornecimentos ligados ou condicionados a outras prestações (“vendas subordinadas e agrupadas”);

⁸⁷⁶ “The Guidance was apparently issued in an effort to provide greater clarity and predictability on the analysis of Article 82, and also to codify the past and current case law”. GEORGIOS ZOHIOS – *Commission Guidance Paper on the Application of Art. 82: A Step Towards Modernization or a Step Away?*, in *GCP – The Online Magazine for Global Competition Policy*, February 2009, p. 4, disponível na *Internet* em: www.globalcompetitionpolicy.org

- as denominadas práticas predatórias (“comportamento predatório”; e, ainda,
- a recusa de fornecimento e práticas de “margin squeeze” ou de “compressão das margens”⁸⁷⁷”.

4.2 – Linhas de orientação, sob o ponto de vista (essencialmente) processual.

255. Poderemos referir, sinteticamente, algumas das posições assumidas pela Comissão neste seu documento de Dezembro de 2008, relativamente à forma como esta Instituição pretende posicionar-se, de futuro, relativamente aos casos susceptíveis de eventual aplicação do artigo 82º do Tratado CE.

Algumas das suas ideias/linhas de actuação, sob o ponto de vista procedimental, poderão ser enunciadas do seguinte modo:

- A Comissão deverá investigar sempre as situações em que a empresa dominante apresenta uma quota de mercado igual ou superior a 40%, sendo certo, porém, que este limiar não é absoluto, no sentido em que, por vezes, a Comissão também poderá investigar outras situações em que a empresa dominante disponha de uma quota de mercado inferior.

- Por outro lado, ao referir que no seu processo decisório e na investigação a ele conducente, serão examinados e tidos em conta todas as provas directas (“direct evidence”) de qualquer estratégia de exclusão,

⁸⁷⁷ Segundo o entendimento da própria Comissão, estas situações ocorrem quando “(...) em vez de recusa um fornecimento, uma empresa pode cobrar um preço pelo produto no mercado «a montante» que, em comparação com o preço cobrado no mercado «a jusante», não permite que mesmo um concorrente com o mesmo grau de eficiência exerça de uma forma rentável e duradoura actividades no mercado a jusante”. Tal será o caso – exemplifica a Comissão, neste seu documento – quando uma empresa integrada que vende um “sistema” de produtos complementares recusa a venda de um dos produtos complementares numa base desagregada a um concorrente que produz os outros produtos complementares - Comunicação da Comissão de 3 de Dezembro de 2008, nº 80 e também, dentro do mesmo número do referido documento, nota 54.

incluindo documentos internos que possam vir a revelar-se úteis para interpretar a razão de ser da prática levada a cabo pela empresa dominante, a Comissão indica que a intenção, o elemento volitivo (ou, se quisermos, o objecto da conduta em causa), serão também relevantes. Com efeito, no nº 28 desta Orientação, a Comissão, apoiando-se em alguma jurisprudência comunitária⁸⁷⁸, afirma que:

“Na aplicação do artigo 82º, a Comissão pretende analisar igualmente as alegações apresentadas pela empresa em posição dominante de que o seu comportamento é justificado”. Para tal, a empresa dominante deverá demonstrar que o comportamento em causa é objectivamente necessário ou, em alternativa, que produz ganhos de eficiência substanciais “que compensam qualquer efeito anticoncorrencial a nível dos consumidores”. A Comissão, por seu turno e no quadro desta justificação admitida à empresa dominante, “irá avaliar se o comportamento em questão é *indispensável* e proporcionado ao objectivo alegadamente pretendido pela empresa” – ou seja, a satisfação de uma necessidade que se insira ou seja admitida à luz do padrão de uma normal “concorrência pelos méritos”⁸⁷⁹, ou o ganho de eficiência⁸⁸⁰ que, com tal comportamento, se alcançará.

⁸⁷⁸ Processo 27/76 – *United Brands/Comissão*, Col. 1978, p. 207, ponto 184; Processo 311/84 – *Centre Belge d'Études de marche – Télémarketing (CBEM) / Compagnie Luxembourgeoise de télédiffusion (CLT)*, Col. 1985, p. 3261, ponto 27; Processo 7 – 83/91 *Tetra Park / Comissão (Tetra Park II)*, col. 1994, p. II – 755, pontos 136 e 207 e Processo C – 95/04 *P British Airways / Comissão*, Col. 2007, p. I – 2331, pontos 69 e 86, entre outros – ver nº 28 da Orientação, em nota nº 20.

⁸⁷⁹ No nº 29 da Orientação, esclarece-se o quadro admitido para esta justificação: “ A questão de saber se o comportamento é objectivamente necessário e proporcional deverá ser determinada com base em factores externos à empresa em posição dominante. O comportamento de exclusão pode, por exemplo, ser considerado objectivamente necessário por razões de saúde ou de segurança relacionadas com a natureza do produto em questão. No entanto, a prova de que tal comportamento é objectivamente necessário deverá ter em consideração que compete normalmente às autoridades públicas definir e aplicar as normas de saúde e de segurança”.

⁸⁸⁰ O nº 30 da Orientação debruça-se sobre o preenchimento desta possível justificação (“ganhos de eficiência que são suficientes para tornar pouco provável um prejuízo para os

Ora, como assinala alguns comentadores, trata-se de afirmar a *intenção* como sendo um elemento integrante, também decisivo, da previsão do artigo 82º do Tratado CE⁸⁸¹.

De todo o modo e até certo ponto, a consideração deste elemento volitivo tinha já sido relevante em alguns casos mais recentes decididos pela Comissão e pela jurisprudência comunitária, como, por exemplo, o já mencionado caso *Microsoft* de 2007⁸⁸² e o caso *AstraZeneca* de 2005⁸⁸³.

- A Comissão entende também que quanto maior for a quota de mercado da empresa dominante, mais probabilidades deverão existir de a sua conduta produzir efeitos de exclusão. Assim, a Comissão prestará uma particular

consumidores”) que nos conduz, como veremos de seguida, no fundo, à admissão, no âmbito de aplicação do artigo 82º do Tratado CE, a um “juízo de balanço económico” análogo aquele que se desenvolve nos termos do nº 3, do artigo 81º do Tratado.

⁸⁸¹ Neste sentido, por exemplo, JAMES KILLICK / ASSIMAKIS KOMNINOS, *ob. cit* (*Schizophrenia in the Commission’s Article 82 Guidance ...*), p. 7. Estes Autores, de resto, entendem que a relevância da intenção (no fundo, a relevância do objecto da conduta da empresa dominante, para efeito de aplicação do artigo 82º do Tratado CE), é um dos aspectos decepcionantes desta Comunicação. A Comissão, ao enveredar pela consideração da intenção da empresa dominante, acabou por recuar na lógica da reclamada - para a aplicação do artigo 82º do Tratado - abordagem mais economicista e direccionada para a protecção dos interesses dos consumidores. Este *standard* (os interesses dos consumidores) deveria prevalecer sobre qualquer outro elemento interpretativo e determinante para a qualificação de abusiva atribuída a uma qualquer prática da empresa dominante. No fundo, a consideração do objecto do comportamento da empresa dominante, perturba a análise economicista que se pretende levar a cabo, na aplicação do artigo 82º do Tratado. Entendem os Autores citados que: “This (the resurgence of intention as a critical component of Article 82 EC) is a serious mistake: the resolve to win over or even to eliminate competitors is the driving force of competition. What should matter is whether there is a plausible consumer harm theory. It is a pity that the Guidance Paper appears to contradict standard principles accepted even under the more formalistic approach – that *an intention even by a dominant firm to prevail over its rivals should not be viewed as unlawful*”, *ob. cit.*, p. 7 (sublinhado nosso),

⁸⁸² Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 17.09.2007, *Microsoft*, Processo T – 201/04, Jornal Oficial nº C – 269, 10.11.2007, p. 45.

⁸⁸³ Decisão da Comissão de 15 de Junho de 2005.

atenção às situações em que se verifique existir alguma literatura designa por “super – domínio” (posições dominantes muito relevantes).

- A Comunicação ou Orientação em causa, por outro lado, refere a possibilidade de se verificarem situações em que não será necessário proceder-se a uma recolha exaustiva de provas e a uma fundamentação detalhada para que a Comissão conclua estar-se perante uma conduta de exclusão proibida (uma prática de “anticompetitive foreclosure”). A este propósito, são referidas como exemplo, práticas que impeçam os clientes da empresa dominante de testarem/consumirem outros produtos que não sejam os fornecidos pela referida empresa ou o pagamento, a certos distribuidores, para retardarem a introdução/distribuição de outros produtos concorrentes⁸⁸⁴.

No fundo, verifica-se aqui uma aproximação á metodologia das regras de proibição de *per se*, tão criticada pelos sectores da doutrina que reclamam uma *effects-based approach* para a aplicação do artigo 82º do Tratado e também, pelo próprio discurso oficial da Comissão, a partir do momento em que assumiu a necessidade de reformar a aplicação desta norma do Tratado.

- Além disso, admite-se a possibilidade de a empresa dominante poder justificar a sua conduta, em termos paralelos àqueles que estruturam, nos termos do nº 3, do artigo 81º do Tratado, o “juízo de balanço económico” que permitirá a não aplicação dessa norma (nomeadamente, dos seus números 1 e 2) a certas ententes lesivas da concorrência no Mercado Interno.

Trata-se, portanto, da justificação *supra* referida e alegada por parte da empresa dominante, de que o seu comportamento produz “ganhos de eficiência

⁸⁸⁴ Ver, relativamente a esta possibilidade, o nº 22 da Orientação: “(...) Se ficar claro que o comportamento só levanta obstáculos à concorrência e não dá origem a quaisquer ganhos de eficiência, poderá inferir-se que tem um efeito anticoncorrencial. Será o caso se, por exemplo, a empresa em posição dominante impedir os seus clientes de testarem produtos de concorrentes ou se der incentivos financeiros aos clientes sob condição de estes não testarem tais produtos ou ainda se pagar a um distribuidor ou cliente para atrasar a introdução no mercado do produto de um rival”. Nesta última hipótese, não imagina, contudo, como muito provável a possibilidade de se “pagar a um cliente para atrasar a introdução no mercado do produto de um rival”.

que são suficientes para tornar pouco provável um prejuízo para os consumidores”. Recorde-se que a outra possível justificação admitida pela Comissão - como anteriormente apontamos a propósito da consideração da vontade ou da intenção da empresa dominante, para efeito de aplicação do artigo 82º do Tratado - é aquela que se prende com a satisfação de uma necessidade que se insira ou seja admitida à luz do padrão de uma normal “concorrência pelos méritos”

A Comunicação indica, de facto, a necessidade de a empresa dominante demonstrar que, com um suficiente grau de probabilidade, a sua conduta incrementará a eficiência e, assim, acabará por ser benéfica para os consumidores – ou seja, os efeitos benéficos em termos de eficiência, resultantes da conduta em causa, compensam os eventuais efeitos negativos que, para os interesses dos consumidores, aquela mesma conduta poderá apresentar.

Voltaremos, oportunamente, a este ponto, salientando, contudo e desde já, o facto de a Comissão entender que a aplicação do artigo 82º do Tratado CE deverá aproximar-se, em termos de justificação relevante para um determinado comportamento (mesmo) de uma empresa dominante, da metodologia seguida na aplicação do artigo 81º. Com efeito, adopta-se também aqui uma espécie de “juízo de balanço económico” (paralelo àquele que resulta do nº 3, do artigo 81º do Tratado), centrado na eficiência, subordinada ao “bem – estar dos consumidores”. A qualificação de abusiva, atribuída a uma conduta de uma empresa dominante, dependerá, assim, de uma análise casuística aos efeitos concretos dessa conduta. Até certo ponto, o abuso passa a poder ser relevantemente justificado, relativizando-se a sua noção - sendo certo, porém, que esta relativização é coerente com uma metodologia de aplicação do artigo 82º do Tratado norteada por uma *effects-based approach* e por uma análise económica e casuística das situações.

4.3 – O “concorrente tão ou mais eficiente” e a “relação entre preços e custos”.

256. Referimos anteriormente que a Comissão considera e enuncia, em especial, quatro “situações – tipo” de práticas de exclusão (*Formas Específicas de Abuso*).

Independentemente da análise e das “regras” de aplicação específica que a Comissão se propõe seguir, caso a caso, relativamente a tais “situações – tipo” destacadas no documento, importa referir que são enunciados, em termos gerais, os seguintes testes ou critérios auxiliares para a determinação do carácter abusivo de um certo comportamento (números 23 a 27 da Orientação):

- o teste do “concorrente tão ou mais eficiente” e,
- o teste da relação entre “preços e custos”.

Ora, estes testes (ou parâmetros) são enunciados pela Comissão, focalizando-se, sobretudo, nas práticas de exclusão perpetradas através dos *preços*.

Sublinhe-se, novamente, o facto de este documento da Comissão dirigir-se unicamente às práticas de exclusão (“encerramento anticoncorrencial do mercado”), não se referindo a eventuais abusos que se manifestem através de práticas de exploração sobre os respectivos clientes e/ou consumidores, levadas a cabo por empresas em posição dominante.

As práticas relativas a preços assumem-se, de entre as denominadas práticas de exclusão que motivam o documento em causa, como merecedoras de uma atenção e de uma preocupação quase exclusivas. Digamos que a lógica da Comissão, neste documento publicado em Dezembro de 2008, corresponde à perspectiva corrente de que importa tornar prioritária a repressão dos abusos de posição dominante (e das demais condutas anti-competitivas) praticados através dos preços, na medida em que, por um lado, eles serão mais facilmente identificáveis e, por outro, podem afectar com uma intensidade mais imediata e directa as condições de funcionamento do mercado e assim, o bem – estar dos consumidores.

Os comportamentos em matéria de preços são, portanto e em grande medida, aqueles que assumem na Comunicação de Dezembro de 2008, o protagonismo na perspectiva da *defesa da concorrência*.

Como já tivemos a oportunidade de referir, há quem entenda que a “*summa divisio* em direito da concorrência é a que distingue os abusos relativos aos preços dos abusos que incidem sobre outros parâmetros da concorrência⁸⁸⁵”. E isto, naturalmente, sem embargo de a Comunicação de Dezembro de 2008 acabar por indicar e explicitar metodologias de aplicação do artigo 82º do Tratado CE eventualmente susceptíveis de poderem abranger também outro tipo de práticas que não exclusivamente as práticas centradas nos preços.

257. Centrando-nos, por agora, nos referidos testes enunciados pela Comissão, poderemos dizer que o teste do “concorrente tão ou mais eficiente” tem o seguinte alcance: para se qualificar determinado comportamento como abusivo, por parte da empresa dominante, ter-se-á que verificar se tal comportamento é, ou não, susceptível de excluir do mercado um concorrente tão ou mais eficiente do que a empresa dominante. Ou seja, será abusivo um determinado comportamento que se revele adequado à exclusão do mercado de concorrentes tão ou mais eficientes do que a empresa que implementa tal conduta. Neste sentido, a Comissão refere (nº 23 da Orientação) que: “(...) normalmente só intervirá para evitar o encerramento anticoncorrencial do mercado quando o comportamento em causa tenha já impedido ou seja susceptível de impedir a concorrência desenvolvida por concorrentes, que são considerados tão eficientes como a empresa em posição dominante”.

Refere MOURA e SILVA, a propósito deste teste que, com a sua aplicação, procura-se conciliar a proibição de comportamentos que entrem a concorrência existente no mercado em causa com o conceito de eficiência produtiva⁸⁸⁶. Ou seja, este critério - na linha do pensamento *antitrust* da Escola de Chicago e de autores como, desde logo, RICHARD A. POSNER que propôs,

⁸⁸⁵ MIGUEL MOURA E SILVA, *ob. cit.* (*Direito da Concorrência...*), p. 669.

⁸⁸⁶ MIGUEL MOURA E SILVA, *ob. cit.* (*Direito da Concorrência...*), p. 670.

ainda nos anos de 1970, este teste⁸⁸⁷ - acaba por atenuar uma relativa rigidez na aplicação do artigo 82º do Tratado CE, libertando-a de considerações mais formais e de eventuais regras de proibição de *per se*, e abrindo, tal aplicação, a uma perspectiva mais direccionada para os efeitos económicos das condutas (ou seja, uma aproximação a uma *effects – based approach*). Neste caso, os efeitos (económicos) que se consideram prioritários e servirão de referência a este critério (em rigor, estão pressupostos neste critério) são aqueles que se reconduzem à eficiência produtiva que, apesar de tudo e na lógica do pensamento *antitrust* de Chicago, acaba por beneficiar os consumidores (ou seja, indirectamente, acaba por satisfazer o objectivo do bem – estar dos consumidores).

Notem-se, contudo, algumas das críticas que tradicionalmente são dirigidas a este “teste” e àquilo que ele reflecte (no fundo, um critério tributário da cosmovisão da Escola de Chicago): há, em primeiro lugar, dificuldades operativas (sobretudo, se nos colocarmos na perspectiva das autoridades da concorrência e dos Tribunais) de alguma (bastante) monta, na aplicação do critério do “concorrente tão ou mais eficiente”; depois, este critério acaba por derivar num certo relativismo, acabando por depender, na apreciação de uma conduta, do resultado dessa mesma conduta.

Assim, não se antevê como é que as autoridades da concorrência e os Tribunais, para não falarmos das empresas de um modo geral, poderão dispor realisticamente de meios aptos à realização, minimamente rigorosa e operativa, deste teste. A utilização deste critério/teste exige, com efeito, a disponibilidade de dados e de elementos que, muitas vezes, serão naturalmente sigilosos, relativos a várias empresas que se movimentam no mercado respectivo. De outro modo – a não ser socorrendo-nos de presunções – não se afigura, numa

⁸⁸⁷ RICHARD A. POSNER, *Antitrust Law*, (2d Ed.), University of Chicago Press, Chicago, 2001. Ver, também, PHILLIP AREEDA e LOUIS KAPLOW – *Antitrust Analysis: Problems, Text and Cases* (5th. Ed.), Ed. Little Brown and Company, Boston, 1997 e o artigo de BARRY E. HAWK, *Article 82 and section 2: Abuse and Monopolizing Conduct*, in *2 Issues in Competition Law and Policy*, (ABA Section of Antitrust Law), November 2008, p. 871 e ss., sobretudo, 882. Também disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1301690>

larga maioria de casos, ser possível analisar e quantificar – repita-se, em termos minimamente rigorosos e operativos – a eficiência dos concorrentes da empresa em posição dominante.

Além disso, como referimos, este critério resvala num certo relativismo (em função do resultado ou dos efeitos concretos da conduta apreciada) que, conjuntamente com a crítica anteriormente formulada (sobre a dificuldade previsível de obtenção de dados relevantes dos concorrentes cuja eficiência se pretenderá avaliar), justifica, com propriedade, preocupações com a segurança jurídica. A aplicação deste teste potenciará, previsivelmente, a incerteza e a opacidade na aplicação do normativo em causa, relativizando as condutas em análise em função de uma análise comparativa à eficiência (difícil de determinar) dos concorrentes da empresa dominante (uma espécie de adopção de um método de *benchmarking*⁸⁸⁸ para a determinação e análise das práticas abusivas).

Como explica MOURA E SILVA, “a conduta da empresa dominante só será abusiva se tiver a potencialidade de excluir um concorrente tão eficiente como o autor da prática; se o concorrente for excluído porque é menos eficiente do que a empresa dominante, então esse é um comportamento concorrencial normal, mesmo que daí decorra a possibilidade de exercício do poder de mercado ou o reforço da mesma. Uma norma comportamental sofre assim uma deriva em função do resultado (para retomar o paradigma da Economia Industrial)⁸⁸⁹”.

A crítica de MOURA E SILVA aponta, inclusivamente, para aquilo que poderíamos considerar o (possível) paradoxo deste critério do “concorrente tão ou mais eficiente”. No fundo, a realidade económica é diversificada e mesmo em situações que, entre si, aparentam alguma similitude de pressupostos, o facto é que dificilmente poderemos antecipar, com rigor, o resultado de certas condutas ou a evolução do mercado e do comportamento de todos os

⁸⁸⁸ Sobre o método de *benchmarking*, muito divulgado e utilizado nas áreas da gestão, *vg.* como instrumento de *gestão operacional*, ver, por exemplo, entre variada literatura, P. DRUCKER – *Sociedade Pós-Capitalista*, Ed. Pioneira, S. Paulo, 1993.

⁸⁸⁹ MIGUEL MOURA E SILVA, ainda *ob. cit.* (*Direito da Concorrência...*), p. 670.

concorrentes. Por isso, muitas vezes correr-se-á o risco de acabar por deixar excluir do mercado, com prejuízo a curto prazo para os consumidores, empresas ainda menos eficientes, mas potencialmente susceptíveis de ultrapassarem, em eficiência, as empresas dominantes já instaladas. Acaba-se por correr, assim, o risco de em homenagem à eficiência e à “concorrência pelos méritos”, proteger as empresas (a prazo) menos eficientes.

Na realidade e na linha do exposto, há, em muitas situações, factores a considerar que perturbam (significativamente) a aplicação do teste referido. Habitualmente, é referido o caso das empresas que estruturam a respectiva produção, de acordo com os padrões das “economias de escala”. A avaliação comparativa da eficiência dos concorrentes da empresa dominante, muitas vezes, tem que levar em linha de conta esse facto: a hipotética empresa que sofre a exclusão (ou que será potencialmente excluída, por acção da empresa dominante) poderá não ser, naquele momento, tão eficiente como a empresa dominante porque, nesse momento, tem em curso um processo (evolutivo) de implementação de “economias de escala” e ainda não atingiu um nível de eficiência equiparável ao da empresa em posição dominante. No entanto, nessa hipótese, é também previsível que atinja tal nível de eficiência a breve prazo.

O exposto implica, naturalmente, que se desenvolva uma análise mais complexa, uma utilização mais ponderada e menos “mecânica” do critério em questão, para que não se deixe sair do mercado empresas potencialmente tão ou mais eficientes do que a empresa dominante.

Este critério, fazendo sobressair a eficiência comparativa da empresa eventualmente afectada com a eficiência da empresa dominante, aceita como consequência natural da sua aplicação (e, no fundo, como “lei” em sentido económico) que as empresas menos eficientes deixem, naturalmente, o mercado.

Ora, como a própria Comissão também reconhece na sua Comunicação de Dezembro de 2008 (nº 24), muitas vezes – sobretudo, com alguma frequência quando estão em causa comportamentos em matéria de preços - é desejável a permanência de concorrentes menos eficientes, na medida em que

eles poderão, também, contribuir para aumentar a pressão concorrencial existente no mercado em causa⁸⁹⁰.

Este critério, portanto, no seu enunciado linear – na sua lógica original, tal como foi avançado por POSNER, ainda na década de 1970 – incorre no risco de um certo reducionismo, podendo gerar consequências contrárias àquilo que são os seus próprios pressupostos e objectivos - ou seja, a promoção da eficiência produtiva, traduzida e/ou avaliada pelos preços praticados que, por seu turno, traduzem, também, o nível de bem-estar dos consumidores.

Como refere BARRY E. HAWK, este teste *presume* linearmente que *nunca existe um dano para os consumidores quando se verifica a exclusão de um concorrente menos eficiente*⁸⁹¹.

⁸⁹⁰ No referido nº 24, da Comunicação de Dezembro de 2008, a Comissão reconhece, precisamente, a necessidade de aplicar este critério do “concorrente tão ou mais eficiente” de uma forma cuidadosa, “dinâmica”, na medida em que “(...) a Comissão reconhece que em determinadas circunstâncias um concorrente menos eficiente poderá igualmente exercer uma pressão que deverá ser tida em consideração quando se avalia se determinado comportamento baseado no preço leva ao encerramento anticoncorrencial do mercado. A Comissão terá uma perspectiva dinâmica desta pressão visto que, na ausência de prática abusiva, um tal concorrente poderá beneficiar de vantagens relacionadas com a procura, designadamente efeitos de rede e de aprendizagem, que terão tendência a melhorara a sua eficiência”.

⁸⁹¹ BARRY E. HAWK, *A propos de la «concurrency par les mérites»: regards croisés sur l'article 82 CE et la Section 2 du Sherman Act*, in *Concurrences*, nº 3/2005, p. 33. Ainda do mesmo autor, ver, também e no mesmo sentido, *Analyse comparative de l'article 82 du Traité CE et de la Section 2 du Sherman Act*, in *La Modernisation du Droit de la Concurrence*, GUY CANIVET (Dir.) LGDJ, Paris, 2006, p. 131. Uma das críticas mais sintéticas e directas a este critério/ «teste» do «concorrente tão ou mais eficiente», bem assim como à sua lógica e pressupostos, é desenvolvida por ANDREW I. GAVIL, no seu artigo *Exclusionary Distribution Strategies By Dominant Firms: Striking A Better Balance*, ANTITRUST LAW JOURNAL, Vol. 72, 1/2004, também disponível em: <http://www.abanet.org/antitrust/at-journal/pdf/abstracts/v72-I1/v72-I1-abstract-01.pdf>. GAVIL começa por criticar a presunção de que pela saída do mercado de um concorrente menos eficiente, não pode resultar um dano para os consumidores, com o mesmo argumento também utilizado pela Comissão, a saber, o facto de tal concorrente, ainda que menos eficiente, contribuir para a manutenção da pressão concorrencial. Depois salienta também a dificuldade operativa de pôr em marcha este “teste” e isto, “even if such test were supportable as an economic and politic matter” e finalmente, em terceiro lugar, preocupando-se mais com as situações de “private enforcement” e de aplicação

No âmbito comunitário e atentando nos termos da Comunicação da Comissão de Dezembro de 2008 e, em particular, no reconhecimento que esta Instituição faz de que muitas vezes é desejável a permanência no mercado de concorrentes menos eficientes, na medida em que eles contribuem para a manutenção da pressão concorrencial, poderemos dizer que o teste proposto não será aplicado de forma absoluta e mecânica.

Por outro lado, poderemos também, de certo modo, atenuar o sentido das críticas expostas se pensarmos que, ao comparar-se a eficiência dos concorrentes da empresa dominante, deixa-se de ter como referência para a análise da existência, ou não, de um abuso, uma hipotética ou ideal situação de concorrência (em abstracto), passando-se a considerar, como ponto de partida para a dita comparação, o nível de eficiência da própria empresa dominante.

Haverá, nesta perspectiva, uma maior objectividade e certeza (sempre relativa⁸⁹²) e, nessa medida, os serviços da Comissão poderão, nas situações concretas com que se deparem, sentirem-se mais seguros. “O parâmetro de comparação deixa, em princípio, de ser uma hipotética estrutura concorrencial ou as condições que prevaleceriam em tal cenário, mas sim o nível de eficiência da própria empresa dominante⁸⁹³” – sendo certo que quanto mais eficiente for a empresa dominante, maior será a sua margem de manobra para agir sem incorrer no risco de abusar do seu *market power*.

judicial (neste caso) da *Section 2* do *Sherman Act* - isto é, centrando-se particularmente na tradição e no sistema norte-americanos – GAVIN realça a dificuldade (quase impossibilidade) de os concorrentes interessados e queixosos (“plaintiff”) poderem obter a informação relevante para fundamentarem as suas alegações de abuso ou de que serão, por hipótese, “equally efficient as the defendant”.

⁸⁹² Sempre relativa porque, apesar de tudo, tal certeza dependerá sempre, em última instância, da informação disponível e, como referimos, esse não será um ponto despiendo. Em princípio, haverá que contar, previsivelmente, com dificuldades na obtenção de elementos (muitas vezes, até reservados ou sigilosos) das empresas concorrentes e mesmo da empresa em posição dominante, cuja conduta é analisada.

⁸⁹³ MIGUEL MOURA E SILVA, *ob. cit.* (*Direito da Concorrência...*) que continuamos, neste ponto, a seguir, p. 671.

Como era salientado já no *Discussion paper* de 2005 (nº 66), “a questão colocada é (a de se saber) se a própria empresa dominante seria capaz de sobreviver à conduta de exclusão se ela fosse o seu alvo⁸⁹⁴”.

Ora, a análise perspectivada assim, nos termos desta questão, acaba por se afigurar mais simples e menos especulativa e, portanto, mais operativa e menos arriscada para a segurança jurídica.

258. Para além do teste do “concorrente tão ou mais eficiente”, a Comissão avança, também, com um critério complementar, assente na relação entre o preço praticado pela empresa dominante e os respectivos custos e que atrás designamos por teste da relação entre “preços e custos”.

Pretende-se, aqui, com a aplicação deste segundo teste, verificar se um determinado concorrente tão eficiente como a empresa dominante (portanto, um concorrente que, nos termos da aplicação do teste antecedente, é possível considerar-se, no mínimo, igualmente eficiente em termos produtivos) poderá ser excluído pela prática (em matéria de preços) da referida empresa dominante.

A possível exclusão de um concorrente que se conclui ser tão eficiente como a empresa dominante, em princípio, só ocorrerá se esta baixar os seus preços até níveis que sejam inferiores aos dos seus próprios custos de produção.

Esta *assumpção*⁸⁹⁵, permite-nos dizer que, na lógica do “concorrente tão ou mais eficiente”, uma empresa será hipoteticamente tão eficiente como outra quando incorra nos mesmos custos. Daí a utilidade (complementar) deste segundo critério indicado pela Comissão, centrado na relação entre preços e custos: quando na sequência da aplicação do teste do “concorrente tão ou mais

⁸⁹⁴ Com efeito, na versão original, em língua inglesa, pode ler-se, no referido nº 66 do *Discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses*, de Dezembro de 2005, que: “The question is asked whether the dominant company itself would be able to survive the exclusionary conduct in the event that it would be the target”.

⁸⁹⁵ Ou seja, a *assumpção* de que a exclusão de um concorrente tão eficiente como a empresa dominante só poderá verificar-se em consequência da prática, por parte da dominante, de preços inferiores aos seus custos de produção.

eficiente”, verifica-se que a empresa dominante e as suas concorrentes produzem com os mesmos custos (ou seja, são igualmente eficientes), então, dever-se-á passar para a aplicação do segundo teste, relacionando os preços praticados pela empresa dominante, com os seus custos.

No entanto, o facto é que podemos relacionar, de formas variadas, estas grandezas: custos e preços. Que medida de custos deverá ser tida em conta, quando se pretende seguir o caminho apontado por este segundo teste (relação entre preços e custo)?

A Comissão seguiu um método que depende de duas medidas do custo de produção: o *custo evitável médio (CEM)* e o *custo marginal médio a longo prazo (CMMLP')*.

O primeiro (custo evitável médio), indica o custo médio que a empresa poderia ter evitado se tivesse renunciado à produção de uma quantidade determinada do produto. O segundo (custo marginal médio a longo prazo), tenta reflectir todos os custos, fixos e variáveis, necessários à produção efectiva de determinada quantidade do produto em causa⁸⁹⁶.

O preço praticado por uma empresa em posição dominante que não cubra o custo evitável médio (ou seja, que é inferior ao custo em que a empresa incorre por produzir mais uma unidade do produto), deverá considerar-se, assim, susceptível de excluir um concorrente tão eficiente como aquela empresa dominante e, portanto, deverá ser considerado um preço anticoncorrencial. Como se afirma na Comunicação (nº 26), a “incapacidade de cobrir o CEM indica que a empresa em posição dominante está a sacrificar os lucros a curto prazo e que um concorrente com o mesmo grau de eficiência não consegue servir os clientes em causa sem sofrer perdas”.

Em tais situações, a empresa dominante que pratica tal preço acaba por sujeitar-se, portanto, a um sacrifício de curto prazo, a perdas imediatas, o que implica, para os concorrentes tão eficientes como esta empresa, terem que suportar, também, prejuízos, se pretenderem acompanhar (concorrenciar) com a empresa dominante.

⁸⁹⁶ MIGUEL MOURA E SILVA, *ob. cit.* (*Direito da Concorrência...*), p. 671 – 672.

Discute-se, por vezes, na doutrina e em termos de política da concorrência se, nestes casos, poder-se-ia, ou não, aplicar um outro teste ou critério para se determinar se tal preço praticado pelas empresas dominante seria, em definitivo, abusivo, ou não.

O critério a seguir para, na hipótese referida, se determinar, ou não, a existência de um abuso, segundo alguns, passaria pela verificação da possibilidade de a empresa dominante poder, a breve prazo, recuperar, através da sua movimentação no mesmo mercado relevante, tais perdas em que incorreu praticando o preço em questão ("recoupment"). No fundo, tais perdas seriam entendidas como um investimento durante um prazo curto e o critério para a sua qualificação como sendo, ou não, um abuso de posição dominante, dependeria da possibilidade de recuperação de tal investimento. Se tal fosse possível e previsível, então, a prática daquele preço configuraria um abuso.

A Comissão não aponta, contudo, para aplicação deste possível teste complementar, na Comunicação de Dezembro de 2008. No entanto, indica, por outro lado e complementarmente ao critério da comparação entre o preço praticado pela empresa dominante e o respectivo custo evitável médio, a comparação entre o preço do produto e o respectivo custo marginal médio a longo prazo da empresa dominante.

Se este custo (que mais não é do que a média de todos os custos de produção – fixos e variáveis – suportados pela empresa para produzir uma determinada quantidade do produto ou serviço) for superado pelo preço efectivo praticado pela empresa dominante, então, em princípio, este preço não será anticoncorrencial e não configurará um abuso de posição dominante.

A Comissão, no documento em causa, explicita também o modo como aplicará estes critérios ou testes quando se veja confrontada com as várias práticas de preços especialmente enunciadas como sendo as "situações-tipo"

mais frequentes de práticas abusivas⁸⁹⁷ (nº 31 desta Orientação ou *Guidance on the Commission's Enforcement Priorities*, de 3 de Dezembro de 2008).

259. Como podemos entender as indicações da Comissão no que respeita aos testes atrás expostos? Tal indicação (opção) terá algum significado em termos de política da concorrência ou, simplesmente, obedeceu a razões técnicas (sob o ponto de vista económico) e operativas?

260. Contextualizando esta questão, importa notar que a elaboração e o desenvolvimento doutrinal de vários testes tendentes a determinar o carácter abusivo de uma prática empresarial, em termos concorrenciais, estiveram ligados, inicialmente e, sobretudo, nos Estados Unidos, à adopção dos interesses dos consumidores (“bem – estar dos consumidores”) como referência/objectivo das regras da concorrência.

A discussão em torno dos critérios ou testes que foi acompanhando tal elaboração e desenvolvimento doutrinários (dos vários métodos determinativos do carácter abusivo de uma prática), reflectiu, nos últimos anos, as divergências entre a perspectiva do “bem – estar dos consumidores” e a perspectiva da eficiência.

Os testes ou critérios em causa são em número e em diversidade significativamente maiores do que aqueles que abordamos atrás e que são enunciados pela Comissão, no seu documento de 3 de Dezembro de 2008.

Observando, então, a experiência e a prática norte-americanas, o debate em torno do que se poderia considerar “monopolizing” ou “intent to monopolizing” (e isto, numa perspectiva centrada quer na eficiência quer no “consumer welfare” para efeitos de aplicação *Section 2*, do Sherman Act), esteve, sempre, muito balizado pelo debate sobre os possíveis critérios a utilizar pelos Tribunais, precisamente, para a determinação, em casos concretos, de condutas proibidas à luz da mencionada *Section 2*.

⁸⁹⁷ Recorde-se: acordos de exclusividade e outros benefícios (descontos) de fidelização; vendas ou fornecimentos ligados ou condicionados a outras prestações; as práticas predatórias e a recusa de venda ou de fornecimento e práticas de “margin squeeze”.

As preocupações com o que - em rigor e de acordo com as linhas de orientação da política *antitrust* mais recentes, focalizadas no "consumer welfare" - poderia ser considerado como uma conduta ilegal, bem assim como os receios sobre a efectiva capacidade dos Tribunais para traçarem as linhas de fronteira, nessa perspectiva do "consumer welfare", entre práticas permitidas ou proibidas, marcaram (e marcam ainda) a discussão sobre os testes⁸⁹⁸. E isto, não só nos Estados-Unidos, mas um pouco por todo o mundo, incluindo, mais recentemente e no âmbito do movimento da *modernização* desencadeado pela Comissão Europeia, o espaço europeu comunitário.

Alguns dos testes mais debatidos são - para além dos indicados pela Comissão no documento de 3 de Dezembro de 2008⁸⁹⁹ - os do "dano sofrido pelo consumidor" (*consumer harm*), o do "sacrifício" (*profit sacrifice*) e o teste da "falta de sentido económico" (*no economic sense*).

4.4 – O dano sofrido pelo consumidor.

261. Detendo-nos rapidamente sobre o significado destes critérios, poderemos dizer que, relativamente ao "dano sofrido pelo consumidor", discutem-se os vários métodos possíveis para a implementação de tal teste. Têm sido avançadas várias abordagens para se proceder à verificação dos danos sofridos, ou não, pelo consumidor, como efeito das condutas das empresas dominantes.

Assim, há autores - por exemplo, JOHN VICKERS - que concretizam este teste avaliando se a conduta da empresa dominante provoca o aumento dos preços dos produtos em causa ou a diminuição da sua oferta ou qualidade⁹⁰⁰.

⁸⁹⁸ Neste sentido, BARRY E. HAWK, *ob. cit.*, (Article 82 and Section 2...), 2008, p. 878.

⁸⁹⁹ No fundo, os testes do "concorrente tão ou mais eficiente" e da relação entre "preços e custos", avançados pela Comissão, incluem-se, genericamente, nos denominados "efficiency standards" – critérios ou testes que pretendem garantir a eficiência.

⁹⁰⁰ JOHN VICKERS, *Speech to the 31st Conference of the European Association for Research in Industrial Economies: Abuse of Market Power*, September 2004, *apud* BARRY E. HAWK, *ob. cit*

Se tal se verificar (uma das duas condições alternativamente), ocorrerá um dano para os consumidores e a conduta será abusiva.

PHILLIP E. AREEDA e HERBERT HOVENKAMP⁹⁰¹, ao definirem práticas de exclusão, avançam, no fundo, com uma especificação do critério do “dano sofrido pelo consumidor” que, em parte, segue a mesma orientação atrás mencionada. A apreciação da conduta da empresa dominante passaria por verificar se essa conduta em análise permitiria, ou não, criar, alargar ou, de qualquer modo, reforçar o poder de monopólio (o significativo *market power*) da empresa dominante, prejudicando as oportunidades dos concorrentes. Além disso, seria simultaneamente necessário verificar se tal conduta problemática, alegadamente anticoncorrencial, não beneficiaria, por outro lado e de alguma maneira, os consumidores. Em caso afirmativo, seria, ainda, necessário, avaliar se tal benéfico adveniente dessa conduta seria possível de alcançar sem essa prática ou se provocaria danos (ao nível das oportunidades dos concorrentes) desproporcionados relativamente aos benefícios delas resultantes, para os consumidores. Se tal fosse o caso, então, tal benefício decorrente da prática em causa, para os consumidores, não seria reputado e a prática considerar-se-ia abusiva.

Estes métodos – quer aquele que é indicado por VICKERS quer o que é referido por AREEDA e HOVENKAMP - são, naturalmente, muito discutíveis e passíveis de críticas. Uma delas prende-se com o facto de, aparentemente, a aplicação do teste do “consumer harm” de acordo com os métodos referidos, parecer omisso e, portanto, ambíguo, no que respeita à consideração (necessária ou irrelevante?) dos efeitos futuros ou potenciais da condutas em apreciação relativamente ao “bem – estar” dos consumidores.

(Article 82 and Section 2...), 2008. Discurso disponível na Internet (2008), no *sítio* oficial do *The Office of Fair Trading*, em: <http://www.oft.gov.uk/news/speeches/2004/0304>

⁹⁰¹ PHILLIP E. AREEDA e HERBERT HOVENKAMP – *Antitrust Law: an analysis of antitrust principles and their application*, Aspen Publishers, New York, 3d. Ed., 2006.

4.5 – O “teste do sacrifício”.

262. O “teste do sacrifício” - tal como o teste da “falta de sentido económico” (*no economic sense*) e os testes da eficiência enunciados pela comissão na Comunicação de Dezembro de 2008 (*efficiency standard*) - já não se centra, prioritária e imediatamente, nos efeitos da conduta sobre os consumidores.

Este critério entende que uma certa prática será abusiva se implicar um sacrifício ou uma perda a curto prazo que não sejam recuperáveis a não ser com benefícios resultantes, a longo prazo, da manutenção ou do reforço do poder de mercado da empresa dominante, permitindo-lhe (tal *monopoly power*) excluir concorrentes.

No contexto da experiência norte – americana, o *Department of Justice* e a *Federal Trade Commission* intervieram num caso histórico – o caso *Trinko* – na qualidade de *amicus curiae*, propugnando, precisamente, pela aplicação judicial deste critério⁹⁰².

As críticas que, de um modo mais frequente, são direccionadas para este teste são as seguintes: este teste/critério do sacrifício, tal como foi descrito, poderá não detectar comportamentos de exclusão que, porventura, não impliquem uma perda ou um sacrifício imediato para a empresa dominante e, além disso, a sua implementação será sempre difícil e largamente subjectiva.

⁹⁰² Caso *Trinko*: Decisão do Supremo Tribunal norte - americano de 2004, caso *Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP*. Ver ANDREW I. GAVIL, *ob. cit.* Ver, também, referência feita por BARRY E. HAWK, *ob. cit.*, (*Article 82 and Section 2...*), p. 878. Ainda a propósito do caso *Trinko* e tentando responder à questão “Should antitrust force a market player to share its property?”, ver o comentário de ELEANOR M. FOX e WALTER J. DERENBERG – *The Trouble with Trinko*, apresentado em 2004, no *Spring Meeting da Antitrust Section – American Bar Association*, disponível na *Internet* em: <http://www.abanet.org/antitrust/at-committees/atelecom/pdf/troublewithtrinko.pdf>. Ainda sobre os efeitos da jurisprudência *Trinko* na subsequente aplicação do *Sherman Act*, EDWARD D. CAVANAGH - *Trinko: A Kinder, Gentler Approach To Dominant Firms Under the Antitrust Laws?*, St. John’s University - School of Law, *Legal Studies Research Paper Series*, October 2006, disponível na *Internet* em: <http://ssrn.com/abstract=940398> (consulta em Maio de 2008)

Com efeito, analisando-se apenas os preços e tentando detectar-se uma prática de exclusão através deste teste, tudo acabará por depender do ponto de comparação (em termos de preços e sua evolução) escolhido para se averiguar se existe ou não, da parte da empresa dominante, um “sacrifício” (por exemplo, uma perda de receita possível, um preço inferior àquele que seria possível e previsível). No entanto, como nota HAWK⁹⁰³, importa referir que os defensores deste “teste do sacrifício” (e, de um modo geral, também os defensores do critério da “falta de sentido económico”) entendem, por contraponto a estas críticas, que este teste acaba por ser de aplicação mais imediata (intuitiva?) e simples do que os testes do “dano sofrido pelos consumidores”.

4.6 – O “teste da falta de sentido económico”

263. O teste da “falta de sentido económico” pode ser entendido como uma variação⁹⁰⁴ do “teste do sacrifício”. Poderá formular-se do seguinte modo, sobretudo, à luz da jurisprudência norte-americana: se a conduta não fizer sentido sob o ponto de vista económico (de acordo com os postulados da racionalidade económica clássica; por exemplo, preços anormalmente baixos, mesmo quando a empresa que os pratica é confrontada com uma procura que sustentaria um preço de venda superior) e só puder compreender-se á luz de uma tentativa de dificultar ou eliminar a concorrência (actual ou potencial), então, tal conduta praticada pela empresa dominante corresponderá a uma prática anticoncorrencial de exclusão. No fundo, esta variação do “teste do sacrifício”, completa-o, tornando-o mais analítico. Quando uma empresa dominante avança para uma prática que a faz incorrer num sacrifício, numa perda a curto prazo, o teste da “falta de sentido económico”, questiona *se* (e *porque*) será racional tal sacrifício.

⁹⁰³ BARRY E. HAWK, *ob. cit.*, (Article 82 and Section 2...).

⁹⁰⁴ A expressão é utilizada por HAWK, *ob. cit.* (Article 82 and Section 2...), p. 881, para caracterizar este critério do “the no economic sense”.

Uma das críticas frequentes a este critério da “falta de sentido económico” acaba por ser recorrente relativamente a todos os testes que não se focalizam no “dano sofrido pelos consumidores”: para além de não parecer, aos respectivos críticos, um teste claro e suficientemente objectivo, ignora os efeitos da prática de exclusão sentidos pelos consumidores e também pelos próprios concorrentes, objecto de tal exclusão.

Este teste (e, no fundo, também o precedente “teste do sacrifício”) pode suscitar – caso seja seguido – um problema operativo e judicial muito relevante: bastará, para se considerar uma conduta como abusiva, provar-se a dita irracionalidade económica (“non economic sense”) do comportamento em causa ou, além disso, dever-se-á, ainda, requerer a prova complementar de que tal comportamento produz efeitos lesivos ou mesmo de eliminação da concorrência existente naquele mercado relevante⁹⁰⁵?

Sem uma posição clara sobre esta questão, a utilidade do teste em causa fica um pouco diminuída, pelo menos, enquanto possível critério analítico para a determinação do que seja uma conduta abusiva⁹⁰⁶.

4.7 – O critério ou “teste das escolhas dos consumidores” (Averitt e Lande). Uma alternativa ao paradigma do preço e da eficiência.

264. Mais recentemente, algumas hipóteses alternativas de testes ou de critérios têm vindo a ser avançadas pela doutrina (sobretudo, norte-americana). Algumas dessas propostas, mais não são, realmente, do que ou variações ou critérios complementares/auxiliares dos testes mais comuns, atrás brevemente referidos.

⁹⁰⁵ Questão levantada, nomeadamente, por GREGORY J. WERDEN - [Identifying Exclusionary Conduct under Section 2: The "No Economic Sense" Test, in Antitrust Law Journal, V. 72, Issue 2, 2006, apud BARRY E. HAWK, ob. cit., \(Article 82 and Section 2...\)](#).

⁹⁰⁶ No mesmo sentido, [BARRY E. HAWK](#) que conclui, sobre esta questão “(...) the test appears to operate more as a screen than a comprehensive (or unifying) standard” - [ob. cit., \(Article 82 and Section 2...\)](#), p. 882.

Salientamos, de entre elas, a proposta de AVERITT e de LANDE, denominada, pelos autores, de “consumer choice approach⁹⁰⁷” e que designaremos por “critério das escolhas dos consumidores” (ou, simplesmente, “teste das escolhas”).

Este teste merece-nos uma particular atenção, desde logo porque os seus defensores entendem-no como o reflexo de um *novo paradigma* do Direito da Concorrência, a saber, precisamente, o paradigma das escolhas do consumidor que deveria substituir os *velhos paradigmas* do preço e da eficiência⁹⁰⁸.

A perspectiva dos defensores do “teste das escolhas” é, no fundo, mais ampla do que aquela que se estriba unicamente na busca de um critério para a (melhor) avaliação do que seja, ou não, uma prática abusiva. Há toda uma preocupação com um reposicionamento teleológico do Direito da Concorrência (um recentrar teleologicamente deste “ramo” de Direito): o denominado “quadro das escolhas” (“choice framework”), tal como é entendido e sintetizado por LANDE e AVERITT, obriga-nos a valorizar os factores concorrenciais que não têm a ver com o preço (*nonprice competition*), orientando, simultaneamente, a análise *antitrust* para a (alegada) perspectiva dos consumidores.

Tais factores concorrenciais relevantes e alternativos ao preço são definidos, precisamente, a partir da perspectiva dos interesses (em sentido

⁹⁰⁷ NEIL AVERITT e ROBERT H. LANDE – *Using the «Consumer Choice approach to Antitrust Law*, *Antitrust Law Journal*, V. 74, 1/2007, p. 175 e *Consumer Sovereignty: A Unified Theory of Antitrust and Consumer Protection Law*, *Antitrust Law Journal*, V. 65, 1997, disponível na *Internet* no *sítio* de Robert H. Lande, em: <http://home.ubalt.edu/ntland/Articles.html> Ver, também, ROBERT H. LANDE, *Consumer Choice as the Ultimate Goal of Antitrust*, *University of Pittsburgh Law Review*, V. 62, 3/ 2001, também disponível na *Internet*, a partir do *sítio* *Ritsumeikan University New Episteme Academic Information*: <http://runners.ritsumei.ac.jp/cgi-bin/swets/menu-query-e?mode=0&key=> (última consulta Janeiro de 2009)

⁹⁰⁸ “The current paradigms of antitrust law—price and efficiency—do not work well enough. (...)The price and efficiency paradigms are hard to fully understand and are not particularly transparent in their application. Moreover, in a disturbingly large number of circumstances they are unable to handle the important issue of nonprice competition” - NEIL AVERITT e ROBERT H. LANDE – *ob. cit.* (*Using the «Consumer Choice approach»...*), p. 175

amplo) dos consumidores. Dito de outro modo, tais factores concorrenciais alternativos ao preço são aqueles que afectam (quer imediata quer mediadamente) a esfera dos consumidores.

Não se recusa, naturalmente, a relevância e a utilidade do preço, na construção de um critério determinativo do que seja um abuso – porém, a par do preço, entra-se em linha de conta, em igual medida, com outros factores concorrenciais como a inovação, a qualidade dos produtos e/ou dos serviços e, sobretudo, a amplitude (maior ou menor) do leque geral de escolhas de que os consumidores dispõem. Ainda que, por vezes, o resultado alcançado através deste teste seja idêntico àquele que se alcançaria com a utilização de critérios assentes exclusivamente no preço ou na eficiência (os *efficiency standards*), a transparência e a compreensão por parte dos consumidores e, de um modo geral, dos “actores” do mercado, mostram-se reforçadas com a utilização do referido “choice framework”⁹⁰⁹. Pelo menos, é esta a afirmação dos proponentes deste teste/critério que nos remete para o plano da redefinição – ou, pelo menos, reordenação – dos paradigmas do Direito da Concorrência.

A proposta que se contém neste “teste das escolhas”, tem, portanto, um âmbito mais amplo do que o da mera construção de um critério avaliador do que seja – nomeadamente, para efeito de aplicação do artigo 82º do Tratado CE – uma prática abusiva. LANDE refere-se, de modo correlacionado com a ideia de “consumer choice”, à “consumer sovereignty”. Esta “soberania do consumidor” traduziria, no fundo, o principal objectivo (assim como a grande preocupação) a prosseguir pelo Direito da Concorrência, definindo-se tal “soberania” como um estado de relações económicas em que os consumidores têm o poder de definir as suas próprias escolhas e a capacidade de concretizarem (adquirindo, permutando) tais escolhas, a preços competitivos.

O papel a desempenhar pelo Direito da Concorrência deveria ser entendido, então e em termos amplos, como um papel protector de todos os

⁹⁰⁹ “And in some important real-world situations it will lead to better substantive outcomes. There are a number of variety-valuing industries and circumstances that can be assessed correctly only by including an effective analysis of nonprice factors” - NEIL AVERITT e ROBERT H. LANDE – *ob. cit.* (*Using the «Consumer Choice approach»...*), ainda p. 175.

tipos de opções económicas que fossem relevantes para os consumidores. Assim sendo, nestes termos, uma conduta anticoncorrencial poderia ser entendida como uma forma desrazoável de restrição do leque das escolhas possíveis dos consumidores (quer em matéria de preço quer relativamente a outros factores concorrenciais).

Em coerência com esta perspectiva, os defensores da “consumer choice approach” entendem o poder de mercado – que, numa óptica clássica se estriba, de forma operativa, unicamente na capacidade de determinação dos preços – como sendo a capacidade autónoma de provocar uma alteração significativa nos factores preço/qualidade/variedade geral das opções que resultam do livre jogo da concorrência. Consequentemente, segundo o teste proposto (“teste das escolhas”) deveriam ser proibidas as condutas que limitassem, em concreto e significativamente, tal leque de opções que o livre funcionamento, em concorrência, do mercado, proporciona.

Apesar de os proponentes deste “teste das escolhas” entenderem, como referimos, que ele (e, no fundo, o alegado novo paradigma que reflecte) potencia a transparência e a melhor compreensão, por parte dos vários agentes económicos (consumidores incluídos), da aplicação do Direito da Concorrência, o facto é que uma consideração simultânea de todos os factores concorrenciais não pode ser empreendida através de métodos objectivos e (tanto quanto possível) empiricamente demonstráveis. A metodologia que é proposta pela “consumer choice approach” baseia-se numa apreciação inevitavelmente subjectiva e sempre dependente da particular sensibilidade e informação dos julgadores.

Ao tentar-se uma ponderação simultânea da universalidade de factores relevantes para a decisão dos consumidores, ao considerar-se quer o preço quer factores concorrenciais alheios ao preço (como, por exemplo, a própria apresentação ou publicidade dos produtos, a respectiva qualidade independentemente do preço, a estética, as condições de distribuição ou a assistência pós-venda, a compatibilidade com a utilização complementar ou conjunta com outros produtos ou serviços), necessariamente, reforça-se uma

relativa subjectividade do resultado atingido em termos de qualificação de uma prática como sendo, ou não, abusiva.

Grande parte dos factores concorrenciais que traduzem uma “nonprice competition” acaba por não ser quantificável como grandeza económica. Esta tendência será tanto mais inultrapassável, quanto maior for o leque de factores concorrenciais considerados (e que não se traduzem no preço dos respectivos produtos).

Retornando à referida “soberania do consumidor”, esta deveria, nos termos da “consumer choice approach”, ser adoptada como o elemento essencial de referência na aplicação deste critério e deveria interligar-se com o conceito de “optimal level of consumer’s choice”. Este conceito (no fundo, o nível ideal de escolhas disponíveis para o consumidor) é também um *standard* quer de eficiência no funcionamento dos mercados, quer, de um modo geral, de liberdade.

4.8 – O critério ou “teste das escolhas dos consumidores” (cont.). O caso *Microsoft*.

265. Um dos casos, no âmbito da jurisprudência norte-americana, recorrentemente invocado pelos proponentes do “teste das escolhas”, é o caso *Microsoft*⁹¹⁰. Este é um dos casos recentes, em matéria de jurisprudência *antitrust* norte - americana, mais mediático e apontado como exemplificativo da aplicação de um modelo analítico (*et pour cause*, da aplicação de um teste) fundado na “consumer choice approach”.

⁹¹⁰ O caso *Microsoft* – em rigor, *United States v. Microsoft* – poderá ser consultado em *United States v. Microsoft*, 84 F. Supp 2d9 (DDC 1999), relativamente à matéria de facto dada por assente (*Findings Facts*) e em *United States v. Microsoft*, 87 F. Supp 2d30 (DDC 2000), no que diz respeito às conclusões (*Conclusions of Law*). Ambos os relatórios estão disponíveis, na *Internet*, em (*FindLaw*): <http://lawcrawler.findlaw.com/> Ver, também, a propósito deste caso, o comentário de JOHN H. BRINSLEY, *Antitrust Law in the High-Technology Industry: Recent Developments in United States v. Microsoft Provides Insight to Department of Justice's Stance on Antitrust Violations*, ainda em (*FindLaw*) <http://lawcrawler.findlaw.com/>

O caso *Microsoft*, com efeito, não incide directamente sobre práticas de preços ou sobre a comparação entre custos e preços, na perspectiva da eficiência produtiva.

A questão que esteve no centro da decisão e do respectivo pleito judicial envolveu a criação e a expansão de novos produtos, a inovação tecnológica e a eventualidade de a liberdade dos consumidores ser cerceada.

Assim, topicamente, podemos referir que, naquele caso, entendeu-se que a *Microsoft* tinha inadequadamente associado o seu *Internet Explorer* (*browser*) ao sistema operativo *Windows 98*, uma vez que, ao contrário do que foi alegado pela *Microsoft* no decurso do processo judicial, o sistema operativo e o referido *browser* eram produtos distintos. Tal prática (*tying products*) por parte da *Microsoft* acabaria não só por não ser pretendida pelos consumidores, como por afectar os seus interesses na medida em que significava uma restrição (portanto, um dano) no leque de opções possíveis dos consumidores.

Na realidade, foi considerado que tal prática levada a cabo pela *Microsoft* reforçava o seu poder de mercado ilegalmente, sendo certo que tal poder de mercado foi definido tendo como referência a capacidade da empresa dominante (*Microsoft*) para restringir efectivamente as opções dos consumidores.

Esta nota é, de facto, no contexto da “consumer choice approach”, significativa e, por isso, sempre sublinhada pelos seus defensores⁹¹¹.

266. Assim, em síntese, o “teste das escolhas” afirma-se como tendo subjacente um novo paradigma do próprio Direito da Concorrência que, por seu turno, é tributário da ideia de “soberania dos consumidores” e busca, como forma de concretização dessa “soberania”, um “nível óptimo de escolhas dos

⁹¹¹ “(Judge) Jackson defined the relevant market in terms of consumers’ inability to substitute other products for Microsoft’s operating systems. Jackson described *Microsoft’s* market power in terms of consumer preference for various features. Finally, on the issue of whether monopoly power had been illegally maintained, Judge Jackson used consumer choice as the central point of his finding that Microsoft illegally maintained its power by erecting an applications barrier to entry” - ROBERT H. LANDE, *ob. cit.* (*Consumer Choice...*), p. 503.

consumidores” (“optimal level of consumer’s choice”, segundo a terminologia de AVERITT e LANDE).

Tal teste (e tal novo paradigma) parte da ideia da importância (conjunta) de todos os factores concorrenciais (e não só do preço) e acaba por ter subjacente uma visão do Direito da Concorrência como garante de que a economia e os mercados respondem aos sinais da procura livre (que nos reconduz, novamente e circularmente, às ideias de “soberania dos consumidores” e de “optimal level of consumer’s choice”) e não das preferências de grupos de interesse ou da intervenção (interesses) do Estado/administração central.

Daí, também, a ambiciosa conclusão de LANDE: “The concept of consumer choice even embodies some implicit notions about the rights of the individuals in the broader society, it is implicitly part of the Western world’s response to Marxism and the other totalitarianisms of the Twentieth Century⁹¹²”.

4.9 – O critério ou “teste das escolhas dos consumidores” (cont.). Crítica.

267. Ora, enquanto proposta para o desenvolvimento de uma metodologia concreta de análise e de qualificação das condutas das empresas dominantes como sendo, ou não, abusivas, pensamos que este “teste das escolhas” acaba por ser mais uma variante dos testes que se focalizam no “dano sofrido pelos consumidores” (tal como enunciados e desenvolvidos por AREEDA e HOVENKAMP e por VICKERS).

Assim, se o encararmos no contexto de tais testes (“consumer harm” tests), ele terá vantagem de nos obrigar a tomar em consideração vários factores que, mesmo não sendo relativos ao próprio preço dos produtos e serviços, são muitas vezes, na perspectiva do consumidor, decisivos para compreender o sentido da sua decisão.

Trata-se, portanto, de uma abordagem que, por um lado, acaba por ser mais realista e mais próxima do que são as motivações da procura; por outro

⁹¹² ROBERT H. LANDE, *ob. cit.* (*Consumer Choice...*), p. 503.

lado ainda, trata-se de um teste que introduz alguma coerência à análise das práticas abusivas na medida em que, tal como todos os testes que se focalizam no “dano sofrido pelo consumidor”, ele parte da perspectiva dos interesses dos consumidores e, portanto, forma uma unidade lógica com o objectivo (nomeadamente, proclamado pela Comissão Europeia) de protecção do “bem – estar dos consumidores”, atribuído ao artigo 82º do Tratado CE.

O “teste das escolhas”, como referimos e na perspectiva dos seus proponentes, pretende ser o resultado de uma mudança de paradigma do Direito da Concorrência.

Este novo paradigma não pretende prescindir (antes pelo contrário) dos contributos fornecidos pelas tradicionais análises das condutas das empresas dominantes centradas ou no preço ou na eficiência, mas antes ampliar e enriquecer tais análises, permitindo-lhes, na óptica dos proponentes desta “consumer choice approach”, considerar e valorizar outros factores concorrenciais como a inovação, a qualidade dos produtos, a respectiva segurança e, de um modo geral, a variedade de opções de que dispõem os consumidores (ou seja, factores concorrenciais diferentes do preço, a “nonprice competition”).

Este novo paradigma que se pretende convocar para o Direito da Concorrência (em rigor, para a sua aplicação) parece assentar numa perspectiva conciliatória entre a protecção da concorrência e a protecção dos consumidores. Dito de outro modo, esse novo paradigma é tributário de uma (possível) política da concorrência que pretenda sobrevalorizar os pontos de convergência existentes entre a política de “defesa da concorrência” e a de protecção dos consumidores, como, de resto, é expressamente reconhecido por AVERITT e LANDE quando afirmam que “(...) antitrust and consumer law perform different but complementary tasks⁹¹³”.

Mais ainda, o paradigma da “escolha dos consumidores” resulta, precisamente, de uma actuação complementar destas duas áreas (“ramos”) do

⁹¹³ NEIL AVERITT e ROBERT H. LANDE – *ob. cit.* (*Using the «Consumer Choice approach»...*), p. 181.

Direito, na medida em que a melhor “escolha possível” só poderá ser alcançada pelos consumidores, dispondo estes quer de um leque de opções o mais diversificado possível e não cerceado por práticas anticoncorrenciais quer de condições de informação e de liberdade para formarem e exercerem as suas escolhas. AVERITT e LANDE invocam, no fundo em defesa desta perspectiva e no contexto da ordem jurídica norte-americana, a interpretação da *Section 45* (sobre *Unfair methods of competition unlawful*), do *Title 15 (Commerce and Trade)*, do *United States Code* e, em particular, a interpretação dessa *Section 45* resultante do *Federal Trade Commission Policy Statement on Unfairness* de 17 de Dezembro de 1980⁹¹⁴.

Um dos pontos fracos desta abordagem e deste “teste das escolhas” reside – como, de resto, é admitido, ao de leve, pelos seus proponentes e defensores - no incipiente carácter científico e rigoroso, em termos operativos, que tal teste patenteia. Incipiente carácter científico e pouco rigor sobretudo, quando o “teste das escolhas” é comparado com os critérios alternativos que prosseguem o objectivo da eficiência (*efficiency standards*). No entanto, a este respeito, AVERITT e LANDE salientam o seguinte ponto de vista, atenuando tal

⁹¹⁴ “This interpretation was not changed by the passage of 15 U.S.C. § 45(n), which requires, among other things, that an unfair consumer practice be one that is not reasonably avoidable by consumers themselves. Section 45(n) is an additional screen, not a complete definition of unfairness. Consumers normally avoid injury through the exercise of choice in the marketplace. This view underlay the Commission’s 1980 Unfairness Policy Statement, 4 Trade Reg. Rep. (CCH) ¶ 13,203 (1980). Section 45(n) was intended to provide a rational, empirical means of determining when the conduct has impaired consumers’ ability to make choices. (...) It is the effect on choices that is the ultimate test of legality”. - NEIL AVERITT e ROBERT H. LANDE – *ob. cit. (Using the «Consumer Choice approach»...)*, p. 182. Acrescentam, ainda, estes Autores e em nota (16), o seguinte: “Thus the agency (Federal Trade Commission) ultimately defines its mission in fairly specific economic terms: Some commentators have interpreted our policy statement as involving essentially a general balancing of interests, with all the imprecision of that course, rather than a definable economic rule. In fact, however, the principal focus of our unfairness policy is on *the maintenance of consumer choice or consumer sovereignty, an economic concept that permits relatively specific identification of conduct harmful to that objective*”. O sublinhado é da nossa responsabilidade, realçando a utilização das expressões “escolhas dos consumidores” e “soberania dos consumidores” como equivalentes.

incipiência, em termos científicos e rigorosos: em grande medida, os critérios ou “testes” tradicionais (como aqueles que se reconduzem à eficiência), acabam por resultar, em termos de respectiva aplicação dinâmica, não apenas de conclusões científicas, mas também de modelos que foram sendo construídos através de um grande acervo de casos, através do contributo (sistemizado) da própria experiência adquirida na análise das situações relevantes em termos de *antitrust*. Assim sendo, nada impede que se vá também desenvolvendo e criando um acervo igualmente útil e operativo, em termos de formulação de modelos de análise, partindo-se da aplicação do “teste das escolhas” e da utilização do novo paradigma proposto. Ou seja, as (eventuais) limitações actuais deste critério das escolhas dos consumidores, poderão ser ultrapassadas se ele começar a ser aplicado e desenvolvido e se, com tal aplicação e desenvolvimento, se alcançar também a criação de um lastro casuístico que permita a formulação de modelos de análise, de acordo com esta perspectiva de *nonprice competition*⁹¹⁵.

Pensamos, também e por outro lado, que o enfoque conjunto, tanto quanto possível conciliatório, entre a perspectiva da protecção dos consumidores e a da *defesa da concorrência* poderão, a partir de um certo ponto, induzir em confusão os aplicadores do Direito (seja do Consumo, seja da Concorrência), contribuindo para uma descaracterização inútil, desnecessária de ambos os “ramos”.

⁹¹⁵ “A consumer choice theory based on these principles can operate in as disciplined and predictable a way as any other model of the antitrust laws. At first glance, the choice approach may seem to have less scientific objectivity and rigor than the efficiency or price models. Those older models, however, are based not only on science, but also on long experience and seasoned judgment. (...) a choice model, carefully developed through case-by-case analysis and supplemented by retrospective case studies and experimental economics, can build the same kind of empirical foundation for itself. Such a foundation will identify the relevant standards and thresholds, which can then be expressed and applied in administrable and predictable ways” - NEIL AVERITT e ROBERT H. LANDE – *ob. cit. (Using the «Consumer Choice approach»...)*, p. 177.

Tal possível descaracterização poderá resultar quer de um excessivo intervencionismo, em certos casos, das autoridades competentes, quer de uma perda de eficiência relativamente à protecção de alguns interesses ou bens jurídicos específicos, prosseguidos isoladamente (e, por vezes, apesar de tudo, de difícil conciliação imediata) quer pelo Direito de *defesa da concorrência* quer pelo Direito do Consumo. Há, efectivamente, linhas de separação entre as duas perspectivas (e “ramos”) que, por vezes, são ténues e confusas.

Os preços predatórios, por exemplo, serão habitualmente entendidos como indiciadores de uma prática abusiva em termos concorrenciais, porém, ao invés, na perspectiva da defesa dos interesses dos consumidores, poderá ser uma prática que não suscita qualquer tipo de intervenção (na medida em que, de resto, em termos imediatos, favorece os próprios consumidores).

Dificuldades semelhantes poderão ser, também e ainda a título exemplificativo, ser levantadas a propósito da interpretação do que sejam “condições de transacção não equitativas⁹¹⁶”, para efeito de aplicação do artigo 82º do Tratado CE. Não havendo uma teoria interpretativa dominante, seguida pela doutrina e pela jurisprudência (do Tribunal de Justiça) do que sejam “condições de transacção não equitativas”, notam-se, contudo, alguns traços característicos relativamente consensuais, a propósito de tal noção: tais condições resultarão habitualmente de cláusulas contratuais impostas pelas empresas em posição dominante aos seus clientes ou consumidores; tais cláusulas hão-de restringir a liberdade de decisão económica (a escolha) dos clientes e /ou consumidores da empresa dominante e, por essa via, traduzir-se-ão num imediato dano sofrido por tais co-contratante da empresa dominante. Por outro lado ainda, aparentemente, tais cláusulas não seriam passíveis de serem impostas a não ser por quem (empresa) tivesse suficiente posição de força, de domínio, para o fazer (no caso, por definição, a empresa dominante).

O relevo deste tipo de situações/condições de transacção não equitativas, á luz do Direito da concorrência, resulta precisamente do facto de

⁹¹⁶ Alínea a), artigo 82º do Tratado CE: “(...) Essas práticas abusivas podem, nomeadamente, consistir em: a) Impor, de forma directa ou indirecta, preços de compra ou de venda ou outras condições de transacção não equitativas”.

tais cláusulas/condições serem impostas por quem detém uma posição dominante e, por essa via, poder provocar um reforço da sua própria posição, acabando por afectar (pelo menos, potencialmente, indirectamente) a estrutura concorrencial do mercado.

No entanto, antes de mais e em abstracto, poder-se-ia, com propriedade, suscitar a seguinte questão: este tipo de condições não equitativas – independentemente da tradição de aplicação seguida pelas autoridades da concorrência e pela jurisprudência comunitária – em si mesmas consideradas, *quando e porque é que* são relevantes em termos de *defesa da concorrência* e não, por hipóteses, em termos de Direito dos contratos ou de protecção dos consumidores (Direito do Consumo)?

Uma tendência reguladora conjunta ou mesmo unificadora do Direito *antitrust* e do Direito do consumo, neste tipo de casos, poderia acabar por proibir (ou permitir) certas condutas de uma forma injustificada e mesmo contraproducente, seja à luz dos interesses da concorrência ou, ao invés, na perspectiva dos interesses (justos) dos consumidores.

268. Como refere HAWK, os “consumer harm tests” incidem sobre os efeitos para os consumidores, decorrentes do mercado (onde se verifica a prática em equação), ao passo que, habitualmente, os demais testes mencionados focalizam-se prioritariamente na própria conduta das empresas em posição dominante. Dito isto, os critérios ou testes que se centram em torno dos efeitos (directos ou indirectos), para os consumidores, resultantes dos comportamentos das empresas dominantes, são aqueles que as autoridades mais preferencialmente seguirão se – como tem sido proclamado pela Comissão Europeia – fizerem do “bem – estar” dos consumidores o objectivo da política da concorrência⁹¹⁷. De certo modo e não deixando de

⁹¹⁷ Ainda BARRY E. HAWK., *ob. cit.*, (Article 82 and Section 2...). No entanto, HAWK, referindo-se especificamente ao caso norte-americano e à aplicação do *Sherman Act*, distingue ainda estes “consumer harm tests” dos demais, na medida em que aqueles serão de aplicação mais difícil pelos Tribunais (análise e aplicação *ex – post*, relativamente concretização das condutas) e pelas próprias partes (análise ou previsão *ex – ante*, respeitante ao planeamento dos

salientar as deficiências que o “teste das escolhas” parece revelar, não deixa de ser verdade que, em coerência com o objectivo proclamado pela Comissão, relativamente à aplicação do artigo 82º do Tratado CE (o “bem – estar” dos consumidores), este último teste e a perspectiva (*novo paradigma?*) que ele propõe, afiguram-se como sendo incontornáveis, pelo menos em termos de reflexão. Este tópico, contudo, parece não ter sido considerado pela Comissão, na sua Comunicação de 3 de Dezembro de 2008 (“Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82º do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante”).

Por outro lado ainda, neste documento, a opção, como referimos atrás, acabou por recair sobre testes tradicionais, integrados no âmbito dos já referidos *efficiency standards* (o teste do “concorrente tão ou mais eficiente” e o teste da “relação entre preços e custos”), não apontando, a Comissão, para qualquer um dos testes que incidem prioritariamente sobre os efeitos que, das práticas em análise, decorrem para os consumidores.

Ao indicar testes que têm como ponto de referência (e ponto de partida para a respectiva aplicação) a eficiência, a Comissão acaba por focalizar o sentido da aplicação do artigo 82º do Tratado CE mais nos efeitos decorrentes das condutas em análise para os concorrentes do que para os consumidores. Este será um aspecto que leva alguns comentadores a considerarem existir, com efeito, uma discrepância entre o discurso oficial das Comissão, em termos de política da concorrência e os métodos seguidos no que respeita á aplicação do artigo 82º do Tratado⁹¹⁸.

comportamentos empresariais das empresas). Além disso, refere a dificuldade de aplicação destes “harm consumer tests” – ao contrário dos outros referidos – às situações que não se enquadrem na *Section 2*, do *Sherman Act* (ex: ententes ou acordos restritivos que sejam subsumíveis à *Section 1*).

⁹¹⁸ Por exemplo, PINAR AKMAN, *ob. cit.*, (*Consumer Welfare and Article 82EC:...*).

CAPÍTULO 5º - As prioridades da Comissão (cont.): Os meios de defesa das empresas.

5.1 – A mera susceptibilidade de ocorrência de um dano à concorrência.

269. Retomando a análise da Comunicação de Dezembro de 2008 e voltando ao enunciado dos elementos nela contidos, reveladores de uma certa linha de aplicação do artigo 82º do Tratado CE, torna-se, agora, oportuno voltar a referir a abordagem feita pela Comissão, naquele documento, aos possíveis meios de defesa das empresas.

O documento da Comissão, a propósito dos meios de defesa de que uma empresa dominante poderá socorrer-se, suportando, naturalmente, ela própria o ónus da prova, enuncia quatro condições *cumulativas* que deverão ser demonstradas, para que tal defesa contra a imputação de comportamentos abusivos seja procedente (nºs 27 a 30, da Comunicação).

Na realidade, uma vez que se pretende (é esse um dos objectivos que resulta desta Comunicação de 3 de Dezembro de 2008) focar a análise relativamente à aplicação (ou não aplicação) do artigo 82º do Tratado CE nos efeitos provocados pelos comportamentos que sejam danosos para o “bem – estar dos consumidores”, dever-se-á então, lógica e conseqüentemente, permitir às empresas dominantes fazerem a prova de que a sua conduta acaba por incrementar a eficiência, resultando esta, no fundo, em benefício para os consumidores⁹¹⁹.

Assim, as referidas quatro condições são as seguintes:

- deverá ocorrer a existência de um ganho de eficiência em resultado da prática em análise;
- a prática ou conduta em questão deverá ser *indispensável* à obtenção de tal ganho de eficiência;

⁹¹⁹ Ver, neste sentido, por exemplo, o comentário de PHILIP LOWE - *The European Commission Formulates its Enforcement Priorities as Regards Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings, in GCP – The Online Magazine for Global Competition Policy*, February 2009, p. 4, disponível na *Internet* em: <http://www.globalcompetitionpolicy.org/index.php?action=900>

- o ganho de eficiência deverá *compensar* os efeitos negativos que, da prática em causa, advenham para os consumidores; e,
- a prática em questão *não deverá eliminar* a existência de uma concorrência efectiva, no respectivo mercado relevante.

Acaba por ser interessante e útil, nomeadamente, para se delimitarem, entre si, os contornos das normas dos artigos 82º e 81º, do Tratado CE, comparar estas condições enunciadas na Comunicação, com aquelas que se exigem para efeitos de não aplicação do nº 1, o artigo 81º (ou seja, aquelas que resultam do nº 3, dessa mesma norma do Tratado CE).

Como referimos já anteriormente, existe, com efeito, uma relação de similitude entre as condições requeridas para a verificação de um “juízo de balanço económico” favorável a uma prática de entente e aquilo que a Comissão enuncia, neste seu documento, relativamente às condições que poderão sustentar uma defesa idónea, apta a justificar um comportamento praticado por uma empresa dominante. Voltaremos, oportunamente, a abordar este ponto, a propósito, designadamente, de uma eventual relação entre a aplicação do artigo 81º e do artigo 82º, ambos do Tratado CE.

270. No documento em causa (de Dezembro de 2008), a Comissão volta a seguir um caminho muito criticado por quem entende que é necessário reformar a aplicação do artigo 82º do Tratado, de forma a orientá-la no sentido de uma abordagem (mais) económica.

Referimo-nos ao facto de, no quadro do documento referido, a Comissão não considerar indispensável, para efeito de aplicação do artigo 82º do Tratado, que se verifique o efeito lesivo da concorrência e, conseqüentemente, a exclusão de um ou vários concorrentes. Não se exige, com efeito, *a prova do dano á concorrência* provocado pela conduta da empresa dominante, *bastando demonstrar-se convincentemente, em sede de aplicação do artigo 82º do Tratado CE, que tal dano é susceptível de ocorrer*. Esta posição é tanto mais criticável quanto, como já tivemos a oportunidade de referir, a Comissão entra

também em linha de conta com a intenção ou o objecto da conduta da empresa dominante, para efeito de aplicação do artigo 82º do Tratado CE.

No fundo, há aqui – apesar de tudo, de uma forma imprevistamente conservadora – o reafirmar de alguma jurisprudência do Tribunal de Justiça e do Tribunal de Primeira Instância, nomeadamente, aquela que decorre dos Acórdãos *Michelin II* e *British Airways* (ambos de 2003).

Recorde-se que naquele primeiro Acórdão (*Michelin II*), o Tribunal afirmou que para se poder demonstrar a existência de uma violação do artigo 82º do Tratado CE, bastaria a demonstração de que o comportamento abusivo da empresa dominante tinha por objecto restringir a concorrência - sendo que, nessa linha, se um determinado comportamento poderia ter tal objecto, então, previsivelmente, ele acabaria por produzir esse efeito. Como mencionamos, no fundo, se o objecto de um determinado comportamento for o de lesar a concorrência, então esse comportamento será, de *per se*, susceptível de produzir tal efeito, acabando o Tribunal, desta forma, por equiparar *objecto* e *efeito*.

No Acórdão *British Airways*, por outro lado, o Tribunal de Primeira Instância referiu claramente que a aplicação do artigo 82º do Tratado CE não implicava a demonstração da existência de um qualquer efeito sobre a concorrência, directamente resultante do comportamento adoptado pelas empresas, sendo, portanto, desnecessário o trabalho probatório (nomeadamente, por parte da Comissão) nesse sentido.

No fundo, tal desnecessidade e tal análise assente na susceptibilidade de os comportamentos em causa poderem produzir efeitos negativos (nomeadamente, nesta lógica da Orientação de Dezembro de 2008, para a concorrência e, conseqüentemente, para o “bem – estar dos consumidores”) tem que se assumir se se pretende que a Comissão possa actuar antes de os referidos efeitos danosos se produzirem.

Como refere LOWE, “(...) The Guidance does not make the Commission's decision to bring enforcement action conditional on establishing actual effects:

for enforcement to be effective the Commission must be able to intervene before likely harm has turned into actual harm⁹²⁰”.

Verifica-se aqui um possível paradoxo, contudo, inevitável ou inultrapassável: uma orientação metodológica no sentido de uma *effects-based approach*, como se reclama, não pode, contudo, em termos de eficácia, deixar de entrar em linha de conta, desde logo, com os efeitos que previsivelmente decorrerão dos comportamentos em análise – ou seja, não poderá, no fundo e apesar de tudo, deixar de considerar os danos potenciais, futuros (ainda, aparentemente, que previsíveis).

Para tal, não pode, portanto, fugir a uma metodologia de análise que acabará, inevitavelmente, por redundar numa aproximação à jurisprudência *British Airways* ou *Michelin II*, criticada pelos defensores de uma *effects-based approach* no âmbito da aplicação do artigo 82º do Tratado⁹²¹, precisamente, por não exigir a demonstração ou a prova de um qualquer efeito danoso (actual) sobre a concorrência.

Para a aplicação do referido artigo, é, assim, suficiente, a demonstração de que tal possibilidade de ocorrência de um efeito negativo existe, ou então, de que a conduta da empresa dominante tinha tal objecto danoso para a concorrência, independentemente de se comprovar a sua ocorrência (Acórdão *British Airways*).

Apesar das críticas (sobretudo, de quem entende que a aplicação do artigo 82º do Tratado deverá caminhar no sentido da adopção inequívoca de uma perspectiva económica e mais casuística), a experiência decisória da Comissão poderá encontrar, também, algumas situações que justifiquem esta cedência a uma lógica aparentemente mais apriorística e formalista (inclusivamente, baseada em presunções), na aplicação do artigo 82º.

Por exemplo, ilustrando um pouco os receios e as considerações que podem levar à valorização dessa perspectiva resultante, nomeadamente, da jurisprudência *Britih Airways*, podemos referir as situações de prática de preços predatórios. No quadro deste tipo de conduta abusiva, perpetrada através dos

⁹²⁰ PHILIP LOWE, *ob. cit.* (*The European Commission Formulates...*), ainda p. 4.

⁹²¹ Como o próprio PHILIP LOWE

preços, pode equacionar-se uma situação em que a empresa dominante prefere manter no mercado os seus concorrentes enfraquecidos, do que excluí-los, na medida em que a permanência desses seus concorrentes poderá ainda, de algum modo, limitar ou dissuadir a entrada de novos concorrentes mais fortes.

A empresa dominante tudo fará, nessa hipótese, para que os efeitos da sua conduta não se materializem numa exclusão dos concorrentes (para si, relativamente inofensivos), mantendo, até, se possível, o grau de concorrência controlada e já existente naquele mercado. A prática em causa tenderá, naturalmente, á exclusão de (pelo menos) potenciais concorrentes, sendo, contudo e em princípio, difícil a prova de tais efeitos.

Dito de outro modo, se se exigisse a prova dos efeitos produzidos pelas práticas das empresas dominantes para que tais práticas pudessem ser consideradas abusivas (como poderia pensar-se em coerência com propalados “ventos de mudança” pretendidos e introduzidos pela *modernização* do Direito comunitário da concorrência), correr-se-ia o risco de, em situações como a mencionada, permitirem-se (por falta de prova da verificação de tais efeitos de exclusão) comportamentos a médio prazo efectivamente abusivos e com efeitos estruturalmente anti-concorrenciais. Terá sido este o entendimento e, simultaneamente, o receio da Comissão.

5.2 – A perspectiva da Comissão. A recusa de uma abordagem formal e a “protecção do bem – estar dos consumidores”.

271. Nos termos da Comunicação de Dezembro de 2008, podemos dizer que, para a Comissão Europeia, o que se afigura como decisivo para a aplicação do artigo 82º do Tratado é verificar se o comportamento da empresa dominante *é ou não susceptível de restringir (mesmo potencialmente) a concorrência*, produzindo efeitos que causem danos aos interesses dos consumidores (quer a curto, quer a longo prazo).

Nestes termos, a Comissão pretende, em primeiro lugar e por princípio⁹²², focalizar a análise à luz do artigo 82º do Tratado CE, sobretudo, nos efeitos das condutas das empresas em posição dominante. Aponta, portanto, no sentido de uma metodologia de aplicação baseada numa *effects-based approach*, afastando-se, tanto quanto possível, de uma (muito criticada, como referimos, pela generalidade da doutrina) *form-based approach*.

A prossecução de tal objectivo da Comissão será aquela que for possível, desde logo, na medida em que tal mudança de perspectiva depara-se com alguns obstáculos relativamente inevitáveis, como aquele que anteriormente salientamos, qualificando-o de um possível paradoxo e relativo ao facto de uma análise concentrada nos efeitos implicar, para que a intervenção das autoridades (*vg.* da Comissão) continue a ser eficaz, a mera demonstração de que um comportamento poderá vir a provocar efeitos negativos para a concorrência ou, simplesmente, que ostenta tal objecto⁹²³. Ou seja, prescinde-se, novamente, da prova dos alegados efeitos concretos actuais e, com isso, acaba por se cair – na nossa perspectiva – numa análise prospectiva e de probabilidades que se aproximará inevitavelmente (sobretudo, com o aumento do acervo de casos) de presunções de facto sobre os possíveis efeitos (futuros) de alguns tipos de comportamentos.

Seguidamente, importa realçar que o objectivo último proclamado pela Comissão, para a aplicação do artigo 82º do Tratado CE reconduz-se à protecção do “bem – estar dos consumidores”.

⁹²² Dizemos em primeiro lugar e por princípio, na medida em que, como atrás notamos, no quadro da Orientação em causa, a Comissão não considera, de forma inequívoca, ser indispensável a verificação do efeito lesivo da concorrência e, conseqüentemente, a prova de exclusão de um ou vários concorrentes. Como referimos, não se exige, com efeito, a prova do dano á concorrência provocado pela conduta da empresa dominante, bastando demonstrar-se convincentemente e em sede de aplicação do artigo 82º do Tratado CE, que tal dano é susceptível de ocorrer.

⁹²³ Neste sentido, é referido por LOWE que “(...) the Commission must establish that that conduct is likely to harm consumers (...) the Commission must be able to intervene before likely harm has turned into actual harm.” PHILIP LOWE, *ob. cit.* (*The European Commission Formulates...*), p. 4.

Entende-se, portanto, a preservação e o aumento da concorrência como um caminho que desembocará no favorecimento dos interesses dos consumidores. Até certo ponto, continua a reafirmar-se uma concepção parcialmente instrumental da concorrência; a lógica subjacente a esta perspectiva continua a ser a da teoria da “concorrência – meio”.

Assim, há certas práticas tradicionalmente entendidas como sendo de risco que a Comissão aceita, na medida em que possam aumentar ou vitalizar a própria concorrência: práticas relativas a preços, como, por exemplo, descontos (de fidelização) ou então, vendas ou fornecimentos ligados/condicionados a outras prestações (*tying* e *bundling*).

A Comissão entende que estas práticas deverão ser permitidas desde que contribuam para um aumento da produção e para a realização de economias de escala. Na medida em que estas condutas concorrenciais possam contribuir para melhorar os interesses dos consumidores (“bem – estar dos consumidores”), as empresas em posição dominante deverão poder empreende-las, ainda que tal possa significar que os concorrentes que produzem ou fornecem menos, possam ter que sair do mercado.

CAPÍTULO 6º - O que é um abuso? Linhas de orientação.

272. A resposta á questão “o que se entende, nos termos do artigo 82º do Tratado CE, por abuso” não é, como vimos, linear, mesmo considerando as últimas tomadas de posição da Comissão Europeia (a saber, a Comunicação de 3 de Dezembro de 2008).

O ponto de partida normativo – ou seja, a redacção da norma do Tratado CE (o seu artigo 82º) – não é muito elucidativo, na medida em que ele não nos fornece uma definição, nem tão pouco um quadro definitório, do que seja um abuso de posição dominante. De resto, tal como o artigo 81º do Tratado CE, o artigo 82º socorre-se de uma lista exemplificativa de alguns comportamentos que poderão merecer tal qualificação (abuso) – e isto, em consonância com a natureza de tratado-quadro do Tratado CE.

Sobre este ponto, o que podemos, com propriedade, dizer é que o mais que o artigo 82º do Tratado CE faz é estabelecer, de uma forma firme (e, por enquanto, sem excepções) o princípio da proibição dos abusos de posição dominante, sem que nos indique o que se entende, em termos normativos e literais, por abuso.

Em rigor, como também tivemos a oportunidade de notar anteriormente, o artigo 82º do Tratado, embora estabelecendo esse princípio, não nos define não só abuso, como também o que seja a posição dominante. Esta é uma noção que também acabou por ser integrada pela jurisprudência comunitária, partindo, naturalmente, de conceitos disponibilizados pelas ciências económicas.

273. Tentando, de todo o modo, ordenar as ideias e as pistas de reflexão que fomos desfiando em busca de um quadro definitório do que seja o abuso de posição dominante, no âmbito do Direito comunitário da concorrência, integrando as indicações jurisprudenciais e os elementos doutrinários mencionados, podemos assumir as seguintes conclusões:

- O abuso de posição dominante pressupõe, antes de mais, a existência de uma forma de organização do mercado, pelo lado da oferta, que corresponda a um monopólio, um oligopólio ou a um estado de “concorrência monopolista”. Quer dizer, o abuso pressupõe a existência da própria posição dominante no mercado relevante, por parte da empresa ou empresas que o praticam.

No entanto, importa referir que para se determinar a existência de uma posição dominante, é metodologicamente necessário começar por identificar o mercado relevante. A verificação de uma posição dominante, nas situações concretas em apreciação, dependerá da prévia identificação e delimitação do mercado relevante, nas suas vertentes material (ou do produto), geográfica e temporal – tal como resulta, por exemplo, da jurisprudência do Tribunal de Justiça *United Brands*⁹²⁴.

- Avançando um pouco mais, o abuso não só pressupõe a existência de uma posição dominante como, nos termos de algumas posições adoptadas pela jurisprudência do Tribunal de Justiça e do Tribunal de Primeira Instância, a qualificação de uma determinada prática como sendo abusiva depende mesmo do facto de quem a praticar estar, no mercado respectivo, nessa posição (de domínio).

No âmbito comunitário – em especial, no âmbito da jurisprudência do Tribunal de Justiça e do Tribunal de Primeira Instância – afirma-se a denominada doutrina da responsabilidade especial das empresas que se encontram em posição dominante.

⁹²⁴ “No campo do abuso de posição dominante, o mercado relevante é pressuposto e parte integrante do elemento «posição dominante». (...) Com efeito, uma posição dominante não pode, por definição, existir em abstracto mas tão-somente em relação a um dado mercado em concreto, no quadro do qual se irá procurar determinar a medida da pressão concorrencial a que está sujeita determinada empresa, de forma a poder concluir se esta tem o poder de eventualmente se comportar independentemente dos seus concorrentes e clientes. A definição de mercado relevante é um exercício prévio necessário à determinação da posição dominante (...)” - MIGUEL MENDES PEREIRA, *ob. cit.*, (*Lei da Concorrência...*), p. 151.

Esta doutrina traduz, como referimos, uma espécie de *dever geral de conduta concorrencial* e reforça este entendimento de abuso como dependente da posição da empresa no respectivo mercado. As empresas dominantes têm, conseqüentemente, uma menor margem de manobra para a adopção de práticas que possam eventualmente ser, actual ou potencialmente, lesivas da concorrência, comparativamente com as empresas que não dispõem de tal poder de mercado qualificado.

Foi, com efeito, em 1983, com o Acórdão *Michelin I* que, pela primeira vez, o Tribunal de Justiça avançou para esta doutrina que, no fundo, impõe às empresas que se encontram em situação dominante no respectivo mercado, um dever geral de conduta concorrencial. A empresa ou empresas que se encontram em posição dominante não poderão - precisamente porque são dominantes - empregar meios diferentes daqueles que são ditados por uma "concorrência normal" (novamente, a utilização deste conceito indeterminado a emergir na prática decisória e jurisprudencial), entendendo-se, então, que os meios ou comportamentos diferentes daqueles que são ditados por uma "concorrência normal" conduzem, no mercado em que se movimenta tal empresa dominante, a uma diminuição do nível concorrencial existente.

Esta perspectiva que afirma uma especial responsabilidade para as empresas em posição dominante, resultante de tal domínio (ou poder de mercado), foi sendo desenvolvida e precisada noutros casos relevantes abordados pela jurisprudência comunitária, como foram aqueles que suscitaram os Acórdãos *Compagnie Maritime Belge*, de 2000 e *Microsoft*, de Setembro de 2007. Esta doutrina veio precisar, num sentido relativamente restritivo, a posição do Tribunal de Justiça e da Comissão respeitante à própria posição dominante: quem a detiver não merecerá, em virtude de tal detenção, nenhuma censura, à luz do Direito comunitário da concorrência; porém, tal posição de domínio tem, desde logo, esse limite: a responsabilidade especial, para a empresa dominante, de não impedir, através do seu comportamento, uma concorrência efectiva e não falseada no Mercado Comum.

- Assim, com a manutenção desta doutrina, os contornos definitórios do que seja uma conduta abusiva recebem mais um traço objectivista, pró-estruturalista e tributário de uma análise dependente ainda do paradigma clássico *Estrutura – Comportamento- Resultado*.

Certos actos praticados por quem se encontra numa posição dominante poderão, em virtude de tal especial responsabilidade, ser penalizados e considerados abusivos, sendo que os mesmos comportamentos poderão, porventura, não suscitar tal sanção por parte do Direito comunitário da concorrência quando forem praticados por empresas que se movimentam num mercado concorrencial (portanto, sem disporem de uma posição dominante).

A Comunicação de 3 de Dezembro de 2008, reafirma a manutenção deste entendimento da responsabilidade especial das empresas dominantes, mantendo, portanto, neste sentido, a noção de abuso como sendo, de algum modo, tributária da situação de mercado de quem pratica os comportamentos merecedores da aplicação do artigo 82º do Tratado CE⁹²⁵. O abuso continua assim, em certa medida, a definir-se em função de quem o pratica.

- Este abuso sancionado pelo artigo 82º do Tratado CE depende, assim, operativamente, da verificação de uma posição dominante, por parte da empresa ou empresas que o levam a cabo.

Como vimos, o juízo sobre os méritos e os riscos dos comportamentos empresariais (e, portanto, sobre a sua admissibilidade) dependem, assim, de quem os pratica, ou, em rigor, da posição relativa, no respectivo mercado, da empresa que os adopta.

No entanto, ainda nos termos da Comunicação de Dezembro de 2008, publicada pela Comissão Europeia, esta posição acaba por ser relativamente

⁹²⁵ Desde logo, o nº 9 da Orientação em causa estabelece que: "(...) Em conformidade com a jurisprudência (comunitária), a detenção de uma posição dominante confere uma responsabilidade particular à empresa, cujo âmbito depende das circunstâncias concretas em apreço". Neste ponto, e em nota nº 2, a Comissão remete-nos para, entre outros, os casos *Michelin I / Comissão*, Col. 1983, p. 3461, ponto 57, *Irish Sugar/Comissão*, Col. 1999, p. II – 2969, ponto 112 e *Michelin II*, Col. 2003, p. II – 4071, ponto 97 – todos já mencionados anteriormente.

atenuada, na medida em que se considera possível a justificação, por parte da empresa dominante, do seu comportamento, desde que se verifiquem cumulativamente as seguintes quatro condições:

- a existência de um ganho de eficiência em resultado do comportamento em questão;

- tal comportamento deverá ser *indispensável* à obtenção de tal ganho de eficiência;

- o ganho de eficiência deverá *compensar* os efeitos negativos que, do comportamento em causa, advenham para os consumidores; e,

- esse comportamento *não deverá eliminar* a existência de uma concorrência efectiva, no respectivo mercado relevante.

- A posição dominante – ponto de partida (ou seja, primeiro pressuposto) para se alcançar o entendimento (em concreto) do que seja um abuso - tanto poderá ser singular ou exclusiva, como colectiva (se bem que, no âmbito restrito da Orientação, a Comissão tivesse pensado apenas nos casos de posição dominante singular ou individual).

- Na medida em que a posição dominante continua a ser o primeiro pressuposto para se determinar uma conduta abusiva e, na medida em que, como referimos, existe um entendimento de abuso que também resulta da mencionada doutrina da responsabilidade especial das empresas dominantes, mantém-se, assim, a pertinência da crítica⁹²⁶ segundo a qual não existem razões objectivas e económicas para que a qualificação de um mesmo comportamento varie em função da posição de mercado da empresa que o pratica⁹²⁷. Sob o ponto de vista económico – afirmam os autores críticos desta

⁹²⁶ Crítica seguida por quem entende que a aplicação do artigo 82º do Tratado dever-se-ia orientar para uma perspectiva definitivamente económica e em ruptura total com a jurisprudência do Tribunal de Justiça e a prática antecedente da Comissão.

⁹²⁷ Recordemos as críticas, já antecedentemente citadas, de CORCHO, *ob. cit.* (*El Abuso y sus Efectos.....*) e de FLETCHER. Como já referimos, para esta Autora, "(...) it is hard to find an economic rationale for a regime in which certain types of behavior are per se unlawful once a

perspectiva que pressupõe a verificação de uma posição dominante como ponto de partida para a qualificação de uma conduta como sendo abusiva - não será justificável que o mesmo comportamento seja considerado violador da concorrência, ou não, consoante seja praticado por quem está, ou não, em posição dominante.

- A prática decisória da Comissão e o próprio Tribunal de Justiça começaram por perspectivar o abuso de posição dominante de uma forma objectivista e pró - estruturalista.

O ponto de referência subentendido para a avaliação dos comportamentos à luz do artigo 82º do Tratado (inicialmente, artigo 81º) não foi o próprio comportamento em análise ou os respectivos efeitos relativamente a clientes ou consumidores, mas sim o seu *impacto na dinâmica do mercado*, na própria organização (estrutura) de funcionamento do mercado relevante. O Acórdão *Continental Can*, de 1973, acabou mesmo por exacerbar tal perspectiva do abuso de posição dominante como sendo, conseqüentemente, um abuso de estrutura (por contraposição à perspectiva do abuso de comportamento).

Na realidade, inicialmente, com a jurisprudência *Continental Can*, o carácter abusivo de um comportamento começaria a vislumbrar-se, desde logo, na simples defesa da posição (dominante) de mercado da empresa em causa, ainda que tal acção defensiva estivesse de acordo com aquilo que, no referido jogo normal da concorrência, seria expectável e previsível. A esta luz, compreende-se a seguinte formulação corrente: quem se encontra numa posição de domínio no respectivo mercado relevante, não poderá vender, só poderá permitir que o seu produto seja comprado.

- Acórdãos ulteriores, como o Acórdão *Akzo* (de 1991) e *Irish Sugar* (de 1999) vieram moderar esta perspectiva estruturalista que, no limite e levada até às últimas conseqüências, implicaria a proibição, desde logo, da própria

firm passes over the threshold into dominance, especially where they are per se lawful below this threshold" - AMELIA FLETCHER, *ob.cit.* (The Reform of art. 82:...).

posição dominante – sendo certo que esta, em si mesma e nos termos literais da norma do artigo 82º do Tratado CE, não é proibida. Estes Acórdãos *Akzo* e *Irish Sugar* vieram sublinhar isto mesmo: a simples posição dominante, por si só, não implica uma proibição, porque, desde logo, não significa um abuso – podendo resultar do referido jogo normal da concorrência.

- O conceito (indeterminado) de “jogo normal da concorrência” acabou, também, por assumir um papel de relevo na formulação ulterior de abuso de posição dominante.

O Acórdão *Hoffman – La Roche*, de 1979, veio, com efeito, reintroduzir a consideração do comportamento da empresa dominante, para efeitos de determinação do abuso. Ao fazê-lo - moderando com um elemento comportamental a visão objectivista e pró-estruturalista de abuso, decorrente da jurisprudência *Continental Can* – entrou em linha de conta com a adequação (ou não adequação) desse comportamento aos trâmites espectáveis de uma “concorrência normal”. Integra-se, assim, na noção de abuso e com o Acórdão *Hoffman – La Roche*, o comportamento da empresa dominante - sendo certo que este comportamento não deverá permitir àquela empresa que o pratica, obter uma vantagem anormal, excessiva ou injustificada de acordo com os parâmetros do jogo normal da livre concorrência. Se tal comportamento, ao invés, permitir tais vantagens anormais em benefício da empresa dominante que o pratica, então, tal comportamento será abusivo.

- A noção de abuso foi, portanto e nos termos da respectiva construção e evolução jurisprudencial, oscilando entre uma perspectiva acentuadamente estruturalista (abuso de estrutura) e uma perspectiva que, embora continuando a partir da concepção de abuso de estrutura, acabou por integrar o elemento comportamental da empresa dominante (abuso de comportamento). O entendimento de abuso de posição dominante acaba, portanto, por se configurar como sendo (até certo ponto) um entendimento *misto* ou ambivalente. O abuso começa por ser entendido como um abuso que se materializa em danos à estrutura concorrencial do mercado (ou seja, continua a

consagrar-se como ponto de partida o abuso de estrutura). No entanto, para que se verifique a proibição prevista no artigo 82º do Tratado CE, tais danos deverão ser resultantes de comportamentos anormais em termos concorrenciais (perspectiva de abuso de comportamento), praticados pela empresa dominante.

Um marco particularmente significativo do entendimento (actual) de abuso resulta do Acórdão *Michelin II* (de 2003), no qual se formula de um modo particularmente claro e sustentado na jurisprudência antecedente do Tribunal de Justiça, esta visão mista, pró-estruturalista e igualmente comportamental, de abuso de posição dominante⁹²⁸.

- Se entendermos o abuso, como o fizemos anteriormente, de uma forma *mista* (quer dizer, partindo de uma concepção de abuso de estrutura, moderado, porém, com a consideração do próprio comportamento da empresa), então, poderemos dizer que os elementos pró-estruturais e objectivistas deste entendimento impõem uma política de aplicação do artigo 82º do Tratado CE que considere prioritário agir sobre os denominados “abusos de exclusão”. É certo que o abuso de posição dominante, no âmbito do Direito comunitário, não poderá ser definido unicamente como sendo um abuso de exclusão; a Comissão – desde logo na sua Comunicação de Dezembro de 2008 – não exclui, para efeitos de aplicação do artigo 82º do Tratado CE, os abusos de exploração. No entanto, a prioridade, em termos de aplicação do respectivo regime da proibição dos abusos de posição dominante, desloca-se quase exclusivamente para os abusos de exclusão e, em especial, para aqueles que são simultaneamente mais impressionantes e de prova mais evidente, ou seja, os abusos de exclusão praticados através dos preços.

Por isso, numa lógica de economia de meios e de concentração dos recursos disponíveis para a perseguição das situações de violação concorrencial mais aguda, a Comissão tende a, em termos relativos, desvalorizar os abusos de exploração, comparativamente aos denominados abusos de exclusão. É clara

⁹²⁸ Em particular, nos seus considerandos 54 e 55 que já tivemos a oportunidade de transcrever *supra*.

– neste sentido estruturalista – a prioridade da Comissão, o que não deixa de ser um criticável, como exporemos *infra*.

- O abuso de posição dominante, tal como resulta da prática da Comissão Europeia e da jurisprudência do Tribunal de Justiça e do Tribunal de Primeira Instância acaba também por desconsiderar os efeitos concretos dos comportamentos das empresas.

A qualificação concreta de um determinado comportamento como sendo, ou não, abusivo, nos termos do artigo 82º do Tratado CE não tem passado necessariamente pela avaliação dos efeitos anticoncorrenciais que tal comportamento produz, sendo, portanto, tendencialmente irrelevante a eventual idoneidade (ou inidoneidade) desse mesmo comportamento para a produção de um dano na estrutura concorrencial do mercado. Com efeito, como resulta da jurisprudência *Michelin II*, se o objecto de um determinado comportamento é o de lesar a concorrência, então esse comportamento será, de *per se*, susceptível de produzir tal efeito. Pressupõe-se, assim, nos termos desta jurisprudência, uma presunção segundo a qual equipara-se automaticamente *objecto a efeito*; se o objecto de uma dada prática é o de distorcer, em benefício de quem a pratica, a concorrência, então, presume-se, desde logo, que tal prática será susceptível de produzir tal efeito anticoncorrencial.

Podemos, portanto, concluir que, por vezes, verifica-se existir, no âmbito do que se entende por abuso, uma desconsideração dos efeitos da conduta em análise e a consequente suficiência do seu objecto.

Esta perspectiva, seguida, nomeadamente, pelo *Acórdão Michelin II*, conduz, frequentemente, a proibições formais e automáticas de certos comportamentos das empresas, ou seja, à utilização de uma metodologia que não prescinde, materialmente, de regras de proibição de *per se*, na aplicação do artigo 82º do Tratado CE (consequentemente, na verificação da existência de abusos de posição dominante).

- Recorde-se o que mencionamos *supra*, a este respeito (a eventual relevância dos efeitos concretos das práticas das empresas dominantes): se nos centrarmos apenas na redacção do artigo 82º do Tratado CE e se a compararmos com a do artigo 81º, verificamos que existem diferenças a propósito da consideração dos efeitos e/ou do objecto das condutas alegadamente anticoncorrenciais que deixam uma margem de manobra para tomadas de posição, por parte das Instituições, diversas entre si. Assim, o artigo 81º refere-se inequivocamente ao dano concorrencial pelo objecto ou, *em alternativa*, pelo efeito do comportamento, ao passo que o artigo 82º do Tratado CE apenas menciona a exploração abusiva, sem cuidar de nos fornecer (sequer) pistas para podermos equacionar o papel do objecto e/ou dos efeitos dos comportamentos em questão.

Naturalmente, uma abordagem menos estrutural do conceito de abuso de posição dominante e mais comportamental (ou, noutros termos paralelos: se se privilegiar, na aplicação do artigo 82º do Tratado CE, um enfoque mais económico e casuístico⁹²⁹, em detrimento de uma abordagem mais formal e apriorística), então, parece-nos incontornável, para construirmos a noção de abuso, a consideração dos efeitos anticoncorrenciais efectivamente produzidos pelas condutas das empresas dominantes.

A este propósito, importa salientar a posição enunciada pela Comissão Europeia, na sua Comunicação de 3 de Dezembro de 2008: a relevância da intenção (ou objecto da conduta) da empresa dominante, para efeitos da qualificação da prática em análise como sendo, ou não, abusiva. Ou seja, futuramente e mesmo projectando o conceito de abuso de posição dominante à luz das novas "linhas de orientação" da Comissão, em matéria de aplicação do artigo 82º do Tratado CE, subsistirá, previsivelmente, o objecto da conduta (ou da intenção ou vontade anti-concorrencial da empresa dominante), como

⁹²⁹ Como é pretendido por muitos comentadores que entendem ser necessário modernizar a aplicação do artigo 82º do Tratado CE, em coerência com o movimento reformador já sentido em praticamente todos os demais domínios da aplicação do Direito comunitário da concorrência, nomeadamente, no que diz respeito ao artigo 81º.

elemento integrante do conceito de abuso, no âmbito de aplicação daquela norma do Tratado.

- Finalmente, o objectivo da aplicação do artigo 82º do Tratado CE passa (é de supor que passará cada vez mais, avaliando as declarações políticas recentes da Comissão) pela protecção do “bem – estar” dos consumidores, através da protecção da concorrência. Dito de outro modo, o abuso de posição dominante deverá, necessariamente, materializar-se num dano que, em última instância, afectará os consumidores.

Assim, existirá um abuso, nesta perspectiva que se apoia em objectivos da denominada “economia do bem-estar”, quando uma prática empreendida por uma empresa dominante afecta negativamente o “bem – estar” dos consumidores (*consumer welfare*).

Ora, independentemente de existir uma discrepância entre a afirmação deste objectivo do “bem – estar dos consumidores” e a prática decisória e jurisprudencial comunitárias⁹³⁰, esta posição (de política da concorrência) levanta, desde logo, dúvidas importantes, cuja respectiva elucidação é relevante para construirmos uma noção de abuso de posição dominante.

Seguindo esta linha enunciada (recentemente) pela Comissão e considerando, portanto, o “bem – estar” dos consumidores como critério para a aferição da existência, ou não, de um abuso, pergunta-se quem são os consumidores afectados negativamente pela prática abusiva.

Na realidade, no âmbito do Direito da concorrência, o sujeito ou a entidade normalmente referida como suportando, indirectamente, as vantagens ou danos concorrenciais resultantes dos comportamentos juridicamente relevantes, são os clientes – que poderão ser, ou não, consumidores finais.

Segundo as orientações da Comunicação da Comissão, de 3 de Dezembro de 2008 e do próprio *Discussion paper* de 2005, relativamente aos abusos de exclusão, o conceito operativo, para efeitos de aplicação do artigo 82º do Tratado CE, de consumidor, deverá ser o mais amplo possível, nele se incluindo quer os compradores da empresa dominante (porventura,

⁹³⁰ PINAR AKMAN, *ob. cit.*, (*Consumer Welfare and Article 82EC...*).

intermediários, retalhistas ou revendedores), quer os próprios consumidores finais.

De resto, no documento da Comissão de Dezembro de 2008, houve, inclusivamente, o cuidado de referir que, estando em causa co-contratantes (clientes) da empresa dominante que, porventura, sejam também seus concorrentes, dever-se-á entender que o dano sofrido por estes (clientes da empresa dominante) será repercutido para os seus consumidores (em princípio, os consumidores finais), justificando uma atenção e uma avaliação dos efeitos dessa conduta, em termos de afectação do “bem – estar” desses consumidores finais (da empresa cliente da empresa dominante). Refere, com efeito, a mencionada Comunicação que “(...) where users intermediate are *actual or potential competitors of the dominant undertaking*, the assessment focuses on the effects of the conduct on users further downstream⁹³¹”.

Se estivermos, assim, perante utilizadores/intermediários/clientes da empresa dominante que são (também) *seus concorrentes*, actuais ou potenciais, a análise dos efeitos da conduta daquela empresa dominante (nomeadamente, em termos de afectação do bem – estar) deverá centrar-se nos clientes dessas suas clientes.

- Parece resultar do entendimento que a Comissão manifesta, portanto, relativamente aos objectivos da aplicação do artigo 82º do Tratado CE, a seguinte conclusão: quando o agente económico que se relaciona com a empresa dominante é seu concorrente, importa verificar se existem, ou não, efeitos que afectem o bem-estar dos consumidores/clientes daquele. O abuso definir-se-á, assim e indirectamente, também através do dano sofrido por esses consumidores finais.

Se, por outro lado, o cliente da empresa dominante não é concorrente, actual ou potencial, desta, então não será necessário fazer-se incidir tal análise relativamente aos efeitos danosos da conduta da empresa dominante, sobre os

⁹³¹ *Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82..., 19., em nota 15 (já mencionada supra).*

consumidores/clientes da empresa que adquire ou que se fornece junto da empresa dominante. Diríamos que, em termos probatórios (pelo menos), o abuso terá, assim e nesta situação, um âmbito menor.

Poder-se-á, ainda e como referimos atrás, levantar ainda uma outra interrogação que perfilha com interesse: no caso em que o agente/intermediário que compra à empresa dominante ser, ou poder vir a ser concorrente desta, é suficiente analisarem-se os efeitos da conduta de tal empresa dominante sobre os clientes/consumidores directos daquele agente/intermediário, ou, pelo contrário, exigir-se-á que tal análise se estenda, efectivamente, até ao nível do consumidor final propriamente dito? Repare-se, com efeito, que tal agente ou intermediário poderá ocupar apenas um nível (que não o último) no processo produtivo ou no circuito de distribuição.

A resposta a esta questão deverá deduzir-se a prazo, a partir da posição que a Comissão vier a adoptar, no uso das suas competências decisórias (seguindo a suas próprias orientações, contidas na Comunicação de Dezembro de 2008) e também a partir da jurisprudência futura dos Tribunais comunitários.

B

A reforma da aplicação do artigo 82º do Tratado CE: Necessidade e sentido?

CAPÍTULO 7º - O artigo 82º do Tratado CE: balanço conclusivo e crítica, à luz da reforma..

274. Depois de nos termos debruçado, nas páginas antecedentes, sobre a interpretação e a aplicação do artigo 82º do Tratado CE (Subparte **A**, desta IVª Parte), percorrendo os caminhos que nos levam à noção operativa (em termos de aplicação daquela norma do Tratado) de abuso de posição dominante, torna-se importante avaliar o resultado a que chegamos. Importa, por isso, esboçar uma apreciação crítica de tal noção, para que possamos fundamentar um juízo sobre as suas virtudes ou inconvenientes e, naturalmente, sobre a necessidade de reformar este importante aspecto do Direito comunitário (e da respectiva política) da concorrência.

Recorde-se, apenas, que na ordem do dia em matéria de política da concorrência da União Europeia, encontra-se a discussão sobre a aludida necessidade de uma reforma da aplicação do artigo 82º do Tratado – orientando-se esta aplicação para uma metodologia essencialmente economicista, pretendendo-se institucionalizar, desde logo, na prática decisória da Comissão Europeia, uma “effects – based approach” em matéria de controlo dos abusos de posição dominante⁹³².

⁹³² Ver o *Discussion paper* de 2005, disponível em <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/index.html>, bem assim como a Comunicação de 3 de Dezembro de 2008, *Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82º do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante - versão em língua portuguesa* C(2009) 864 final, datada de 9.02.2009 (que surge na sequência de tal *Discussion paper*). Ver, também, a nota de imprensa publicada pela Comissão sobre a Orientação referida (Comunicação de 3 de Dezembro de 2008) e intitulada “Antitrust: consumer welfare at heart of Commission fight against abuses by dominant undertakings”, disponível, na *Internet*, em:

7.1 - "Effects-based approach".

275. Mas quais são os principais aspectos que nos definem a reclamada perspectiva mais economicista ou a "effect – based approach", no âmbito da aplicação do artigo 82º do Tratado CE?

O que é que caracteriza tal nova abordagem que parece ser a chave da reforma/modernização pretendida em matéria de aplicação da referida norma do Tratado?

Na realidade, os proponentes de tal abordagem ou enfoque mais economicista, salientam, de um modo geral, alguns argumentos justificativos de tal posição⁹³³, que enunciaremos de seguida.

<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/08/1877&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en> .

Nesta nota de imprensa, de um modo claro, afirma-se: "The guidance paper sets out an economic and effects-based approach to exclusionary conduct under EC antitrust law. Such an approach has already been used in recent Article 82 cases, including Wanadoo (see [IP/03/1025](#)), Microsoft (see [IP/04/382](#) and [MEMO/04/70](#)) and Telefonica (see [IP/07/1011](#) and [MEMO/07/274](#))".

⁹³³ Como fomos referindo precedentemente, a COMISSÃO EUROPEIA no seu «Livro Branco» sobre a Modernização das Regras Comunitárias da Concorrência de 28 de Abril de 1999, Programa da Comissão nº 99/027, Jornal Oficial das Comunidades Europeias, Série C, nº C 132, de 12/05/1999, salienta a necessidade de uma abordagem mais material e económica na aplicação da Política e do Direito da concorrência comunitários. Tal posição é reiterada, entre outros documentos, no *Discussion paper* de 2005 e na *Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82º do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante* (Comunicação de 3 de Dezembro de 2008). Na doutrina, a modernização do Direito comunitário da concorrência e, em particular, da aplicação do artigo 82º do Tratado CE no sentido da denominada *effects – based approach*, foi sugerida por um movimento amplo de Autores – e isto, pelo menos, em termos gerais ou como contraposição à necessidade de se ultrapassar uma visão formalista na aplicação daquela norma, que sistematicamente era imputada à Comissão Europeia e também – talvez mesmo, principalmente – à jurisprudência comunitária. Neste sentido, a literatura é vasta. Referiremos, exemplificativamente e numa perspectiva mais económica, SIMON BISHOP / MIKE WALKER – *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*, Sweet & Maxwell, Londres, 1999. Numa perspectiva mais jurídica (ou jurídica – económica) ver, entre outros, PHILLIP LANDOLT, *ob. cit.* (*Modernised EC Competition...*); C.-D. EHLERMANN, *ob. cit.*,

Assim, em primeiro lugar, é comum salientar-se que a aplicação do artigo 82º do Tratado CE não poderá deixar de acompanhar o sentido (também ele – alega-se – mais economicista) da reforma do artigo 81º e do regime comunitário de controlo das operações de concentrações entre empresas (Regulamento nº 139/2004).

Depois, se centrarmos o objectivo da aplicação do artigo 82º (e, de um modo mais amplo, da Política comunitária da concorrência) na protecção do “bem – estar dos consumidores⁹³⁴”, um enfoque económico (uma “effects –

(La modernisation de la politique anti-trust de la CE ...) e *European Competition Law Annual 2000: The Modernisation of EU Competition Law*, Hart Publishing, 2001; B. SHER, *ob. cit.* (*The Last of Steam-Power Trains: Modernising art. 82...*); JESUS ALFARO ÁGUILA-REAL, *ob. cit.* (*Delimitación de la Noción de Abuso de una Posición de Dominio*); RAFAEL ALLENDESALAZAR CORCHO, *ob. cit.* (*El Abuso y sus Efetos. Modernización del artículo 82 TCE:...*); AMELIA FLETCHER, *ob. cit.* (*The Reform of art. 82: ...*); T. EILMANSBERGER, *ob. cit.* (*Dominance – The Lost Child?...*); HUSSEIN KASSIM e KATHYN WRIGHT, *ob. cit.* (*Revisiting Modernisation:...*); BILL ALLAN, *Article 82: A Commentary on DG Competition’s Discussion Paper, in Competition Policy International*, vol. 2, nº 1, Spring 2006, versão electrónica, disponível em www.esapience.org/journals; G. AMATO e C. – D. EHLERMANN - *EC Competition Law. An Critical Assessment*, Hart Publishing, Oxford, 2007 ; HUGUES CALVET - *Abus de position dominante: plaidoyer pour le bien-être du consommateur, in Révue Lamy de la concurrence*, nº 4, 2005, p. 131 ; DAVID. J. GERBER – *Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus*, Ed. Clarendon Press, Oxford, 2001; PHILIP LOWE e HELD ANSGAR - *Modernisation and beyond: the role of competition policy in driving economic growth, in European Competition Journal*, v.I, nº1, March, 2005, p. 35.

⁹³⁴ Como tem vindo a ser reclamado pelos sectores da doutrina que entendem ser, realmente, necessário empreender uma reforma respeitante à aplicação do artigo 82º do Tratado CE, no sentido da denominada “effects-based approach” e como, pelo menos em termos de discurso político oficial mais recente, tem vindo a ser afirmado pela Comissão. De resto, é essa a perspectiva da *Orientação* de Dezembro de 2008, sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82º. Veja-se, a este respeito, desde logo, o enunciado no nº 5, da referida *Orientação/Comunicação*: depois de a Comissão afirmar expressa e directamente que irá, na sua actuação, concentrar-se privilegiadamente nos tipos de conduta *mais prejudiciais para os consumidores*, esclarece, de seguida, qual a relação existente, na sua perspectiva, entre a concorrência e os benefícios dela resultantes para os consumidores, justificando, assim, a necessidade de evitar comportamentos anticoncorrenciais (nomeadamente, os comportamentos de exclusão, objecto da *Comunicação*). A Comissão declara, com efeito, nesse nº 5, da

based approach”) será mais conveniente, mais eficaz e evita, ainda, confundir a *defesa da concorrência* com a protecção e salvaguarda dos concorrentes.

Tem sido, na verdade, uma preocupação constante – sobretudo, nos discursos políticos da responsabilidade da Comissária Neelie Kroes⁹³⁵ – separar-se, em sede de aplicação do artigo 82º do Tratado CE, o que é uma acção da Comissão que tenha por efeito a protecção da estrutura concorrencial dos mercados, de uma outra hipotética intervenção que, realmente e a pretexto dessa protecção, acabe por, em primeira linha, salvaguardar os interesses dos concorrentes - nomeadamente, dos concorrentes menos eficientes.

Pretende-se, com a aplicação do artigo 82º do Tratado CE, proteger a própria concorrência, na medida em que se entende que sendo a protecção do “bem – estar dos consumidores” o fim prosseguido, em última instância, com a aplicação daquela norma, será através da preservação e reforço da concorrência existente – e não dos concorrentes - que se atingirá tal último desiderato.

Comunicação em causa, que: “ (...) Os benefícios que a concorrência proporciona aos consumidores são preços mais baixos, melhor qualidade e maior variedade de bens e serviços novos ou melhorados. Assim, a Comissão pretende orientar a aplicação da lei no sentido de assegurar o bom funcionamento dos mercados e o benefício por parte dos consumidores da eficiência e produtividade resultantes de uma concorrência efectiva entre as empresas”. Também no mesmo sentido, o *standard* final de referência enunciado pela Comissão, nessa Orientação, relativamente ao juízo que deverá ser desenvolvido para avaliar se um determinado comportamento de uma empresa dominante é, ou não, justificável: tal *standard* final é “ o prejuízo para os consumidores” – Ver, por exemplo, nº 30 da *Orientação*, onde se lê que a empresa dominante pode invocar “ganhos de eficiência que são suficientes para tornar pouco provável um *prejuízo para os consumidores*”. Ver, ainda, no mesmo nº 30 da Orientação, o enunciado das condições cumulativas que poderão justificar tal comportamento, onde se estabelece, entre as demais condições, a necessidade (para que o comportamento seja justificado) de os prováveis ganhos de eficiência gerados pelo comportamento, compensarem “qualquer eventual efeito negativo sobre a concorrência e o bem – estar dos consumidores nos mercados afectados”.

⁹³⁵ Ver, por exemplo, o discurso de NEELIE KROES de Setembro de 2005, *já anteriormente citado (Preliminary Thoughts on Policy Review of Article 82)*, disponível em http://ec.europa.eu/comm/competition/speeches/index_2005.html

Ora, verifica-se, na doutrina e nas próprias declarações políticas da Comissão, existir um consenso relativamente grande sobre o facto de, por um lado, existir uma tradição demasiadamente formalista na aplicação do artigo 82º do Tratado CE e, por outro, não ser essa perspectiva formalista (mas sim, uma perspectiva mais económica e, conseqüentemente, mais casuística) a mais apta para alcançar os mencionados objectivos da política da concorrência

Têm sido ainda invocados, além disso, outros argumentos complementares e justificativos de tal reclamado enfoque económico. Referiremos alguns deles.

276. O argumento da «fraude à lei».

É comum defender-se que esse enfoque, essa abordagem económica será a mais adequada para evitar que a conduta da empresa dominante violadora da concorrência ludibrie as disposições legais. No fundo, ao desenvolver-se uma análise económica, material, das referidas condutas (e, portanto, dos seus efeitos concretos no respectivo mercado) dificulta-se a tentativa, porventura empreendida pela empresa dominante, de alcançar o mesmo efeito (anti-concorrencial) através de outros comportamentos alternativos diferentes, mas, conseqüentemente, susceptíveis de produzirem o mesmo efeito útil. Se a análise das autoridades competentes se centrar nos efeitos materialmente resultantes da actuação de uma dada empresa e não tanto na identificação/análise formal dos comportamentos adoptados, então, para os mesmos efeitos (ainda que alcançados através de práticas diversas), a solução (e a aplicação do artigo 82º do Tratado CE) será a mesma.

277. O argumento da igualdade.

É, ainda, frequente invocar-se outro argumento: uma abordagem económica seguida na aplicação do artigo 82º do Tratado CE garante, também, um acréscimo de igualdade, transparência e de segurança jurídica. As práticas levadas a cabo por diferentes empresas, mas que tenham o mesmo resultado (efeito), ficarão, à luz dessa abordagem económica, sujeitas a um tratamento análogo.

278. *O argumento dos efeitos colaterais para a eficiência, decorrentes da aplicação das regras de «defesa da concorrência».*

Um outro argumento muito salientado pelos defensores da perspectiva económica – ver, por exemplo, o Relatório do *EAGCP* de Julho de 2005⁹³⁶, que serviu de base ao *Discussion Paper* publicado, nesse mesmo ano, pela Comissão – é o da necessidade de se precaver a aplicação das próprias normas de *defesa da concorrência* contra eventuais efeitos colaterais negativos advenientes dessa mesma aplicação. Evitar, portanto, que tal aplicação seja um obstáculo (involuntário) à própria Política (e estratégia) da concorrência, na União Europeia.

A ideia é esta: só com uma abordagem económica será possível as autoridades da concorrência (nomeadamente, a Comissão) avaliarem adequadamente as práticas alegadamente abusivas à luz do binómio “concorrência – eficiência”, sendo que tal análise, tal balanço (entre concorrência e eficiência) é fundamental na medida em que muitas práticas têm naturalmente efeitos variados, desde logo, consoante as respectivas circunstâncias que as envolvem. Em certas ocasiões, o mesmo comportamento, simultaneamente, tanto pode afectar negativamente a concorrência, como fomentar a eficiência e o desenvolvimento económico e tecnológico.

Este juízo de balanço entre concorrência (eventuais danos por esta sofridos) e eficiência deverá ser sempre adoptado – na perspectiva de muitos defensores da “effects – based approach”, tal como, por exemplo, os Autores do referido Relatório do *EAGCP* – por uma política da concorrência que não seja alheia ou indiferente quer à protecção do “bem – estar dos consumidores” quer ao crescimento económico/produktividade⁹³⁷.

⁹³⁶ *Report by the EAGCP – An economic approach to Article 82*, já mencionado.

⁹³⁷ Com efeito, logo na página 2 e 3, de tal Relatório do *EAGCP* (versão em língua inglesa) pode ler-se: “(...) the economics-based approach guarantees that the statutory provisions do not unduly thwart pro-competitive strategies. An effects-based analysis takes fully into consideration the fact that many business practices may have different effects in different circumstances: distorting competition in some cases and promoting efficiencies and innovation in others. A competition policy approach that directly confronts this duality will ensure that consumers are protected (through the prevention of behaviour that harms them) while

Este argumento, até certo ponto, acaba por revelar uma certa contradição (pelo menos, latente) entre as perspectivas defensoras da “effects-based approach” e da sua adopção em sede de reforma do artigo 82º do Tratado CE: na realidade, não será propriamente coincidente, em termos de consequências para o desenho de um determinado método ou mesmo regime de aplicação daquela norma do Tratado, assumir-se como principal objectivo de tal aplicação o “bem – estar dos consumidores” ou a “eficiência”. Poderão mesmo, por vezes, ser incompatíveis entre si. Aparentemente, a própria Comissão Europeia tem enfatizado mais o “bem – estar dos consumidores”, como objectivo final da aplicação do artigo 82º do Tratado CE, prevalecendo este objectivo sobre o da eficiência.

Este argumento, com efeito, aponta, também e desde logo, para a seguinte consequência: ao empreender-se tal juízo de comparação ou de balanço entre a concorrência e a eficiência, isso significa que, metodologicamente e em sede da respectiva aplicação, aproximam-se as análises desenvolvidas no âmbito do artigo 82º e do artigo 81º, ambos do Tratado CE.

Admite-se, na aplicação do artigo 82º do Tratado CE (pelo menos, antevê-se tal hipótese), um juízo de balanço análogo ao previsto nos termos do nº 3, do artigo 81º, sopesando, portanto, quer a eficiência quer tais danos, ambos resultantes da conduta da empresa dominante.

No fundo, este sentido de aproximação, nos termos referidos, entre os artigos 81º e 82º do Tratado CE, foi já enunciado expressamente na Comunicação contendo a *Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82º*, publicada pela Comissão, em Dezembro de 2008.

promoting overall increased productivity and growth (since firms will not be discouraged in their search for efficiency). Ver, também, dos mesmos Autores, integrantes do EAGCP e do Relatório de 2005, *An Economic Approach to the article 82, in Competition Policy International*, versão disponível na *Internet* em www.esapience.org/journals, vol. 2, nº 1, Spring 2006.

279. *O argumento do «bem-estar dos consumidores».*

Ora, recordemos, apenas, que tal Comunicação (contendo a já abordada “Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82º do Tratado CE”) pretendeu consagrar, efectivamente, uma perspectiva estribada numa “more effects-based approach”, em matéria de aplicação do artigo 82º do Tratado CE. Pelo menos, é o que resulta não tanto, em termos expressos, da própria Comunicação⁹³⁸, mas sim da nota de imprensa relativa a tal documento, publicada também em 3 de Dezembro de 2008, sob o título “Antitrust: consumer welfare at heart of Commission fight against abuses by dominant undertakings”.

A Comissão, nesse seu documento de Dezembro de 2008, aponta, assim, para uma *effects-based approach*, pretendendo, na Orientação, indicar as prioridades a seguir na aplicação daquela norma do Tratado.

A este respeito, a Comissão indica, também e concomitantemente, um *standard* de apreciação das condutas como sendo, ou não, violadoras do artigo 82º do Tratado CE – *standard* esse que corresponde prioritariamente ao “bem – estar dos consumidores”.

Como salientou a Comissão, na referida nota de imprensa relativamente documento em causa (Orientação): “(...) the document provides for the first time comprehensive guidance to stakeholders (...) as to how the Commission uses an *effects – based approach to establish its enforcement priorities under Article 82 in relation to exclusionary conduct*. The guidance paper outlines the *analytical framework* that the Commission employs (...) when assessing the most commonly encountered forms of exclusionary conduct such as exclusive dealing, rebates, tying and bounding, predatory prices, refusal to supply and margin squeeze⁹³⁹”.

⁹³⁸ Com efeito, de forma clara e directa, nunca se qualifica, na própria Comunicação e nos termos designados – ou seja, perspectiva mais económica ou “effects-based approach” – a abordagem indicada pela Comissão.

⁹³⁹ Nota de imprensa nº IP/08/1977, de 03.12.2008, já mencionada e disponível, na *Internet*, em:

<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/08/1877&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>

7.2 – “Effects-based approach” (reclamada) ou “mantra formalista” seguido pela Comissão?

280. Assim, importa verificar em que termos é que a Comissão, neste documento sobre as suas prioridades na aplicação do artigo 82º do Tratado CE, segue, efectivamente, uma abordagem mais economicista e menos formal (uma *effects-bases approach*), como, de resto, é anunciado pela também mencionada nota de imprensa (“Antitrust: consumer welfare at heart of Commission fight ...”).

Na realidade, independentemente das declarações genéricas (como a que atrás transcrevemos, contida na nota de imprensa mencionada), o facto é que, da leitura da Comunicação de Dezembro de 2008, não parece resultar directamente nenhum guia ou orientação clara e inequívoca sobre quais serão os objectivos precisos da Comissão ao aplicar o normativo em questão, nem que critérios de referência (ou *standards* legais) orientam *operativamente* tal aplicação.

Uma coisa é o enunciado geral de uma abordagem que privilegie a apreciação dos efeitos das condutas das empresas dominantes ou que indique como objectivo final o “bem – estar dos consumidores” (indicação em termos de mero enunciado geral, sem qualquer tentativa de concretização); outra coisa – que acaba por ser fundamental para a aplicação efectiva da norma – é a indicação do que se entende e de como se aplicam, em concreto, tais enunciados.

É esta indicação operativa que *não* existe na Comunicação de Dezembro de 2008.

281. Assim, um dos aspectos mais criticados na Orientação ou Comunicação em causa – nomeadamente, pelos defensores de uma “effects-based approach” – prende-se com a pouco clara indicação (pelo menos, em termos operativos, como notávamos anteriormente) de quais são,

efectivamente, os objectivos da Comissão quando actua sobre os comportamentos de exclusão, visados no referido documento⁹⁴⁰.

As formulações são feitas em termos genéricos e, além disso, não se vislumbra, de forma clara, uma articulação entre tais objectivos genericamente enunciados e a proclamada intenção de se seguir uma “effects-based approach”, na aplicação concreta do artigo 82º do Tratado.

É certo que, de um modo geral, esta diminuta clareza no que diz respeito à formulação dos objectivos que se pretendem atingir com uma “effects-based approach” – por exemplo, definindo-se inequivocamente *quais* os critérios substantivos que se deverão seguir na avaliação dos comportamentos e *como* deverão, em concreto, ser seguidos – não é só apanágio desta Comunicação de 3 de Dezembro de 2008. Talvez a questão (o problema) se situe um pouco mais a montante, na medida em que nota-se também, frequentemente, tal falta de clareza e tal excesso de formulações genéricas em parte da literatura que invoca e defende tal “effect-based approach”, a propósito da aplicação do artigo 82º do Tratado CE – como, de resto, será relativamente natural, em função do facto de tal “abordagem (mais) económica” (“effects-based approach” ou “economic – approach”) não encerrar, em si mesma, nenhum conceito técnico-operativo (como salientaremos, *infra*).

No quadro de uma abordagem mais economicista, centrada nos efeitos das condutas analisadas, caracterizada, portanto, por uma “effects-based approach” relativamente á aplicação do artigo 82º do Tratado CE, a indicação inequívoca, concreta (não vaga e genérica) de tais objectivos e critérios – tendo tal indicação um intuito operativo ou técnico – é muito importante, desde logo para que tal metodologia de aplicação possa garantir um mínimo aceitável de segurança ou certeza jurídicas.

⁹⁴⁰ YANNIS KATSOUACOS – *Some Critical Comments on the Commission’s Guidance Paper on Art. 82 EC*, in *GCP – The Online Magazine for Global Competition Policy*, February 2009, disponível na *Internet* em: www.globalcompetitionpolicy.org; GEORGIOS ZOHIOS – *Commission Guidance Paper on the Application of Art. 82: A Step Towards Modernization or a Step Away?*, também in *GCP – The Online Magazine for Global Competition Policy*, February 2009, disponível na *Internet* em: www.globalcompetitionpolicy.org

Até certo ponto, parece inevitável que uma metodologia mais formal e assente em regras de *per se* proporcione – sobretudo, para as empresas - mais clareza, previsibilidade e transparência na aplicação das normas de *defesa da concorrência*, do que uma metodologia mais casuística e de carácter mais económico. E isto, sobretudo, quando aquela (ou seja, a metodologia mais formal) já começa a beneficiar de uma experiência consolidada na sua aplicação. Daí a importância redobrada de a opção por uma “effects-based approach” ser amparada por uma definição e enunciação clara de objectivos e de critérios (ou *standards* legais) operativos.

Numa abordagem metodológica mais formalista da aplicação de tal artigo 82º do Tratado e assente, sobretudo, em regras de *per se* (como largos sectores da doutrina e a própria Comissão afirmam ser típico da prática comunitária dos últimos anos), as autoridades responsáveis pela aplicação daquela norma do Tratado (nomeadamente, a Comissão) permitem, ou proíbem, determinado tipo de comportamentos, com base em determinadas características formais.

Presume-se, neste caso, que aquelas condutas, uma vez praticadas por uma empresa dominante, produzirão, previsivelmente, determinados efeitos anticoncorrenciais, sem ser necessária a prova da sua verificação em concreto, no mercado relevante em causa.

Tal foi a linha seguida – e muito criticada, como referimos, pela generalidade da doutrina favorável a uma “effects-based approach” – pela jurisprudência comunitária, por exemplo, nos seus *Acórdãos Michelin II* e *British Airways* que, repetidamente, são apontados como exemplos de uma abordagem formalista e presuntiva na aplicação do artigo 82º do Tratado CE que desconsidera os efeitos concretos dos comportamentos das empresas dominantes.

Recorde-se que, neste último Acórdão (*British Airways*), o Tribunal de Primeira Instância entendeu que a aplicação do artigo 82º do Tratado CE não implicava a demonstração da existência de um qualquer efeito sobre a concorrência, directamente resultante do comportamento adoptado pelas empresas, preferindo apoiar-se numa lógica de presunções e, portanto, de

regras de proibição de *per se*, relativamente a certos comportamentos adoptados pelas empresas dominantes (como aqueles que estavam em apreciação nesse caso).

No Acórdão *Michelin II*, o Tribunal salientou que “basta demonstrar que o comportamento abusivo da empresa que ocupa uma posição dominante tem por objecto restringir a concorrência, ou, noutros termos, que o comportamento pode ter esse efeito” para que se abra o caminho á aplicação do artigo 82º do Tratado (considerando 239, do respectivo Acórdão).

282. Refira-se, no entanto, que esta linha de orientação seguida pela jurisprudência comunitária teve, no entanto, uma inflexão em alguns Acórdãos mais recentes do Tribunal de Justiça e do Tribunal de Primeira Instância.

A Orientação de Dezembro de 2008, com efeito, invoca também esta jurisprudência mais recente que aponta para uma “effects-based approach” na interpretação e aplicação do artigo 82º do Tratado, proclamando, assim, a sua intenção de se afastar da linha jurisprudencial seguida, nomeadamente, nos Acórdãos *British Airways* e *Michelin II*. Referimo-nos, em particular, aos Acórdãos *Wanadoo*⁹⁴¹ e ao já referido Acórdão *Microsoft*. Na nota de imprensa relativa à Comunicação de Dezembro de 2008, a Comissão invoca, também, a sua Decisão de 4 de Julho de 2007, no caso *Telefónica*⁹⁴² que seguiu a mesma abordagem metodológica (decorrente de uma “effects-based approach”) dos casos antecedentes (*Wanadoo* e *Microsoft*).

283. Retornando ao carácter insuficientemente operativo da Comunicação de Dezembro de 2008, relativamente à apresentação de objectivos e de critérios normativos (*standards* legais) para a aplicação do artigo 82º do Tratado, salientem-se os números 5 e 6 da Orientação de Dezembro de 2008.

⁹⁴¹ Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 30.01.2007, *France Télécom S.A (Wanadoo) vs. Comissão*, Processo T- 340/03, Col. 2007, p. II – 00107.

⁹⁴² Processo COMP/38.784 — *Wanadoo España/Telefónica*, *Jornal Oficial* nº C 83 de 02.04.2008, p. 6.

No mencionado nº 5, a Comissão começa por referir que, na aplicação do artigo 82º do Tratado CE, “irá privilegiar os tipos de conduta mais prejudiciais para os consumidores”, para, logo de seguida, no nº 6 do mesmo documento, referir que a sua intervenção terá, sobretudo, em vista “a salvaguarda da concorrência no mercado interno e a garantia de que as empresas que detêm uma posição dominante não excluirão os seus rivais através de outros meios que não sejam a concorrência com base no mérito dos bens e serviços que fornecem”. Ora, novamente, estes objectivos poderão ser, em certas circunstâncias, antagónicos entre si.

A Comissão - acrescenta-se, ainda e por outro lado, no mesmo nº 6 - “reconhece que o mais importante é a protecção de um verdadeiro processo de concorrência e não a mera protecção dos concorrentes”, nada referindo, agora, relativamente à protecção do bem – estar dos consumidores. O pressuposto de que a protecção do processo concorrencial acaba por levar à protecção do bem – estar dos consumidores não será, como já fomos notando, inteiramente rigoroso. Além disso, como salientam alguns comentadores, no documento em questão acabamos por não encontrar nenhum conceito (ou, sequer, orientação para a determinação do conceito) de “processo de concorrência”, nem de “concorrência com base nos méritos⁹⁴³”.

Por outro lado ainda, no nº 19 da Orientação, estabelece-se o entendimento de “encerramento anticoncorrencial do mercado” e relaciona-se a intervenção da Comissão sobre tal tipo de prática – agora sim, claramente - com a protecção do bem – estar dos consumidores:

“O objectivo da aplicação da lei por parte da Comissão no âmbito do comportamento de exclusão é assegurar que as empresas em posição dominante não prejudicam uma concorrência efectiva através do encerramento do mercado aos rivais de uma forma anticoncorrencial e tendo, assim, um impacto adverso no bem – estar dos consumidores”.

Recorde-se, novamente, que o interesse dos consumidores (ou a protecção do seu bem – estar) vem sendo invocado, em crescendo, como objectivo último da aplicação do artigo 82º do Tratado CE, desde logo, nas

⁹⁴³ KATSOULACOS, *ob. cit.*, p. 4 e 5.

posições e discursos políticos da Comissão, ainda que, em rigor, tal interesse nem sempre seja coincidente com os demais objectivos/interesses invocados pela Comissão (nomeadamente, “a eficiência” e o “processo concorrencial”).

A nota de imprensa já atrás mencionada e relativa, precisamente, à Comunicação (Orientação) de Dezembro de 2008, salienta, por outro lado, que a Comissão concentrar-se-á (simultaneamente) na protecção dos consumidores e na protecção do processo de concorrência, mas não na protecção dos concorrentes⁹⁴⁴.

Ora, a discussão sobre se tais condutas poderão, ou não, pôr em causa o bem – estar dos consumidores está, efectivamente, longe de ser consensual. Muitas vezes, de facto, certas práticas de exclusão poderão mesmo, no curto prazo, revelar-se favoráveis aos interesses (pelo menos, imediatos) dos consumidores (tal será o caso, por vezes, das práticas de preços predatórios). O risco da adopção de um critério ou *standard* que se concentre, única e linearmente, no bem – estar dos consumidores é, precisamente, o da sobrevalorização das consequência/efeitos imediatos e/ou de curto-prazo que os eventuais comportamentos anticoncorrenciais poderão ter nesse mesmo bem – estar.

Mas, sem irmos ao encontro de tal discussão, o facto é que seria expectável que a Comissão, ao estabelecer tal ligação entre comportamentos de “encerramento anticoncorrencial do mercado” e afectação do bem – estar dos consumidores, esclarecesse os termos de tal ligação, reputados de relevantes e motivadores da sua intervenção.

Na realidade, tal não é feito, nem tão pouco o entendimento (em termos operativos) de bem – estar dos consumidores é, neste documento avançado⁹⁴⁵.

⁹⁴⁴ “The focus of the Commission's enforcement policy should be on protecting consumers, on protecting the process of competition and not on protecting individual competitors” - Nota de imprensa nº IP/08/1977, de 03.12.2008, disponível, na *Internet* em <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/08/1877&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>

⁹⁴⁵ Nesta Orientação, tal conceito não é, de facto, esclarecido, nem, por outro lado, o seu inverso, ou seja, o entendimento (relevante, em termos concretos, para a aplicação do artigo 82º do Tratado CE) do que seja um dano aos interesses dos consumidores (uma afectação

Assim, em resumo, em função do respectivo carácter genérico e pouco operativo, as indicações assumidas na Orientação em causa, não serão, desde logo, as mais adequadas – nomeadamente, para efeito de aplicação concreta e segura do artigo 82º do Tratado CE – a uma abordagem mais economicista (a uma “effects-based approach”).

284. A Comunicação de Dezembro de 2008 merece ainda outro tipo de críticas, mesmo da parte dos defensores de uma “effects – based approach”.

Partindo, por agora, do princípio de que é necessária uma reforma da aplicação do artigo 82º do Tratado CE no sentido de tal abordagem mais economicista, o documento em questão apresenta algumas inconsistências entre aquilo que expressa e aquilo que será esse seu objectivo.

A Comunicação em causa pretende – pelo menos, no plano dos enunciados gerais - ultrapassar os aspectos (excessivamente) formais da aplicação do artigo 82º do Tratado CE, tentando institucionalizar, nesta

negativa do “bem – estar dos consumidores”). Como refere KATSOULACOS - *ob. cit.*, p. 4, em nota nº 3 - importa, a este propósito, salientar outro importante ponto da discussão sobre o entendimento operativo de “bem – estar dos consumidores” e/ou prejuízo ou dano infligido aos consumidores. Seguindo a lógica da denominada “economia do bem – estar” - que está pressuposta neste invocar, por parte das autoridades da concorrência, nomeadamente, por parte da Comissão Europeia, do “bem – estar dos consumidores” como critério referencial da intervenção dessas autoridades - há que discutir qual o *standard* legal e substantivo de aplicação (neste caso) do artigo 82º do Tratado CE. Ou seja, há que discutir e optar entre o denominado “bem – estar total” (*total welfare*), o “bem – estar dos produtores” e o “bem – estar dos consumidores”, propriamente ditos. Com efeito, em termos mais rigorosos, há que decidir como se entenderá o reclamado “bem - estar dos consumidores”: por exemplo, algumas autoridades de certos Estados já utilizam, neste domínio da aplicação das regras de concorrência, o *standard* do “bem-estar total”, como é o caso das autoridades do Canadá e da nova Zelândia. Apoiando-se em D. CARLTON – *Does Antitrust Need to be Modernized? In* 21 (3) *Journal of Economic Perspectives*, 2007 – KATSOULACOS salienta que: “(...) there is currently quite intense debate on this issue (whether consumer rather than total welfare should be substantive standard), with some eminent economists arguing for a total welfare standard. (...) perhaps the most significant practical problem with a consumer surplus standard (relative to a total surplus one) is that, as commonly applied, it tends to favor short-run price reductions over long-run efficiency” – YANNIS KATSOULACOS, *ob. cit.*, p. 4, nota nº 3.

matéria, uma perspectiva de análise essencialmente económica, direccionada para os efeitos concretos das condutas das empresas dominantes, tendo como critérios ou *standards* legais a eficiência e a protecção do bem – estar dos consumidores (não nos detemos, agora, na questão já aludida anteriormente da possível incompatibilidade entre tais objectivos).

Esta Orientação, por um lado, afirma-se, no que diz respeito à acção da autoridade comunitária relativamente aos abusos de posição dominante, como reformadora da metodologia de interpretação e de aplicação do artigo 82º do Tratado resultante, entre outros, dos Acórdãos o *British Airways* e *Michelin II*. Por outro lado, a Orientação em causa pretende, também e em substituição desse sentido tradicional e formalista seguido na aplicação daquela norma, institucionalizar a perspectiva subjacente aos casos *Wanadoo*, *Microsoft* e *Telefónica*.

Não nos podemos esquecer que esta reforma da aplicação do artigo 82º do Tratado CE (até certo ponto) anunciada na Comunicação, insere-se no movimento de reforma mais amplo do Direito comunitário da concorrência (a sua denominada modernização), iniciado, sob o ponto de vista normativo, com o Regulamento nº 1/2003.

Se nos situarmos, assim, no contexto da referida modernização do Direito comunitário da concorrência, veremos que uma das linhas de acção de tal reforma é a *descentralização* no que respeita à aplicação das regras dos artigos 81º e 82º do Tratado CE.

O Regulamento nº 1/2003 veio, na realidade, tornar o nº 3, do artigo 81º do Tratado CE, directamente aplicável pelas autoridades e Tribunais dos Estados-membros, acabando, em matéria de aplicação daquela norma do Tratado (artigo 81º) com o procedimento (administrativo) de controlo prévio e, conseqüentemente, de notificação prévia à Comissão, das ententes susceptíveis de se subsumirem à aplicação de tal normativo.

Com esta modernização em curso (na qual se insere, também, a Comunicação de Dezembro de 2008, relativamente à aplicação do artigo 82º do Tratado CE), apostou-se nos Tribunais e nas autoridades da concorrência nacionais para assumirem a obrigação de aplicação das referidas normas do

Tratado, acreditando-se, também, que tal movimento descentralizador no sentido destas instituições nacionais, acabaria por promover um aumento das acções privadas (do denominado "private enforcement") no domínio do Direito da concorrência – o que reforçaria a eficácia da respectiva aplicação, abrindo caminho a uma nova cultura e a um novo ambiente concorrencial, na União.

Além disso, a criação de uma rede europeia de autoridades da concorrência ("rede europeia da concorrência – ver, *supra*, IIIª Parte, Capítulos 6º e 7º), integrando, no respectivo topo, a própria Comissão, baseada (tal rede) na cooperação recíproca e na troca de informações quer entre as autoridades nacionais quer entre estas e a Comissão, facilitaria a implementação de tal nova cultura e ambiente concorrenciais, ajudando a alcançar-se uma eficiente aplicação do Direito comunitário, em benefício da concorrência, das empresas e dos consumidores.

Ora, sobre este pano de fundo descentralizador da dita modernização do Direito comunitário de *defesa da concorrência*, esperar-se-ia que a Orientação de Dezembro de 2008, dando sequência ao *Discussion Paper* de 2005, contribuisse com um acréscimo de clareza e de segurança para a aplicação do artigo 82º do Tratado CE, "codificando" (ou seja, apresentando de forma sistematizada as respectivas conclusões e linhas de acção) a prática decisória e a jurisprudência relativas aos abusos de posição dominante (pelo menos, relativamente aos abusos de exclusão nos quais se centram quer o *Discussion Paper* quer a referida Orientação).

Era desejável, portanto, um acréscimo de previsibilidade (segurança) e de transparência relativamente à noção (operativa) de abuso de posição dominante e à aplicação do artigo 82º do Tratado, fundamentais para o sucesso da estratégia de descentralização e de crescimento, nos Estados-membros, das "acções privadas" ("private enforcement"), na aplicação das regras comunitárias de concorrência - em particular, do artigo 82º do Tratado CE. Estratégia esta, como referimos, gizada pela reforma em curso no Direito comunitário da concorrência e promovida pela Comissão Europeia, desde a

publicação do respectivo Livro Branco sobre a modernização das regras de aplicação dos artigos 81º e 82º do Tratado CE, de 1999⁹⁴⁶.

Uma das críticas frequentemente dirigidas ao documento (Orientação) de Dezembro de 2008 - na linha daquela outra, referida no ponto antecedente e relativa à insuficiente indicação da Orientação, sob o ponto de vista operativo, de objectivos e “conceitos – chave” necessários, na perspectiva de uma “effects-based approach”, à aplicação do artigo 82º do Tratado - aponta para a previsível incapacidade deste documento em ajudar a ultrapassar o risco de desarticulação e de divergência entre as entidades integrantes da rede europeia de autoridades da concorrência e/ou entre os Tribunais dos Estados-membros e os Tribunais de Justiça e de Primeira Instância⁹⁴⁷. Com efeito, antevê-se na aplicação futura do artigo 82º do Tratado CE, um problema resultante da heterogeneidade existente entre as diversas autoridades nacionais entre si e entre estas e a Comissão Europeia, no que diz respeito às práticas habitualmente seguidas em relação à *defesa da concorrência*, às diferentes culturas concorrenciais de cada Estado-membro, aos próprios meios e recursos de tais entidades nacionais e, naturalmente, em relação aos diferentes níveis de preparação e sensibilidade dos técnicos, juristas e magistrados que aplicam o Direito da concorrência e o Direito da União.

Tal heterogeneidade potenciou-se, além do mais, com o alargamento da União, formalmente concretizado na mesma data de início de vigência do Regulamento nº 1/2003, ou seja, em 1 de Maio de 2004.

A Comunicação de Dezembro de 2008, para muitos comentadores, em função da sua insuficiente indicação operativa de objectivos, de conceitos e

⁹⁴⁶ Jornal Oficial nº C 132, de 12.5.1999, p. 1

⁹⁴⁷ Ver, mais recentemente, ZOHIOS, *ob. cit.* (*Commission Guidance on the Application of Art. 82...*), JAMES KILLICK / ASSIMAKIS KOMNINOS, *Schizophrenia in the Commission's Article 82 Guidance Paper: Formalism Alongside Increased Recourse to Economic Analysis*, in *GCP – The Online Magazine for Global Competition Policy*, February 2009, disponível na *Internet* em: www.globalcompetitionpolicy.org Também no mesmo sentido (critico) e já em 2001, PETER I. B. GOLDSCHIDT / CHRISTOPH LANZ – *Maybe Definitely – Definitely Maybe? EC Competition Law – Is the Time Ripe for Return*, EIPA, *Eipascope*, 2001/2, disponível, na *Internet* em: <http://www.eipa.nl>

respectivo modo de aplicação, em vez de facilitar a aplicação uniforme (em toda a União) do artigo 82º do Tratado, segundo uma perspectiva mais economicista, poderá precipitar, ao invés, o retorno a um formalismo ainda mais evidente do que aquele que se imputa á prática decisória e à jurisprudência tradicionais (sobretudo, no plano da aplicação por parte das autoridades e dos Tribunais dos Estados-membros).

285. Na realidade, um ponto contra a referida descentralização promovida pela reforma do Direito comunitário da concorrência, prende-se com a incerteza ou insegurança jurídicas que poderá resultar do facto de, no espaço da União (e, portanto, entre todas as entidades aplicadoras do Direito da concorrência comunitário), não existir um “manual” ou guia de procedimento, de objectivos e de conceitos, claro e de fácil implementação, independentemente da já mencionada (e natural) heterogeneidade existente entre todos os agentes.

Este ponto é crucial quando se pretende, além do mais, implementar uma abordagem mais económica e casuística das regras em causa, em especial, do artigo 82º do Tratado CE.

A própria “effects-based approach” que se pretende adoptar, na nossa perspectiva, não surge exposta na doutrina, nem é apresentada pela Comissão, de uma forma, em si mesma, clara sob o ponto de vista dos procedimentos técnicos (pelo menos, técnico-jurídicos), conducentes à sua aplicação.

É preciso não esquecer que, independentemente da perspectiva menos ou mais económica ou formalista que se implemente em termos de política da concorrência, serão, em última instância, os Tribunais – nomeadamente, os Tribunais dos estados-membros – que terão a responsabilidade da aplicação definitiva do artigo 82º do Tratado CE. Em princípio, tais órgãos jurisdicionais não estarão, naturalmente, tão bem apetrechados para analisarem as situações porventura relevantes à luz do artigo 82º do Tratado, numa lógica que lhes será estranha – ou seja, seguindo uma metodologia de análise que se suporta num casuísmo maior e numa abordagem eminentemente económica e não jurídica (formal).

Neste quadro é sustentável que, perante a falta de um efectivo guia que expresse, de forma clara e exequível operativamente, os procedimentos a seguir – nomeadamente, pelos Tribunais – em matéria de análise do artigo 82º do Tratado, tradutores da referida e pretendida abordagem económica (da dita “effects-based approach”), haja uma tendência para se desenvolverem práticas decorrentes da experiência adquirida de carácter mais formal, sustentada numa lógica (pelo menos, tendencial) de regras de *per se*.

Seria, nesses termos, uma compreensível busca do caminho mais seguro e de aplicação mais fácil e, apesar de tudo, mais transparente para os respectivos órgãos jurisdicionais, para as empresas e para os agentes económicos em geral.

Tal acabaria, naturalmente, por comprometer os objectivos enunciados pela Comissão e o sentido da reforma da aplicação (pretendida e afirmada, quer na doutrina quer nas posições políticas mais recentes da Comissão) do artigo 82º do Tratado CE.

286. Alguns comentadores, seguidores da perspectiva de que se tornava necessário promover uma reforma que apontasse, claramente, para a adopção de uma “effects-based approach”, criticam, também, este Documento da Comissão por ele não assumir inteiramente (ou, pelo menos, mais claramente) tal reclamada abordagem economicista. Não subscrevemos, contudo, tal crítica.

Nessa linha (crítica), por exemplo, invoca-se o facto de a Comissão não ter definitivamente ultrapassado a doutrina da responsabilidade especial das empresas em posição dominante, declarando, desde logo no nº 1 da Comunicação em causa e remetendo para a jurisprudência tradicional do Tribunal de Justiça e do Tribunal de Primeira Instância que “(...) a posição dominante não é, por si só, ilegal e uma empresa nessa situação tem o direito de concorrer no mercado com base nos seus méritos. No entanto, a empresa em causa tem uma *especial responsabilidade* de não permitir que a sua conduta obste a uma concorrência efectiva e não falseada no mercado interno”.

KILLICK e KOMNINOS, por exemplo, a propósito desta reafirmação da doutrina da responsabilidade especial, falam da repriminção do velho “mantra”

da responsabilidade especial ou ainda, da sobrevivência e predominância de todo o velho “mantra” formalista – segundo eles, característico da tradição seguida na aplicação do artigo 82º do Tratado CE e que se pretenderia, precisamente agora, ultrapassar definitivamente⁹⁴⁸.

Além disso e na mesma linha crítica, salientam os Autores referidos que, na Comunicação, continuam a existir demasiadas presunções contra as empresas em posição dominante (notando, de resto, que na sua perspectiva, tal era já o que sucedia no *Discussion Paper* de 2005).

Na verdade, a propósito de tal tendência formalista que ainda irrompe no texto da Comunicação, invoca-se, por vezes, outro argumento crítico: a exigência da verificação de condições cumulativas, requeridas para uma prometida institucionalização, na prática da Comissão, de um “juízo de balanço económico” análogo ao que resulta do nº 3, do artigo 81º do Tratado, agora para efeito de justificação da conduta da empresa dominante. Uma lógica de defesa – que se abre com o presente documento da Comissão, aproximando, como notamos anteriormente, a aplicação do artigo 82º da do artigo 81º do Tratado CE – fundada na eficiência das respectivas condutas, poderá estar condenada, segundo alguns, ao fracasso, na medida em que se torna muito difícil (e mesmo, injustificado) para a empresa dominante em causa, preencher cumulativamente todas as mencionadas quatro condições anunciadas pela Comissão.

Recorde-se que, nos termos do nº 30 da Comunicação, uma empresa dominante pode justificar um comportamento que leve ao encerramento do mercado aos concorrentes, invocando ganhos de eficiência que sejam suficientes para “tornar pouco provável um prejuízo para os consumidores” e desde que a empresa dominante demonstre, “com um grau de probabilidade suficiente e com base em provas verificáveis”, que estão preenchidas cumulativamente as seguintes quatro condições:

⁹⁴⁸ JAMES KILLICK/ASSIMAKIS KOMNINOS, *ob. cit.*, (*Schizophrenia in the Commission's Article Guidance...*), p. 3 e 4. KILLICK e JOMNINOS referem claramente que “(...) what we see is a mixed text which has a sound and respectable intellectual basis, but which, at the same time, is too timid to break with the formalism of the past” – *ob. cit.*, p. 4.

- a existência de um ganho de eficiência em resultado do comportamento em questão;
- tal comportamento deverá ser *indispensável* à obtenção de tal ganho de eficiência;
- o ganho de eficiência deverá *compensar* os efeitos negativos que, do comportamento em causa, advenham para os consumidores; e,
- esse comportamento *não deverá eliminar* a existência de uma concorrência efectiva, no respectivo mercado relevante.

Ora, a crítica referida salienta a pouca flexibilidade que uma hipotética defesa baseada nos ganhos de eficiência advenientes do comportamento em causa terá quando se exige a verificação cumulativa das referidas condições. Nota-se, sobretudo, que a exigência da última condição (negativa) – ou seja, a não eliminação de uma concorrência efectiva – poderá provocar o seguinte resultado: a conduta da empresa em posição dominante, apesar de poder ser desejável e frutuosa sob o ponto de vista social, na medida em que se traduz num ganho de eficiência (que, portanto, *a priori*, beneficiará, de alguma forma, os consumidores), continuará a ser proibida, na medida em que muito provavelmente tal conduta – para permitir tal resultado – reforçará a posição de mercado da empresa que a pratica e, conseqüentemente, em muitos casos, acabará, provavelmente, por permitir a obtenção de uma situação de monopólio ou de quase-monopólio (ou seja, poderá ser interpretado como não respeitando tal condição negativa). Além do mais, conjugando-se esta exigência com a especial obrigação de abstenção decorrente, para as empresas dominantes, da reafirmada doutrina da responsabilidade especial, então, a margem de manobra real e efectiva para tais empresas poderem desenvolver as suas estratégias (muitas vezes, como referimos, socialmente benéficas) torna-se muito reduzida. Com tal enquadramento, perguntar-se-á o que é que as empresas dominantes poderão fazer ainda dentro dos quadros de uma concorrência normal (que a jurisprudência comunitária tem afirmado como sendo legítima, mesmo para as empresas em posição dominante)?

287. A propósito desta última condição exigida, nos termos da Comunicação de Dezembro de 2008, para que uma empresa dominante possa justificar, á luz do artigo 82º do Tratado CE, a sua conduta, notam alguns comentadores que tal condição é especialmente significativa se pretendermos analisar as convergências e as divergências entre o sistema norte-americano e o sistema comunitário. Tal condição ou exigência (comum ao juízo de balanço económico desenvolvido no âmbito do nº 3, do artigo 81º do Tratado CE) reflecte indirectamente a posição da Comissão de que é importante que as empresas em posição dominante não encerram o mercado aos concorrentes e rivais, na medida em que se acredita que isso teria um “impacto adverso no bem-estar dos consumidores”⁹⁴⁹. Recordem-se, com efeito, os termos utilizados pela Comissão no nº 19 da sua Orientação:

“O objectivo da aplicação da lei por parte da Comissão no âmbito do comportamento de exclusão é assegurar que as empresas em posição dominante não prejudicam uma concorrência efectiva através do encerramento do mercado aos rivais de uma forma anticoncorrencial e tendo, assim, um impacto adverso no bem – estar dos consumidores, quer sob o efeito de preços mais elevados do que os que de outra forma prevaleceriam, quer pela limitação da qualidade, ou ainda pela redução do leque de escolhas para os consumidores⁹⁵⁰”.

Ora, esta asserção permite compreender-se que na perspectiva da Comissão, a manutenção da concorrência e da “rivalidade” entre as empresas dominantes e os seus concorrentes (com menos, ou bastante menos poder de mercado) é um objectivo que poderá mesmo prevalecer sobre os possíveis ganhos de eficiência decorrentes de eventuais comportamentos de exclusão, praticados por empresas dominantes. Sucede que a jurisprudência norte-americana não tem explicitamente considerado essa importância de *per se* atribuída, assim e nos termos da Orientação da Comissão Europeia, ao processo concorrencial e à dita rivalidade. Em alguns casos marcantes, o Supremo

⁹⁴⁹ Número 19, da Comunicação da Comissão “Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82º do Tratado C E...”.

⁹⁵⁰ *Idem*, nº 19 da mesma Comunicação da Comissão.

tribunal de Justiça norte-americano tem mesmo – pelo menos, implicitamente – considerado o objectivo dos ganhos de eficiência como sendo sempre prevaemente e justificativo de alguns comportamentos de risco, em termos de tendência ou dinâmica de monopolização⁹⁵¹.

Este tipo de críticas tem, no entanto, uma nota em comum: parte da perspectiva dos interesses da empresa em posição dominante (ou pelo menos, supõe-nos como pano de fundo), sobrevalorizando, com efeito (e, pelo menos implicitamente), a eficiência económica relativamente a qualquer outro parâmetro concorrencial de análise.

Assim, prefere-se, de certo modo e na linha das críticas enunciadas, tal eficiência (produtiva) à existência de concorrência – caso, porventura, tal eficiência e tal concorrência sejam, em determinadas situações concretas, incompatíveis entre si. De resto, como atrás notamos, autores como KILLICK e KOMNINOS entendem que, nesta Orientação divulgada em Dezembro de 2008 pela Comissão, continuam a existir demasiadas presunções contra as empresas em posição dominante.

Sem nos alongarmos, neste ponto, (quer dizer, sobre este tipo de crítica e seus pressupostos), o facto é que não podemos deixar de notar a existência, aqui, de uma certa clivagem de entendimentos no que diz respeito à função e objectivos específicos do próprio Direito da concorrência comunitário – pelo menos, em relação às respectivas funções e objectivos, tal como têm sobressaído da evolução de tal Direito, conjugadamente com o desenvolvimento (e o sentido histórico que tem tomado) da própria integração europeia.

Tal clivagem desenha-se entre, por um lado, uma cosmovisão mais próxima da cultura (e do Direito) *antitrust* norte-americano e, por outro, a lógica europeia de *defesa da concorrência*.

Como salientou exemplarmente FOX, a propósito das diferenças entre o Direito *antitrust* norte-americano e o modelo original (e tradicional) do Direito

⁹⁵¹ Entre outros, os já referidos casos *Standard Oil*, de 1911, *Alcoa*, de 1945, *Grinnel*, de 1966 e o caso *Trinko*, de 2004. Mais recentemente ainda, os casos *Leegin* e *Credit Suisse*, ambos de 2007.

da concorrência comunitário, aquele acaba por ser uma espécie de “efficiency law”, promovendo a eficiência (económica), objectivada através da riqueza agregada ou, mais rigorosamente, do bem – estar dos consumidores (“consumer welfare”), ao passo que o sistema europeu comunitário tem sido uma espécie de “fairness law”. Neste último, o Direito tem servido para alcançar outros objectivos (para além ou mesmo independentemente da eficiência), tais como a preservação de uma sociedade assente em pequenos negócios (em Pequenas e Média Empresas), a protecção das empresas contra a exploração e/ou a exclusão levadas a cabo pelas empresas dominante, um acesso justo aos mercados, tendo sempre, em última *ratio*, a preocupação de implementar regras equitativas no jogo da concorrência (“setting fair rules of the game”).

FOX, neste contexto, afirma que alguns dos objectivos prosseguidos pelos sistemas de Direito da concorrência (ou, “Antitrust Law”, referindo-se ao sistema norte – americano) conflituam entre si, nomeadamente, objectivos que servem a eficiência e objectivos que visam a *equidade* (“fairness goals”) ⁹⁵².

Na linha destas observações de ELEANOR M. FOX, poderemos, então, associar a denominada e reclamada “effects-based approach” ao “efficiency Law”, ao passo que, até certo ponto, a perspectiva ou tipo de abordagem tradicionalmente seguidas pela prática decisória da Comissão e pela jurisprudência comunitária integrar-se-iam, mais apropriadamente, na lógica do “fairness Law”, segundo a terminologia de FOX.

Na realidade, o Direito da concorrência comunitário tem seguido não apenas objectivos de carácter económico (sobretudo, a eficiência produtiva), mas também objectivos de natureza política e social – revelando-se, portanto e

⁹⁵² Exemplificando: “Some fairness goals are in tension with efficiency. For example, nations might choose a law against low-pricing campaigns by dominant firms that are likely to squeeze higher-cost small firms out of the market; others might choose a law hospitable to lower pricing unless it is below the dominant firm’s costs and will result in monopoly prices. The first choice may be seen as fair to small competitors. The second may be seen as both good for consumers and efficient”. ELEANOR M. FOX – *Antitrust and Regulatory Federalism: Races Up, Down, and Sideways*, in *New York University Law Review*, Vol. 75, 2000, p. 1782. Texto também disponível na *Internet*, em: <http://www3.law.nyu.edu/journals/lawreview/issues/vol75/no6/nyu605.pdf>

até agora, alheio a uma visão dependente exclusivamente de uma “effects-based approach”.

Na medida em que uma parte significativa da doutrina e a Comissão apontam para a necessidade de a aplicação do artigo 82º do Tratado CE sujeitar-se a um processo de modernização, a uma reforma que caminhe no sentido da referida “effects – based approach”, interrogamo-nos se, de facto, este tipo de abordagem será o mais adequado e aquele de que necessita, no contexto do Direito comunitário (e, conseqüentemente, no âmbito da integração), a aplicação do artigo 82º do Tratado CE.

288. Ora, o tópico anteriormente referido (a adequação do método económico que se pretende implementar, em sede de reforma ou modernização da aplicação do artigo 82º do Tratado CE), suscita-nos a seguinte observação: toda a modernização empreendida desde 1999, no âmbito do Direito da concorrência comunitário - sustentando-se no argumento (principal) da necessidade de ser introduzida uma abordagem económica (“effects-based approach”) na aplicação das regras da União e justificando-se também, tal modernização, em termos de oportunidade, com a necessidade de serem “harmonizadas” as soluções comunitárias com as soluções do Direito *antitrust* norte-americano - não será, antes de mais, uma tentativa de fazer convergir (ou mesmo uniformizar) o Direito comunitário, com o Direito norte-americano?

O processo de modernização ou de reforma do Direito comunitário de *defesa da concorrência*, promovido pela Comissão, não será (também? ou, sobretudo?) um processo de aproximação ao Direito *antitrust* norte-americano, motivado, em grande medida, pelo facto de, a partir da segunda metade da década de 1990, terem-se sucedido alguns casos que, sendo abordados por ambas as jurisdições (a europeia e a norte-americana), mereceram, porém, diferentes soluções e qualificações?

Referimo-nos, particularmente, aos emblemáticos casos em matéria de concentrações entre empresas *Boeing/McDonnell Douglas* (1997), *WorldCom/Sprint* (2003) e *General Electric/Honeywell* (2004) que, tendo

suscitado a apreciação quer da Comissão quer do *DOJ*⁹⁵³ norte-americano, deram origem (os mesmos factos) a diferentes apreciações e soluções.

Na realidade, para alguns comentadores, o referido processo de modernização desencadeado pela Comissão e vigente desde (sobretudo) 2004, configura-se, antes de mais, como um processo de *transplantação* de alguns institutos e práticas de aplicação do Direito *antitrust* norte-americano, para o Direito comunitário. Há mesmo quem, a este propósito, utilize a expressão “americanização” do Direito Europeu⁹⁵⁴.

A recusa em entender-se tal modernização como sendo um verdadeiro processo de harmonização entre as duas referidas ordens jurídicas (a norte-americana e a comunitária), é justificada por GEORGIEV, com o seguinte argumento: uma harmonização entre diferentes ordens jurídicas pressupõe uma articulação, uma reflexão e uma actuação conjuntas entre as respectivas autoridades, tendo em vista o desenvolvimento de novas políticas, coordenadamente ou em cooperação⁹⁵⁵.

Nada disso sucedeu com a dita reforma promovida, desde 1999, pela Comissão Europeia e para muitos, trilhando tal alegada (e, nesta perspectiva, inexistente) harmonização entre o sistema norte-americano e o europeu comunitário.

Em rigor, os Estados-Unidos não modificaram o seu sistema tendo em vista uma eventual aproximação (coordenação e/ou mesmo cooperação) do sistema norte-americano, ao sistema comunitário. O único exemplo conhecido de adopção da experiência europeia, pelas autoridades norte-americanas, disse respeito à publicação de relatórios de arquivamento de processos (investigações) que não tiveram consequências em termos de aplicação das regras do *Sherman Act* (e, de um modo geral, das regras *antitrust* norte-

⁹⁵³“Department of Justice”, em especial a respectiva “Antitrust Division”. Ver: <http://www.usdoj.gov/atr/>

⁹⁵⁴GEORGE STEPHANOV GEORGIEV – *Contagious Efficiency: The Growing Reliance on U.S. – Style Antitrust Settlements in EU Law*, in *Utah Law Review*, vol. 2007, nº 4, p.911.

⁹⁵⁵ GEORGE STEPHANOV GEORGIEV – ob.cit., (*Contagious Efficiency...*), p. 981 (e em nota nº 44)

americanas). Com efeito, tal prática existia por parte da Comissão Europeia, tendo começado a ser também seguida pelas autoridades norte-americanas, após discussão ocorrida, sobretudo, na FTC⁹⁵⁶.

Assim, não será apropriado falar-se numa harmonização entre os referidos sistemas, resultante das mudanças (reforma) do Direito da concorrência comunitário, na medida em que, desde logo, existiu unicamente um movimento unilateral de transplantação (parcial) de regras e práticas já instituídas no Direito *antitrust* norte-americano, para o sistema europeu comunitário.

Um dos primeiros exemplos de tal nominada transplantação ocorreu, desde logo, em 1996, com a Comunicação da Comissão "relativa à imunidade em matéria de coimas e à redução do seu montante nos processos relativos a cartéis⁹⁵⁷" (programa de clemência) que seguiu os mesmos passos já percorridos, então, pelo Direito *antitrust* norte-americano.

Ora, esta precisão – como nota GEORGIEV – não será um aspecto despiciendo da análise ao movimento de reforma do Direito da concorrência comunitário, não corresponderá a uma simples distinção terminológica entre harmonização e transplantação. Com efeito, poderá ser uma precisão muito relevante para melhor compreendermos a evolução, no futuro próximo, do sistema de *defesa da concorrência* europeu comunitário: se tal reforma ou modernização for entendida como sendo norteadada por um objectivo transplantação do Direito norte-americano para o Direito Europeu (mais do que o de uma efectiva harmonização), nesse caso, então, poder-se-ão antever, com alguma segurança, os caminhos da evolução (e os respectivos resultados alcançados) do sistema europeu comunitário, socorrendo-nos daquilo que é, actualmente, o direito *antitrust* norte-americano⁹⁵⁸.

⁹⁵⁶ "Federal Trade Commission", em especial, o seu "Bureau of Competition". Ver: <http://www.ftc.gov/bc/index.shtml>

⁹⁵⁷ Comunicação (2006/C 298/ 11), Jornal Oficial nº C 298, de 08.12.2006.

⁹⁵⁸ Nota GEORGIEV que: "This in turn makes it possible to use the rich U.S. experience with antitrust settlements to analyze the likely effects from the introduction of settlements into EU competition Law", GEORGE STEPHANOV GEORGIEV, *ob. cit.* (*Contagious Efficiency...*), p. 982.

Se tal for o caso, subiste sempre um risco, quer para o sucesso da referida transplantação quer para a assertividade das previsões sobre o futuro do Direito da concorrência comunitário: o risco de tal transplantação não entrar em linha de conta com as especificidades da cultura da concorrência existente na União, nem com as diferentes necessidades de política económica europeia ou mesmo com as próprias características do respectivo tecido empresarial.

Tal transplantação teria, para ser bem sucedida que debater-se, desde logo, com a questão dos objectivos da política da concorrência comunitária (diferentes – nem que seja circunstancialmente – dos da política norte-americana) e, por consequência, com o facto de, tradicionalmente, o sistema de *defesa da concorrência* na União ser entendido – utilizando a expressão de ELEANOR FOX – como próximo de um “fairness Law” e mais afastado de um mero “efficiency Law”, tipicamente norte-americano.

289. Considerando o objectivo da adopção de uma “effects-based approach”⁹⁵⁹, importa, agora, realçar um aspecto da Comunicação de Dezembro de 2008 que, na linha das críticas anteriormente referidas, revela, de certo modo, o carácter pouco definitivo e relativamente conciliador com a tradição formalista (o “mantra” formalista) de aplicação do artigo 82º do Tratado CE, patenteado por este último documento da Comissão. Pelo menos, demonstra que a Comissão não previu adoptar, de uma forma absoluta, tal perspectiva (a denominada “effects-based approach”), ao contrário do que era reclamado por muitos comentadores, designadamente, pelos autores do EAGCP e do estudo de 2005 (“An Economic Approach to Article 82”). Tal aspecto prende-se com uma possível consequência em termos de processo de aplicação do artigo 82º

⁹⁵⁹ Desde logo enunciado no *Relatório do EAGCP* de 2005, intitulado “An Economic Approach to Article 82”, assim como pressuposta no *Discussion Paper* publicado, também em 2005, pela Comissão e ainda na nota de imprensa de 3 de Dezembro de 2008, denominada “Antitrust: consumer welfare at heart of Commission fight against abuses by dominant undertakings” – documentos publicados pela Comissão e disponíveis na *Internet*, em (entre outros): <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/index.html>

do Tratado CE e resultante da adopção de tal perspectiva económica (absoluta).

À luz do método tradicional de aplicação do normativo em causa, será necessário começar por se empreender uma análise autónoma e preliminar relativamente à situação da empresa alegadamente dominante, no respectivo mercado.

O abuso de posição dominante, como vimos, integra dois elementos: a existência de uma posição dominante e o abuso que dela, porventura, seja feito pela empresa titular de tal posição. Ora, sem a verificação de tal posição dominante (singular ou colectiva), não se poderão demonstrar os pressupostos necessários para a aplicação do artigo 82º do Tratado e o comportamento em análise deverá, conseqüentemente, ser subsumido (se tal se vier a revelar ser o caso) à previsão do artigo 81º do Tratado.

Os defensores da "effects-based approach" perspectivam estes primeiros passos da aplicação do artigo 82º de forma diferente, como é explicitado no referido Relatório do EAGCP de 2005 e, de um modo geral, proposto pelos defensores de uma aplicação do artigo 82º do Tratado CE suportada predominantemente numa análise económica, avaliadora dos prejuízos da conduta para a concorrência e para o bem – estar dos consumidores.

Afirma-se que a perspectiva económica deverá concentrar-se, desde logo, na verificação de um prejuízo importante para a concorrência, sendo que a existência de tal prejuízo será o que definitivamente importará comprovar-se, para efeito de aplicação do artigo 82º do Tratado⁹⁶⁰. Assim sendo, esta

⁹⁶⁰ "In the first place, in deciding to bring a case, the competition authority should therefore focus on identifying the competitive harm of concern. To do so, the authority must analyze the practice in question to see whether there is a consistent and verifiable economic account of significant competitive harm. The account should be both based on sound economic analysis and grounded on facts. In particular, since many practices can have pro- as well as anticompetitive effects, merely alluding to the possibility of a story is not sufficient. The required ingredients of the story must therefore be properly spelled out and shown to be present. At the same time, the authority must check to see whether the practice in question cannot also be justified as a legitimate mode of competitive behavior" – p. 13, Relatório de Julho de 2005, intitulado "An Economic Approach to Article 82", disponível em:

perspectiva económica, orientada para os efeitos da conduta, sendo seguida no que respeita à aplicação do artigo 82º do Tratado CE, levaria à desnecessidade de se realizar uma avaliação preliminar e autónoma, em sede de aplicação de tal normativo, sobre a posição dominante no mercado em causa. No seu lugar, primeira e prioritariamente, as autoridades competentes deveriam, então, concentrar-se na demonstração do referido dano importante à concorrência que, na lógica exposta (e apesar das reservas já enunciadas relativamente a tal raciocínio), significaria, desde logo, uma perda de eficiência (produtiva) e uma lesão do bem – estar dos consumidores.

No fundo a ideia seria esta: com uma abordagem económica (assente na reclamada “effects-based approach”) não seria necessário dar importância ao passo prévio e autónomo da verificação da existência de uma posição dominante. A demonstração da existência de efeitos danosos para a concorrência, por si só, permitiria concluir-se (diríamos, presuntivamente) pela existência necessária de uma situação de domínio – pois se esta não existisse, não seria também plausível verificar-se tal dano à concorrência.

A prova dos efeitos lesivos para a concorrência existente naquele mercado relevante, ou seja, a demonstração económica de que a conduta em análise provoca um dano à concorrência permitiria, desde logo, dispensar a prova autónoma (e prévia, como referimos) da existência de uma posição dominante por parte da empresa a quem é imputada tal conduta⁹⁶¹.

Tal modo de encarar a aplicação do artigo 82º do Tratado acabaria por desvalorizar a existência (ou inexistência) de uma posição dominante, em resultado da sobrevalorização dos danos à concorrência, presumindo que sem aquela, estes danos não ocorreriam.

http://ec.europa.eu/competition/publications/studies/eagcp_july_21_05.pdf

⁹⁶¹ “In contrast to a form-based approach, an effects-based approach needs to put less weight on a separate verification of dominance, except possibly for a de *minimis* consideration. If an effects-based approach yields a consistent and verifiable account of significant competitive harm, that in itself is evidence of dominance” – Relatório cit. “An Economic Approach to Article 82”, p. 14.

A Comunicação da Comissão não seguiu, de facto e neste aspecto, o entendimento exposto. Tal significa, também, que a Comissão nesse seu documento, não pretendeu levar até às últimas consequências a adopção de uma “effects-based approach”, não cortando radicalmente – como alguns propunham – com a tradição e o “acquis communautaire”, relativamente à (importância da) verificação de uma posição dominante, como pressuposto de aplicação do artigo 82º do Tratado CE.

7.3 – Contributos para um balanço conclusivo.

O “paradoxo dos abusos de exploração” e os riscos de perda de eficácia da aplicação impositiva do artigo 82º do Tratado CE (e, de um modo geral, das regras de defesa da concorrência).

290. A política da concorrência não prescinde, naturalmente, no que respeita à sua definição e à escolha das respectivas orientações e métodos de aplicação, da análise económica.

A denominada “economia da concorrência” é a base da definição e da aplicação daquela política. De resto, tendencialmente, nas últimas décadas, tem-se verificado que a Política e o Direito da concorrência assumem-se, cada vez mais, em inter-acção, como um típico domínio da ordenação (económica) de vocação *interdisciplinar*.

A Política da concorrência – ou simplesmente, utilizando a expressão ampla, *o antitrust* – é, assim, uma *matéria de síntese* entre vários domínios do conhecimento, com especial destaque para a composição das cosmovisões, dos conceitos e dos métodos quer do *jurídico*, quer do *económico*.

Tal crescente assumpção dessa interdisciplinaridade tem, inclusivamente, *modificado/descaracterizado* os enfoques jurídicos e económicos tradicionais (sobretudo, os jurídicos) do Direito da Concorrência e, por essa via, tem tornado tais abordagens tradicionais⁹⁶², na perspectiva de muitos comentadores

⁹⁶² Por exemplo, a análise da licitude ou da ilicitude dos comportamentos, na perspectiva das regras de *defesa da concorrência*, fundada, predominantemente, em *presunções formais* dos efeitos produzidos por esses comportamentos (o recurso - criticado pelos defensores da reforma em curso no âmbito do direito da concorrência comunitário – às regras que

e técnicos, como sendo pouco menos do que obsoletos, imprestáveis perante a nova realidade dos tempos que correm.

Assim sendo, surgiram, conseqüentemente, críticas recorrentes ao modo de actuação tradicional das entidades ou autoridades e dos Tribunais que assumem a incumbência de aplicar a Política da concorrência: o traço marcante e comum a todas essas críticas é o desajustamento entre a política da concorrência que tais entidades definem e aplicam e as necessidades da ordenação económica sentidas actualmente (ou, numa perspectiva coincidente, o *irrealismo* de tal política e abordagens tradicionais, face às características e exigências da vida económica hodierna)⁹⁶³.

Note-se que ao sublinharmos a crescente interdisciplinaridade e a emergência da vertente económica, no domínio do *antitrust*, referimo-nos a uma tendência geral que, pese embora tenha visto, em grande medida, o seu impulso mais estruturado surgir nos Estados- Unidos (mais intensamente, na década de 1980), rapidamente influenciou e foi seguida na Europa, sendo motivadora, em dose muito significativa, da reforma ou *modernização* do Direito de *defesa da concorrência* comunitário, em curso na União Europeia, desde 1999 (tendo no Livro Branco sobre a *Modernização das Regras Comunitárias de Concorrência*, no Regulamento nº 1/2003, bem assim como na Comunicação da Comissão de Dezembro de 2008, relativa à aplicação do artigo 82º a certos comportamentos de exclusão praticados por empresas em posição

determinam, de *per se*, a ilicitude de certos comportamentos; a consideração dos comportamentos de *per se*, independentemente dos efeitos concretos por eles produzidos no mercado).

⁹⁶³ Em rigor, a avaliação do irrealismo ou da adequação da política da concorrência, face às necessidades de ordenação económica, envolve, antes de mais, uma definição prévia dos objectivos (políticos) norteadores de tal ordenação. De igual modo, não será possível discutir e avaliar a política da concorrência sem assentar nos objectivos ou fins que esta política prossegue (que poderão conjugar-se, em maior ou menor medida, com os objectivos gerais, *políticos*, da ordenação económica). Dito isto, enveredamos por este tipo de discurso (adequação ou inadequação das medidas que traduzem uma determinada Política da Concorrência) que se generalizou, com a reserva assinalada. Em rigor, portanto, esta discussão enraíza-se num plano de opções políticas prévio à configuração concreta que ostenta, num determinado momento, a Política da concorrência.

dominante, alguns dos documentos mais importantes e reveladores dessa reforma/modernização).

Uma “more economic approach”, uma abordagem mais centrada nos efeitos económicos das práticas (“effects-based approach”) e menos formalista (quer dizer, incidindo menos sobre os comportamentos de *per se* considerados), tem sido, com efeito, o *mote* de tal reforma europeia comunitária, assumida, oficialmente, a partir da publicação do mencionado *Livro Branco sobre a Modernização das Regras Comunitárias de Concorrência*, em 1999 e pela Comissão Europeia.

Esta Instituição que promoveu o movimento reformador ou modernizador do Direito de *defesa da concorrência* comunitário (ou seja, modernizador no sentido assinalado de uma “effects-based approach”) foi, efectivamente, criticada (incidindo tais críticas, muito particularmente, sobre a interpretação e o método de aplicação do artigo 82º do Tratado CE), bem assim como a jurisprudência tradicional do Tribunal de Justiça em matéria de abusos de posição dominante, precisamente por persistirem na referida abordagem formalista (para os críticos da linha seguida por estas duas Instituições), ancorada no objectivo político da construção do Mercado Interno (de que a Política da concorrência seria, assim, um instrumento determinante).

Importa, desde já e a respeito desta nota específica - ou seja, do formalismo da metodologia decisória dos Tribunais ou, mais particularmente e cingindo-nos à crítica de que o Tribunal de Justiça e o Tribunal de Primeira Instância, em matéria de aplicação do artigo 82º do Tratado CE, têm resvalado para a utilização de regras de *per se* comportamentais, na apreciação dos casos - notar um potencial paradoxo⁹⁶⁴: naturalmente, a prática judicial acabará sempre, à medida que o acervo de casos análogos julgados for crescendo, por formular (materialmente) critérios auxiliares da respectiva decisão, assentes na experiência acumulada. Dito de outra forma, será sempre inevitável que a

⁹⁶⁴ Potencial paradoxo esse que, salvo opinião mais avisada, tem escapado a grande parte da doutrina que propugna mais veementemente por uma “effects-based approach” e por uma abordagem mais casuística, na aplicação dos artigos 81º e 82º do Tratado CE – em especial, do artigo 82º.

actuação dos Tribunais acabe por seguir regras de experiência, assentes e deduzidas a partir da sucessão de casos, sendo que, de certo modo, essa inevitabilidade, significa uma aproximação material entre a jurisprudência e a metodologia decisória de Tribunais que se inserem num sistema jurídico ("família jurídica") anglo-saxónico e os Tribunais dos sistemas europeus-continentais.

Assim sendo, por mais casuísmo que se insira, porventura, na metodologia decisória judicial, essa utilização (implícita) das regras decorrentes da experiência acumulada, acabará, sempre, por existir (aparentando-se, porventura, com uma metodologia assente em regras de *per se*). Supomos que os defensores acérrimos da reforma da aplicação do artigo 82º do Tratado CE, no sentido de uma definitiva consagração da "effects-based approach" (e críticos da Comissão por esta não ter enveredado por uma "economic - approach" definitiva e absoluta, na sua Comunicação de Dezembro de 2008), têm olvidado este potencial paradoxo.

291. No entanto, a expressão "more economic approach", quando utilizada no domínio da Política da concorrência e no contexto atrás exposto, carece de ser concretizada – sobretudo, quando está em causa a aplicação dessa política e, em particular, a aplicação dos normativos jurídicos que a exprimem.

A tendência atrás assinalada e aquilo que, actualmente, parece ser, de facto, a perspectiva generalizada (se bem que com diferentes graus de intensidade) sobre o que *deve ser* o sentido da Política em causa – o "mainstream" em matéria de *antitrust* – não pode ser caracterizado unicamente pelo reconhecimento (vago, se bem que repetido) da necessidade de o *jurídico* integrar e compor-se com o *económico*.

A "more economic approach" é, de facto, uma indicação ainda *muito aberta e pouco operativa*; não basta dizer-se, simplesmente, que a Política da concorrência deverá seguir uma abordagem *mais económica e menos formal* (sobretudo, porque, em última instância, estará sempre em causa a formação de juízos de ilicitude relativamente a determinados comportamentos).

Na realidade, o apelo a uma “more economic approach” em matéria de *antitrust* e, nomeadamente, no que diz respeito à aplicação do artigo 82º do Tratado CE, tem significado o centrar das atenções num determinado *ramo do pensamento económico*: a moderna economia industrial ou a teoria das organizações industriais. De certo modo, a referência ao insuficiente sentido ou sensibilidade económicas que a Política (e a respectiva aplicação) da concorrência tem ostentado – e isto, segundo uma linha crítica mais ou menos generalizada na doutrina - quer significar, pouca absorção, por parte daquela Política, dos mais recentes ensinamentos, instrumentos e perspectivas da economia industrial.

Este sentido para a reclamada “more economic approach” não deixa, porém, de levantar outro debate – nomeadamente, entre os defensores do reforço do *económico*: a interdisciplinaridade da Política da concorrência significará, unicamente, a aplicação desses novos instrumentos desenvolvidos pela (agora) denominada economia industrial, prescindindo-se, também, de um enquadramento mais amplo e multidisciplinar (neste caso, de uma interdisciplinaridade interna, *intra-económica*)?

Como refere BUDZINSKI, “the question is whether competition policy should embrace more strongly modern industrial economics as its sole or dominant economic influence”⁹⁶⁵.

292. Ora, a economia industrial não representa, propriamente, uma teoria acabada da concorrência, ou dos *mercados em concorrência* – nomeadamente, em *concorrência perfeita*.

⁹⁶⁵ OLIVER BUDZINSKI, *Modern Industrial Economics and Competition Policy: Open Problems and Possible Limits*, intervenção pública na Conferência subordinada ao tema *Foundations and Limitations of an Economic Approach to Competition Law*, promovida pelo *Max-Planck-Institute for Intellectual Property, Competition and Tax Law*, Munique, 12 e 13 de Março de 2009 e disponível, na *Internet*, em: <http://ssrn.com/abstract=1420855> (consulta em Agosto de 2009). Publicado, ulteriormente, como *working paper*, com o mesmo título, por *University of Southern Denmark*, Esbjerg and OLIVER BUDZINSKI, *Department of Environmental and Business Economics*, IME Working Paper 93/09, June 2009.

Se quisermos esboçar os contornos do *objecto* deste ramo do conhecimento e da reflexão (eminentemente) económica (em sentido amplo), diríamos que o que está em causa na economia industrial é o comportamento das empresas em mercados em *concorrência imperfeita*, nomeadamente, organizados, pelo lado da oferta, em monopólios ou oligopólios.

Pretende-se - com a abordagem desenvolvida pela economia industrial às empresas que se movimentam naqueles mercados em concorrência imperfeita - compreender as decisões tomadas por esses agentes, o respectivo modo, as motivações, assim como as consequências dessas decisões sobre o bem - estar. A perspectiva é, desde logo, centrada nos agentes (pretende teorizar as decisões por estes adoptadas e a razão de ser de tais decisões) e *não propriamente no mercado, como um todo* - que utiliza, neste âmbito do *antitrust*, como cenário ou pano de fundo da tomada de decisões das empresas. Desde já, aqui, poderíamos, com alguma propriedade, questionar novamente os objectivos da Política da Concorrência: em última instância esta política visa proteger a concorrência, a instituição mercado livre (naturalmente em concorrência) ou pretende atingir outros objectivos, como, por exemplo - e seguindo aquele que tem sido o discurso oficial da Comissão (nomeadamente no que diz respeito à reforma da aplicação do artigo 82º do Tratado CE) - o "bem - estar dos consumidores" ou a "eficiência produtiva" ou de qualquer outro tipo?

É certo que a perspectiva de análise da moderna economia industrial, focalizando-se nas decisões dos actores no mercado, não deixa de considerar esse mesmo mercado; porém, fá-lo como um factor de base/a *ecologia* condicionante dessas decisões e não como uma instituição (em cujo funcionamento essas decisões se manifestam e produzem consequências) que se pretende, enquanto tal, preservar e potenciar.

Creemos que, apesar de tudo (quer dizer, apesar de a nova perspectiva que decorre da "more economic approach", considerar, também e inevitavelmente, o mercado) existem pontos de partida analíticos diferentes (diferença esta, porventura, susceptível de influenciar os resultados das respectivas análises), consoante se perspectiva o *mercado-instituição* como

objecto de preservação ou como o pressuposto condicionante das decisões dos agentes que nele se movimentam e que se pretendem compreender.

Sob o ponto de vista metodológico, a denominada economia industrial assenta no método matemático e num seu desenvolvimento muito saliente: a teoria dos jogos.

Esta teoria dos jogos⁹⁶⁶ é, no fundo, uma aplicação matemática, direccionada para o estudo das decisões estratégicas dos agentes/*jogadores* (no caso, das empresas), tendo sido, inicialmente, desenvolvida, sobretudo como um instrumento para a compreensão dos comportamentos económicos – pese embora, hoje em dia, ser utilizada em diversos campos e interessar a múltiplos sectores de investigação científica (por exemplo, à inteligência artificial ou à cibernética).

A teoria dos jogos procura encontrar e teorizar *estratégias racionais de decisão* em cenários caracterizados pelo facto de o resultado dessas decisões depender não só da estratégia individual de um agente/empresa e das respectivas condições de mercado, mas também das estratégias escolhidas por outros agentes/*concorrentes* que, possivelmente, terão ou os mesmos objectivos ou então, objectivos diferentes ou mesmo antagónicos.

Sintetizando o impacto e a atenção que, no domínio do estudo do mercado, nomeadamente, do mercado em concorrência imperfeita, a mencionada teoria teve (tem), ela, de facto, “casa muito bem com o oligopólio. É sabido que cada um dos participantes em tal forma de mercado influi no nível de preços e interfere nas receitas e nos lucros dos demais. Assim sendo, é

⁹⁶⁶ A publicação que marca a divulgação e desencadeia a atenção generalizada concedida à teoria dos jogos, foi a obra de JOHN VON NEUMANN e OSKAR MORGENSTERN, *Theory of Games and Economic Behavior*, de 1944 - pese embora esta teoria ser, desde a década de 1930, estudada e desenvolvida, especificamente, como um ramo da matemática. Em 1947, surge uma 2ª edição da obra referida (JOHN VON NEUMANN e OSKAR MORGENSTERN - *Theory of Games and Economic Behavior*, Princeton University Press, Princeton, 1947). MANUEL LOPES PORTO, *Economia: Um texto Introdutório*, Coimbra, 2004, p. 171, em nota nº 12.

Ver, também, para uma caracterização sintética desta teoria, JOSÉ PAULO FERNANDES MARIANO PEGO, *O Controlo dos Oligopólios pelo Direito Comunitário da Concorrência. A posição dominante colectiva*, Almedina, 2007, p. 48 a 59.

plausível que no processo decisório do oligopolista, haja uma consideração estratégica sobre o impacto das decisões próprias na esfera de interesses dos outros vendedores e sobre a vulnerabilidade dos interesses próprios, já a uma decisão estratégica de outro oligopolista, já a uma sua atitude retaliatória.

A teoria dos jogos – especialmente aplicada ao estudo das decisões dos agentes económicos que se movimentam num mercado em concorrência imperfeita – suporta-se no denominado “dilema do prisioneiro”. Este “dilema” é um exercício/modelo de aplicação desta teoria, formulado, inicialmente, por MERRIL FLOOD e MELVIM DRESHER⁹⁶⁷, e, ulteriormente, formalizado e nominado por ALBERT. W. TUCKER (que o aplicou ao tema da pena de prisão, construindo um exercício com fins pedagógicos e destinados aos seus alunos de “Psicologia criminal”)^{968/969}

⁹⁶⁷ Ver, sobre o trabalho dos investigadores referidos e sobre o “dilema do prisioneiro”, *STANFORD ENCYCLOPEDIA OF PHILOSOFY*, entrada: “Prisoner’s Dilemma” (04.09.1997 e 22.10.2007), disponível em: <http://plato.stanford.edu/entries/prisoner-dilemma/> (Agosto de 2009).

⁹⁶⁸ Ver a *nota biográfica* de ALBERT W. TUCKER, publicada no trabalho de EVAR D. NERING e ALBERT W. TUCKER, *Linear Programs and related problems*, Academic Press, S. Diego/ London, 1993.

⁹⁶⁹ É oportuno ilustrar sinteticamente como se processa este exercício e o tipo de conclusões por ele propostas. Seguimos, neste ponto, a ilustração de MARIANO PEGO:

Duas pessoas (A e B) estão detidas, sendo ambas suspeitas da prática de um crime concreto. Esses dois detidos não se conhecem, apesar de terem estado circunstancialmente juntos e terem sido detidos em simultâneo, pela polícia.

No decurso dos respectivos interrogatórios policiais, são confrontados, cada um deles, com as seguintes propostas que lhes foram feitas separadamente pelas autoridades policiais:

1ª – Se A e B não confessarem o crime de que são suspeitos e se limitarem a afirmar a sua inocência, serão condenados, cada um deles, a um ano de reclusão;

2ª – Se A denunciar B, sem que este o faça relativamente àquele, então, A será libertado e B cumprirá 25 anos de prisão (o mesmo sucedendo a A se B o incriminar, sem que aquele o faça em relação a este B);

3ª – Se ambos se acusarem mutuamente, ambos serão sentenciados a cinco anos de prisão.

Se, porventura, A e B pudessem concertar as respectivas posições, optariam, com certeza, pela 1ª hipótese, uma vez que esta é aquela que, no cômputo geral, implica uma detenção menor –

293. Ora, a teoria dos jogos acabou por ser, como referimos anteriormente, adoptada no domínio do *antitrust* e influenciou (e influencia) quer a análise dos monopólios e dos oligopólios, quer, por decorrência, as próprias opções políticas em matéria de concorrência (a própria Política da concorrência).

BUDZINSKI⁹⁷⁰ aponta, referindo-se à realidade norte-americana, a década de 1980 como sendo aquela que assistiu ao início da utilização da teoria

2 anos, em termos globais, de pena de prisão (a 2ª hipótese implica 25 anos e a terceira significa, globalmente, 10 anos de prisão).

No entanto, A e B não se conhecem, nem tiveram a oportunidade de concertarem as suas posições. Segundo a teoria dos jogos, neste caso, A e B acabariam por escolher a terceira hipótese (acusando-se mutuamente). Assim:

"(...) se A não inculpar B, sobrevirá a possibilidade de ser condenado a 25 anos de prisão. Assim, ele optará por acusar B: evita o pior dos males (25 anos de prisão), pode mesmo ser libertado e, na pior das hipóteses, será condenado a cinco anos. Por sua vez, B chegará a idêntica conclusão. Ambos adoptam a estratégia de *não-cooperação* e o desfecho de denúncia recíproca exprime o «equilíbrio de NASH». Não se trata do melhor remate possível – este seria proporcionado pelo silêncio dos dois indivíduos e subsequente condenação de qualquer deles a um ano de cárcere (que seria o «ótimo de Pareto») – mas é o melhor epílogo para cada um, atendendo ao procedimento do outro.

Completando os enunciados propostos pela teoria dos jogos, poderemos dizer que em caso de ulterior repetição da situação exposta, já depois de A e B terem tido a oportunidade de se conhecerem e terem, inclusivamente, discutido as opções anteriores de cada um deles, perante as mesmas hipóteses novamente fornecidas pela polícia no segundo interrogatório, escolheriam, agora, a primeira (recorde-se: nenhum deles confessa e ambos protestam a respectiva inocência).

A conclusão a retirar deste exercício (do "dilema do prisioneiro") será, conseqüentemente, a seguinte: "a solução mais vantajosa é passível de ser alcançada *imediatamente* por via da concertação ou, *passado algum tempo*, após um período de experiências e de erros Ver JOSÉ PAULO FERNANDES MARIANO PEGO, *ob. cit. (O Controlo dos oligopólios...)*, p. 49 - 51.

⁹⁷⁰ OLIVER BUDZINSKI, *ob. cit. (Modern Industrial Economics ...)*, p. 2 e apoiando-se em JOSEPH P. BRODLEY, *Post-Chicago Economics and Workable Legal Policy, in Antitrust Law Journal*, Vol. 63 (2), 1995, p. 683, JONATHAN B. BAKER, *Developments in Antitrust economics, in Journal of Economic Perspectives*, Vol. 13 (1), 1999, p. 181 e, no que diz respeito à União Europeia, em HERBERT HOVEMKAMP, *Post-Chicago Antitrust: A Review and Critique, in Columbia Business Law Review*, Vol. 2001 (2), 2001, p. 257.

dos jogos, no âmbito da análise e da aplicação do Direito *antitrust*, em particular, em relação aos monopólios e aos oligopólios.

A década seguinte, com a emergência da denominada “Post-Chicago School”, marca a utilização sistemática da referida teoria, na prática decisória *antitrust*.

A influência deste movimento de absorção da teoria dos jogos acabou por marcar o Direito e a Política da União Europeia, de forma visível, a partir do fim da década de 1990 e início do século XXI, impondo e motivando, desde então, a “more economic approach”, no domínio da aplicação do Direito de *defesa da concorrência* comunitário – sendo que tal reclamação (de mudança) foi, naturalmente, mais sentida em relação à aplicação do artigo 82º do Tratado CE.

Sucedo, no entanto, que a teoria dos jogos e as proposições da moderna economia industrial não representam uma corrente de pensamento estruturado, sistemático, sob o ponto de vista da doutrina e da filosofia económicas; não constituem, nem representam uma “escola” e uma cosmovisão, como, por exemplo, representava o Ordoliberalismo ou as conhecidas e debatidas “Escola de Chicago” e “Escola de Harvard”.

A sustentação de uma mudança em matéria de aplicação das regras de concorrência – especificamente no que diz respeito ao caso europeu comunitário – na denominada economia industrial e na sua teoria dos jogos, poderá, efectivamente, ter a vantagem de promover e desenvolver uma evolução da Política da concorrência, mais neutra ideologicamente⁹⁷¹, menos aprisionada numa determinada corrente de pensamento e de ideologia que tenda a tornar essa Política, em razão dos imperativos decorrentes da sua filiação ideológica, mais rígida – e, por via disso, eventualmente menos operativa e realista.

No entanto, desde logo, pelo prisma (essencialmente) jurídico, tal influência da economia industrial e da teoria dos jogos, motivando uma modernização no sentido da (indeterminada) abordagem mais económica

⁹⁷¹ Se, porventura, tal for possível e, sobretudo, se tal (invocada neutralidade) poder ser considerada como uma “vantagem”.

("more economic approach"), dificilmente poderá significar uma linha operativa, coerente e consequente, em termos *normativos* (ou seja, não serve, por si só, de critério de referência para a aplicação de juízos de ilicitude, relativamente aos comportamentos das empresas). É, sem dúvida, um factor de potenciação de insegurança jurídica (e mesmo dos riscos de arbitrariedade), na aplicação concreta da Política e do Direito da concorrência.

Na realidade, tal insegurança e relativa possibilidade de arbitrariedade na aplicação do Direito da concorrência, advém, desde logo, do facto de, normal e realisticamente, existirem sempre dados insuficientes, caracterizadores das situações concretas que devem ser analisadas (ou, pelo menos, ser frequente que tais dados não estejam disponíveis para os aplicadores das regras *antitrust*) e pelo facto de não existir, neste domínio, uma teoria económica de base que possa permitir uma compreensão e uma análise dinâmica quantitativa (e objectiva) às performances, nos respectivos mercados, das empresas (dos efeitos dos comportamentos praticados pelas empresas)⁹⁷².

294. A influência das proposições da moderna economia industrial e da teoria dos jogos suscitou, de facto, algumas críticas contundentes.

Deixando, por agora, de lado, a assinalada dificuldade de criação e de sustentação de critérios normativos operativos e consequentes, unicamente a partir das conclusões enunciadas pela referida teoria (ou seja, mesmo sem considerar, por ora, a *insuficiente juridicidade material* de uma Política da concorrência que se baseie, unicamente, na moderna economia industrial e na teoria dos jogos), o facto é que tem sido questionado o efeito dessa teoria sobre a Política da concorrência.

Em rigor, questiona-se o efeito que sobre a própria *defesa da concorrência* poderá ter uma Política que siga, exclusivamente, a perspectiva daquela moderna economia industrial e da (sua) referida teoria dos jogos.

Ora, o desenvolvimento da aplicação da referida teoria da economia industrial ao *antitrust*, é associada às correntes "Pós-Chicago" ("Post-Chicago School").

⁹⁷² OLIVER BUDZINSKI, *ob. cit.* (*Modern Industrial Economics*), p. 10.

Como dissemos, a década de 1990, nos Estados-Unidos, assistiu à afirmação dessas correntes e, por influência delas, à utilização sistemática da teoria dos jogos na prática decisória *antitrust*.

Tal afirmação e respectiva influência na aplicação das regras *antitrust* incrementaram o debate (a a crítica nele implícita a tal influência “Pós-Chicago”) sobre a erosão (e respectivas causas) do *nível de protecção efectiva da concorrência*.

Surgiram, no contexto deste debate, duas hipóteses (para alguns, conclusões): por um lado, essa nova influência provocaria um certo desincentivo à aplicação impositiva das regras *antitrust* (dissuadia essa aplicação⁹⁷³); por outro lado, poderia provocar um imprevisto (e não desejado) enfraquecimento do próprio Direito e da Política da concorrência.

INGO SCHMIDT, por exemplo, pensa existir aquilo que poderemos designar por *agenda política sub-reptícia* que tem por objectivo, com a afirmação das novas tendências (“more economic approach”) de aplicação da Política da concorrência, limitar o alcance das intervenções *antitrust* no mercado livre, enfraquecê-las e, simultaneamente, fortalecer a posição das grandes empresas⁹⁷⁴.

Na realidade, a focalização na *eficiência produtiva* como um dos objectivos da Política da concorrência e a sobrevalorização da lógica da denominada “economia do bem-estar”, acabavam por fornecer justificação para quase todos os tipos de comportamentos praticados pelas empresas.

O argumento da necessidade de uma abordagem económica na aplicação das regras de concorrência era (e é), de facto, direccionado para a maximização do “bem-estar” na perspectiva do consumidor (“consumer-welfare”) – “bem-estar” esse que passa a assumir-se como sendo o objectivo

⁹⁷³ Segundo a expressão utilizada por OLIVER BUDZINSKI, *ob. cit.* (*Modern Industrial Economics ...*), p. 10, estaria em causa a possibilidade de existir uma espécie de “*invitation to nonenforcement*”.

⁹⁷⁴ Neste sentido, especialmente o artigo de INGO SCHMIDT, *The Suitability of the More Economic Approach for Competition Policy: Dynamic v. Static Efficiency*, in *European Competition Law Review*, Vol. 28 (7), p. 408, também referido (entre outros textos do mesmo autor) por OLIVER BUDZINSKI, *ob. cit.* (*Modern Industrial Economics ...*), p. 10.

último da Política da concorrência (como que passando para segunda prioridade a própria *defesa da concorrência*).

Assim, qualquer incremento da produção ou medida que crie condições para potenciar a eficiência produtiva (e já não a eficiência na alocação dos recursos), servirá, em última instância, o referido “bem-estar” dos consumidores.

Desta forma, dificilmente deixará de existir uma justificação – repita-se, em homenagem ao referido “bem-estar” – para as práticas das empresas, independentemente do respectivo poder de mercado de que essas empresas, em concreto, disponham ou de qualquer outra consideração que não seja, no fundo, reconduzível à mencionada eficiência produtiva.

Ora, na linha da primeira crítica atrás assinalada, este focalizar das análises (na lógica da “more economic approach”) no objectivo da eficiência produtiva e do “bem-estar dos consumidores”, aliada à (naturalmente frequente) falta de dados disponíveis que permitam aplicar, operativamente e com rigor, os teoremas da moderna economia industrial (*vide*, a teoria dos jogos), leva a que seja, efectivamente, muito difícil não justificar uma conduta empresarial e a que raramente se consiga provar a ilicitude de um determinado comportamento.

Dito isto, naturalmente, este estado de coisas conduziria, inevitavelmente, a uma certa renúncia ou desistência de actuação, por parte das entidades responsáveis pela aplicação impositiva das regras da concorrência (a referida “invitation to nonenforcement”).

295. Por outro lado, existem algumas indicações empíricas de que o aumento de intensidade da abordagem dita económica - ou seja, a maior sustentação das análises desenvolvidas a propósito da aplicação das regras *antitrust*⁹⁷⁵ em dados quantitativos, tradutores de certos aspectos e consequências (económicas) das práticas em apreciação – tem provocado uma *menor* aplicação impositiva dessas regras, nomeadamente, no domínio das

⁹⁷⁵ E, conseqüentemente, dos juízos de ilicitude empreendidos pelas autoridades competentes, no decurso dessa aplicação.

concentrações, mas também no que diz respeito aos comportamentos de exclusão, alegadamente praticados por empresas dominantes.

Para BUDZINSKI, com efeito, "(...) the U.S. antitrust authorities failed to successfully challenge a number of mergers that raised serious anticompetitive concerns. However, the courts rejected to prohibit these mergers because of doubts about the reliability and accurateness of present (industrial) economic evidence. Prominent examples include *Oracle/PeopleSoft*, *Nestlé*, (*Haagen-Dazs*)/*Dreyer's Grand Ice Cream*, *Whirlpool/Maytag* or *Whole Foods/Wild Oats*"⁹⁷⁶. No entanto, nos casos referidos, as dificuldades em matéria de prova de carácter económico, relacionaram-se com a determinação do mercado relevante em causa, bem assim como com a (falta de) simulação de modelos quantitativos aplicáveis aos casos concretos, aptos a demonstrar as posições defendidas pelas autoridades que questionaram tais concentrações⁹⁷⁷.

Mas, atentando na realidade da aplicação impositiva das regras comunitárias em matéria de concentração de empresas, levada a cabo pela Comissão Europeia, surgiram, também, no decurso da última década, notas indicativas da verificação da mesma tendência assinalada a propósito da aplicação das regras *antitrust* nos Estados-Unidos (nomeadamente, nos casos mencionados e indicados por BUDZINSKI).

A Comissão Europeia, com efeito, viu decaírem algumas das suas posições, no decurso dos respectivos processos judiciais, relativos a certos casos paradigmáticos como, por exemplo, *Airtours/First Choice* e *Tetra Laval/Sidel*.

Em matéria de aplicação do artigo 82º do Tratado CE, verificou-se, também, um declínio do número de casos prosseguidos pela Comissão, durante os últimos anos.

⁹⁷⁶ OLIVER BUDZINSKI, *ob. cit.* (*Modern Industrial Economics*), p. 11.

⁹⁷⁷ JONATHAN BAKER / CARL SHAPIRO, *Reinvigorating Horizontal Merger Enforcement*, in ROBERT PITOFKY (ed.), *How The Chicago School Overshot the Mark*, Oxford University Press, Oxford, p. 235 e OLIVER BUDZINSKY / ARNDT CHRISTIANSEN, *The Oracle/PeopleSoft Case: Unilateral Effects, Simulation Models and Econometrics in Contemporary Merger Control*, in *Legal Issues of Economic Integration*, vol. 34 (2), 2007, p. 133., ambos *apud* OLIVER BUDZINSKI, *ob. cit.* (*Modern Industrial Economics*), ainda p. 11.

São, efectivamente, poucas as proibições de comportamentos que têm vindo a ser impostas pela Comissão Europeia, em matéria de abusos de posição dominante, desde 2001. Pelo menos, relativamente àqueles abusos que podem afectar *directa e imediatamente* os próprios consumidores ou concorrentes (o respectivo “bem – estar”), como é o caso dos denominados abusos de exploração.

Com efeito, como nota BRUCE LYONS⁹⁷⁸, tem sido recorrente a afirmação, em termos de indicações de Política da Concorrência, de que deve ser prestada uma atenção prioritária aos denominados *abusos de exclusão* (em matéria de aplicação impositiva do artigo 82º do Tratado CE). A própria Comissária NEELIE KROES declarou que: “(...) it is sound for our enforcement policy to give priority to so-called exclusionary abuses, since exclusion is often at the basis of later exploitation of customers”⁹⁷⁹.

No entanto, se a preocupação última é o “bem – estar dos consumidores”, se – como recorrentemente foi afirmado pela Comissão – o objectivo final da aplicação do artigo 82º do Tratado CE é a protecção desse “bem-estar” (“consumer welfare”), então porque é que, prioritariamente, não são focalizados, também, os denominados abusos de exploração que atingem directamente os concorrentes e, por consequência, os respectivos consumidores⁹⁸⁰ destes? Ou afectam, directamente e em certos casos, os próprios consumidores? Em resumo, porque é que, pelo menos, não é dispensada igual atenção e importância aos denominados abusos de exploração que – mais imediata e directamente – podem afectar tal “bem-estar”?

⁹⁷⁸ BRUCE LYONS, *The Paradox of the Exclusion of Exploitive Abuse*, ESRC - Center for Competition Policy, Department of Economics, University of East Anglia, Norwich, *Working – Paper* nº 08-01, December 2007, disponível na *Internet* em: <http://ssrn.com/abstract=1082723> (consulta: Agosto de 2009).

⁹⁷⁹ NEELIE KROES, *Preliminary Thoughts on Policy Review of Article 82*, Discurso proferido em 23 de Setembro de 2005, *Fordham Corporate Law Institut*, New York, realçado por BRUCE LYONS, *ob. cit. (The Paradox...)*, respectivo ponto 1.1.

⁹⁸⁰ Noutro ponto do presente trabalho, abordamos o alcance da noção de “consumidor”, no âmbito da aplicação do artigo 82º do Tratado CE.

Na verdade, o denominado “paradoxo da exclusão dos abusos de exploração” – que, de resto, não foram contemplados na Comunicação da Comissão de Dezembro de 2008, relativa às “orientações da Comissão sobre a aplicação do artigo 82º CE a comportamentos de exclusão adoptados por empresas em posição dominante”⁹⁸¹ - para BRUCE LYONS, começa, desde logo, por residir aqui, neste ponto das orientações da Comissão, em matéria de aplicação do artigo 82º do Tratado⁹⁸².

296. As considerações expostas e suscitadas (adoptando a expressão de LYONS) pelo “paradoxo da exclusão dos abusos de exploração”, surgem a propósito da crítica/conclusão veiculada por alguns autores de que a intensificação da abordagem económica (“more economic approach”) desencadearia, também, um efeito de enfraquecimento do próprio Direito e da Política da concorrência (na medida em que, imprevista e indesejavelmente, tal intensificação daquela abordagem, dificultaria a aplicação impositiva das regras de concorrência).

Esse enfraquecimento (um *efeito secundário* que, contudo, sendo efectivamente comprovado, poderá implicar um reequacionar do sentido da reforma do Direito da concorrência comunitário), juntar-se-ia, assim, ao já referido incentivo à menor aplicação impositiva, de carácter público, das regras *antitrust* (“invitation to nonenforcement”).

Habitualmente, apontam-se várias razões para a existência do referido paradoxo, assinalado, por exemplo, por LYONS. Colocam-se, com efeito, algumas reticências ao controlo directo, a nível comunitário, dos denominados abusos de exploração.

Assim, desde logo, uma aplicação impositiva do artigo 82º do Tratado CE aos abusos de exploração, sugere - em parte, mais impressivamente - uma intervenção directa sobre a liberdade de empresa. Um controle dos preços de

⁹⁸¹ Versão em língua portuguesa foi publicada no Jornal Oficial nº C 45, de 24.02.2009.

⁹⁸² “(...) it is good prohibit only those exclusionary practices which can be expected to result (indirectly) in an exploitive abuse...but at the same time it is bad to prohibit directly exploitive practices”, BRUCE LYONS, *ob. cit.* (*The Paradox...*), ponto 1.3.

venda ou das condições de prestação de um serviço, por exemplo, serão percebidos mais facilmente como matérias da esfera de actuação das entidades reguladoras. No entanto, a regulação não poderá institucionalizar-se relativamente a todos os sectores da actividade económica; ela terá, segundo uma perspectiva relativamente consensual, uma actuação prioritária (e necessária) sobretudo no que diga respeito a sectores que funcionem com base em “monopólios naturais” e em que estejam em causa infra-estruturas essenciais⁹⁸³.

A protecção do processo concorrencial deverá, portanto, concentrar-se prioritariamente nas condições de acesso aos respectivos mercados, por parte de concorrentes potenciais – garantindo-se, deste modo, a desejável pressão concorrencial no funcionamento dos mercados e, portanto, dissuasora, da adopção de práticas de abuso de posição dominante e/ou limitadora dessas eventuais práticas.

Em consequência, concede-se, ao nível comunitário e em sede de aplicação impositiva do artigo 82º do Tratado CE, uma prioridade relativamente aos abusos que incidem sobre a própria estrutura dos mercados (os abusos de exclusão), em desfavor dos abusos de exploração.

Note-se, contudo e como referimos noutro ponto deste trabalho, que esta tendência tem-se revelado em desconformidade com o discurso político mais recente da Comissão. Esta – e, em especial, a Comissária Neelie Kroes – têm vindo a defender uma aplicação do artigo 82º estribada no objectivo último da protecção dos interesses dos consumidores, na linha do que foi já proposto em 2005, no estudo apresentado pelo EAGCP – *Economic Advisory Group for Competition Policy* e intitulado “An Economic Approach to Article 82”⁹⁸⁴.

⁹⁸³ Sobre este ponto, LYONS, referindo-se aos reguladores, sintetiza que estes “cannot be put in place for all corners of the economy in which a firm may be dominant” - BRUCE LYONS, *ob. cit.* (*The Paradox...*), ponto 1.2.

⁹⁸⁴ Para uma crítica a este Relatório/estudo – que serviu de base de trabalho para a Comunicação da Comissão de Dezembro de 2008 – ver FRANK P. MAIER-RIGAUD, *Article 82 Rebates: Four Common Fallacies*, in *European Competition Journal*, Vol. 2, Special Issue, July 2006, p. 85., em que o autor acaba por introduzir um tema de discussão mais amplo: o papel do económico (da “more economic approach”) no *antitrust*. Muito incisivo, desenvolvendo uma

Assim sendo, se as práticas abusivas devem ser reprimidas na medida em que, afectando a estrutura concorrencial dos mercados, afectam o “bem-estar dos consumidores”, então, perguntar-se-á porque não defender, desde logo, tais consumidores das práticas que, directa e imediatamente, incidem sobre o seu “bem-estar” e os seus interesses económicos (por exemplo, preços abusivos ou vendas condicionadas levadas a cabo por empresas dominantes e configurando, assim, abusos de exploração)?

297. Outras possíveis causas de tal paradoxo, poderão, contudo, ter também uma base comum àquelas que sustentam a afirmação de que uma abordagem mais económica na aplicação das regras *antritrust*, acaba por enfraquecer a Política e o Direito da concorrência.

Partindo da própria jurisprudência do Tribunal de Justiça, proferida no Acórdão de 14 de Fevereiro de 1978, Acórdão *United Brands*⁹⁸⁵, LYONS sublinha - referindo-se, especialmente, ao facto de o Tribunal entender como sendo decisivo, para a avaliação do comportamento da empresa dominante, determinar se essa empresa utilizou a sua posição para obter vantagens que não alcançaria em condições de concorrência praticável e suficientemente eficaz⁹⁸⁶ – a dificuldade e o custo inerentes ao critério (fundado, portanto, em dados económicos e quantitativos) avançado pelo Tribunal de Justiça⁹⁸⁷.

crítica aguda aos pressupostos adoptados e aos caminhos apontados pelo referida EAGCP, MAIER-RIGAUD afirma, em conclusão e parafraseando Keynes: “In analogy to a remark made by Keynes with respect to classical theory over 80 years ago, one could say what economist once again set themselves too easy to useless a task if in complex policy matters they can only tell us that we have to do a case-by-case analysis”

⁹⁸⁵ Acórdão do Tribunal de Justiça de 14.02.1978, Processo nº 27/76, Colectânea, p. 207

⁹⁸⁶ Números 249 a 251 do Acórdão do Tribunal de Justiça em causa : « 249 - Il convient donc de rechercher si le détenteur de cette position a utilisé les possibilités qui en découlent pour obtenir des avantages de transactions qu'il n'aurait pas obtenus en cas de concurrence praticable et suffisamment efficace ; 250 - Qu'un tel abus consisterait, en l'espèce, dans la pratique d'un prix excessif sans rapport raisonnable avec la *valeur économique* de la prestation fournie ; 251 - Que cette exagération pourrait, entre autres, être objectivement appréciée si elle pouvait être mesurée *en comparant le prix de vente du produit en cause a son prix de revient, comparaison d'où se dégagerait l'importance de la marge bénéficiaire*, mais que

Com efeito, a verificação do eventual carácter abusivo do comportamento da empresa em posição dominante, requer, nos termos da jurisprudência mencionada, uma *quantificação* e uma *comparação* dos custos do produto em causa e do seu preço de revenda, com o intuito de se apreciar (*objectivamente*, segundo a expressão utilizada no Acórdão) o valor económico da prestação fornecida pela empresa dominante. Será, nos termos do Acórdão *United Brands*, com base nesse valor económico referido que se determinará o carácter eventualmente abusivo do preço de revenda praticado pela empresa dominante (por comparação com mencionado valor económico da prestação fornecida).

O caminho indicado pelo Tribunal de Justiça nesse seu Acórdão de 1978, acaba por ser difícil de implementar, na perspectiva da entidade aplicadora (no caso) do artigo 82º do Tratado CE (então, artigo 86º).

Determinar os custos quer de aquisição, quer de produção e/ou de revenda de um produto, é uma tarefa particularmente complexa e arriscada na maioria dos casos. As empresas registam, frequentemente, os seus custos de um modo que lhes seja particularmente vantajoso, quer em termos de estratégia fiscal, quer pensando nos seus circunstanciais interesses de gestão financeira (por exemplo, fazendo sobressair a rentabilidade da sua actividade, promovendo, dessa forma, a sua capacidade creditícia).

Daqui resultam frequentes divergências entre os custos contabilísticos registados e os custos económicos efectivamente suportados.

Por outro lado ainda, os custos de aquisição, por exemplo, podem depender de inúmeras variantes específicas, decorrentes da situação concreta das empresas (portanto, dificilmente objectiváveis e generalizáveis, para efeito de uma possível avaliação intrínseca da actividade da empresa, a partir dos referidos custos). Eles dependerão de factores como, por exemplo, o eventual crescimento do volume das encomendas efectuadas pela empresa, do seu poder de mercado, da sua capacidade financeira e das condições de

cependant la Commission n'a pas faite, en ne procédant pas a une analyse de la structure des couts d'*United Brands Company* » - os sublinhados são da nossa responsabilidade.

⁹⁸⁷ BRUCE LYONS, *ob. cit.* (*The Paradox...*), ponto 1.3.1

pagamento, porventura negociadas em função da própria credibilidade da empresa adquirente.

Relativamente aos custos de produção, importa, também, entrar em linha de conta com o próprio tipo de organização produtiva da empresa em causa. Neste caso e entre outros factores de dificuldade para se apurar um custo imputável a um produto, objecto de um comportamento alegadamente abusivo, importará tomar em consideração (e reflectir no cálculo do referido custo) factores como a existência, ou não, de economias de escala, o nível de investimento efectuado em investigação, as patentes, os sinais distintivos de comércio (como as marcas) associados a tal processo produtivo ou produto, bem assim como o respectivo investimento efectuado quer em investigação, quer nos referidos direitos de propriedade industrial.

Em suma, como dissemos, a tarefa de determinar um custo, relacionando-o com o preço de revenda do produto em causa, pode ser complexa e, sem dúvida, nunca será isenta do risco de má avaliação ou de imprecisão – risco este que, concretizando-se, pode obstaculizar operativamente a aplicação de certas normas jurídicas, como, por exemplo, as normas de *defesa da concorrência*, na linha proposta pelo Tribunal de Justiça no seu Acórdão *United Brands*.

Em certo sentido, as dificuldades e os riscos apontados à metodologia proposta (nomeadamente, pelo Tribunal de Justiça – *vg. Acórdão United Brands*) e os seus custos de implementação, poderiam ser, também, um factor de desincentivo à prossecução prioritária do controlo sobre os abusos de exploração. Ou seja, ao subordinar-se a aplicação do artigo 82º do Tratado CE aos abusos de exploração, em metodologias e em elementos probatórios de carácter eminentemente económico, ter-se-ia provocado um efeito de secundarização dessa mesma aplicação, relativamente a tais abusos – e isto, em virtude das dificuldades e dos gastos financeiros e em recursos humanos que tal metodologia e tais elementos económicos requerem.

Assim, estando a Comissão confrontada com a necessidade de definir prioridades de actuação, seria natural que se concentrasse naquele tipo de abusos que afectam directamente o próprio mercado (a estrutura concorrencial

deste) e que, por via disso, provocam mediatamente danos aos concorrentes e aos consumidores; ou seja, seria natural que fosse concedida prioridade aos abusos de exclusão, tidos como estruturalmente mais graves e de lastro mais difícil de anular, em detrimento dos abusos de exploração.

298. No que diz respeito à aplicação do artigo 82º do Tratado CE aos abusos de exploração – e seguindo a linha de raciocínio exposta - os problemas levantados relativamente a tal aplicação, emergem, portanto, da utilização de uma metodologia de análise económica, circunscrita unicamente a dados quantitativos, cuja obtenção rigorosa é, desde logo, difícil.

Assim, é precisamente uma quase exclusiva “economic approach” – de resto, indicada, em parte e desde há muito, pela jurisprudência comunitária⁹⁸⁸ - que (também) dificulta e desincentiva uma aposta no controlo dos abusos de exploração, através da aplicação do artigo 82º do Tratado CE, contribuindo, assim, para a verificação do paradoxo assinalado.

Imputamos, *em parte*, a menor preocupação manifestada pela Política da concorrência comunitária com os abusos de exploração, à mencionada abordagem (quase exclusivamente) económica que dificulta, portanto, em termos operativos, a satisfação das exigências probatórias requeridas para uma decisão de proibição, sobretudo para quem assume o ónus da prova (ou seja, a autoridade que aplica impositivamente, nesse caso, o artigo 82º do Tratado CE).

Salientamos tal imputação como sendo apenas parcial. Na realidade, não pensamos que, *por si só*, tais dificuldades provoquem a referida menor preocupação com os abusos de exploração, comparativamente com os de exclusão - até mesmo porque em relação a estes, tais metodologias e elementos de carácter económico, são também exigíveis e, portanto, impõem a mesma complexidade e dificuldade em matéria de cumprimento do *standard* da prova requerido. Quando muito, o facto de se privilegiar, por princípio, o controlo dos abusos de exclusão – nomeadamente, pelas razões também apontadas *supra* e que se prendem com o facto de esta representar uma

⁹⁸⁸ Considerando-se, por exemplo, o mencionado Acórdão *United Brands*, de 1978.

intromissão menos directa e agressiva na liberdade económica dos agentes – *conjugadamente* com tais dificuldades impostas pelos métodos económicos e quantitativos, conduziram a essa menor apetência pela tutela dos abusos de exploração.

Ora, dissemos, anteriormente, que algumas das causas que justificavam o referido paradoxo (da “exclusão dos abusos de exploração”) poderiam ser comuns às causas que explicavam o alegado enfraquecimento da Política e do Direito da concorrência, em resultado da adopção, por estes, de uma abordagem mais económica (ou seja, da adopção dos métodos e dos instrumentos fornecidos pela moderna economia industrial).

Na realidade, uma “more economic approach”, fazendo depender a aplicação das regras de concorrência de provas obtidas através da aplicação de instrumentos e de análises unicamente económicos e quantitativos – que por seu turno, também dependem de dados cuja obtenção é, já de si, difícil - tem como consequência (seguindo a linha de raciocínio até agora exposto) um acréscimo significativo das dificuldades de prova da existência de uma prática ilícita.

A prova necessária, requerida para sustentar uma decisão de proibição relativamente a um determinado comportamento, sendo de natureza eminentemente quantitativa e exigindo, a sua obtenção, o trabalho de técnicos com formação muito específica, torna-se, naturalmente, mais difícil de alcançar. Ora, uma crítica que, em tese geral, poderemos formular a toda a *pressão/sentido* de reforma do Direito comunitário de *defesa da concorrência* e, em particular, à *modernização* da aplicação do artigo 82º do Tratado CE, poderá, seguindo a perspectiva de BUDZINSKI, ser a seguinte (em síntese): uma metodologia excessivamente (quase *exclusivamente*) guiada pela linha de orientação apelidada “a more economic approach⁹⁸⁹”, abre caminho para que seja acentuada uma (relativa) incompatibilidade (ou difícil articulação) entre as exigências técnico-económicas (decorrentes de tal “more economic approach”)

⁹⁸⁹ “A more economic approach” e “a more effects-based approach” começa, de resto e em certos sectores da doutrina, a assemelham-se a “slogans”.

e o enquadramento institucional tradicional da Política da concorrência (“the «old» institutional environment”)⁹⁹⁰.

299. Em síntese, a posição da Comissão expressa na Comunicação de Dezembro de 2008 (posição essa que, incontornavelmente, marca o estado do que se deverá entender, prioritariamente, por “abuso de posição dominante”, na perspectiva da actual Política da concorrência da União), apresenta alguns pontos em aberto que não contribuem para um reforço quer da segurança jurídica, quer das condições de efectividade do artigo 82º do Tratado CE.

Na realidade, em função do apontar para a reclamada “effects-based approach” (de resto, em tese geral, sempre louvável), sem contudo, especificar operativa e concretamente, o significado e o alcance de tal abordagem (que difusamente se pressupõe mais casuística), no que respeita á aplicação do artigo 82º do Tratado CE, a Comissão acaba por, previsivelmente, não contribuir (mesmo em sede de “soft-law”) para um sempre necessário reforço da segurança jurídica.

Assim sendo, por si só não garante que se ultrapasse o risco de pouca efectividade e de dificuldades na aplicação impositiva daquele normativo/princípio (de proibição dos abusos de posição dominante), no espaço europeu (tal Orientação da Comissão não ultrapassa, na nossa perspectiva e por si só, o risco de uma “invitation to nonenforcement”).

Por outro lado, em termos de notas de orientação política, fornecidas pelo documento em causa, notarmos o já *supra* referido “paradoxo dos abusos de exclusão” - decorrente, no fundo, do facto de, por um lado, apontar-se para o “bem-estar dos consumidores” como sendo uma prioridade e uma espécie de *standard* de aplicação do artigo 82º do Tratado CE e, por outro lado, a Orientação em causa, (continuar a) não se debruçar sobre os denominados

⁹⁹⁰ Passando, em termos de aplicação impositiva (“enforcement”) pelos Tribunais, nomeadamente, pelos Tribunais nacionais que poderão, ainda, sentir mais dificuldades (em certos casos e em certos Estados-membros) para seguirem, de facto, tal tendência/metodologia técnico-económica pressupsota na reclamada “abordagem económica mais intensa”.

“abusos de exploração⁹⁹¹”. Ora, tal paradoxo leva-nos a pensar que este documento (Orientação da Comissão) estará, ainda, em aberto, aguardando-se desenvolvimentos em função, nomeadamente, da futura praxis decisória da Comissão e da jurisprudência do Tribunal de Justiça e do Tribunal de Primeira Instância (o que, de certo modo, seria sempre, também, razoavelmente inevitável e deverá ser saudado como um sinal de não precipitação).

⁹⁹¹ Abusos esses que são susceptíveis de prejudicar mais directa e imediatamente os interesses dos consumidores (mais directa e imediatamente, pelo menos, do que os abusos de exploração, objecto exclusivo da Comunicação em causa).

CONCLUSÕES.

Da descentralização à re-centralização das competências de aplicação da Comissão.

O reforço da posição política da Comissão.

A “more economic approach” e os riscos de desjuridicização do Direito de defesa da concorrência da União Europeia.

300. A reforma ou *modernização* da aplicação do Direito de *defesa da concorrência* da União (em rigor, dos artigos 81º e 82º do Tratado CE – os *pilares básicos* do sistema *antitrust* comunitário), em curso, pelo menos, desde 1999 (com a publicação do respectivo Livro Branco)⁹⁹², encontra no Regulamento nº 1/2003 a sua manifestação normativa (até agora) mais paradigmática e decisiva.

Após mais de quarenta anos de desenvolvimento e de solidificação de

⁹⁹² Para GERBER, o processo de modernização ter-se-á, mesmo, desencadeado logo nos primórdios da década de 1990, em virtude da “queda do Muro de Berlim” e do fim da União Soviética. Segundo GERBER, a Comissão e os seus colaboradores terão, a partir desses eventos históricos, compreendido que o processo de alargamento da União seria inevitável (ademais, o alargamento de 1995, com a adesão da Áustria, da Finlândia e da Suécia, terá servido para consciencializar os responsáveis comunitários ligados, nomeadamente, à Política da concorrência, dessa inevitabilidade).

Existindo a certeza de que o regime de aplicação do artigo 81º do Tratado não suportaria um acréscimo de casos decorrente dos alargamentos a leste (antevistos), a Comissão terá começado a projectar alternativas, de carácter processual, para essa aplicação. A descentralização administrativa, para o plano nacional, da aplicação das normas de *defesa da concorrência*, bem assim como o incentivo ao desenvolvimento da “litigância privada” em matéria de concorrência (“private enforcement”), terão sido os tópicos de resposta projectados, para darem resposta à necessidade de se modificar (modernizar) o regime até então vigente. Este Autor sublinha o seguinte: “(...) DG COMP began a search for ways to respond to these changes. A central concern was that the competition DG would not be able to effectively deal with a significantly expanded workload. He (Claus –Dieter Ehlermann, then director general of DG COMP) responded by encouraging decentralization of administrative authority to the EU Member States and private competition litigation” DAVID J. GERBER – *ob. cit.* (*Two Forms of Modernization...*), p. 1237.

um sistema específico e pioneiro no espaço europeu⁹⁹³, reclamou-se, progressivamente, uma reforma (para muitos sectores da doutrina, uma verdadeira revolução) do Direito da concorrência da União Europeia e, concomitantemente, da respectiva Política.

Os imperativos do “grande alargamento a leste” (concretizado formalmente em Maio de 2004), bem assim como as exigências do incremento da competitividade e do crescimento económico da União (tornadas mais prementes e sublinhadas, em função do grande objectivo da “Agenda de Lisboa”), impunham um processo de reforma/mudança de paradigmas do Direito de *defesa da concorrência* europeu.

Além disso (em rigor, simultaneamente de forma paralela, mas também convergente, com as razões atrás indicadas), a Comissão sentia uma necessidade, cada vez mais aguda, de reformar a sua lógica de funcionamento, no que dizia respeito à aplicação das regras (e da Política) de *defesa da concorrência* (sobretudo, quando confrontada com uma União alargada, integrando vinte e sete Estados – membros, dotados de diferentes tradições, culturas e experiências *jusconcorrenciais*). A gestão da Política da Concorrência da União - passando, decisivamente, por uma aplicação dos artigos 81º e 82º do Tratado CE, adequada aos objectivos de tal Política - era empreendida pela Comissão, em perda de eficiência (com uma subutilização dos escassos recursos disponíveis) e de eficácia (não conseguindo detectar e perseguir, por exemplo, as condutas anticoncorrenciais mais graves, nomeadamente os denominados “hard – core cartels”).

O antigo regime de aplicação dos artigos 81º e 82º do Tratado CE (ex-artigos 85º e 86º do Tratado de Roma CEE), repousando, com efeito, numa lógica administrativa de autorizações e de “notificações prévias”, relativamente às práticas de entente susceptíveis de se subsumirem ao artigo 81º, acabava por assoberbar de trabalho, tendencialmente (quase) burocrático, os serviços da Comissão. Esta – em especial, a respectiva *Direcção Geral da Concorrência* (ex-*Direcção Geral IV* e actual *DG COMP*) – consumia-se no deferimento das

⁹⁹³ Iniciado com o primeiro regime de aplicação daqueles normativos do Tratado CE, instituído pelo Regulamento nº 17 de 1962, do Conselho.

inúmeras coligações notificadas, a maioria das quais não teria, de resto, grande relevo ou influência na estrutura concorrencial do Mercado Interno. Tratava-se, segundo o que a própria Comissão dava a entender, em 1999, no Livro Branco sobre a modernização do Direito da concorrência, de uma actividade de rotina – se bem que mobilizadora de grande parte das energias e recursos daquela Instituição - suportada, praticamente, por uma análise *normalizada*⁹⁹⁴ e meramente documental.

301. Uma primeira nota conclusiva que importa salientar, a propósito da reforma ou *modernização* cujos traços salientes fomos percorrendo, ao longo do presente trabalho, tentando desenhar (e compreender) um possível roteiro dos seus caminhos mais impressionantes, prende-se com este conjunto de justificações/motivações apresentado: numa primeira e imediata dedução, seremos, portanto e em função de tal conjunto de justificações, levados a sobrevalorizar o *carácter eminentemente processual da reforma* introduzida, nomeadamente, pelo Regulamento nº 1/2003 (e do respectivo “Pacote Modernização” que o acompanha). Trata-se, desde logo, da reforma da *aplicação* dos artigos 81º e 82º do Tratado CE.

Verifica-se, efectivamente, no movimento da reforma e, em especial, nas soluções normativas introduzidas pelo Regulamento nº 1/2003, uma actualização de institutos e de mecanismos, exigida pelas necessidades de aplicação hodierna, flexível e eficaz, dos artigos 81º e 82º do Tratado CE.

A supressão do sistema de intervenção administrativa da Comissão, caracterizado pela “notificação prévia” das ententes projectadas, para efeito de aplicação do nº 3, do artigo 81º do Tratado CE (sistema esse, instituído pelo Regulamento nº 17 de 1962), substituindo-se, tal sistema antecedente, pelo denominado sistema da “excepção legal”, implementando-se, assim, uma aplicação generalizada daquele normativo (disseminando-se, em princípio, as respectivas competências de aplicação quer pela Comissão Europeia, quer,

⁹⁹⁴ Em parte, tal análise normalizada ou tipificada em função da regra de experiência adquirida pela Comissão, está também, na base da adopção dos denominados “regulamentos de isenção por categoria” (de acordos).

concorrentemente, pelas autoridades da concorrência e pelos Tribunais dos Estados-membros); a institucionalização normativa das denominadas “transacções de carácter processual” (se bem que não propriamente no Regulamento nº 1/2003, mas sim num outro acto integrante do “Pacote modernização”, a saber, o Regulamento CE nº 773/2004)⁹⁹⁵ e a introdução dos “compromissos” (artigo 9º do Regulamento nº 1/2003)⁹⁹⁶, a criação e a atribuição, a favor da Comissão, do estatuto processual de “amicus curiae”, junto dos órgãos jurisdicionais dos Estados-membros (artigo 15º do Regulamento nº 1/2003)⁹⁹⁷ – são alguns dos traços marcantes da reforma que sobressaem, numa primeira observação, como mudanças com um impacto eminentemente processual.

Igualmente, na mesma linha de caracterização como aspectos atinentes ao domínio processual/procedimental (focalizados, portanto e em primeiro lugar, numa *melhor aplicação* dos artigos 81º e 82º do Tratado CE), deparamos com as “cartas de orientação⁹⁹⁸” e a clarificação das “medidas cautelares⁹⁹⁹”, bem assim como (aspecto que reputamos muito relevante) as inovações e desenvolvimentos introduzidos, sobretudo, pelo Regulamento CE nº 773/2004 da Comissão, relativamente ao regime da “denúncia” comunitária (apresentada junto dos serviços da Comissão)¹⁰⁰⁰ e a especificação das denominadas “Declarações de não aplicabilidade”, sobretudo, em confronto com as extintas “declarações de isenção individual” (de aplicação do nº 3, do artigo 81º do Tratado CE)¹⁰⁰¹.

302. O próprio *mote* principal da reforma ou *modernização* empreendida

⁹⁹⁵ Ver, *supra*, Capítulo 2º, II (“Compromissos e Transacções de carácter processual”), da Iª Parte do presente trabalho.

⁹⁹⁶ *Idem* (nota antecedente).

⁹⁹⁷ Capítulo 4º (“«Amicus Curiae». As relações entre a Comissão e os órgãos jurisdicionais dos Estados-membros”), da Iª Parte, *supra*.

⁹⁹⁸ Ver, *supra*, Capítulo 3º, I (“As Cartas de Orientação»), da IIª Parte, do presente trabalho.

⁹⁹⁹ Capítulo 3º, III (“As Medidas Cautelares”), da IIª Parte.

¹⁰⁰⁰ Capítulo 4º, *supra*, da IIIª Parte do trabalho que agora se apresenta.

¹⁰⁰¹ Capítulo 3º, II (“As Declarações de não aplicabilidade”), da IIª Parte.

– a saber, a *descentralização* da aplicação dos artigos 81º e 82º do Tratado CE – pode ser entendido, numa primeira abordagem, como tendo uma incidência sobretudo processual e, por decorrência necessária, institucional.

Na realidade – e foi assim que, primeiramente, as linhas principais do movimento reformador conducente à adopção do Regulamento nº 1/2003 foram apresentadas – o objectivo do descongestionamento do trabalho da Comissão (eminentemente burocrático, como dissemos atrás), resultante do regime instituído pelo Regulamento nº 17 de 1962 (centralizado na Comissão, através do já mencionado sistema das “notificações prévias” das ententes), passaria pela partilha da competência de aplicação dos artigos 81º e 82º do Tratado CE, entre a Comissão e outras entidades. Se a Comissão detinha uma quase exclusiva competência de aplicação daqueles normativos, haveria, então, que proporcionar-se um sistema de competências concorrentes, uma generalização da aplicação daquelas normas, para que a Comissão pudesse ver aliviada a sua excessiva carga de trabalho “menor” (mas necessário) e pouco relevante, em termos de prossecução proactiva, incisiva e determinante, dos objectivos fundamentais da Política da concorrência da União. A Comissão teria que libertar-se do dispêndio irracional e quase absoluto dos seus recursos (humanos e materiais), provocado pelo sistema de “notificações prévias”, para que se permitisse concentrar na detecção e perseguição das situações com impacto mais significativo na estrutura concorrencial do Mercado Interno (as situações de afectação significativa e estrutural dos mercados da União Europeia).

A chave para tal desiderato (de racionalização e de ganhos de eficiência *logística*), passava, por conseguinte, pela criação do sistema de “excepção legal” e pela intervenção (atribuição de competências) das autoridades e Tribunais nacionais, em concorrência com a intervenção da Comissão. Foi a esta solução (à sua “arquitectura geral”), introduzida pelo Regulamento nº 1/2003, que se convencionou denominar *descentralização* (e *generalização*) na aplicação dos artigos 81º e 82º do Tratado CE. Por outro lado ainda, para servir tal descentralização, foi criada (já anteriormente à entrada em vigência do Regulamento nº 1/2003), a “rede europeia da concorrência”, integrando quer

as autoridades dos Estados-membros, quer a Comissão e vocacionada para uma troca permanente (*on – line*) de informação relevante e de assistência recíproca, na aplicação daqueles normativos do Tratado CE.

Aparentemente, assistia-se a um movimento de concessão (devolução) de competências tradicionalmente comunitárias, para a esfera nacional.

Poderia estar em curso uma espécie de *nacionalização* do Direito de *defesa da concorrência* da União, motivada por uma melhor aplicação (acréscimo de efectividade) das suas normas (*in casu*, os artigos 81º e 82º do Tratado CE).

303. No entanto, percorrendo os caminhos da reforma, partindo, de facto, do Regulamento nº 1/2003 e ainda que nos preocupemos unicamente com uma visão processual (novo regime da aplicação dos artigos 81º e 82º do Tratado CE) e com o assinalar de dados novos, pelo referido Regulamento, respeitantes ao quadro institucional dessa aplicação¹⁰⁰², o certo é que rapidamente compreendemos o seguinte: a alegada descentralização de competências para o plano nacional (diríamos, no sentido “top – down”) serve apenas para caracterizar uma parte do sentido da modernização em curso. Não nos fornece, rigorosamente, a visão da realidade.

O ponto de partida do nosso trabalho – a ideia (afirmação oficial) de que o Regulamento nº 1/2003 veio empreender tal (denominada) *descentralização* - deverá ser, senão mesmo desconstruída, pelo menos corrigida e completada.

Assim, tal denominada descentralização é limitada por mecanismos consagrados no próprio Regulamento, decorrentes quer do funcionamento e da natureza do ordenamento comunitário (desde logo, impondo aos Estados-membros e às respectivas ordens jurídicas, como condição existencial, o respeito pelo princípio da lealdade e do primado comunitários), quer de regras de salvaguarda, relativamente aos riscos de aplicação não uniforme dos artigos 81º e 82º do Tratado CE.

¹⁰⁰² Ou seja, que entidades novas, ou surgidas com renovadas funções, no contexto da reforma - tal como será o caso da “rede europeia da concorrência” - é que intervêm, agora, nessa aplicação?

O primeiro tipo de situações referido - limitações a uma descentralização absoluta ou irreversível de competências, em razão da própria natureza do Direito da União como um "direito de integração" - poderá ser ilustrado com a regra do artigo 16º do Regulamento nº 1/2003; o segundo, é demonstrado pelos mecanismos decisórios consagrados a partir do nº 6, do artigo 11º e do artigo 13º, ambos do Regulamento nº 1/2003.

Quer dizer, referimo-nos, agora, aos actos de privação e de *reatribuição* das competências, introduzidos *ex-novo* pelo Regulamento mencionado e que, em tese geral, foram descentralizadas para o nível nacional, precisamente pelo novo regime de aplicação dos artigos 81º e 82º do Tratado CE. Falamos, concretamente, dos actos de "privação de competências" das autoridades nacionais e dos actos através dos quais se pode processar uma efectiva *reatribuição* dessas mesmas competências, no âmbito da própria "rede europeia da concorrência"¹⁰⁰³.

Todos os casos/possibilidades de limitação e de reversão (diríamos, técnico-processual) das competências de aplicação dos artigos 81º e 82º do Tratado CE, recolocam, como vimos, a Comissão no centro dessa "rede europeia" de partilha dessas competências, atribuídas, por princípio geral, (também) às autoridades e Tribunais nacionais.

Numa perspectiva comunitária e atendendo à necessidade de garantia da uniformidade na aplicação das regras de *defesa da concorrência* da União, a *reatribuição* ou *re-afecção* das competências inicialmente descentralizadas a favor do nível nacional, funciona como uma válvula de segurança que poderá (sempre e exclusivamente) ser accionada pela Comissão.

304. Concluímos, também, que sob o ponto de vista institucional da *defesa da concorrência* da União, o Regulamento nº 1/2003 (e, por conseguinte, a reforma em curso), introduziram e efectivaram uma nova entidade e consagram, definitivamente, uma estrutura triângular: a Comissão, a "rede europeia da concorrência" (integrando quer a Comissão, quer as

¹⁰⁰³ Tratados *supra*, no Capítulo 2º ("Os novos actos de privação e de reatribuição das competências descentralizadas), da IIª Parte

autoridades da concorrência dos Estados-membros) e os Tribunais (quer da União, quer, igualmente e *lato sensu*, nacionais).

Avançando, agora, nesta perspectiva institucional (e deixando, para trás, a óptica técnico-processual estrita), o facto é que, também neste domínio, a Comissão emerge, novamente, como uma *vencedora* (do poder de influência), a médio prazo. Dito de outro modo, longe de perder poder e de ver o seu papel, no âmbito da gestão e da definição da Política da concorrência, diminuir-se (por hipotético reforço da posição e da intervenção das entidades/autoridades dos Estados-membros), a Comissão vê serem criadas as condições para que possa assumir-se, claramente, como sendo a única (ou, pelo menos, a mais relevante) *policymaking*, em matéria de *antitrust* europeu.

Socorremo-nos da perspectiva de análise da “teoria da agência” (“principal – agent theory”) para chegar a essa conclusão. Com efeito, a (aparente) descentralização de competências da Comissão, a favor de entidades do nível nacional, poderia ser entendida como uma perda de importância e de poder daquela Instituição, em benefício destas entidades. Centrando-nos, especificamente, no plano da aplicação dos artigos 81º e 82º do Tratado CE, de facto, o primeiro movimento observado com a reforma terá, como atrás salientamos, o sentido da repartição das necessárias competências de aplicação daquelas normas do Tratado, anteriormente concentradas (quase exclusivamente) na esfera da Comissão: repartição de competências, entre a Comissão e as autoridades e Tribunais nacionais.

Ora, de acordo com os teoremas postulados pela “teoria da agência”, essa perda de poder não faria sentido, sobretudo porque, neste caso da reforma empreendida pelo Regulamento nº 1/2003 (proposto pela Comissão), teria sido voluntária, partindo o respectivo impulso da própria Instituição que, então e de acordo com essa primeira observação, perderia competências (poder). Note-se que a referida teoria que nos empresta a respectiva óptica de análise – IIIª Parte, do presente trabalho¹⁰⁰⁴ - está especialmente vocacionada

¹⁰⁰⁴ Em especial, a parte A, dessa IIIª Parte e os respectivos Capítulos 3º (“A Comissão Europeia”) e 4º (“A importância do recurso à «quase-legislação»” e a sua consideração, na perspectiva da “teoria da agência”)

para a compreensão das relações (numa perspectiva política) entre órgãos, entidades ou Instituições que mantêm uma relação funcional de “mandante” e de “agente”. Ou seja, para a explicitação das relações entre órgãos ou instituições em que as competências exercidas por uma (o “agente”) são normalmente resultantes de uma espécie de outorga/concessão efectuada pela outra (o “mandante”), com o intuito de serem prosseguidos os interesses gerais desta (do “mandante”).

A “teoria da agência” tenta, como referimos, explicitar essas relações, sobretudo, quando existe uma assimetria de informação, entre o “mandante” e o “agente”, na medida em que este detém, sobretudo, os conhecimentos técnicos especializados, requeridos para a prossecução dos interesses gerais que integram as suas atribuições e que permitem, no fundo, a prossecução indirecta dos interesses políticos amplos (também) do “mandante”. Como é referido por WILKS, a perspectiva de análise fornecida pela “principal – agent theory” permite-nos, com particular adequação, interpretar a reforma ou *modernização* do Direito da concorrência da União Europeia, partindo da análise, em particular, do “apparent paradox of a nonmajoritarian agent, the Commission, seeking to «return» its powers to national authorities¹⁰⁰⁵”.

305. Ora, a Comissão acaba, na realidade e de acordo com a perspectiva de análise da referida “teoria da agência”, por ver a reforma – nomeadamente, o impulso reformador fornecido pelo Regulamento nº 1/2003 – criar as condições para que, futuramente, possa assumir-se como uma verdadeira Instituição/autoridade reguladora de carácter técnico-especializado e de natureza supranacional. Em termos de Política da concorrência da União, assistir-se-á, previsivelmente, a um reforço da importância do papel da Comissão que, cada vez mais, aumentará o seu poder de influência e de determinação das linhas da própria Política comum em causa (fundando-se numa legitimidade técnica, independente politicamente dos Estados-membros e do Conselho – o seu “mandante”). Em simultâneo, prescindirá - como resulta do Regulamento nº 1/2003 e da dita descentralização/generalização da

¹⁰⁰⁵ STEPHENS WILKS, *ob. cit.* (Agency Escape...), p. 432.

aplicação dos artigos 81º e 82º do Tratado CE – de parte da sua intensa competência de aplicação dessas normas do Tratado, repartindo-a com as autoridades e Tribunais nacionais. Digamos que a Comissão prescinde de uma competência de aplicação (quase) exclusiva, em troca de um reforço (potencial e a prazo) do seu poder propriamente político¹⁰⁰⁶.

306. Ora, como nota GERBER, para além da sua vertente processual e institucional (*stricto sensu*), a *modernização* do Direito de *defesa da concorrência* da União, representa, também, uma mudança ou reorientação do modo como se encara e pensa *substantivamente* este Direito. Sob este ponto de vista, houve, também, uma mudança fundamental, significando um verdadeiro programa político de modernização; uma “nova e mais moderna forma de Direito da concorrência”¹⁰⁰⁷.

Nesta perspectiva política e substantiva, o domínio da reforma da aplicação do artigo 82º do Tratado CE¹⁰⁰⁸ é aquele em que o respectivo debate mais notoriamente deixa transparecer um efectivo programa de mudança. É, também, o domínio ou a matéria do Direito de *defesa da concorrência* da União em que o impacto de tal “modernização” será mais intenso e impressionante. De resto, tem sido, igualmente, o domínio do *antitrust* da União Europeia que menos evolução tem registado, no que tange aos respectivos pressupostos de interpretação e de aplicação normativa (basicamente, tributários de uma concepção estruturalista de abuso de posição dominante e ainda alheia, em grande medida, aos efeitos concretos das condutas, nos respectivos

¹⁰⁰⁶ Remetemos, novamente, para a IIIª Parte, Capítulos 3º e 4º, *supra*.

¹⁰⁰⁷ “During the same period in which this form of modernization was proceeding, another form of «modernization» algo took shape. It represents a fundamental reorientation of much the thinking about substantive competition law in Europe. Given that term «modernization» was already occupied by the procedural program noted above, it is generally not used to refer to these substantive law changes. Nevertheless, these changes have also been fundamental and very much represent a program of «modernization». They are often referred to as a new and more «modern» form of competition law.” – DAVID J. GERBER, *ob. cit.* (*Two Forms of Modernization...*), p. 1235.

¹⁰⁰⁸ *Supra*, IVª Parte.

mercados¹⁰⁰⁹).

A jurisprudência do Tribunal de Justiça e do Tribunal de Primeira Instância, em matéria de abusos de posição dominante e, conseqüentemente, no que diz respeito à aplicação do artigo 82º do Tratado, tem sido qualificada, frequentemente, de formalista e arraigada em métodos que conduzem a resultados contrários àqueles que deveriam ser prosseguidos pela Política da concorrência da União, designadamente, em métodos ainda assentes, de um modo excessivo, na utilização de regras de *per se* qualificativas¹⁰¹⁰, *a priori*, dos comportamentos em análise.

Reclamou-se uma nova metodologia de interpretação e de aplicação das regras de *defesa da concorrência* da União, especialmente, do artigo 82º do Tratado CE. Essa nova metodologia assenta numa invocada “more economic approach”. No entanto, em rigor, esta invocação tem muito mais do que uma reforma de metodologias de aplicação (particularmente, daquele normativo que visa os abusos de posição dominante): subjaz a tal reclamação e a tal incremento de uma abordagem mais económica - nomeadamente, sob o prisma quer da actividade judicial, quer, evidentemente, decisória da Comissão – um programa político. Este estriba-se, em síntese, na prossecução de dois objectos principais: em termos imediatos, adoptar-se o critério do “bem-estar do consumidor” como sendo o objectivo da aplicação dos normativos em causa, em especial, do artigo 82º do Tratado CE. Colocar esse “bem-estar dos

¹⁰⁰⁹ Pelo menos, na perspectiva dos sectores da doutrina que mais propugnam por uma mudança definitiva (radical?) do método de interpretação e de aplicação do artigo 82º do Tratado CE. Poderíamos, com propriedade, indicar os Autores do estudo/relatório de 2005, promovido pela Comissão Europeia e intitulado “An economic Approach to Article 82” – a saber, PATRICK REY, JORDI GUAL, MARTÍN HELLWIT, ANNE PERROT MICHELE POLO, KLAUS SCHMIDT e RUNE STENBACKA – como representantes desses sectores da doutrina. Ver, *supra*, IVª Parte, designadamente, os respectivos “Enquadramento Geral” e “Capítulo 4º (sobre as prioridades da Comissão «na aplicação do artigo 82º do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante»).

¹⁰¹⁰ Regras de *per se* sob o ponto de vista material, naturalmente criadas e seguidas pelo Tribunal de Justiça e pelo Tribunal de Primeira Instância, partindo das respectivas “regras de experiência”.

consumidores” no centro da Política da concorrência da União, transformando-o, desde logo, num *standard* de interpretação dos comportamentos susceptíveis de subsunção ao artigo 82º do Tratado CE. Por outro lado – e não repetimos, agora, o conjunto de questões e de problemas que, desde logo, o entendimento de “consumidor” e de “bem-estar do consumidor”, nesta sede, levanta – existe o objectivo de retornar, no domínio do antitrust europeu, a uma perspectiva balizadora de tal “bem – estar dos consumidores”, decorrente de uma visão económica neo-clássica.

A este respeito, acompanhamos GERBER, quando este Autor, suportando-se em ROBERT H. BORK¹⁰¹¹, refere o seguinte: “(...) the new conception of competition law posits one central goal – «consumer welfare» as understood by neoclassical economics. (...) It posits that neo-classical economics provides not only the goals of competition law, but also its standars and methods. Taken together, these two intellectual developments have moved the language, methods, and perspectives of neoclassical economics to a central position within European competition law and made formal economic methodology the central organizing structure for thinking about competition law and the central means for defining the goals and methods of competition law. This package has come to be referred to in Europe as the «more economic approach».

The significance of this change is somewhat masked by the term «more economic approach»¹⁰¹².

307. As possíveis incongruências e dificuldades geradas pela mudança (*modernização*) política e substantiva, atrás referida e reclamada, em grande medida, para a modernização em curso do Direito de *defesa da concorrência* da

¹⁰¹¹ ROBERT H. BORK – *The Antitrust Paradox: A Policy in war with itself*. 2nd Edit., The Free Press, 1993, apud DAVID J. GERBER – *ob. cit. (Two Forms of Modernization...)*, p. 1247, em nota nº 40 (pese embora GERBER citar a edição de 1978, referindo-se, especificamente à análise desenvolvida por BORK, relativamente ao “intellectual background of the «consumer welfare» goal”).

¹⁰¹² DAVID J. GERBER – *ob. cit. (Two Forms of Modernization...)*, p. 1247.

União, foram já assinaladas, anteriormente, a propósito da análise crítica que empreendemos relativamente ao artigo 82º do Tratado CE (e às incidências que , sobre a aplicação desse normativo, poderão ser desencadeadas por alguns caminhos da reforma). Remetemos, portanto e agora, para tais conclusões parcelares, da IVª Parte, do presente trabalho¹⁰¹³. Com efeito – como também já dissemos – a reforma da aplicação do artigo 82º do Tratado CE, tem sido o campo de debate, por excelência, desta problemática e desta subjacente mudança (ou caminhos de mudança) política e substantiva, reclamada para o Direito da concorrência comunitário.

Salientamos, apenas, dois aspectos: por um lado, houve, também, no impulso reformador que produziu o Regulamento nº 1/2003, a influência do exemplo do sistema *antitrust* norte-americano. Muitas das propostas apresentadas (sobretudo, no que diz respeito ao domínio do controlo dos abusos de posição dominante), foram motivadas por uma tentativa de aproximação do sistema da União, à lógica das soluções técnicas norte-americanas. O risco deste tipo de motivação (traduzindo-se, porventura, em mudanças normativas), prende-se – desde logo e como fomos assinalando ao longo do trabalho – com o desconsiderar da cultura e da tradição europeia-comunitárias, especificamente identificadora do sistema da União. Sobretudo, quando tal tentativa de aproximação é unilateral, ou seja, não existindo nem um esforço de convergência (que implicaria, também, uma mudança e uma aproximação, por parte do do Direito *antitrust* norte-americano, à respectiva lógica europeia), nem de adaptação das respectivas soluções equacionadas (no fundo, quando se é tentado a cair, por razões de aparente uniformidade e/ou mais eficácia eficiência, numa simples transplantação de princípios, de técnicas e de soluções normativas).

Além disso, existe um risco de ruptura abrupta com aquilo que denominamos a ecologia própria do Direito de defesa da concorrência da União:

¹⁰¹³ *Supra*, IVª Parte, B – Capítulo 7º, em especial, número 7.3 (“Contributos para um balanço conclusivo. O «paradoxo dos abusos de exploração» e os riscos de perda de eficácia da aplicação impositiva do artigo 82º do Tratado CE”).

este não deixa de se integrar num edifício jurídico que serve a integração europeia (o *acquis communautaire*, a história política e económica da integração, bem assim como os seus objectivos, envolvem, necessariamente, a Política e o Direito comunitários da concorrência). O facto de o sistema de defesa da concorrência da União ter deixado de ser entendido, prioritariamente, como um instrumento ao serviço da construção do Mercado Interno (como foi durante as primeiras décadas de integração), não significa que não tenha que reflectir e inserir-se, sob o ponto de vista político e jurídico, na realidade concreta da integração que se vive actualmente.

Por outro lado, apesar de tudo, se atentarmos em alguns actos (de “soft-law”) da Comissão (por exemplo, a Comunicação de 3 de Dezembro de 2008, relativa às suas prioridades “na aplicação do artigo 82º do Tratado CE”) e em alguma das soluções do próprio Regulamento nº 1/2003, pensamos que a própria Comissão acabou por ter a preocupação de seguir um caminho que não olvidasse “as tradições e a cultura jurídica europeia¹⁰¹⁴”.

308. Relembremos a questão lançada *supra*, na *Introdução* e formulada por CARLTON, relativamente ao sistema *antitrust* norte-americano, transpondo-a, no entanto, para o plano do Direito da concorrência da União: é necessário reformar este Direito? E porquê?¹⁰¹⁵

Ora, pensamos que após mais de quarenta anos de vigência do Regulamento nº 17 de 1962, impunha-se uma reforma (desde logo, processual)

¹⁰¹⁴ Livro Branco de 2008, relativo às acções de indemnização por danos resultantes da violação das regras de *defesa da concorrência* da União Europeia (posição da Comissão sobre o “private enforcement” dos artigos 81º e 82º do Tratado CE) - p. 3 do referido documento, número “1.2 – Objectivos, princípios orientadores e âmbito do Livro Branco”. De resto, num primeiro impulso manifestado no Livro Verde de 2005 sobre tal “private enforcement”, pensamos ter existido uma influência ainda não muito amadurecida da lógica da aplicação impositiva do sistema *antitrust* norte-americano. Esse impulso foi, de certo modo, contido e atalhado, no subsequente Livro Branco. Ver, *supra*, IIIª Parte, C – Capítulo 8º, em especial, número 8.2 (“A aplicação impositiva de carácter privado - «private enforcement» - dos artigos 81º e 82º do Tratado CE”).

¹⁰¹⁵ DENNIS W. CARLTON, *ob. cit* (*Does Antitrust Need to be Modernized?*). Ver, *supra*, *Introdução*, respectivo número XI.

do sistema de *defesa da concorrência* da União. As razões apontadas pela generalidade da doutrina e pela Comissão, como motivadoras da reforma empreendida, são válidas. Além disso, sobretudo no que dizia respeito à reorganização do funcionamento da Comissão (aquilo que dissemos ser um imperativo logístico), a necessidade de mudança era evidente e especialmente sublinhada pelos efeitos previsíveis do alargamento da União Europeia.

A discussão poderá, efectivamente, situar-se ao nível da redefinição dos objectivos e orientações políticas que deverão, claramente, servir de referência a uma aplicação reformada dos artigos 81º e 82º do Tratado CE. Nesse plano julgamos que avançou-se no sentido de uma alteração dos objectivos e funções do Direito de *defesa da concorrência* da União (pelo menos, no que foi o sentido do discurso e das declarações políticas, sobretudo, a propósito da aplicação do artigo 82º do Tratado CE) que exige mais ponderação e, principalmente, uma maior atenção às especificidades da realidade europeia (diferente, histórica, política e economicamente da realidade envolvente do *antitrust* norte-americano). Queremos, com isto, significar que a reelaboração de um “programa teleológico” para o sistema europeu, por maior que seja a vontade (política) de convergência com a lógica das soluções *antitrust* norte-americanas (e as virtudes de tais soluções), terá sempre que atender àquilo que designamos, logo na Iª Parte do presente trabalho, como sendo a “ecologia” própria e específica da *defesa da concorrência* europeia (aqui se incluindo, também e realisticamente, as condicionantes e as especificidades da aplicação judicial das regras em causa, pelos Tribunais dos Estados-membros). Apesar de a Comissão ter manifestado um recentrar dos seus objectivos numa modernização que atendesse às especificidades e à tradição jurídica europeia¹⁰¹⁶, pensamos que ainda haverá algum trabalho de reflexão a

¹⁰¹⁶ E isto, após alguns impulsos iniciais que pensamos terem sido alheios a tal “ecologia”, como foi o caso da excessiva ênfase quer do “private enforcement” (Livro Verde de 2005), quer de uma “more economic approach” e dos “interesses dos consumidores”, no que respeita à aplicação do artigo 82º do Tratado CE .

emprender, sob pena de se *desjuridicizar* (excessivamente e sem proveito) o sistema europeu.

BIBLIOGRAFIA¹⁰¹⁷

ABDELGAWAD, WALID – *Arbitrage et Droit de la Concurrence. Contribution à l'Étude des Rapports entre Ordre Spontané et Ordre Organisé*, LGDJ, Paris, 2001.

ÁGUILA-REAL, JÉSUS ALFARO – *Delimitación de la noción de abuso de una posición de dominio*, in LAGE, SANTIAGO MARTÍNEZ / JUAN, AMADEO PETITBÓ (Directores), *El Abuso de la Posición de Dominio*, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, 2006, p. 193.

ÁGUILA-REAL, JESÚS ALFARO - *Contra la armonización positiva: la Propuesta de la Comisión para reforzar el private enforcement del Derecho de la Competencia*, in *InDret – Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, Julio de 2009, disponível na Internet em: www.indret.com e <http://ssrn.com/abstract=1439643> (2009)

ALBERS, MICHAEL - *Competition law issues arising from the liberalisation process*, in *Journal of Network Industries*, nº 1 (3), 2000, p. 269.

AKMAN, PINAR – *"Consumer Welfare" and Article 82EC: Practice and Rhetoric*, CCP Working Paper 08-25, ESRC - Centre for Competition Policy and Norwich Law School, University of East Anglia, Norwich, Julho de 2008 (*Forthcoming in 32 World Competition*, 2009), disponível na

¹⁰¹⁷ a) Uma parte significativa do material bibliográfico e documental consultado está disponível na *Internet*. Optamos, nesses casos, pela indicação do respectivo endereço da página ("sítio") na *Web*. Para tal, utilizamos a expressão "disponível na *Internet* em:..." (transcrevendo o endereço da página em causa), acrescentando, igualmente, o ano da última consulta.

b) Excluimos da presente lista bibliográfica os documentos oficiais emanados dos serviços de publicações da União Europeia e disponíveis, em geral, na *Internet* e nas páginas ("sítios") oficiais das respectivas Instituições. Referimo-nos aos vários actos que apelidamos, ao longo do presente trabalho, como sendo actos de "soft-law" da Comissão (desde logo, Comunicações, mas também Relatórios, Estudos e notas de imprensa) e, naturalmente, à jurisprudência quer dos Tribunais da União, quer de Tribunais dos Estados-membros. Relativamente à jurisprudência do Tribunal de Justiça e Tribunal de Primeira Instância, seguindo o critério referido, notamos, no entanto, que o documento oficial da respectiva publicação é a *Colectânea de Jurisprudência*. Socorremo-nos dela, bem assim como, por vezes, da sua versão em língua francesa, o *Recueil*, indicando tais fontes, efectivamente, por extenso ou pelas respectivas abreviaturas (*Col.* ou *Rec.*)

Internet em: <http://www.ccp.uea.ac.uk/publicfiles/workingpapers/CCP08-25.pdf> (2008)

AKMAN, PINAR - *Searching for the Long – Lost Soul of Article 82EC*, CCP Working Paper 07 – 5, ESRC - Centre for Competition Policy and School of Law, University of East Anglia, Norwich, December 2007 (Forthcoming in 2009, 29 *Oxford Journal of Legal Studies*), disponível na Internet em: <http://ssrn.com/abstract=977221> (2008)

ALBUQUERQUE, PEDRO DE – *Direito Português da Concorrência (Em torno do Decreto-Lei nº 422/83)*, in *Revista da Ordem dos advogados (RDO)*, Ano 1990, p. 577.

ALBUQUERQUE, ALEXANDRE DE / ALBUQUERQUE, PEDRO DE – *O Controlo Contencioso da actividade das entidades de regulação económica*, in *Regulação e Concorrência. Perspectivas e Limites da Defesa da Concorrência*, (Coord. Ruy de Albuquerque e António Menezes Cordeiro), Almedina, 2005, p. 249.

ALESINA, ALBERTO / GIAVAZZI, FRANCESCO – *O Futuro da Europa* (ed. portuguesa), Edições 70, Lisboa, 2007.

ALLAN, BILL – *Article 82: A Commentary on DG Competition's Discussion Paper*, in *Competition Policy International*, Vol. 2, nº 1, Spring 2006, disponível na Internet em: www.esapience.org/journals (2007)

AMATO, G. – *Anti-Trust and the Bounds of Power*, Hart Publishing, Oxford, 1997.

AMATO, G. / EHLERMANN, CLAUS-DIETER – *EC Competition Law. An Critical Assessment*, Hart Publishing, Oxford, 2007.

ANTUNES, L.M. PAIS – *Direito da Concorrência. Os poderes de investigação da Comunidade Europeia e a Protecção dos Direitos Fundamentais*, Almedina, Coimbra, 1995.

AREEDA, PHILLIP E.. - *Essential Facilities: Na epithet in need of limiting principles*, in *Antitrust Law Journal*, v. 58, 3/1989, p. 841.

AREEDA, PHILLIP E.. / KAPLOW, L. – *Antitrust Analysis: Problems, Text and Cases* (5th. Ed.), Ed. Little Brown and Company, Boston, 1997.

AREEDA, PHILLIP E. / HERBERT HOVENKAMP – *Antitrust Law: an analysis of antitrust principles and their application*, Aspen Publishers, New York, 3d. Ed., 2006.

ARHEL, P. – *Droit International de la Concurrence, Revue du Marché Commun et de L'Union Européenne*, nº 425, 1999, p.84.

ARMENTANO, D. T. – *A Politically Incorrect Guide to Antitrust Policy*, in *Ludwig von Mises Institute*, disponível na Internet em: <http://www.mises.org/story/2694>, (posted at 2007.09.15), (2009).

ASCENSÃO, J. OLIVEIRA / PAÚL, J. PATRÍCIO / OLAVO, C. / MENDES, E. / COSTA E SILVA, P. / VITORINO, A. M. / LEITÃO, A. M. / CHORÃO, L. B. – *Concorrência Desleal*, Almedina, 1997.

ASCENSÃO, J. OLIVEIRA – *Concorrência Desleal*, Almedina, 2002.

AVERIT, NEIL W. / LANDE, ROBERT H. – *Consumer Sovereignty : A Unified Theory of Antitrust and Consumer Protection Law*, in *Antitrust Law Journal*, v. 65, 1997, p. 713.

AVERIT, NEIL W. / LANDE, ROBERT H. – *Using the « Consumer Choice » Approach to Antitrust Law*, in *Antitrust Law Journal*, v. 74, 1/2007, p. 175.

AZEVEDO, JOÃO PEARCE – *Crime and Punishment in the Fight Against Cartels: The Gathering Storm*, in *European Competition Law Review*, 2003, p. 400.

AZEVEDO, JOÃO PEARCE / WALKER, MIKE – *Market Dominance: Measurement Problems and Mistakes*, in *European Competition Law Review*, 2003, p.640.

AZNÀREZ, MARIA JOSEP B. (coordinació tècnica) – *Competència i territori*, Tribunal Català de Defensa de la Competència, 2004.

BARBIER DE LA SERRE, ERIC - *Amendes : la légalité de principe des lignes directrices et de leur application rétroactive*, in *Revue Lamy de la concurrence*, nº 4, 2005, p. 21.

BARTHE, D. – *La situation juridique de l'entreprise victime d'une pratique anticoncurrentielle devant les autorités de concurrence : étude comparative des procédures communautaire et française*. Presses Universitaires d'Aix – Marseille, Aix-en-Provence, 2000.

BARROS, PEDRO PITA – *Relação entre a Autoridade da Concorrência e Autoridades Sectoriais*, in *Concorrência. Estudos* (Coordenação António Goucha Soares e Maria Manuel Leitão Marques), Almedina, Coimbra, 2006, p. 153.

BASEDOW, JURGEN – *La renationalisation du droit communautaire de la concurrence*, in *Révue des Affaires Européennes/Law & European Affairs*, 1 – 2001-2002, p. 92.

BASEDOW, JURGEN - *Private Enforcement of EC Competition Law*, Kluwer Law International, 2007.

BASTIANON, S. - *Il risarcimento del danno antitrust tra esigenze di giustizia e problemi di efficienza. Prime riflessioni sul Libro verde della Commissione*, in *Mercato, Concorrenza e Regole*, n° 2, 2006, p. 321.

BAVASSO, ANTÓNIO – *Communications in EU Antitrust Law : Market Power and Public Interest*, European Monographs, Kluwer Law International, 2003.

BELAMI, C. / CHILD, G. – *Derecho de la Competencia en el Mercado Común*, (ed. e trad. Espanhola), Civitas, Madrid, 1992.

JEAN-FRANÇOIS BELLIS, *Les Relations entre le Droit National et le Droit Communautaire de la Concurrence*, in PAUL NIHOUL (Coordination), *La Décentralisation dans l'application du Droit de la Concurrence*, Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 61

BERGERON, JAMES HENRY - *Antitrust federalism in the European Union after the modernization initiative*, in *The Antitrust Bulletin*, 2001, v. 46, n. 3, (Fall), p. 513.

BIDEAU, LAILA – *La délimitation du marché pertinente en Droit Français de la concurrence*, Litec, Paris, 2001.

BISHOP, SIMON / WALKER, MIKE – *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*, Sweet & Maxwell, Londres, 1999.

BLACK, OLIVER - *What is an agreement?*, in *European Competition Law Review*, vol. 24, n° 10, October, 2003, p. 504.

BLAISE, J.B. – *Le statut juridique des ententes économiques dans le Droit Français et le Droit des Communautés Européennes*, Librairies Techniques, Paris, 1964.

BLAISE, J.B. – *Droit des Affaires ; Commerçants, Concurrence, Distribution*, (4^{ème} Ed.), LGDJ, Paris, 2007.

BLUM, FRANÇOISE - *The Recent Case Law of the European Court of Justice on State Monopolies and Its Implication for Network Industries*, in *Journal of Network Industries*, nº 1 (1), 2000, p. 55.

BRANNON, LEAH / GINSBURG, DOUGLAS H. – *Antitrust Decisions of the U.S. Supreme Court, 1967 to 2007*, in *Competition Policy International*, Volume 3, nº 2, Autumn 2007 disponível na Internet em: www.globalcompetitionpolicy.org. (2007)

BRAULT, D. – *Droit de la Concurrence Comparé : Vers un ordre concurrentiel mondial ?*, Economica, Paris, (1995) 1999.

BRAULT, D. – *Droit et Politique de la Concurrence*, Economica, Paris, 1997.

BRAULT, D. – *Politique et pratique du droit de la concurrence en France*, LGDJ, Paris, 2004.

BROKELMANN, H. – *Las negativas de suministro en el Derecho de la Competência Comunitário y Español*, in *Gaceta Jurídica de la C.E.*, B-125, 1997, p.5.

BORK, ROBERT H. – *The Antitrust Paradox: A Policy in war with itself*. 2nd Edit., The Free Press, 1993.

BOS, JACQUELINE – *Antitrust Treatment of Cartels: A Comparative Survey of Competition Law Exemptions in the United States, The European Union, Australia and Japan*, in *Washington University Global Studies Law Review*, Winter/Summer, 2002, p.415.

BOULOUIS, J./ DARMON, M./ HUGLO, J-G. – *Contentieux Communautaire*, Dalloz, Paris, 2001.

BUDZINSKY, OLIVER / CHRISTIANSEN, ARNDT - *The Oracle/PeopleSoft Case: Unilateral Effects, Simulation Models and Econometrics in Contemporary Merger Control*, in *Legal Issues of Economic Integration*, vol. 34 (2), 2007, p. 133

BUDZINSKI, OLIVER - *Modern Industrial Economics and Competition Policy: Open Problems and Possible Limits*, intervenção pública na Conferência subordinada ao tema *Foundations and Limitations of an Economic Approach to Competition Law*, promovida pelo *Max-Planck-Institute for Intellectual Property, Competition and Tax Law*, Munique, 12 e 13 de Março de 2009, disponível na Internet em: <http://ssrn.com/abstract=1420855>. (2009)

Publicado, ulteriormente, como *working paper*, com o mesmo título, por *University of Southern Denmark / Esbjerg* and OLIVER BUDZINSKI, *Department of Environmental and Business Economics*, IME Working Paper 93/09, June 2009.

CALHAU, ANA PAULA ALVES DE SOUSA SILVA - A «Clemência» no Direito da Concorrência em Portugal. *Itinerário da Lei nº 36/2006, de 25 de Agosto*, Verbo Jurídico, Dezembro de 2006.

CALVET, HUGUES - *Abus de position dominante: plaidoyer pour le bien-être du consommateur*, in *Révue Lamy de la concurrence*, nº 4, 2005, p. 131.

CALVETE, VICTOR JOSÉ de V. RAPOSO R. – *De que falamos quando falamos de Política da Concorrência*, in *Estudos Dedicados ao Prof. Doutor Mário Júlio de Almeida Costa*, Universidade Católica Ed., 2002, p. 1481 e ss.

CALVETE, VICTOR JOSÉ de V. RAPOSO R – *Quis Leget Haec? A Delimitação do Tthema Decidendum do Parecer do Conselho da Concorrência em Processos de Concentração de Empresas*, in *Universidade de Coimbra, Boletim da Faculdade de Direito – Volume Comemorativo do 75º Tomo do Boletim da Faculdade de Direito (BFD)*, Coimbra, 2003, p. 769 e ss.

CAMISÃO, ISABEL / LOBO-FERNANDES, LUIS - *Construir a Europa. O processo de integração entre a teoria e a história*, Princípia, Lisboa, 2005

CAMBINI, C. / TOMMASO, V. - *Concorrenza senza regolazione? Non ancora, grazie!*, in *Mercato, Concorrenza e Regole*, nº 2, 2003, p. 385.

CAMESASCA, PETER D. / BERGH, ROGER J. van den - *Achilles uncovered: revisiting the European Commission's 1997 market definition notice*, in *The Antitrust Bulletin*, v. 47, nº 1, (Spring), 2002, p. 143.

CAMMELLI, F. – *La prima applicazione decentrata del diritto comunitario della concorrenza da parte dell'Autorità garante: il provvedimento Unapace/Enel*. *Diritto dell'Unione Europea*, 2000, nº 2, p. 379.

CANIVET, GUY - *L'organisation des juridictions nationales pour l'application du droit communautaire de la concurrence*, in *Concurrences*, nº 1, 2004, p.21.

CANIVET, GUY (Groupe de travail présidé par) – *Restaurer la Concurrence par les Prix. Les produits de grande consommation et les relations entre industrie et commerce*, in *Documentation Française*, Paris, 2005.

- CANIVET, GUY (Dir.) – *La Modernisation du Droit de la Concurrence*, LGDJ, Paris, 2006.
- CANOTILHO, J.J. GOMES / MOREIRA, VITAL – *Constituição da República Portuguesa Anotada*, (3ª Ed.), Coimbra Ed., Coimbra, 1993.
- CAPELL, J. PELLISÉ – *Mercado Relevante, Posición de Dominio y otras cuestiones que plantean los artículos 82 TUE y 6 LDC*, Civitas, Madrid, 2002.
- CASES, LLUIS – *Regulación pública y abuso de posición de dominio*, in LAGE, SANTIAGO MARTÍNEZ / JUAN, AMADEO PETITBÓ (Directores), *El Abuso de la Posición de Dominio*, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, 2006, p. 227
- CASSESE, SABINO – *La Nuova Costituzione Economica. Lezioni*, (2ª. Ed.), Laterza, Roma, 2000.
- CAVANAGH, EDWARD D. - *Trinko: A Kinder, Gentler Approach To Dominant Firms Under the Antitrust Laws?*, *Legal Studies Research Paper Series*, St. John's University - School of Law, 2006, disponível na *Internet* em: <http://ssrn.com/abstract=940398> (2006)
- CENDON, PAOLO (a cura di), *La Concorrenza*, V. I e V. II, UTET, Torino, 2005.
- CHAGNY, MURIEL – *Droit de la Concurrence et Droit Commum des Obligations*, Dalloz, Paris, 2004.
- CHAGNY, MURIEL - *La distribution automobile entre bonheur concurrentiel et déception contractuelle*, in *Révue Lamy de la concurrence*, nº 4, 2005, p. 85.
- CHARBIT, NICOLAS - *Le Droit de la Concurrence et le Service Public*, L'Harmattan, Paris, 2002.
- CHEMILLIER-GENDREAU, M. / MOULIER-BOUTANG, Y. (sous la direction de) – *Le droit dans la mondialisation*, *Coll. Actuel Marx Confontation – Série Droit*, Puf, Paris, 2001
- CHRISTIANOS, V. (sous la direction de) / INSTITUT EUROPÉEN d'ADMINISTRATION PUBLIQUE – *Évolution Récente du Droit Judiciaire Communautaire*, Vol I – Maastricht, 1994 et Vol II – Maastricht, 1995.
- CHRISTRIANSEN, THOMAS – *The European Commission : administration in turbulent times*, in RICHARDSON, JEREMY (edited by), *European Union. Power and policy-making* (2nd Edit.),

Routledge, London, 2001.

CINI, M. / MCGOWAN, L. – *Competition Policy in the European Union*, Ed. St. Martin Press, New York, 1998.

CLAMOUR, GUYLAIN – *Interêt General et Concurrence: Essai sur la pérennité du Droit Public en Economie*, Dalloz, Paris, 2006.

COMBE, EMMANUEL – *Cartels et Ententes*, (Coll. *Que-sais-je ?*), P.U.F., Paris, 2004.

COMERFORD, MICHAEL E. – *B2B Web Sites, Antitrust Concerns, and The Rule of Reason*, in *Saint John's Law Review*, (Fall) 2001, p. 649.

COOK, CRISTOPHER J. – *Private Enforcement of EU Competition Law in Member State Courts: Experience to Date and the Path Ahead*, in *Competition Policy International*, Vol. 4, nº 2, Autumn 2008, p. 4, disponível na *Internet* em: www.globalcompetitionpolicy.org (2009)

CORCHO, RAFAEL ALLENDESALAZAR – *El abuso y sus efectos. Modernización del artículo 82 TCE: revisión o reforma*, in LAGE, SANTIAGO MARTÍNEZ / JUAN, AMADEO PETITBÓ (Directores), *El Abuso de la Posición de Dominio*, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, 2006, p. 155.

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES – *Concorrência e Direitos e Liberdades Fundamentais na União Europeia, in Regulação e Concorrência. Perspectivas e Limites da Defesa da Concorrência*, (Coord. Ruy de Albuquerque e António Menezes Cordeiro) Almedina, 2005, p. 9.

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES – *Defesa da Concorrência e Direitos fundamentais das empresas: da responsabilização as Autoridade da Concorrência por danos ocasionados em actuações de inspecção*, in *Regulação e Concorrência. Perspectivas e Limites da Defesa da Concorrência* (Coord. Ruy de Albuquerque e António Menezes Cordeiro), Almedina, 2005, p. 121

CORDEIRO, ROBALO – *As coligações de empresas e os direitos portugueses e comunitário da concorrência*, *Revista de Direito e Estudos Sociais*, ano XXIX, nº1, 1987, p. 87

COSTA, ADALBERTO. – *Práticas Individuais Restritivas do Comércio*, Vislis Ed., Lisboa, 2000

COUTINHO DE ABREU, J. M. – *Da Empresarialidade*, Almedina, 1996.

CRAIG, PAUL / BÚRCA, GRAINNE DE – *EC Law: Text, Cases and Materials*, Oxford University

Press, 1995.

CRESPO, ENRIQUE BARÓN - *Constitucionalización del Poder Legislativo en la Unión Europea*, Civitas, Madrid, 2006.

CUMMING, GEORGE / SPITZ, BRAD / JANAL, RUTH - *Civil Procedure Used for Enforcement of EC Competition Law by the English, French and German Civil Courts*, Kluwer Law International, 2007.

CUNHA, CAROLINA – *Profissões liberais e restrições da concorrência*, in *Estudos de Regulação Pública I* (organização de VITAL MOREIRA), Coimbra Ed., Coimbra, 2004, p. 445.

CUNHA, CAROLINA – *Controlo das Concentrações de Empresas. Direito Comunitário e Direito Português*, Almedina, Coimbra, 2005.

CUNHA, M. GORJÃO HENRIQUES – *Da Restrição de Concorrência na Comunidade Europeia: A Franquia de Distribuição*, Almedina, Coimbra, 1998.

D'ARCY, LEO / MURRAY, CAROLE / CLEAVE, BARBARA – *Schmitthoff's Export Trade: The law and practice of international trade*, (10th. Ed.), Sweet & Maxwell, Londres, 2000

DAVID, E. – *La détermination du montant des amendes sanctionnant les infractions complexes: régime commun ou régime particulier ?* *Révue Trimestrielle de Droit Européen*, 2000, n°3, p.511

DAVIDOW, J. – *US Antitrust at the Fin de Siècle – Major Developments and International Implications*, in *World Competition Law and Economics Review*, n° 3, vol. 22, 1999, p.29.

DECOCQ, ANDRÉ – *Droit Communautaire des Affaires, V.II – Droit Communautaire de la Concurrence*, Les Cours de Droit, Paris, 1992.

DECOCQ, ANDRÉ – *Droit Europeen des Affaires*, L.G.D.J., Paris, 2003.

DECOCQ, ANDRÉ / DECOCQ, GEORGES – *Droit de la Concurrence Interne et Communautaire*, (2^{ème} Edit.), L.G.D.J., Paris, 2004.

DELCOURT, B. – *L'État de Droit, pierre angulaire de la coexistence pacifique en Europe? Les*

ambiguïtés d'un principe nouveau dans les relations intérieures, in A. Fenet (Ed.), La coexistence: enjeu européen, Paris, Puf, 1997.

DENOZZA, F. / TOFFOLETTO, A. – *Contro l'utilizzazione dell'approccio economico nell'interpretazione del diritto antitrust, in Mercato, Concorrenza e Regole, n° 3, 2006, p. 563 ss.*

DERINGER, A. – *Les règles de concurrence au sein de la CEE, in Révue du Marché Commun, 54, 1963, p. 256.*

DUARTE, MARIA LUÍSA – *Contencioso Comunitário. Programa, Conteúdos e Métodos do Ensino Teórico e Prático. Princípios, Lisboa, 2003.*

DUARTE, MARIA LUÍSA – *Estudos de Direito da União e das Comunidades Europeias, vol. II, Coimbra Ed., Coimbra, 2006.*

DUBOIS, L. / BLUMANN, C. – *Droit Communautaire Matériel, Montchrestien, Paris, 1999*

DUE, O. – *Le respect des droits de la défense dans le droit administratif communautaire, Cahiers de Droit Européen, Vol. 23, n° 4-5, 1987, p. 383*

DUMEZ, H. / JEUNEMAÎTRE, A. – *La concurrence en europe, Ed. du Seuil, Paris, 1991.*

ECONOMIC ADVISORY GROUP ON COMPETITION POLICY / PATRICK REY (Coordinator) - *An Economic Approach to Article 82, Julho de 2005, disponível on-line (2008) em: http://ec.europa.eu/comm/competition/publications/studies/eagcp_july_21_05.pdf*

EHLERMANN, C.-D., - *La modernisation de la politique anti-trust de la CE : une révolution juridique et culturelle, Révue du Droit de l'Union Européenne, 2000, n°1, p. 13.*

EHLERMANN, C.-D. – *European Competition Law Annual 2000: The Modernisation of EU Competition Law, Hart Publishing, 2001.*

EHLERMANN, C. D. / ATANSIU, ISABELA – *European Competition Law Annual: Effective Private Enforcement of Antitrust Law. 2001. Hart Publishing, 2003.*

EHRICKE, ULRICH – *Les principes de Libération et de Libéralisation : de l'ouverture des marchés à l'adaptation aux conditions de la concurrence globale. L'exemple de la CE, in Révue*

Internationale de Droit Economique, Numéro Spécial - La Mondialisation du Droit Économique : Vers un Nouvel Ordre Public Économique, n° 3-4, 2003, p. 357.

EILMANSBERGER, T. – *Dominance – The Lost Child? How Effects-Based Rules Could and Should Change Dominance Analysis*, in *European Competition Journal* 15, Special Issue on Article 82, 2006.

ESPÁ, LUIS GARRIDO – *Los Tribunales del Orden Civil y el Reglamento CE 1/2003 del Consejo, de 16 de Diciembre de 2002, Relativo a la Aplicación de las Normas sobre Competencia Previstas en los Arts. 81 y 82 del Tratado Constitutivo de la CE*, in *La Defensa de la competencia por los órganos judiciales: El Reglamento CE 1/2003*, Luís Garrido Espá (Director), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, p. 43.

ESTELLA, F. DÍEZ – *La doctrina del abuso en los mercados conexos: del monopoly leveraging a las essential facilities*, in *Revista de Derecho Mercantil*, n° 248, 2003, p. 555.

ESTEVES DE OLIVEIRA, MÁRIO / GONÇALVES, PEDRO COSTA / PACHECO DE AMORIM, JOÃO - *Código de Procedimento Administrativo Comentado*, 2.^a ed., Almedina, Coimbra.

EUROPEAN UNION / EUROPEAN COMMISSION - *Modernisierung der Vorschriften zur Durchsetzung der EG-Wettbewerbsregeln: Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates und "Modernisierungspaket" / EU, Europäische Kommission. Modernisation des règles d'application des articles 81 et 82 du traité / Modernisation of EC antitrust enforcement rules*, Luxemburg, 2004.

EWING, KY - *Competition Rules for the 21st Century: Principles from America's Experience (2nd Edition)*, Kluwer Law International, 2006.

FARJAT, G. – *Observations sur la dynamique du Droit de la Concurrence*, in CANIVET, GUY (Dir.) – *La Modernisation du Droit de la Concurrence*, LGDJ, Paris, 2006, p. 3.

FASQUELLE, D. – *Droit Américain et droit Communautaire des Ententes : étude de la règle de raison*. Joly Ed., Paris, 1993

FAUBRE, VALERIE – *L'apport du Tribunal de Première Instance des Communautés Européennes au Droit Commun de la Concurrence*, Dalloz, Paris, 2005.

FAULL, JONATHAN and NIKPAY, ALI (eds), *The EC Law of Competition*, Oxford University Press, New York, (2econ Ed.) 2007

FAUSTO DE QUADROS – *O Princípio da Subsidiariedade no Direito Comunitário após o Tratado da União Europeia*, Almedina, 1995.

FAUSTO DE QUADROS – *Serviço Público e Direito Comunitário*, in *Os caminhos da Privatização da Administração Pública (IV Colóquio Luso Espanhol de Direito Administrativo)*, Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra Ed., Coimbra, 2001, p. 279

FAUSTO DE QUADROS / MARTINS, A.M. – *Contencioso comunitário*, Almedina, 2002

FAULL, J. / NIPKAY, A. – *The EC Law of Competition*, Oxford University Press, Oxford, 1999.

FERNANDES, SARA BRANDÃO - *A Aplicação do Direito Comunitário da Concorrência: Modernização vs Segurança*, in *Reflexões - Revista Científica da Universidade Lusófona do Porto*, nº 1, 1º Semestre, 2006, p. 103.

FERNANDEZ, ANTONIO GUERRA - *Comentarios a la sentencia del TJCE, de 9 de septiembre de 2003, en el asunto Consorzio Industrie Fiammiferi (CIF)/Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, in *Gaceta Jurídica de la Unión Europea e del Mercato*, nº 228, Noviembre/Diciembre, 2003, p. 85.

FERNANDEZ, FRANCISCO URÍA – *Problemas jurídicos derivados de la concurrencia potencial de procedimientos administrativos y procesos judiciales en matéria de defensa de la competencia*, in *Anuário de la Competência*, nº 1, 2004, p. 119.

FERREIRA DA CUNHA, PAULO. – *O Século de Antígona, (Parte VI – União Europeia, Estado e Constituição. A Constituição Impossível ?)*, Almedina, 2003.

FERREIRA DA CUNHA, P. – *Novo Direito Constitucional Europeu*, Almedina, Coimbra, 2005.

FERREIRA, E. PAZ – *União Económica e Monetária – um guia de estudo, Quid iuris*, Lisboa, 1999

FERREIRA, J. E. PINTO / BANGY, A. REMTULA – *Guia Prático do Direito da Concorrência*, AJE, Lisboa, 1999.

FERRIER, DIDIER / FERRÉ, DOMINIQUE – *Droit du Contrôle National des Concentrations*,

Dalloz, Paris, 2004.

FIEBIG, ANDRE – *Modernization of European Competition Law as a Form of Convergence*, in *Temple International and Comparative Law Journal*, Spring 2005, p. 63.

FLETCHER, AMELIA - *The Reform of art. 82: recommendations on the key policy objectives. Speech at the Competition Law Forum in Brussels, 2005*, disponível na Internet em: http://oft.gov.uk/shared_oft/speeches/spe0205.pdf (2007)

FORTUNA DE OLIVEIRA, ISABEL M. – *O direito antitrust comunitário e a marca (especial referência aos acordos verticais)*. Tese de doutoramento sob a direcção de JOSÉ ANTÓNIO GÓMEZ SEGADE, disponível na Biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade de Santiago de Compostela, 2005.

FOURGOUX, JEAN-CLAUDE - *Quel rôle désormais pour les juridictions nationales dans le cadre du Règlement n° 1/2003 sur les règles de concurrences?*, in *Révue Lamy de la concurrence*, n° 4, 2005, p. 123.

FOX, ELEANOR M. – *Antitrust and Regulatory Federalism: Races Up, Down, and Sideways*, in *New York University Law Review*, Vol. 75, 2000, p. 1782, disponível, na Internet em: <http://www3.law.nyu.edu/journals/lawreview/issues/vol75/no6/nyu605.pdf> (2006)

FOX, ELEANOR M. - *Can We Solve the Antitrust Problems of Globalization by Extra Territoriality and Cooperation? Sufficiency and Legitimacy*, in *The Antitrust Bulletin*, 2003, p. 355.

FOX, ELEANOR M. / DERENBERG, WALTER J. – *The Trouble with Trinko, Spring Meeting, 2004 / Antitrust Section – American Bar Association*, disponível na Internet, em <http://www.abanet.org/antitrust/at-committees/atelecom/pdf/troublewithtrinko.pdf> (2006)

FREIRE, PAULA VAZ – *Os Fundamentos Ordoliberais do Direito Europeu da Concorrência*, in *Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, Volume II, Almedina, 2008, p. 1791.

FRISON-ROCHE, MARIE-ANNE / PAYET, MARIE-STEPHANE – *Droit de la concurrence*, Dalloz, Paris, 2006.

FRISON-ROCHE, MARIE-ANNE – *A propos du règlement communautaire sur l'application des articles 81 et 82 du Traité : variations sur les lois de modernisation*, in CANIVET, GUY (Dir.) – *La Modernisation du Droit de la Concurrence*, LGDJ, Paris, 2006, p. 31.

FROUFE, PEDRO M. – *Sinais de Mudança no Direito da Concorrência (Comunitário)? Alguns tópicos de discussão*, in Universidade do Minho, Escola de Direito, *Estudos em Comemoração do Décimo Aniversário da Licenciatura em Direito da Universidade do Minho*, Almedina, 2004, p. 817.

FROUFE, PEDRO M. – *O Novo Regulamento das Concentrações Comunitárias: Notas sobre o Reforço do Princípio do Balcão Único e os Comportamentos de Gun-Jumping*, in *SCIENTIA IVRIDICA*, Tomo LIII, nº 299, Maio-Agosto, 2004, p. 221 e s.

FROUFE, PEDRO M. - *A aplicação dos Artigos 81.º e 82.º do Tratado CE: O Novo Regime Instituído pelo Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho*, in *TEMAS DE INTEGRAÇÃO*, nº 19, 1º semestre de 2005, p. 261.

FROUFE, PEDRO M. – *A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e a aplicação do Direito da Concorrência: o caso 000 NESTE*, in *SCIENTIA IVRIDICA*, Tomo LIV, nº 303, Julho – Setembro, 2005, p. 409

GAL, MICHAL S. – *Competition Policy for small markets economies*, Oxford University Press, Oxford, 2003.

GALÁN, J. IGNACIO FONT – *Constitución Económica y Derecho de la Competencia*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1987.

GALÁN, J. IGNACIO FONT / ABAD, MANUEL PINO (Coords.) - *Estudios de Derecho de la Competencia*, Marcial Pons, , Madrid, Barcelona, 2005.

GALÁN, J. IGNACIO FONT / SERRANO, L. MARIA MIRANDA – *Competencia Desleal e «Antitrust»: Sistemas de Ilícitos*, Marcial Pons, Madrid, 2005.

GALLI, GIAMPAOLO / PELKMANS, JACQUES – *Regulatory reform and Competitiveness in Europe, Vol. I – Horizontal Issues; Vol. II – Vertical Issues*, Edward Elgar, Cheltenham/Northampton, 2000.

GAMA, JOÃO DA SILVA – *Da utilização de um critério de razoabilidade na apreciação da validade dos comportamentos restritivos da concorrência na CEE*, in *O Direito*, 1995, p. 385.

GARCIA, NUNO OLIVEIRA – *Da Crença do Mercado Auto-Regulável aos Fenómenos Utópicos*

das Sociedades Comerciais e Elites Capitalistas: Notas sobre as esferas económicas e políticas das práticas do comércio transfronteiriço nos séculos XIX e XX, in PEDRO SOARES MARTINEZ (Coordenador), *Globalização Económica*, Almedina, Coimbra, 2007, p. 167.

GAUER, CÉLINE / KJOLBYE, LARS / DALHEIMER, DOROTHE, DE SMIJTER, EDDY, SCHICHELS, DOMINIK / LAURILA, MAIJA – *Regulation 1/2003 and the Modernisation Package fully applicable since 1 May 2004*, in *Competition Policy Newsletter*, nº 2 (Summer), European Commission, Brussel, 2004, p. 1.

GAUER, CÉLINE - *Les programmes de clémence au regard du réseau communautaire*, in *Concurrences*, nº 3, 2005, p. 16.

GAVIL, ANDREW I. – *Editor's Note in the Symposium The Future Course of the Rule of Reason*, in *Antitrust Law Journal*, 2000, p.331.

GAVIL, ANDREW I. - *Exclusionary Distribution Strategies By Dominant Firms: Striking A Better Balance*, in *ANTITRUST LAW JOURNAL*, Vol. 72, 1/2004, disponível na *Internet* em: <http://www.abanet.org/antitrust/at-journal/pdf/abstracts/v72-I1/v72-I1-abstract-01.pdf> (2005)

GEORGIEV, GEORGE STEPHANOV – *Contagious Efficiency: The Growing Reliance on U.S. – Style Antitrust Settlements in EU Law*, in *Utah Law Review*, vol. 2007, nº 4, p.971.

GERADIN, DAMIEN – *Competition Law and Regional Economic Integration: An analysis of the Southern Mediterranean Countries*, World Bank Working Paper, 2004.

GERADIN, DAMIEN / PETIT, NICOLAS - *Judicial Remedies under EC Competition Law: Complex Issues arising from the «Modernisation» Process*, in *Fordham Corporate Law*, (Paper Series) 2005, disponível na *Internet* em: <http://ssrn.com/abstract=877967> (2008)

GERARD, DAMIEN «*Diamonds are Forever*»: *a Look into the Alrosa Judgment of the Court of First Instance of the European Communities*, *eSapience Center For Competition Policy (case note)*, July 2007, disponível na *Internet* em: www.globalcompetitionpolicy.org (2007)

GERBER, D. – *Constitutionalizing the Economy: German Neo-Liberalism, Competition Law and the «New Europe»*, *American Journal of Comparative Law*, 1994, nº 42, p. 25

GERBER, DAVID. J. – *Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus*. Ed. Clarendon Press, Oxford, 2001.

GERBER, DAVID. J. – *Les doctrines européenne et américaine du droit de la concurrence*, in CANIVET, GUY (Dir.) – *La Modernisation du Droit de la Concurrence*, LGDJ, Paris, 2006, p. 107.

GERBER, DAVID J. - *Economics, Law & Institutions: The Shaping of Chinese Competition Law*, in *Washington University Journal of Law and Policy*, vol. 26, 2008, p. 271 – 299.

GERBER, DAVID J. – *Two Forms of Modernization in European Competition Law*, in *Fordham International Law Journal*, Vol. 31, nº 5, May 2008, p. 1235.

GERMÁN, COLOMA – *Defensa de la Competencia: analisis económico comparado*, Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires, Madrid, 2003.

GHEZZI, FEDERICO – *Verso un Diritto Antitrust Comune? Il Processo di Converggenza delle Discipline Statunitense e Comunitaria in Materia di Intese*, in *Rivista delle Società*, 2002, p.499.

GHIDINI, G. - *Due culture? Il ruolo dell'efficienza sulle due sponde dell'Atlantico*, in *Mercato, Concorrenza e Regole*, nº 1, 2003, p. 169.

GHIDINI, G. - *Collisione? Integrazione? Appunti sulla intersezione fra diritti di proprietà intellettuale e disciplina(e) della concorrenza*, in *Mercato, Concorrenza e Regole*, nº 2, 2005, p. 247.

GIFIS, STEVEN H. - *Law Dictionary, Barron's Legal Guides* (4th Edition), New York, 1996.

GINSBURG, DOUGLAS H. / BRANNON, LEAH – *Determinants of Private Antitrust Enforcement in the United States*, in *Competition Policy International*, vol. 1, nº 2, Autumn 2005, disponível na Internet em: www.esapience.org/journals (2006)

GIPPINI – FOURNIER, ERIC - *The Modernisation of European Competition Law: First Experiences with Regulation 1/2003 – Community Report to the FIDE Congress 2008*, in HERIBERT FRANZ KOECK / MARGIT MARIA KAROLLUS (Eds.) - *FIDE Congress 2008*, Vol. 2: *The Modernisation of European Competition Law – Initial experiences with the Regulation 1/2003*, Vienna, 2008, disponível na Internet em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1139776 (2008)

GLADIEUX, JENNIFER E. – *Towards a Single Standard for Antitrust: The Federal Trade's Commission Evolving Rule of Reason*, in *George Mason Law Review*, (Spring) 1997, p. 471.

GRAÍNNE DE BURCA – *The Constitutional Limits of EU Action*, Oxford University Press /

Academy of European Law Series, 2001.

GRILLO, M. / MAGNANI, L. - *Valutazione antitrust delle concentrazioni in mercati oligopolistici, in Mercato, Concorrenza e Regole*, n° 1, 2004, p. 217.

GOLDMAN B. / LYON-CAEN / VOGEL, L. – *Droit Commercial Européen*, 5ème Ed., Dalloz, Paris, 1998

GOYDER, D.G. – *EC Competition Law*, Oxford University Press, Oxford, 1998.

GUAL, J. / HELLWIG, M. / PERROT, A. / POLO, M. / REY, P. / SCHMIDT, K. / STENBACKA, R. – *An Economic Approach to the article 82, in Competition Policy International*, vol. 2, n° 1, Spring 2006, disponível na *Internet* em: www.esapience.org/journals (2008).

GUEDJ, A. – *Pratiques du Droit de la Concurrence National et Communautaire*, Ed. Litec, Paris, 2000.

HAAS, HERNEST BERNARD - *The uniting of Europe: Political, Social, and Economic Forces. 1950-1957*, Standord University Press, 1958.

HAGUENAU, C. – *L'application effective du Droit Communautaire en Droit Interne. Analyse comparative des problemes rencontrés en Droit Français, Anglais et Allemand*, Ed. Bruylant-Ed. de l'Université de Bruxelles, 1995.

HAMMER, ULF - *EC Secondary Legislation of Network Markets and Public Service: An Economic and Functional Approach*, in *Journal of Network Industries*, v. 3 (1), 2002, p.39

HARTLEY, T.C. – *The Foundations of European Community Law (Fourth Edition)*, Oxford University Press, 1998.

HAWK, BARRY E. - *A propos de la «concurrence par les mérites»: regards croisés sur l'article 82 CE et la Section 2 du Sherman Act*, in *Concurrences*, n° 3/2005, p. 33.

HAWK, BARRY E. – *Analyse comparative de l'article 82 du Traité CE et de la Section 2 du Sherman Act*, in CANIVET, GUY (Dir.) – *La Modernisation du Droit de la Concurrence*, LGDJ, Paris, 2006, p. 131.

HAWK, BARRY E. – *Article 82 and Section 2: Abuse and Monopolizing Conduct*, in *2 Issues in*

Competition Law and Policy, nº 817 (ABA Section of Antitrust Law 2008), 2008, disponível na Internet em <http://ssrn.com/abstract=1301690> (2008).

HERRERA, ALICIA GARCÍA – *La duración del contrato de distribución exclusiva*, Tirant lo Blanch, València, 2006.

HYLTON, KEITH N. – *Antitrust Law: Economic Theory and Common Law Evolution*, Cambridge University Press, 2003.

HOLMES, K. – *The EC White Paper on Modernisation*, *World Competition Law and Economics Review*, 2000, nº 4, vol. 23, p.51.

HOLMES, K. – *Public Enforcement or Private Enforcement? Enforcement of Competition Law in the EC and UK*, in *European Competition Law Review*, vol. 25, Issue 1, January 2004, p. 25.

IBÁÑEZ, JOSÉ LUIS G. – *La Comisión y la Aplicación del Derecho Comunitario de la Competencia*, in *La Defensa de la competencia por los órganos judiciales: El Reglamento CE 1/2003*, Luís Garrido Espá (Director), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, p. 109.

IDOT, L. - *Contrôle des Concentrations : Le rôle clef des engagements : réflexions sur l'évolution de la pratique*, in *Révue Lamy Droit des Affaires*, Paris, nº37, 2001.

IDOT, L. / VAN DE WALLE DE GHELCKE, B. – *Le besoin de sécurité juridique : notification et exemptions*, in *Actes de la Journée d'études organisée le 26 Mai 2000 à l'occasion du 35^{ème} anniversaire des Cahiers de Droit Européen*, *Cahiers de Droit Européen*, nºs 1-2, 2001, pp.160.

IDOT, L. – *Droit Communautaire de la Concurrence - Le nouveau système communautaire de mise en œuvre des articles 81^o et 82^o CE*, Coll. FEDUCI/Série Droit de la Concurrence, Bruylant, Bruxelles, 2004.

IDOT, L. - *Plaidoyer pour une réflexion sur l'articulation entre les programmes de clémence et les actions privées*, in *Concurrences*, nº 3, 2005, p. 25.

IDOT, L. – *La qualification de la restriction de concurrence : a propos des lignes directrices de la Commission concernant l'application de l'article 81, § 3 CE*, in CANIVET, GUY (Dir.) – *La Modernisation du Droit de la Concurrence*, LGDJ, Paris, 2006, p. 85.

IMMENGA, U – *Coherence: A Sacrifice of Decentralization?*, in *European Competition Law*

Annual 2000: The Modernization of EC Antitrust Policy, C.D. Ehlermann/ L. Atanasiu (Eds.), Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2001.

IMMENGA, U. – *O Direito da Concorrência na Economia Global, Filosofia do Direito e Direito Económico. Que Diálogo? Miscelâneas em honra de Gérard Farjat*, Ed. portuguesa do Instituto Piaget, 2001, p. 439

JALABERT, N. – *Livre Blanc sur la modernisation de l'application des articles 81 et 82*, in *RDAI – Revue de Droit des Affaires Internationales*, 1999, p.497.

JALABERT-DOURY, NATHALIE - *Politiques de Concurrence (Competition Policies)*, in *RDAI – Revue de Droit des Affaires Internationales*, nº 5, 2004, p. 665.

JALABERT-DOURY, NATHALIE – *Les inspections de concurrence. Gerer une enquête de concurrence dans l'entreprise à l'heure du renforcement de la lutte contre les cartels*, Bruylant, Bruxelles, 2005.

ARVIS, M. – *Application of EC Law in National Courts*, Oxford University Press, 1998

JONES, A. / SUFRIN, B. – *EC Competition Law: Text, Cases and Materials*, 3th. Ed., Oxford University Press, 2007.

KATE, ADRIAAN ten / NIELS, GUNNAR (Guest editors) - *Antitrust in the U.S. and the EU: converging and diverging paths?*, (thematic issue of) *The Antitrust Bulletin*, 2004, v. 49, n. 1-2, (Spring-Summer), p.1.

KARAGIANNIS, YANNIS – *Why The EU Does Not Have An Independent Competition Agency? French Interests and Transaction Costs in Early European Integration*, Institut Barcelona d'Estudis Internacionals, CIDOB Edicions, Barcelona, 2008

KATSOUACOS, YANNIS – *Some Critical Comments on the Commission's Guidance Paper on Art. 82 EC*, in *GCP – The Online Magazine for Global Competition Policy*, February 2009, disponível na *Internet* em: www.globalcompetitionpolicy.org (2009)

KAMPS, WALTER *No more guns from the Ruhr!*, in *geschichte.nrw.de/chronicle* - registo relativo ao ano de 1949, disponível na *Internet* em: <http://www.geschichte.nrw.de/artikel.php?artikel%5Bid%5D=50&lkz=en> (2009)

KERSE, CRISTOPHER / KHAN, NICHOLAS – *EC Antitrust Procedure*, Sweet & Maxwell, London,

2005.

KEZSBOM, A. / GOLDMAN, A. – *No short cut to antitrust analysis: the twisted journey of Essential Facilities doctrine*, in *Columbia Business Law Review*, 1996, nº 1/1, p.602.

KILLICK, JAMES / KOMNINOS, ASSIMAKIS - *Schizophrenia in the Commission's Article 82 Guidance Paper: Formalism Alongside Increased Recourse to Economic Analysis*, in *GCP – The Online Magazine for Global Competition Policy*, February 2009, disponível na Internet em: www.globalcompetitionpolicy.org (2009)

KIRAT, THIERRY - *Économie du Droit*, Ed. La Découverte, Paris, 1999.

KJOLBYE, L. – *The new Commission Guidelines on the application of Article 81 (3): An Economic Approach to Article 81*, *European Competition Law Review*, 2004, nº 9, p.566.

KLEES, ANDREAS M. - *Breaking the Habits: The German Competition Law after the 7th Amendment to the Act against Restraints of Competition (GWB)*, in *German Law Journal – Review of Developments in German, European and International Jurisprudence*, Vol. 7, Issue nº 4, 2006, p. 399.

KOMNINOS, ASSIMAKIS - *EC Private Antitrust Enforcement: Decentralised Application of EC Competition Law by National Courts*, Hart Publishing, United Kingdom, 2008.

KORAH, VALENTINE – *Future Competition Law: Community Courts and Commission Not Consistently Analytical in Competition and Intellectual Property Matters*, in *European Competition Law Annual 1997 – The Objectives of Competition Policy*, EHLERMANN, C.-D. / LAUDATI, LARAINÉ L. (Eds.), Hart Publishing, Oxford, 1998.

KORAH, VALENTINE – *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*, Hart, Oxford, Portland Oregon, 2000.

KORAH, VALENTINE (General Ed.) – *Competition Law of the European Community*, Lexis Nexis, 2000.

KORAH, VALENTINE – *Intellectual property rights and the EC Competition Rules*, Hart., Oxford, 2006.

KUNZLIK , PETER F. - *Globalization and Hybridization in Antitrust Enforcement: European «Borrowings» From the U.S. Approach* , in *The Antitrust Bulletin*, 2003, p. 319

LAGE, SANTIAGO MARTÍNEZ / JUAN, AMADEO PETITBÓ (Directores) – *La Modernización del Derecho de la Competencia en España y en la Union Europea*, Fundación Rafael del Pino, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, 2005.

LAGE, SANTIAGO MARTÍNEZ / JUAN, AMADEO PETITBÓ (Directores) – *El abuso de la posición de dominio*, Marcial Pons, Madrid, 2006.

LAMPERT, T. – *International Co-operation Among Competition Authorities*, *European Competition Law Review*, 1999, nº 4, p. 215.

LANDI, NICCOLÓ – *Il Nuovo Regime Della Concorrenza Nella Repubblica D'Irlanda: Il Competition Act 2002*, in *Diritto Del Commercio Internazionale*, 18.2, Aprile-Giugno 2004, p.297.

LANDE, ROBERT H. – *The Price of Abuse: Intel and the European Commission Decision*, in *GCP – Global Competition Policy*, Release: June 2009, disponível na Internet em: www.globalcompetitionpolicy.org (2009)

LANG, J. TEMPLE – *Decentralised Application of Community Competition Law*, in *World Competition Law and Economics Review*, 1999, nº 4, v.22, p.3.

LANG, J. TEMPLE – *The principle of essential facilities in European Community competition law - the position since Bronner*, in *Journal of Network Industries*, v. 1 (4), 2000, p.375

LARANJEIRO, C. – *O Enquadramento Jurídico e Económico da UEM*, in *Temas de Integração*, 3º Vol., 1º Semestre de 1998, nº 5, Almedina, pag. 5.

LAROUCHE, PIERRE - *Relevant Market Definition in Network Industries: Air Transport and Telecommunications*, in *Journal of Network Industries*, nº 1 (4), 2000, p.407.

LATORRE, FERNANDO JIMÉNEZ / PACHECO, ENRIQUE CAÑIZARES – *Dificultades para la definición del mercado relevante*, in LAGE, SANTIAGO MARTÍNEZ / JUAN, AMADEO PETITBÓ (Directores), *El Abuso de la Posición de Dominio*, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, 2006, p. 33.

LE MIRRE, P. – *Droit de l'Union Européenne et Politiques Communes*, Dalloz, Paris, 1997

LEGATTE, PAUL - *Une Expérience de Marché Commun Franco-Britannique*, in *Politique Étrangère*, nº 6, vol. 19, 1953, p. 493

LEHMKUHL, DIRK - *On Government, Governance and Judicial Review: The Case of European Competition Policy*, in *Journal of Public Policy*, vol. 28 (1), 2008, p. 139.

LEVITT, M. - *Commission Notice on Internal Rules of Procedure for Access to the File*, *European Union Law Review*, 1997, nº 3, p. 190.

LIGNEUL, NICOLAS - *Élaboration d'un Droit International de la Concurrence entre les entreprises*, Bruylant, Bruxelles, 2001.

LIPSKY, A.B. / SIDAK, J.G. - *Essential Facilities*, in *Stanford Law Review*, 51, 1999, p. 1190/1191.

LLORENS, M. PI - *Los Derechos Fundamentales en el Ordenamiento Comunitario*, Ariel Derecho, Barcelona, 1999.

LOBO, C. BAPTISTA - *Concorrência Bancária?*, Almedina, Coimbra, 2001.

LÓPEZ-MUÑIZ, JOSÉ LUIS MARTÍNEZ - *Servicio Público, Servicio Universal y «Obligación de Servicio Público» en la perspectiva del Derecho Comunitario: los Servicios Esenciales y sus Regímenes Alternativos*, in *Os caminhos da Privatização da Administração Pública (IV Colóquio Luso Espanhol de Direito Administrativo)*, Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra Ed., Coimbra, 2001, p. 249.

LOQUIN, E. / KESSEDJIAN, C. - *La Mondialisation du Droit*, Litec, 2000.

LOUIS, JEAN-VICTOR / RONSE, THIERRY - *L'ordre juridique de l'Union européenne*, Helbing & Lichtenhahn, Bruylant, L.G.D.J., Bruxelles, 2005.

LOWE, PHILIP / ANSGAR, HELD - *Modernisation and beyond : the role of competition policy in driving economic growth*, in *European Competition Journal*, v.I, nº1, March, 2005, p. 35.

LOWE, PHILIP - *Preserving and Promotion Competition: A European Response*, in *Competition Policy Newsletter*, nº 2, Summer 2006, p. 1.

LOWE, PHILIP - *The European Commission Formulates its Enforcement Priorities as Regards Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings*, in *GCP - The Online Magazine for Global*

Competition Policy, February 2009, disponível na *Internet* em: <http://www.globalcompetitionpolicy.org/index.php?&action=900> (2009)

LOWE, PHILIP – *Cartels, Fines and Due Process*, in *GCP - The Online Magazine for Global Competition Policy*, June 2009, disponível na *Internet*, em: www.globalcompetitionpolicy.org (2009)

LOYGORRI, ALFONSO RINCÓN GARCIA – *La arbitrabilidad del Derecho de la Competencia : especial referencia a la normativa de la UE, Union Europea Aranzadi*, 2004, nº 7, p.5.

LUCAS de LEYSSAC, C. / PARLEANI, G. - *Le droit du marché*, Paris, PUF, 2001.

LYONS, BRUCE - *The Paradox of the Exclusion of Exploitive Abuse*, ESRC - Center for Competition Policy, Department of Economics, University of East Anglia, Norwich, *Working – Paper* nº 08-01, December 2007, disponível na *Internet* em: <http://ssrn.com/abstract=1082723> (2009).

MADURO, MIGUEL POIARES – *A Constituição Plural. Constitucionalismo e União Europeia*, Principia, 2006.

MAIL – FOUILLEUL, STÉPHANE – *Les sanctions de la violation du droit communautaire de la concurrence*, LGDJ, Paris, 2002.

MAJONE, GIANDOMENICO - *La Communauté Européenne: Un État Regulateur*, Montchrestien, Paris, 1996.

MAJONE, GIANDOMENICO - *Dilemmas of European Integration: The Ambiguities and Pitfalls of Integration by Stealth*, Oxford University Press, 2005

MAJONE, GIANDOMENICO - *The Common sense of European Integration*, in *Journal of European Public Policy*, Issue 5, Vol. 13, August 2006, p. 607

MAJONE, GIANDOMENICO - *Regulation and Public Policy*, Comunicação apresentada em sessão pública (Conferência) promovida pela Associação Portuguesa de Bioética, Lisboa, 15 de Maio de

2009¹⁰¹⁸.

MALAURIE-VIGNAL, MARIE – *Droit de la concurrence interne et communautaire*, (3^{ème} Ed.), Armand Colin, Paris, 2005.

MANZINI, PIETRO – *The European Rule of Reason – Crossing The Sea of Doubt*, in *European Competition Law Review*, 2002, p. 392.

MARENCO, GIULIANO – *The Birth of Modern Competition Law in Europe*, in BOGDANDY, ARMIN von / MAVROIDIS, PETROS / MÉNY, IVES (orgs.) – *European Integration and International Coordination – Studies in Transnational Economic Law in Honour of Claus-Dieter Ehlermann*, Kluwer Law International, Haia, 2002, p.279.

MARQUES, M. M. LEITÃO – *Um Curso de Direito da Concorrência*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002.

MARQUES, M. M. LEITÃO / VITAL MOREIRA – *A Mão Visível. Mercado e Regulação*, Almedina, 2003.

MARQUES, M. M. LEITÃO / ALMEIDA, JORGE – *Entre a propriedade e o acesso: a questão das infra-estruturas essenciais*, in *Concorrência. Estudos* (Coordenação António Goucha Soares e Maria Manuel Leitão Marques), Almedina, Coimbra, 2006, p. 45.

MARQUES, M. M. LEITÃO / SIMÕES DE ALMEIDA, JOÃO PAULO / FORTE, ANDRÉ MATOS - *Concorrência e Regulação (A relação entre a Autoridade da Concorrência e as autoridades de Regulação Sectorial)*, Coimbra Ed., 2005.

MARSDEN, P. – *The impropriety of WTO "Market Access" rules on vertical Restraints*, *World Competition Law and Economics Review*, 1998, nº 6, vol. 22, p.5.

MARSDEN, P. – *A WTO Rule of Reason*, *World Competition Law and Economics Review*, 1998, nº 8, p. 530.

MARTÍN-LABORDA, A. ROBLES – *Libre Competencia y Competencia Desleal*, La Ley, Madrid, 2001.

MARTINEZ LAGE, SANTIAGO – *Lá décentralisation du droit communautaire de la concurrence et*

¹⁰¹⁸ Versão distribuída/disponibilizada sob a forma *de working paper*.

le rôle de la Commission, in Actes de la Journée d'études organisée le 26 Mai 2000 à l'occasion du 35^{ème} anniversaire des Cahiers de Droit Européen, Cahiers de Droit Européen, n^{os} 1-2, 2001, p.209 ss.

MARTINS, A. M. GUERRA – *A emergência de um novo Direito Comunitário da Concorrência – As concessões de serviços públicos, in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Vol. XLII – nº 1, Coimbra Ed., Lisboa, 2001.*

MARTINS, MANUEL – *Auxílios de Estado: no Direito Comunitário, Príncípa, Cascais, 2002.*

MASSEY, PATRICK - *Competition and deregulation: a review of Irish experience, in The Antitrust Bulletin, 2002, v. 47, n. 4, (Winter), p. 715.*

MATEUS, ABEL / MOREIRA, TERESA - *Competition Law and Economics: Advances in Competition Policy and Antitrust Enforcement, Kluwer Law International, 2007.*

MATOS, A.-M. DE – *Les contrats transfrontières conclu par les consommateurs au sein de l'Union Européenne. Presses Universitaires d'Aix-Marseille /F. de Droit et de Science Politique, 2001.*

MERTENS DE WILMARS, J. / NYSSSES, HAROLD – *Integração Europeia e Correção dos Mercados. Um modelo económico e social europeu, in Filosofia do Direito e Direito Económico. Que Diálogo? Miscelâneas em honra de Gérard Farjat, Ed. portuguesa Instituto Piaget, 2001, p. 601.*

MESTMACKER, V. – *The EC Commission's Modernization of Competition Policy: a Challenge to the Community's Constitutional Order, in European Business Organization Review, 1, 2000, 401.*

MEZZETI, L. (org.) – *Costituzione Economica e Libertá di Concorrenza, Ed. G. Giappichelli, Torino, 1994.*

MHERA, SALIL K. / YANBEI, MENG – *Against Antitrust Functionalism: Reconsidering China's Antimonopoly Law, Temple University, Beasley School of Law, Legal Studies Research Paper Series, nº 2008 – 70, 2008, disponível, na Internet, em: <http://ssrn.com/abstract=1266796> (2008)*

MINC, A. - *www.capitalismo, Difel, Lisboa, 2001.*

MIRANDA, J. – *Manual de Direito Constitucional, Tomo IV. Direitos Fundamentais (3^a. Ed.),*

Coimbra Ed., 2000.

MIRANDA, J. – *Direito Constitucional III. Integração Europeia. Direito Eleitoral. Direito Parlamentar*, AAFDL, Lisboa, 2001.

MITNICK, BARRY M. – *Origin of the Theory of Agency. An account by One of the Theory's Originators, Working Paper Series*, University of Pittsburgh, January 2006, disponível na Internet em: <http://ssrn.com/abstract=1020378> (2009)

MODRALL, JAMES R. / CIULLO, STEFANO - *Gun-Jumping and EU Merger Control, in European Competition Law Review*, 2003, (Issue 9), p. 424.

MOLINA, J. A. MORENO – *Contratos Públicos: Derecho Comunitário y Derecho Español*, McGraw Hill, Madrid, 1996

MONAR, J / WESSELS, W. (edited by) – *The European Union After The Treaty of Amsterdam*, Ed. Continuum, London and New York, 2001.

MONTAG, FRANK – *The System of Legal Exception, in Actes de la Journée d'études organisée le 26 Mai 2000 à l'occasion du 35^{ème} anniversaire des Cahiers de Droit Européen, Cahiers de Droit Européen*, n^{os} 1-2, 2001, p. 145 ss.

MONTI, GIORGIO - *Article 81 EC and public policy, in Common Market Law Review*, vol. 39, n^o 5, October, 2002, p. 1057.

MORAIS, LUIS BRANCO – *Uma nova figura no Direito da Concorrência: o abuso de dependência económica*, AAFDL, Lisboa, 2000.

MORAIS, LUIS DOMINGOS SILVA – *Empresas Comuns (Joint Ventures), no Direito Comunitário da Concorrência*, Almedina, Coimbra, 2006.

MOREIRA, VITAL – *Economia e Constituição* (2^a Ed.), Coimbra Ed., Coimbra, 1979.

MOREIRA, VITAL – *Serviço Público e concorrência. A Regulação do Sector Eléctrico, in Os caminhos da Privatização da Administração Pública (IV Colóquio Luso Espanhol de Direito Administrativo)*, Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra Ed., Coimbra, 2001, p. 223

MOREIRA, VITAL / MAÇÃS, FERNANDA – *Autoridades Reguladoras Independentes. Estudo e Projecto de Lei-Quadro*. Coimbra Ed., Coimbra, 2003.

MOREIRA, VITAL – *Regulação económica, concorrência e serviços de interesse geral*, in *Estudos de Regulação Pública I* (organização de VITAL MOREIRA), Coimbra Ed., Coimbra, 2004, p.547.

MOSCHEL, WERNHARD – *The Goals of Antitrust Revisited*, in *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 1991, p.7.

MOTA DE CAMPOS, J. – *Direito Comunitário. O Ordenamento Económico, Vol. III*, F. Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1997.

MOTA DE CAMPOS, J. – *Manual de Direito Comunitário, (2ª. Ed.)*, F. Calouste Gulbenkian., Lisboa, 2001.

MOTA DE CAMPOS, J./ MOTA DE CAMPOS, J. LUIZ – *Contencioso Comunitário*, F. Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2002.

MOTTA, MASSIMO – *Competition Policy: Theory and Practice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004.

MOURRE, ALEXIS (Sous la Direction de) – *Le nouveau droit communautaire de la concurrence. Les droits de la défense face aux pouvoirs de la Commission Européenne*, Forum Européen de la Communication, Bruylant, Paris, Bruxelles, 2004.

MULLER, FELIX - *The new Council Regulation (EC) No. 1/2003 on the implementation of the rules on competition*, in *German Law Journal*, vol. 5, nº 6,1 June, 2004, p. 721.

NAZZINI, RENATO / NIKPAY, ALI - *Private Actions in EC Competition Law*, in *Competition Policy International*, Vol. 4, nº 2, Autumn 2008, (versão disponível, na *Internet*, em www.globalcompetitionpolicy.org.) (Agosto de 2009).

NEALIS, PETER – *Per Se Legality : A New Standard in Antitrust Adjudication Under The Rule of Reason*, in *Ohio State Law Journal*, 2000, 347.

NICINSKY, SOPHIE – *Droit public de la concurrence*, LGDJ, Paris, 2005.

NIHOUL, PAUL (Sous la Coord.) – *La Décentralisation dans l'Application du Droit de la Concurrence. Un rôle accru pour le praticien ?*, Bruylant, Bruxelles, 2004.

NOGUEIRA DE ALMEIDA, J. J. – *Restituição das Ajudas de Estado concedidas em violação do Direito Comunitário*, Coimbra Ed., Coimbra, 1997.

NOURISSAT, C. / WITTERWULGHE, R. – *Le Nouveau Règlement d'Application du Droit Communautaire de la Concurrence : un défi pour les juridictions françaises*, Coll. *Thèmes et Commentaires*, Dalloz, Paris, 2004.

NOURISSAT, CYRIL. / CHEYNEL, BENJAMIN - *Repenser la protection du secret professionnel dans le cadre des procédures de concurrence : le président de la Cour de justice des Communautés européennes annonce la suite au prochain épisode*, in *Révue Lamy de la concurrence*, nº 1, 2004, p. 84.

NUNES, A. J. AVELÃS *Economia Política. A Produção, Mercados e Preços*, SASUC – Serviço de Textos, Coimbra, 1998.

OCDE – *The Essential Facilities Concept*, OCDE/GD(96)113, Paris, 1996.

OCDE – *Trade and Competition Policies: Comparing Objective and Methods*, Paris, 1994.

OCDE – *O Futuro da Economia Global: Rumo a uma expansão duradoura?*, Lisboa, 2001.

ORLANDI, M. – *Diritto della concorrenza e sussidiarietà: I termini di un equivoco. Quaderni della Scuola Europea*, 1999, v.2, p. 25.

ORLOW, DIETRICH - *Common Destiny. A Comparative History of the Dutch, French, and German Social Democratic Parties, 1945 – 1969*, Berghahn Books, Oxford – New York, 2000.

ORTIZ-BLANCO, L. – *European Community Competition Procedure*, Oxford University Press, 1996

ORTIZ-BLANCO, L. / SEQUEROS, A.P. (edición a cargo de) – *Derecho de la Competencia Europeu Y Español*, Ed. Dykinson, Madrid, 2002.

PACE, LORENZO FEDERICO – *I Fondamenti Del Diritto Antitrust Europeo. Norme di Competenza*

e Sistema Aplicativo dalle Origini alla Costituzione Europea, Dott. A. Giuffrè Ed., Milano, 2005

PAIS, SOFIA O. – *O Controlo das Concentrações de Empresas no âmbito do Direito Comunitário da Concorrência*, Almedina, Coimbra, 1996.

PALLARÉS, CASÉS L. – *Derecho administrativo de la defensa de la competencia*, Marcial Pons, Madrid, 1995.

PALLEK, MARCUS – *L'avenir de la coopération euro-américaine dans le domaine de la concurrence*, in *Cahiers de Droit Européen*, Vol. 40, nº 1-2, 2004, p. 95.

PAPANTONI, MARIA – *La Directive Abus de Marche*, in *Cahiers de Droit Européen*, Vol. 41, nº 1-2, 2005, p. 179.

PARCU, PIER LUIGI - *European Dominant Position and American Monopolization: a Unifying Approach from Basic Game Theory*, in *Banca Nazionale del Lavoro Quarterly Review*, Jun 2006, disponível na Internet em: http://findarticles.com/p/articles/mi_qa5480/is_200606/ai_n21405736/ (2008)

PARDOLESI, R. / TASSONE, B. - *I giudici e l'analisi economica del diritto due anni dopo*, in *Mercato, Concorrenza e Regole*, nº 3, 2005, p.579.

PASCUAL y VICENTE, J. – *Diccionario de Derecho y Economía de la Competencia en España y Europa*, Civitas, Madrid, 2002.

PASCUAL y VICENTE, J. – *El abuso de posición dominante*, in *Revista de Derecho Mercantil*, nº 245, 2002, p.1291.

PATRICIO, J. SIMÕES – *Direito da concorrência: aspectos gerais*, Ed. Gradiva, Lisboa, 1982.

PAULIS, EMIL / GAUER, CÉLINE - *Le règlement nº 1/2003 et le principe du «ne bis in idem»*, in *Concurrences*, nº 1, 2005, p. 32.

PAULWEBER, M. – *The end of a Success Story? The European Commission's White Paper on the Modernisation of the European Competition Law*. *World Competition law and economics Review*, 2000, nº 3, v.22, p.3

PAYET, MARIE-STÉPHANE – *Droit de la concurrence et droit de la consommation*, Dalloz, Paris, 2001.

PEDROSO, FILIPA ARANTES – *Análise do D. L. 422/88, de 19-2 – Concentrações*, in *Revista da Ordem dos Advogados (RDO)*, Ano 1989, p. 545.

PEGO, J.P.F. MARIANO – *A Posição Dominante Relativa no direito da Concorrência*, Almedina, Coimbra, 2001.

PEGO, J.P.F. MARIANO – *Decisões da Comissão Europeia que tornam obrigatórios dos compromissos assumidos pelas empresas*, in *Temas de Integração*, nº 20, 2º semestre, 2005, p. 211.

PEGO, J.P.F. MARIANO – *O Controlo dos oligopólios pelo Direito Comunitário da Concorrência. A posição dominante colectiva*, Almedina, Coimbra, 2007.

PERA, ALBERTO – *Concorrenza e Antitrust. Usi e abusi del mercato: le regole e le istituzioni per il suo corretto funzionamento* (3ª. Ed. aggiornata), Il Mulino, Bologna, 2005.

PEREIRA, J. G. DE SÁ – *O balanço concorrencial como regra e método de verificação das condições de validade das práticas restritivas: suas implicações substantivas e processuais no direito comunitário da concorrência*, *Revista da Ordem dos Advogados (RDO)*, Ano 59, nº 1, p. 123.

PEREIRA, MIGUEL MENDES – *Lei da Concorrência. Anotada*, Coimbra Editora, 2009.

PÉREZ, J.M. BENEYTO (Director) / GONZÁLEZ-ORÚS, J. MAILLO (Coordinador) – *El Nuevo Derecho Comunitario y Español de la Competencia. Descentralización, análisis económico y cooperación internacional*, Ed. Bosch, Barcelona, 2002.

PÉREZ, J.M. BENEYTO (Director) / GONZÁLEZ-ORÚS, J. MAILLO (Coordinador) – *Tratado de Derecho de la Competencia (Union Europea y España)*, 5 vols., Bosch, Barcelona, 2005.

PERIS, JUAN IGNACIO RUIZ – *La responsabilidad de la dominante en el derecho de defensa de la competencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

PERROT, ANNE – *Réglementation et Concurrence*, Economica, Paris, 2001.

PEYRES, J. / SIMIC, I. – *Contrôle des Concentrations. Les modifications et innovations du « Paquet Réforme » de la Commission. (Merger Control. Overview of the Commission «Reform Package»)*, in *RDAI – Revue de Droit des Affaires Internationales*, nº 4, 2004, p. 519.

PHEASANT, J. – "Confidentiality: Business Secrets", *Rights of Defence and Rights of the European Commission in EC Competition Law*, Ed. Bruylant, Bruxelles, 1994.

PHINNEMORE, DAVID / MCGOWAN, LEE - *A Dictionary of the European Union*, Routledge, London, 2002

PIJETLOVIC, KATARINA - *Reform of EC antitrust enforcement : criticism of the new system is highly exaggerated*, in *European Competition Law Review*, vol. 25, nº 6, June, 2004, p. 356.

PITOFISKY, R. / PATTERSON, D. / HOOKS, J. – *The essential facilities doctrine under U.S. antitrust law*, in *Antitrust Law Journal*, 70, 2, 2002, p. 450.

PIRAINO (JR.), THOMAS A. – *Making Sense of the Rule of Reason: A New Standard For Section 1 of the Sherman Act*, in *Vanderbilt Law Review*, November 1994, p. 1753.

PIROVANO, A. – *As Transformações da Ordem Privada Económica. O Exemplo das Redes de Distribuição Selectiva, Filosofia do Direito e Direito Económico. Que Diálogo? Miscelâneas em honra de Gérard Farjat*, Ed. portuguesa Instituto Piaget, 2001, p. 237.

PITTA E CUNHA, P. – *Os impulsos federais na construção europeia*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Vol. XLI – nº1, Coimbra Ed., Lisboa, 2000, pag. 9 e ss.

PITTA E CUNHA, P. – *A Integração Europeia no Dobrar do Século*, Almedina, 2003.

PLIAKOS, A. - *Les Droits de la Défense et le Droit Communautaire de la Concurrence*, Bruylant, Bruxelles, 1998.

POELEMANS, MAITÉNA – *La sanction dans l'ordre juridique communautaire. Contribution à l'étude du système répressif de l'Union européenne*, Bruylant, L.G.D.J., Bruxelles, 2004.

PORTO, M. C. LOPES – *A Europa no dealbar do novo século*, Almedina, Coimbra, 1999.

PORTO, M. C. LOPES – *Teoria da Integração e Políticas Comunitárias*, (4ª Ed. ampliada e actualizada), Almedina, Coimbra, 2009.

PORTO, M. C. LOPES – *Economia: Um Texto Introdutório*, 2ª Ed., Almedina, Coimbra, 2004.

PRESAS, A. SOLER - *La indemnización por resolución del contrato en los PECL/DCFR*, 2009,

InDret, 2/2009, disponível na *Internet* em: www.indret.com (2009)

PROSPERETTI, L. / SIRAGUSA, M./ BERETTA, M./MERINI, M - *Economia e diritto antitrust*, Carocci, Roma, 2006

POSNER, RICHARD A. – *Natural Monopoly and its Regulation*. Ed. Cato Intitute, 1999.

POSNER, RICHARD. A. – *Antitrust Law*. University of Chicago Press, Chicago, 2001.

PRIETO, CHATERINE / RODA, JEAN-CRISTOPHE - *Quelles évolutions pour la clémence dans l'Union européenne ?*, in *Concurrences*, nº 3, 2005, p.12.

PULITINI, F. - *Quante analisi economiche del diritto? Riflessioni su Yale e Chicago*, in *Mercato, Concorrenza e Regole*, nº 1, 2003, p. 139.

PUTMAN, EMMANUEL – *Contentieux Économique*, PUF, Paris, 1998.

PUTTEMANS, ANDRÉE / WELBROECK, DENIS / BELLIS, JEAN-FRANÇOIS / SZAFRAN, DAVID – *Aspects Récentes du Droit de la Concurrence*, Bruylant, Bruxelles, 2005.

RAFFAELLI, ENRICO ADRIANI (Edited by/ a cura di) - *Antitrust Between EC Law and National Law / Antitrust Fra Diritto Nazionale e Diritto Comunitario*, Bruylant / Giuffré Ed., Bruxelles / Milano, 2005.

RAINELLI, M. – *Rumo a uma ordem concorrencial mundial ?*, in *Filosofia do Direito e Direito Económico. Que Diálogo? Miscelâneas em honra de Gérard Farjat*, Ed. portuguesa Instituto Piaget, 2001, p. 533

RAINAUD, J-M. – *Droit Public de la Concurrence*, Economica, Paris, 2001.

RAMOS, R.M. GENS DE MOURA – *Das Comunidades à União Europeia. Estudos de Direito Comunitário*, 2º Edição, Coimbra Ed., 1999.

REGUEIRA, ALBERTO – *A Política de Defesa da Concorrência: Parecer*, Conselho Económico e Social, Lisboa, 2001.

REIG, CARLOS PADRÓS *La reforma del sistema español de defensa de la competencia. Un nuevo marco institucional de la defensa de la competencia en España*, CEUD Ediciones, Barcelona, 2006.

REY, PATRICK (Coordinator) / ECONOMIC ADVISORY GROUP ON COMPETITION POLICY - *An Economic Approach to Article 82*, Julho de 2005, disponível na Internet em: http://ec.europa.eu/comm/competition/publications/studies/eagcp_july_21_05.pdf (2008)

REY, PATRICK – *Concurrence par les mérites*, in CANIVET, GUY (Dir.) – *La Modernisation du Droit de la Concurrence*, LGDJ, Paris, 2006, p. 151.

REY, PATRICK / GUAL, JORDI / HELLWIT, MARTÍN / PERROT, ANNE / POLO, MICHELE / SCHMIDT, KLAUS / STENBACKA, RUNE – *Un enfoque económico del artículo 82*, in LAGE, SANTIAGO MARTÍNEZ / JUAN, AMADEO PETITBÓ (Directores), *El Abuso de la Posición de Dominio*, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, 2006, p. 99.

RICARDO, F. PEREIRA – *A Aplicação dos artigos 85º e/ou 86º do TCE, a título incidental, pelos Tribunais Portugueses. A acção de indemnização por perdas e danos resultantes de uma violação dos artigos 85º e/ou 86º do TCE*, A.A.F.D.L., Lisboa, 1999.

RIBEIRO, JOAQUIM SOUSA - *O Problema do Contrato. As Cláusulas Contratuais Gerais e o Princípio da Liberdade Contratual*, Almedina, Coimbra, 1999.

RIDEAU, J. / PICOD, F. – *Code de procédures communautaires*, Litec, Paris, 1994.

RIFFAULT-SILK, JACQUELINE - *La jurisprudence de l'exception légale française : quel modèle pour l'application des nouvelles règles de droit communautaire?* in *European Law Reporter*, nº1, January, 2004, p. 2.

RILEY, ALAN - *EC Antitrust Modernisation: The Commission Does Very Nicely – Thank You! Part Two: Between the Idea and the Reality: Decentralisation Under Regulation 1*, in *European Competition Law Review*, nº 24, p. 659.

RODA, JEAN-CHRISTOPHE - *La Clémence en Droit de la Concurrence. Étude comparative des droits américain et européens*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2008.

ROCKEFELLER, EDWIN S. – *The Antitrust Religion*, Cato Institute, Washington, 2007.

RODRIGUES, VASCO – *Análise Económica do Direito*, Almedina, 2007

RODRÍGUEZ-CANO, A. BERCOVITZ – *Apuntes de derecho mercantil: derecho mercantil, derecho de la competencia y propiedad industrial* (6ª Ed. revista y puesta al día), Thomson-Aranzadi,

Navarra, 2005.

RODRÍGUEZ-CANO, A. BERCOVITZ – *Acuerdos Restritivos de la Competencia (Art. 81 TCE)*, in *La Defensa de la competencia por los órganos judiciales: El Reglamento CE 1/2003*, Luís Garrido Espá (Director), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, p. 11.

RODRÍGUEZ, JOSÉ LUIS C. / COBO, RAFAEL GIMENO-BAYÓN / VEJA, LUIS RODRÍGUEZ – *Coordination entre los Tribunales, la Comisión y las Autoridades Nacionales en la Aplicación de los Arts. 81 y 82 del TCE*, in *La Defensa de la competencia por los órganos judiciales: El Reglamento CE 1/2003*, Luís Garrido Espá (Director), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, p. 191

RODGER, BARRY J. / MACCULLOCH, ANGUS – *Community Competition Law Enforcement Deregulation and Re-regulation: The Commission, National Authorities and Private Enforcement*, in *The Columbia Journal of European Law*, 4, n^o 3, 1998, pp. 579-612.

RODGER, BARRY (edited by) – *Article 234 and the Competition Law. An Analyses*, Kluwer Law International, 2008

ROGOFF, KENNETH SAUL - *The Optimal Degree of Commitment to an intermediate Monetary Target*, in *Quarterly Journal of Economics*, 100 (4), 1985, p. 1169.

ROJAS, FRANCISCO JOSÉ VILLAR – *Las Instalaciones Esenciales Para La Competencia. Un Estudio de Derecho Público Económico*, Ed. Comares, Granada, 2004.

ROMANO, FRANK – *Mondialisation des Politiques de Concurrence*, L'Harmattan, Paris, 2003.

ROSS, LESTER – *China's Antimonopoly Law: Report Card*, in *GCP – The Online Magazine for Global Competition Policy*, April 2009 (release two), p. 2, disponível na Internet, em: www.globalcompetitionpolicy.org (2009)

ROSS, STEPHEN – *The Economic Theory of Agency: The Principal's Problem*, in *AER - The American Economic Review*, 62 (2), 1973, p. 134

RUIQUITO, A. L. / VENTURA, C.S. / VIEIRA DE ANDRADE, J. C. / CANOTILHO, J.J. GOMES / GORJÃO-HENRIQUES, M. / RAMOS, R.M. G. MOURA / MOREIRA, VITAL – *Carta de Direitos fundamentais da União Europeia*, Coimbra Ed., Coimbra, 2001.

SAN PEDRO, LUIS ANTONIO VELESCO (coordinador) – *Derecho Europeo de la competencia. Antitrust e intervenciones públicas*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2005.

SÁNCHEZ, M. AZPITARTE – *El Tribunal Constitucional ante el Control del Derecho Comunitario Derivado*, Civitas, Madrid, 2002.

SANCHO, A. CHUECA – *Los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Ed. Fondo, Madrid, 1999.

SANTOS, A. CARLOS dos – *Auxílios de Estado e Fiscalidade*, Almedina, Coimbra, 2003.

SARAIVA, R. GIL – *Sobre o Princípio da Subsidiariedade (Génese, evolução, interpretação e aplicação)*, AAFDL, Lisboa, 2001.

SCHARPF, FRITZ W. - *Games Real Actors Play: Actor-Centered Institutionalism in Policy Research*. Westview Press, Oxford, 1997

SCHERMERS, H. G. / WAELBROECK, D. – *Judicial Protection in the European Communities*, (5th. Ed.), Deventer, 1992.

SCHMIDTCHEN, DIETER – *The Goals of Antitrust Revisited*, in *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 1991, p.31.

SERENS, MANUEL COUCEIRO NOGUEIRA – *Direito da concorrência e Acordos de Compra Exclusiva (Práticas Nacionais e Práticas Comunitárias)*, Coimbra Ed. Coimbra, 1993.

SERENS, MANUEL COUCEIRO NOGUEIRA - *A Monopolização da Concorrência e a (Re-)Emergência da Tutela da Marca*, Almedina, Coimbra, 2007

SERRA, Y. / CALAIS-AULOY, J. – *Concurrence et Consommation*, Dalloz, Paris, 1994.

SÉRVULO CORREIA, J. M. – *Efectividade e Limitações do Sistema Português de aplicação Impositiva do Direito da Concorrência através de Meios Processuais Administrativos e Cíveis*, in *Estudo em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, Volume II, Almedina, 2008, p. 1747.

SEVERINO, NORBERTO – *O Processo na Lei da Concorrência*, in *Concorrência. Estudos* (Coordenação António Goucha Soares e Maria Manuel Leitão Marques), Almedina, Coimbra, 2006, p. 125..

SHEEHAN, L. – *Enforcement of EC competition law: radical changes for practitioners*, in *Law Society Gazette*, Vol. 97, nº 1, 2003, p. 46

SILVA, M. MOURA e – *Controlo de Concentrações na Comunidade Europeia*, in *Direito e Justiça*, Vol. VII, 1993, p. 133.

SILVA, M. MOURA e – *Inovação, Transferência de tecnologia e Concorrência. Estudo Comparado do direito da Concorrência dos Estados Unidos e da União Europeia*, Almedina, 2003.

SILVA, M. MOURA e – *Direito da Concorrência. Uma Introdução Jurisprudencial*, Lisboa, Almedina, 2008.

SILVA, KATIA CRISTINA ANTUNES – *A experiência portuguesa na criação de uma Autoridade para a Defesa da Concorrência e a sua correlação com a Legislação Antitruste Brasileira*, in *Estudos de Regulação Pública I* (organização de VITAL MOREIRA), Coimbra Ed., Coimbra, 2004, p. 675.

SILVEIRA, ALESSANDRA – *Cooperação e Compromisso Constitucional nos Estados Compostos. Estudo sobre a teoria do deferimento e a organização jurídica dos sistemas federativos*, Almedina, Coimbra, 2007.

SILVEIRA, ALESSANDRA – *Princípios de Direito da União Europeia. Doutrina e Jurisprudência, Quid Iuris*, Lisboa, 2009.

SIMIC, I / GEFFRIAUD, P. – *L'Évolution de la politique de la Commission européenne en matière d'amendes*, in *RDAI - Revue de Droit des Affaires Internationales*, nº 6, 2004, p. 835.

SIMON, D. – *Traité sur l'Union Européenne. Commentaires article par article*, Economica, Paris, 1995

SIMON, D. – *Le Système Juridique Communautaire*, (2^{ème}. Ed.), Puf, Paris, 1998.

SOARES, A. GOUCHA – *A Carta dos Direitos Fundamentais na União Europeia. A Protecção dos Direitos Fundamentais no Ordenamento Comunitário*, Coimbra Ed., 2002.

SOARES, A. GOUCHA – *A aplicação descentralizada das normas comunitárias da concorrência: o sistema de competências paralelas estabelecido pelo Regulamento nº 1/2003*, in *Concorrência*.

Estudos (Coordenação António Goucha Soares e Maria Manuel Leitão Marques), Almedina, Coimbra, 2006, p. 175.

SOUSA, SOFIA MOREIRA DE & WOLFGANG HEUSEL (Edited by) – *Enforcing Community Law from Francovich to Kobler: Twelve Years of the State Liability Principle/ Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts von Francovich zu Kobler: Zwölf Jahre gemeinschaftsrechtliche Staatshaftung*, Bundesanzeiger, 2004.

SOUTY, F. – *La Politique de la Concurrence au Royaume-Uni*, P.U.F., Paris, 1995.

SOUTY, F. – *La Politique de la Concurrence aux Etats-Unis*, P.U.F., Paris, 1995.

SOUTY, F. – *Droit et la Politique de la Concurrence de l'Union Européenne*, Montchrestien, Paris, 2003.

SOUTY F. – *Les Collectivités Locales et le Droit de la Concurrence. Efficacité Économique. Réglementation*, Le Moniteur, Paris, 2005.

STROUX, SIGRID – *US and EC Oligopoly Control*, Kluwer Law International, 2004.

SUAY, MARÍA del CARMEN NAVARRO – *Las conductas conscientemente paralelas*, Thomson-Civitas, Navarra, 2005.

SULLIVAN, L. – *Post-Chicago Economics: Economists, Lawyers, Judges and Enforcement Officials in a Less Determinate Theoretical World*, *Antitrust Law Journal*, 1995, nº 66, p. 669.

SULLIVAN, E. THOMAS - *Antitrust Remedies in the U.S. and EU: Advancing a Standard of Proportionality*, in *The Antitrust Bulletin*, 2003, p. 377

SUZUKI, KENJI – *Competition Law Reform in Britain and Japan: Comparative Analysis of Policy Network*, European Institute of Japanese Studies East Asian Economics, Taylor & Francis Routledge Ed., Stockholm, 2002.

TAMAMES, R. – *La Lucha contra los Monopolios*, Tecnos, Madrid, 1961 (uma 1ª análise do *Sherman Act* – sobretudo p. 75 e ss)

TAVASSI, MARINA – *Modernising European Antitrust Rules – Application of Article 81.3 of the EC Treaty by National Courts*, in E. A. RAFFAELLI (Edited by) - *Antitrust Between EC Law and*

National Law – V Conference, Treviso, 16-17/2002, Bruylant, Giuffré Ed., Bruxelles, Milano, 2003, p. 23.

TELÒ, M / MAGNETTE, P. (sous la direction de) – *De Maastricht à Amsterdam. L'Europe dans son nouveau Traité. Coll. Études Européennes*, Bruxelles, 1998.

TERCINET, ANNE – *Droit Europeen de la Concurrence*, Montchrestien: Gualiano ed., Paris, 2000

TESAURO, GIUSEPPE – *Globalizzazione e Diritto della Concorrenza*, in E. A. RAFFAELLI (Edited by) - *Antitrust Between EC Law and National Law – V Conference*, Treviso, 16-17/2002, Bruylant, Giuffré Ed., Bruxelles, Milano, 2003, p. 3.

TIZZANO, A. – *Quelques observations sur la coopération internationale en matière de concurrence*, *Revue du Droit de l'Union Européenne*, 2000, n°1, p.75.

TAKYGAWA, TOSHIKY - *A comparative analysis of US, EU, and Japanese Microsoft cases : how to regulate exclusionary conduct by a dominant firm in a network industry*, in *The Antitrust Bulletin*, 2005, v. 50, n.2, (Summer), p.237.

TRIDIMAS, T. – *The General Principles of EC Law*, Oxford University Press, 2000.

TZOGANATOR, DIMITRIS – *The Control of Colletive Dominance under the EC Competition Law*, in E. A. RAFFAELLI (Edited by) - *Antitrust Between EC Law and National Law – V Conference*, Treviso, 16-17/2002, Bruylant, Giuffré Ed., Bruxelles, Milano, 2003, p.46.

VAN BAEL & BELLIS (IVO VAN BAEL / JEAN-FRANÇOIS BELLIS) – *Competition Law of the European Community*, (4th. Ed.), Kluwer Law international, 2005.

VAN DER BERG, R. / CAMESASCA, PETER D. – *Irreconcilable principles?: The Court of Justice exempts collective labour agreements from the wrath of antitrust*. *European Law Review*, 2000, n°5, p. 492

VATIERO, MASSIMILIANO - *An Explanation of Market Dominance, Working Paper*, University of Siena, April, 2008, disponível na *Internet*, em http://lawprofessors.typepad.com/antitrustprof_blog/ (2008)

VÁZQUEZ, RAMÓN PARADA – *El Sistema Garantizador del Derecho de Defensa de la*

Competência, in *La Defensa de la competencia por los órganos judiciales: El Reglamento CE 1/2003*, Luís Garrido Espá (Director), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, p. 147.

VELOSO, JOSÉ ANTÓNIO – *Aspectos inovadores do Projecto de Regulamento da Autoridade da Concorrência*, in *Regulação e Concorrência. Perspectivas e Limites da Defesa da Concorrência*, (Coord. Ruy de Albuquerque e António Menezes Cordeiro) Almedina, 2005, p. 29.

VENIT, JAMES S. - *Brave new world: the modernization and decentralization of enforcement under Articles 81 and 82 of the EC Treaty*, in *Common Market Law Review*, v. 40, nº 3, June, 2003, p. 545.

VERSTERDOF, BO – *Judicial Review in EC Competition Law: Reflections on the Role of the Community Courts in the EC System of Competition Law Enforcement*, in *Competition Policy International*, vol. 1, nº 2, Autumn 2005, disponível na *Internet* em: www.esapience.org/journals (2007)

VERSTERDOF, BO – *Considérations sur la notion de «concurrence par les mérites»*, in CANIVET, GUY (Dir.) – *La Modernisation du Droit de la Concurrence*, LGDJ, Paris, 2006, p. 163.

VESTERDORF, BO – *The Court of Justice and Unlimited Jurisdiction : What Does it Mean in Practice ?*, in *GCP – The Online Magazine for Global Competition Policy*, June 2009 (2), disponível na *Internet* em: www.globalcompetitionpolicy.org (2009)

VIDEIRA, F. S. – *Direito Processual da Concorrência .Na Comunidade Económica Europeia. Em Portugal*, Coimbra Ed., Coimbra, 1992.

VIEIRA DE ANDRADE, JOSÉ CARLOS *Justiça Administrativa* (Lições), 8ª ed., Almedina, 2006

VILA MAIOR, PAULO – *A Integração Europeia e a Evolução do Direito: A Caminho da Desjuridificação Nacional e da Juridificação Transnacional*, Working Paper nº 4, 2000, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, disponível na *Internet* em: <http://www.fd.uc.pt/Biblioteca/aquisicoes/monografias/cjpoliticas.pdf> (2009)

VILAÇA, J. L. CRUZ (com a colaboração de L. M. PAIS ANTUNES) – *Le démarrage d'une juridiction: Le Tribunal de Première Instance des Communautés Européennes un an après*, in *L'Europe et le Droit, Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Dalloz, Paris, 1991, p. 47.

VILAÇA, J. L. CRUZ – *A Protecção Jurisdicional dos Particulares Mediante Medidas Provisórias*

em Direito Comunitário da Concorrência, in *AB VNO AD OMNES - 75 Anos da Coimbra Editora* (ANTUNES VARELA / D. FREITAS DO AMARAL / JORGE MIRANDA / J.J. GOMES CANOTILHO, organ.), Coimbra Ed., 1998, pag. 1281 e ss.

VILAÇA, J. L. CRUZ – *A Modernização da Aplicação das Regras Comunitárias de Concorrência segundo a Comissão Europeia. Uma Reforma Fundamental*, in *Universidade de Coimbra, Boletim da Faculdade de Direito – Volume Comemorativo do 75º Tomo do Boletim da Faculdade de Direito (BFD)*, Coimbra, 2003, p.717 e ss.

VILAÇA, J. L. CRUZ – *O Ordenamento Comunitário da Concorrência e o Novo papel do Juiz numa União Alargada*, in *Revista do CEJ (Centro de Estudos Judiciários)*, 2º Semestre 2004, nº 1, p.37 e ss.

VILAÇA, J. L. CRUZ / GORJÃO-HENRIQUES, MIGUEL – *Código da Concorrência*, Almedina, Coimbra, 2004.

VILAÇA, J. L. CRUZ - *Introdução à Nova Legislação da Concorrência: Vicissitudes dos Projectos de Modernização*, in *Concorrência. Estudos* (Coordenação António Goucha Soares e Maria Manuel Leitão Marques), Almedina, Coimbra, 2006, p. 13.

VOILLEMOT, DOMINIQUE – *Gérer la Clémence*, Forum Européen de la Communication, Paris, 2005.

WALL, DANIEL M. – *Efficiency and Market Power: The "Chicken and the Egg" of Horizontal Restraints Analysis*, in *Antitrust*, (Summer) 1990, p. 34.

WALBROECK, M. / FRIGNANI, A. – *European Competition Law*, Ed. Transnational Publishers, 1999.

WALBROECK, DENIS / SLATER, DONALD / EVEN-SHOSHAN, GIL - *Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules. Comparative Report*, Ashurst, Brussels, 2004

WARD, A. – *Judicial Review and the Rights of Private Parties in EC Law*, Oxford University Press, 2000.

WATHELET, MELCHIOR - *Le nouveau règlement "concurrence": une révolution copernicienne ?*, in *Le nouveau règlement d'application du droit communautaire de la concurrence : un défi pour les juridictions françaises*, Dalloz, Paris, 2004, p. 21.

WEIZSACKER, C. CHRISTIAN von - *Abuse of a dominant position and economic efficiency*, in *Zeitschrift für Wettbewerbsrecht*, vol. 1, n° 1, 2003, p. 58.

WELLS, WYATT C. - *Antitrust and the formation of the postwar world*, Columbia University Press, 2001.

WERDEN, GREGORY J. - *Identifying Exclusionary Conduct under Section 2: The «No Economic Sense» Test*, in *Antitrust Law Journal*, V. 72, 2, 2006

WESSELING, R. - *The Commission Notices on Decentralisation of E.C. Antitrust Law: in for a Penny, Not for a Pound*, in *European Common Law Review*, 1997, Issue 18, p. 94.

WESSELING, R. - *The Commission White Paper on Modernisation of the E.C. Antitrust Law: Unspoken Consequences and Incomplete Treatment of Alternative Options*, in *European Common Law Review*, 1999, Issue 8, p. 420.

WILKS, STEPHEN - *Agency Escape: Decentralization or Dominance of the European Commission in the Modernization of Competition Policy?*, in *Governance: An International Journal of Policy, Administration, and Institutions*, Vol. 18, n° 3, July 2005, p. 431.

WILLIAMSON, OLIVER E. - *The Economic Institutions of Capitalism. Firms, markets and Relational Contracting*, The Free Press, New York, 1985.

WILS, WOUTER P.J. - *The Undertaking as Subject of EC Competition Law and the Imputation of Infringements to Natural or Legal Persons*, in *European Law Review*, Vol. 25, n° 2, April, 2000, p. 99 – 116.

WILS, WOUTER P.J. - *The modernisation of the enforcement of articles 81 and 82 EC : a legal and economic analysis of the Commission's proposal for a new Council Regulation replacing Regulation n° 17*, in *Annual proceedings of the Fordham Corporate Law Institute 2000, 2001*, p. 313.

WILS, WOUTER P.J. - *The Optimal Enforcement of EC Antitrust Law: Essays in Law and Economics*, Kluwer Law International, The Hague, 2002.

WILS, WOUTER P.J. - *The principle of "ne bis in idem" in EC antitrust enforcement : a legal and economic analysis*, in *World Competition: Law and Economics Review*, v. 26, n° 2, June, 2003, p. 131.

WILS, WOUTER P.J. - *Should private antitrust enforcement be encouraged in Europe?* in *World Competition: Law and Economics Review*, v. 26, n° 3, September, 2003, p. 473.

WILS, WOUTER P.J. - *The combination of the investigative and prosecutorial function and the adjudicative function in EC antitrust enforcement: a legal and economic analysis*, in *World Competition: Law and Economics Review*, v. 27, n° 2, June, 2004, p. 201.

WILS, WOUTER P.J. - *Principles of European Antitrust Enforcement*, Hart, Oxford, Portland, 2005.

WILS, WOUTER P.J. - *La pénalisation du droit communautaire est-elle la solution ? | Is criminalization of EU competition law the answer?*, in *Révue Lamy de la concurrence*, n° 4, 2005, p. 139.

WILS, WOUTER P. J. - *The European Commission's 2006 Guidelines on Antitrust Fines: A Legal and Economic Analysis*, in *World Competition*, Volume 30, n° 2, June 2007, disponível na Internet em: <http://papers.ssrn.com/> (2008)

WILS, WOUTER P. J. - *The Relationship between Public Antitrust Enforcement and Private Actions for Damages*, in *World Competition*, Vol. 32, n° 1, March 2009, p. 3.

WHISH, R. - *Regulation 2790/99: The Commission's «New Style» Block Exemption for Vertical Agreements*, in *Common Market Law Review*, 2000, p.887.

WHISH, R. - *Competition Law (5th. Edit.)*. Lexis Nexis, London, 2003.

WOOD, DIANE P. / JOELSON, M. - *An International Antitrust Primer: A guide to the Operation of the United States, European Union, and other key competition laws in the global economy*. Ed. Kluwer Law International, 2001.

WOODS, DONNCADH / SINCLAIR, AILSA / ASTHON, DAVID - *Private Enforcement of Community competition law: modernisation and the road ahead*, in *Competition Policy Newsletter*, n° 2 (Summer), European Commission, Brussel, 2004, p. 31.

ZAMPINI, F. – *Convention Européenne des Droits de l'Homme et droit communautaire de la concurrence, Revue du Marché Commun et de l' Union Européenne*, 1999, p. 628.

ZOHIOS, GEORGIOS – *Commission Guidance Paper on the Application of Art. 82: A Step Towards Modernization or a Step Away? in GCP – The Online Magazine for Global Competition Policy*, February 2009, disponível na Internet em: www.globalcompetitionpolicy.org (2009)