

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 (1)

Pelo Dr. José Gomes de Sá Pereira

SUMÁRIO:

INTRODUÇÃO

CAPÍTULO I — O “balanço concorrencial” como síntese interpretativa das condições da proibição das práticas restritivas

1. Introdução. 2. A proposta de Sherman e o texto aprovado pelo Congresso. 3. A proibição legal e os sentidos de “restrição de concorrência”. 4. Síntese da jurisprudência americana. 5. O “balanço concorrencial” como a moderna rule of reason. 6. A rule of reason como princípio normativo e como método de análise das condições de validade dos acordos.

CAPÍTULO II — O “balanço concorrencial” no artigo 85.º do Tratado CEE

1. Introdução 2. A controvérsia sobre o quadro legal do “balanço concorrencial”. 3. O fim do Artigo 85.º é proteger a concorrência no mercado. 4. A verificação das condições da proibição exige que se proceda ao exame em concreto do acordo e ao “balanço concorrencial”. 5. A regra “de minimis” não se identifica com a regra da razão

CAPÍTULO III — O contributo do “balanço concorrencial” para uma aplicação mais descentralizada do direito antitrust

(1) Este trabalho é uma remodelação da dissertação apresentada em Novembro de 1997, para o concurso de provas públicas de professor coordenador no Instituto Superior de Contabilidade e Administração de Aveiro.

1. Introdução. 2. O primado do direito comunitário da concorrência e a indefinição quanto à sua aplicação a nível nacional. 3. Competências concorrentes da Comissão e das instâncias nacionais. 4. A incerteza dos regulamentos de isenção por categorias. 5. A reduzida aplicação do direito da concorrência pelos tribunais nacionais. 6. A prática da Comissão contraria o "balanço concorrencial". 7. A concentração de poderes na Comissão e a aplicação do direito da concorrência. 8. O "balanço concorrencial" favorece uma aplicação mais efectiva do n.º 1 do artigo 85.º pelas instâncias nacionais

CAPÍTULO IV — O "balanço concorrencial" como meio de evitar a deformação do direito processual da concorrência

1. Introdução. 2. As "decisões individuais" tornaram-se quase inexistentes. 3. A "notificação" dos acordos: efeitos jurídicos muito incertos. 4. Os "certificados negativos" têm valor e eficácia discutíveis. 5. As "cartas de classificação", uma invenção processual fonte de insegurança. 6. O procedimento de "oposição": uma forma de alargar as isenções por categorias. 7. As "resoluções negociadas": um expediente de natureza e valor jurídicos muito incertos. 8. Os regulamentos de isenção: triunfo das proibições "per se"

CONCLUSÃO

INTRODUÇÃO

Em qualquer ordenamento jurídico da concorrência, o intérprete é confrontado com a necessidade de saber se a proibição dos acordos entre empresas pode ser temperada por condições de razoabilidade e como conciliar a aparente proibição absoluta, que resultaria de uma interpretação literal, com a *proibição razoável* que uma interpretação teleológica impõe.

O interesse crescente no direito comunitário pela regra da razão, sobretudo pelo seu método do *balanço concorrencial*, visa responder a essa necessidade.

Por outro lado, o problema da interpretação da proibição das práticas restritivas não tem sido tratado da mesma maneira num e noutro lado do Atlântico, tendo em conta a diferente concepção de concorrência e as condições legais da sua proibição.

A jurisprudência do *Supreme Court* cedo construiu a síntese interpretativa da proibição razoável que dá pelo nome de *rule of reason*, que encontrou no método do *balanço concorrencial* a sua forma mais adequada para moderar a aparente proibição absoluta do artigo 1.º do *Sherman Act*.

Na Europa, apesar de a redacção do n.º 1 do artigo 85.º ser idêntica, depressa se admitiu que o seu comando não devia ser interpretado no mesmo sentido, por causa das diferenças, aparentemente decisivas, das condições legais de que faz depender a proibição das práticas restritivas.

O que fundamentalmente está em causa, com o apelo a esta regra no processo de verificação das condições de ilicitude das práticas restritivas, é a aplicação ao direito da concorrência de um princípio geral de direito, o *princípio da proibição razoável*, que permita uma decisão justa.

Apesar de a sua aplicabilidade no direito comunitário ter deixado de ser vista como uma questão meramente académica ou como uma tentativa de o aproximar do modelo americano, à sua aplicação não é alheia a constatação de que a protecção da concorrência e a repressão das práticas que a restrinjam foi e será sempre difícil.

Pretendemos demonstrar que o *balanço concorrencial* não é um elemento estranho ao direito comunitário da concorrência ou indiferente para a eficácia da política da concorrência e que ele pode contribuir para uma definição mais precisa desta política e para a sua eficácia.

Limitamos o tema ao estudo do artigo 85.º do Tratado CEE, embora ele pudesse versar também sobre os comportamentos unilaterais de abuso de posição dominante (artigo 86.º) ou sobre as ajudas públicas dos Estados às empresas (artigo 92.º), pelo facto de qualquer uma destas disposições suscitar a questão da conformidade dos comportamentos nelas contemplados com o imperativo da proibição razoável.

CAPÍTULO I

O BALANÇO CONCORRENCIAL COMO SÍNTESE INTERPRETATIVA DAS CONDIÇÕES DA PROIBIÇÃO DAS PRÁTICAS RESTRITIVAS

1. Introdução

Nos Estados Unidos, a concorrência sempre foi considerada como o principal elemento regulador das actividades económicas e a legislação antitrust como o instrumento normativo que preserva

o ambiente económico de uma concorrência efectiva e sã, tendo como objectivo o progresso e bem-estar geral.

Ao aprovar o *Sherman Act* (1890), o Congresso estabeleceu uma aparente proibição absoluta das restrições ao comércio, sem possibilidade de a moderar por razões de ordem económica, social, ou de outra natureza. Porém, cedo as autoridades administrativas, os tribunais federais e sobretudo o *Supreme Court* se convenceram da necessidade interpretar com certa dose de razoabilidade a aparente proibição absoluta das práticas restritivas da concorrência, consagrada no artigo 1.º dessa primeira legislação antitrust.

Se a necessidade de interpretar com moderação e flexibilidade esta norma parecia evidente, saber quais as restrições que o Congresso quis proibir e qual o método a seguir, eis as dificuldades com que se deparava a justiça americana.

Ora, coube ao *Supreme Court* o mérito de revelar o sentido adequado da norma e elaborar os métodos apropriados para saber quais as restrições que podiam ser consideradas lícitas. Trata-se da *rule of reason*, uma construção interpretativa e síntese de fonte jurisprudencial, cuja sua origem, finalidade e desenvolvimento não podem ser dissociados do *Sherman Act*, da política que o Congresso institucionalizou, ao aprová-lo, nem das decisões em que o *Supreme Court* interpretou o sentido da proibição contida no seu artigo 1.º.

Ela é, simultaneamente, uma construção normativa e uma metodologia jurídica concebidas no seio do direito antitrust americano para determinar quais são as restrições razoáveis que devem escapar à proibição legal e quais os métodos de análise a seguir, com vista a apreciar a sua licitude.

2. A proposta de Sherman e o texto aprovado pelo Congresso

O Senado americano aprovou o *Sherman Act* com o objectivo de proteger o comércio contra as restrições ilegais da concorrência e contra os monopólios. É a primeira lei antitrust americana, comum a todos os Estados e muito genérica, em que o seu artigo 1.º declara ilegal todo o contrato, associação ou acordo que tenha por objectivo restringir o comércio entre os Estados ou com países

estrangeiros ⁽²⁾ e o artigo 2.º proíbe a monopolização e os acordos que tenham por objectivo a monopolização do comércio entre os Estados ou com países estrangeiros.

O principal objectivo de Sherman era proteger a livre concorrência, baseada num amplo liberalismo económico, e a sua proposta já contemplava a distinção entre o objectivo e os efeitos dos acordos restritivos da concorrência, distinção essa que não consta do texto aprovado pelo Congresso ⁽³⁾.

A divergência entre os termos da sua proposta e a redacção aprovada não significa a determinação de contrariar o senador. Ela tem uma razão de ser no direito anglo-saxónico. O Congresso, familiarizado com a linguagem tradicional da *common law*, não tinha que definir o conceito de "restrição da concorrência", como pressuposto da proibição, deixando essa tarefa à jurisprudência.

Em geral, os juristas americanos sempre se mostraram convictos de que era possível conciliar a necessidade de flexibilidade da norma com a sua aparente intransigência, sem o recurso extremo à emenda do próprio texto, e que a solução podia ser encontrada pela via jurisprudencial, em sede interpretativa, no quadro tradicional *common law* ⁽⁴⁾.

3. A proibição legal e os sentidos de "restrição de concorrência"

Na segunda metade do século XIX, proliferavam nos USA os acordos de preços-fixos e os boicotes, formas indesejáveis de um

⁽²⁾ Este artigo dispõe no sentido de que «Every contract, combination... or conspiracy in restraint of trade or commerce... is declared to be illegal».

⁽³⁾ A sua proposta era no sentido de proibir «all arrangements, contacts, agreements, trusts or combinations between persons or corporations, made with a view, or which tend to prevent free and full competition».

⁽⁴⁾ Na *common law*, as decisões são eminentemente casuísticas, fundadas nos princípios do direito consuetudinário, no *precedente* e na *equity*.

Neste sistema, só a análise de cada caso permitiria determinar se uma prática podia criar um obstáculo não razoável à concorrência protegida.

Tem-se discutido, na doutrina, as causas que estão na origem da *regra da razão*; há quem afirme que foi sobretudo o facto de o Congresso se ter mantido fiel à tradição da lin-

liberalismo económico agressivo a que o *Sherman Act* vinha pôr um travão⁽⁵⁾. Tais práticas, além de limitarem a concorrência no mercado, favoreciam o poder económico dos intervenientes e o seu controlo do mercado, formas perigosas de destruição da própria concorrência.

Tradicionalmente, a “restrição de concorrência” era vista como a limitação da liberdade de competir numa certa área ou mercado, imposta a si próprios pelos participantes num acordo, para preservar a sua capacidade individual.

Mas, já em finais do século XIX, o conceito mudava de sentido e o direito tendia a relacionar a “restrição de concorrência” com os acordos que afectassem o desejado jogo automático das forças competitivas numa situação de mercado livre⁽⁶⁾.

Ora, se a prática negocial conhecia bem duas modalidades de “restrição da concorrência”, a qual delas se referia o artigo 1.º do *Sherman Act*? O seu objectivo seria impedir toda e qualquer limitação à liberdade e capacidade contratual dos intervenientes num acordo, ou visaria apenas proibir os acordos em que as partes envolvidas tinham por principal objectivo restringir a possibilidade de terceiros (*outsiders*) competirem no mercado dos produtos em causa, independentemente da extensão dos efeitos sobre o seu funcionamento?

Não era líquido que o artigo 1.º do *Sherman Act* visasse sacrificar a “concorrência interna” (entre as partes) à “concorrência externa” (no mercado), que tivesse por objectivo proteger ambas as formas de competir ou que privilegiasse uma delas.

Aliás, já antes de ser aprovado o *Sherman Act*, a prática decisória procurava combater as práticas que constituíssem ameaça para o «desejado jogo automático das forças da concorrência num

guagem da *common law* que deu aso a alguns dos problemas que estão na sua origem e que só vieram a encontrar resposta satisfatória com a sentença do caso *Standard Oil*.

(5) Na prática empresarial, o exemplo clássico de restrição da concorrência interna (ou *intra-brand*) eram os acordos de fixação colectiva de preços (ou acordos de *preços fixos*), enquanto que os *boicotes* (acordos de não comprar ou vender a terceiros) se tinham imposto como forma de um grupo de comerciantes se concertarem e limitarem a capacidade negocial de terceiros, prejudicando a concorrência externa (ou *extra-brand*).

(6) V. J. A. RAHL, «Conspiracy and the *Antitrust Laws*», *ILL. R. REV.*, n.º 44, 1950, p.745.

mercado livre» (7). E, após a sua aprovação, apesar da letra da norma, era pacífico que a lei não impunha uma proibição absoluta das restrições ao comércio. Segundo a tradição da *common law*, marcada pelas decisões casuísticas, flexíveis e pragmáticas, deviam ser os juízes a ditar a *reasonable decision*, de modo que o conjunto das suas sentenças afirmasse a maleabilidade do direito, com o carácter dinâmico e constitutivo das suas decisões.

Do debate doutrinário sobre a interpretação razoável da proibição que opôs os literalistas aos actualistas sobressairia, nos anos sessenta, um estudo de Bork (8). Rebatendo a disputa entre literalistas e actualistas, esclareceu que a questão não estava em saber se o *Sherman Act* devia ser interpretado com rigidez ou flexibilidade, mas em encontrar os critérios que deveriam presidir à flexibilidade que já está implícita na sua proibição, mas que é preciso "revelar".

Para Bork, a *regra da razão* americana é, acima de tudo, o resultado de uma síntese interpretativa das diferentes posições assumidas pelo juiz Peckham, em *United States v. Transmissouri-Freight Association* (9), próxima das teses dos literalistas, e pelo juiz White, em *American Tobacco* (10), na linha dos actualistas.

Ela estaria implícita na proibição do *Sherman Act* e o Congresso já contava com ela, no *ius dicere* dos juizes e no carácter constitutivo das suas decisões. Embora seja uma construção jurisprudencial posterior à sua aprovação, não o afronta nem o corrige; apenas visa precisar o seu comando válido e adequar a sua previsão normativa a cada caso (11).

Por conseguinte, a discussão em torno da origem da *rule of reason* e da necessidade de interpretar com moderação e sentido de razoabilidade a proibição das "práticas restritivas" não se resume ao confronto doutrinário de diferentes correntes interpretativas,

(7) *V. U. S. v. Traffic Association*, U. S., n.º 179, 1898, pp. 505-577.

(8) V. BORK, «The Rule of Reason and Per se Concept: Price-Fixing and Market Division», *Yale L. J.*, n.ºs 74 e 75, 1965, pp. 785-790.

(9) *U.S.v. Transmissouri-Freight Association*, U. S., n.º 66, 1898, p. 290-312.

(10) *U.S. v. American Tobacco Co.*, U. S., n.º 221, 1911, pp. 106-179.

(11) V., neste sentido, entre outros, R. JOLIET, *The Rule of the Reason in Antitrust Law*, Liège, 1967, pp. 20-24.

nem à tentativa de colmatar uma lacuna que, a existir, encontraria solução fácil no sistema da *common law*.

Sendo ela uma construção da jurisprudência americana, o seu estudo remete-nos para a análise, necessariamente breve, das decisões do *Supreme Court* que, ao longo de várias décadas, se centraram na interpretação do sentido da proibição do artigo 1.º do *Sherman Act*, com o objectivo de o tornarem um instrumento eficaz da política económica instituída pelo Congresso.

4. Síntese da jurisprudência americana

A *rule of reason* começou por ser entendida no sentido de que as restrições que se revelassem indispensáveis à realização de um acordo lícito em si mesmo, por serem *razoáveis*, não deviam incorrer na proibição do artigo 1.º do *Sherman Act*. É a modalidade conhecida por método das *restrições acessórias*. Como veremos, teve aplicação no direito comunitário da concorrência, em algumas decisões do TJ.

Mas rapidamente se desencadeou uma evolução na jurisprudência que levaria à formulação de uma construção mais elaborada, que consiste em proceder a um *balanço dos efeitos concorrenciais* (positivos e negativos) dos acordos, situados no seu contexto económico e jurídico real. É a moderna regra da razão, ou método do *balanço concorrencial*.

Existe uma diferença significativa quanto à forma como são apreciadas as condições da validade das práticas restritivas da concorrência nestes dois métodos.

Segundo o método das *restrições acessórias*,⁽¹²⁾ os acordos são apreciados essencialmente à luz dos aspectos jurídicos e formais dos acordos. Enquanto que, segundo o método do balanço concor-

⁽¹²⁾ Uma restrição é *acessória* (*ancillary restraints*) quando a cláusula que a contém é complementar em relação ao objecto de um contrato lícito em si mesmo e necessária para garantir ao credor o exercício dos direitos que para ele resultam do contrato; ou para impedir que a parte contrária ou terceiros se possam aproveitar indevidamente dos resultados que legitimamente só a ele devem pertencer, como consequência do seu investimento ou do seu *know-how*.

O termo *acessória* implica ainda que, sem a medida restritiva, o acordo não atingiria os seus objectivos legítimos. Se fosse proibido impor ao beneficiário da transmissão de

rencial, estes são submetidos a um exame em concreto, isto é, situados e analisados no seu contexto económico e jurídico real. Nesse exame, mais do que aos aspectos jurídico-formais, o intérprete deverá prestar particular atenção aos seus aspectos económicos mas, destes, só aos de natureza estritamente concorrencial ⁽¹³⁾.

Paralelamente, os tribunais americanos desenvolveram o princípio das proibições *per se* que aplicaram a um escasso número de práticas concertadas consideradas por natureza contrárias à concorrência e, por conseguinte, proibidas em princípio, mas não em termos absolutos ⁽¹⁴⁾.

Na decisão do citado caso *Transmissouri-Freight Association* (em que os recorrentes defendiam a validade de um acordo de preços fixos no sector dos transportes, com o argumento de que ele fora estabelecido com o objectivo de praticarem tarifas razoáveis), o juiz Peckham, chamando a atenção para a letra da lei, declarou que o seu termo *every* não podia ter outro significado que não fosse esse mesmo, *todos* (os acordos). Não escondendo a preferência por uma interpretação literal, considerou o acordo proibido e rejeitou o critério do preço razoável, acentuando que um certo grau de razoabilidade podia ser ineficaz e desvirtuar os objectivos da norma ⁽¹⁵⁾.

um *know-how* a obrigação de ele não revelar a um terceiro um processo de fabrico de carácter secreto, provavelmente nenhum contrato de comunicação de *savoir-faire* seria concluído, porque o transmitente não disporia da necessária protecção jurídica para esse contrato, que é lícito em si mesmo.

⁽¹³⁾ O método do *balanço concorrencial* distingue-se do chamado *balanço económico*, em que o exame não incide só sobre os aspectos concorrenciais do acordo, mas também sobre aspectos económicos de outra natureza, como o seu contributo para o aumento da produção, competitividade, melhoria da distribuição, emprego, I & D, etc..

O *balanço económico* não tem lugar no sistema antitrust americano, mas tem aplicação no n.º 3 do artigo 85.º do Tratado CEE, como veremos.

⁽¹⁴⁾ Para a síntese destes métodos, v. R. KOVAR, «le droit communautaire de la concurrence et la 'règle de raison'», RTDE, n.º 2, 1987, pp. 237-241.

⁽¹⁵⁾ Alguns autores julgam ser esta a primeira decisão do *Supreme Court* a aplicar a *regra da razão* ao art. 1.º do *Sherman Act*, o que não será totalmente exacto e impede de ver em Peckham o *pai da regra da razão*. Ao argumentar com o sentido vago e impreciso do termo *razoável*, não esconde a sua preferência pela interpretação literal da norma.

Peckham rejeitou o critério da razoabilidade do preço, para moderar a proibição do artigo 1.º do *Sherman Act* e a sua argumentação parece estar mais orientada para pôr fim à enorme confusão que se instalara quanto ao sentido da proibição da norma do que

5. O “balanço concorrencial” como a moderna rule of reason

Embora a razoabilidade das *restrições acessórias* ainda tenha sido afirmada na decisão *Whitwall v. Continental Tobacco* (16), ela é mais um passo na aplicação do princípio da razoabilidade à proibição do artigo 1.º do *Sherman Act*, segundo o novo método, porque já faz uma clara referência aos conceitos de objecto (*purpose*) e de efeito (*effect*) do acordo, como requisitos essenciais da sua proibição.

Neale vê na sua referência à condição do *efeito* da restrição ao comércio sobre a concorrência já o começo da construção da moderna *regra da razão* (17), por ter sido a primeira sentença a pronunciar-se contra a validade das restrições que afectem significativamente as condições do mercado.

Em *Standard Oil*, o juiz White procurou fazer a síntese da tese literalista de Peckham, em *Transmissouri-Freight Association*, com as suas próprias ideias sobre as práticas restritivas da concorrência, declarando que o *Sherman Act* apenas visava impedir as restrições que fossem excessivamente contrárias ao livre funcionamento do mercado.

Embora a doutrina que nela expendeu seja apontada como ponto de partida da moderna interpretação do *Sherman Act*, peca por falta de clareza e alguma imprecisão de conceitos. *Standard Oil* não trouxe inovação ou avanço doutrinário significativos para a formulação do novo método da “*regra da razão*” porque, como refere R. Joliet, não precisou o sentido da expressão *restrição da*

empenhada em lhe inculir um cunho doutrinário mais preciso. Contudo, não lhe deve ser negado o mérito de ter contribuído para impedir que o *Sherman Act* fosse utilizado abusivamente para legitimar a formação de cartéis, com o subterfúgio de terem por objectivo estabelecer preços razoáveis, critério a que, aliás, as recorrentes se tinham apegado, para justificar a validade do seu acordo.

V. R. BORK, *op. cit.*, pp. 790-796.

(16) «If [a contract] incidentally or indirectly restricts competition, while its main *purpose and chief effect* are to poster the trade and to increase the business of those who make and operate it, then it is not a contract [...] in restraint of trade within the true interpretation of this Act and it not subject to its denuntiation». (itálico nosso)

V. *Whitwall v. Continental Tobacco Co.*, FED, n.º 125, 1903, 459.

(17) V. NEALE, *The Antitrust Law of the United States of America*, 1962, p. 23.

concorrência, que é a condição essencial da licitude das práticas restritivas (18).

Mas White viria a redimir-se da sua falta em *American Tobacco*, ao declarar: «It was held in the Standard Oil case that as the words *restraints of trade* at common law and in the law of this country at the time of the adoption of the antitrust act only embraced actors or contracts or agreements or combinations which operated to the prejudice of the public interest by unduly restricting competition, or unduly obstructing the due course of trade, or which either because of the inherent nature or effect or because of the evident purpose of the actors, etc., injuriously restrained trade, that the words as used in the statute were designed to have and did have a like significance». (itálico nosso)

Com esta decisão, o direito antitrust e a construção da *rule of reason* recebiam um contributo válido, por vários motivos.

Primeiro, porque ela precisou que a concorrência no mercado era a política do *Sherman Act*, o factor determinante e regulador do funcionamento de todo o sistema económico.

Segundo, porque, ao declarar que o fim da norma era proteger a concorrência, afastou a possibilidade de justificar os acordos de cartelização com base em razões de ordem económica ou social que pudessem enfraquecer a concorrência no mercado e, dessa forma, rejeitou a distinção entre os *bons* e os *maus acordos* (19).

Terceiro, a doutrina de White teve o mérito de acentuar que apenas deviam ser consideradas não razoáveis e, por isso, proibidas, as limitações contratuais à liberdade individual que levantassem obstáculos consideráveis ao processo competitivo do mercado.

(18) V. R. JOLIET, *op. cit.*, p. 29.

(19) No sentido de que os actos proibidos pela lei não podem ser legitimados com o argumento de que, apesar de serem anticoncorrencias, são benéficos social ou economicamente, diz o acórdão: «Once it was established that contracts or agreements were clearly restraints of trade, they could not be taken out of that category by indulging in general reasoning as to the expediency or non-expediency of having made the contracts».

Foi esta sujeição do acordo ao exame *in concreto* para avaliar as condições da sua licitude que se revelou decisiva para enfraquecer a tradicional distinção entre os *bons* e *maus acordos*, entre os *bons* e *maus cartéis* que, de resto, não colhia apoio na posição advogada por White.

Colocada a questão nestes termos, a existência de uma “restrição ao comércio” é uma questão de grau e, por conseguinte, o juiz terá que proceder a um exame dos seus efeitos pró e anti-concorrenciais, para decidir quanto à sua licitude.

Quarto (e este é, certamente, o legado mais importante da doutrina de White), por ter declarado que a validade das práticas restritivas depende dos resultados do *exame em concreto* dos seus efeitos sobre o mercado. É o reconhecimento jurisprudencial de que um acordo tem de ser apreciado em concreto, no *contexto económico e jurídico* em que se situa, analisando-se todas as circunstâncias de facto e de direito que o rodeiam e as suas consequências sobre o funcionamento do mercado, para verificar se satisfaz ou não as condições de ilicitude previstas na lei.

Por último, com *American Tobacco*, o método do *balanço concorrencial* suplanta o do *balanço económico* que uma ou outra decisão do *Supreme Court* tinha apontado, sem criar *precedente* ⁽²⁰⁾.

Porém, o novo método proposto por White permaneceria por muitos anos pouco elaborado. Veio a ser aprofundado no acórdão proferido no caso *G.T.E. Sylvania* ⁽²¹⁾, que marcou uma forte reacção contra a tendência para aplicar a regra das *proibições per se* a certas práticas vistas como anticoncorrenciais por natureza.

De entre as decisões que, depois do caso *Sylvania*, mais contribuíram para aperfeiçoar o método do *balanço concorrencial* merece destaque a do caso *National Society of Professional Engineers* ⁽²²⁾, por ter afirmado claramente que os interesses dos utilizadores e dos consumidores não podiam justificar a validação das práticas restritivas.

⁽²⁰⁾ Entre os raros casos que atenderam a valores não concorrenciais, conta-se *Appalachian Coals v. Appalachian Coals Inc.* e outros, U.S., n.º 288, 1933, p. 344.

⁽²¹⁾ *Continental G.T.V. v. G.T.E. Sylvania*, U.S., n.º 433, 1977, p. 54.

⁽²²⁾ *National Society Engineers v. Unites States*, U.S., n.º 435, 1978, p. 677.

Essa ideia está patente no seguinte passo: «in either event, the purpose of the analysis is to form a judgement about the competitive significance of the restraint; it is not to decide whether a policy favoring competition in the public interest or in the interest of the members of an industry».

6. A "rule of reason" como princípio normativo e como método de análise das condições de validade dos acordos

Da jurisprudência do *Supreme Court* podemos extrair algumas ilacções.

Primeira: a intenção era limitar a aplicação do *balanço concorrencial* à avaliação do grau de incidência das práticas restritivas sobre a concorrência que existe no mercado.

Segunda: nessa avaliação, devem pesar, acima de tudo, os seus *efeitos reais* sobre as condições de funcionamento do mercado e não tanto a limitação da competição entre as partes contratantes, nem as vantagens económicas, sociais, técnicas ou outras, de natureza não estritamente concorrencial, que os acordos porventura vinham a revelar no *exame em concreto* ⁽²³⁾.

Terceira: ao afastar da *regra da razão* o eventual contributo de um acordo para a melhoria da produção, da distribuição ou a situação dos consumidores, o *Supreme Court* deixava claro que este método apenas se destina a apurar o *saldo concorrencial* do acordo que serve de fundamento à declaração da sua licitude ou ilicitude.

Quarta: a *rule of reason*, segundo o método do *balanço concorrencial*, e a regra das proibições *per se* distinguem-se fundamentalmente quanto aos pressupostos de que fazem depender a ilicitude das práticas restritivas: enquanto que a regra *per se* exige apenas a intenção de restringir a concorrência no mercado e que esse efeito seja provável, a *regra da razão* não prescinde da sua verificação actual e em grau significativo, nem do correspondente exame do mercado.

Quinta: se o *balanço concorrencial*, como princípio de interpretação razoável do sentido da norma que estabelece as condições da proibição e, simultaneamente, como método de verificação e

⁽²³⁾ No mesmo sentido, v. o ac. *U.S. v. Unites States Gypsum Co.* (U.S., n.º 438, 1978, p. 422). Desde que o *balanço concorrencial* de um acordo seja claramente negativo, pouco valerá para a decisão as suas vantagens económicas não concorrenciais, o seu contributo para o progresso económico; ele deve ser declarado ilícito; se, pelo contrário, ele for mais benéfico para o livre funcionamento do mercado do que se lhe for adverso, então o acordo será válido porque a concorrência não é restringida, mas promovida.

avaliação dessas mesmas condições revela a flexibilidade que a norma encerra (por ser irrealista admitir que ela imponha a proibição drástica de qualquer restrição, por mais insignificantes que sejam os seus efeitos no funcionamento do mercado), a regra das proibições *per se* confere um maior grau de certeza e favorece a segurança jurídica.

Ora, o mérito do intérprete estará em dosear a maior justiça que a *regra da razão* confere com a maior certeza da *regra per se*.

CAPÍTULO II

O BALANÇO CONCORRENCIAL NO ARTIGO 85.º DO TRATADO CEE

1. Introdução

A doutrina tem-se mostrado dividida quanto à questão de saber se o quadro normativo mais adequado para o *exame em concreto* do contexto económico e jurídico dos acordos (em sentido amplo) entre empresas, com vista a apurar o *balanço concorrencial*, será o n.º 1 do artigo 85.º⁽²⁴⁾ (que estabelece os pressupostos da ilicitude das práticas restritivas da concorrência) ou se, pelo contrário, será o seu n.º 3 (que prescreve as condições da isenção ou os pressupostos da justificação ou desculpabilidade pela Comissão das práticas que preencham os requisitos nele enunciados).

(24) Este artigo, a que corresponde actualmente o artigo 81, dispõe:

1. «São incompatíveis com o mercado comum e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associação de empresas e todas as práticas concertadas que sejam susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados membros e que tenham por objectivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum, designadamente...

2. São nulos os acordos ou decisões proibidos pelo presente artigo.

3. As disposições do n.º 1 podem, todavia, ser declaradas inaplicáveis a qualquer acordo... que contribua 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 do lucro daí resultante e que não imponha às empresas em causa quaisquer restrições que não sejam indispensáveis à consecução desses objectivos; nem dêem a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa».

Este debate tem de ser esclarecido já que se porventura o exame do *balanço concorrencial* não puder ser efectuado no quadro do n.º 3, importa saber se o n.º 1 poderá dispensá-lo.

Temos, antes de mais, que esclarecer qual o quadro legal deste conceito que, radicando na jurisprudência americana, tem hoje um significado suficientemente preciso e já mostrou ser um valioso instrumento de análise das práticas restritivas da concorrência, de vocação universal, adequado ao direito antitrust comunitário.

Em seguida, é necessário conhecer qual é o tipo de concorrência protegida pelo artigo 85.º, para saber quais são as restrições que ele proibe.

Também os conceitos utilizados pelo legislador para a definição das condições de ilicitude têm de ter um significado suficientemente preciso. É necessário esclarecer o seu significado, para verificar se o método do *balanço concorrencial* é aplicável ao artigo 85.º e, em caso afirmativo, qual o seu quadro normativo (se o n.º 1 ou o n.º 3).

Doutra forma, a *regra da razão*, que tem no *balanço concorrencial* a sua fórmula mais avançada, já por alguns acusada de ser um elemento perturbador da certeza e segurança nas relações jurídicas e nas decisões sobre as restrições da concorrência, tornar-se-ia motivo de confusão, o que serviria para reforçar a preferência pelas proibições *per se*.

Poderão as condições de ilicitude dos acordos entre as empresas, que se afigurem restritivos da concorrência, ser convenientemente apreciados em abstracto, como decorre das proibições *per se*, ou, pelo contrário, não dispensam o exame em concreto do contexto económico e jurídico do acordos cuja validade estiver em causa, mas limitado aos seus aspectos estritamente concorrenciais?

Por fim, para dissipar certos equívocos, aludiremos aos *acordos de importância menor* e à *regra de minimis*, uma construção original mas controversa da Comissão que não deverá ser confundida com o exame em concreto do *balanço concorrencial*. Aliás, ela terá nascido no direito antitrust comunitário graças à persistente negação desse exame pela Comissão, desde que ela, muito

cedo, se deixou guiar por teses de inspiração germânica sobre as restrições da concorrência ⁽²⁵⁾.

2. A controvérsia sobre o quadro legal do balanço concorrencial

2.1. As diferentes doutrinas face à redacção do artigo 85.º

O texto pouco explícito do artigo 85.º levou à formação de duas correntes quanto ao quadro legal do que se convencionou chamar “exame em concreto”.

Uma, que no passado foi dominante, congregava os defensores de que o método do *balanço concorrencial* não pode situar-se no quadro das condições de ilicitude das práticas restritivas da concorrência (o n.º 1) e que ele só poderia ter lugar no quadro das condições de isenção da proibição (o n.º 3).

Esta corrente ⁽²⁶⁾, de inspiração americana, mas mal informada a respeito do direito antitrust e jurisprudência americanos, propunha para o direito comunitário da concorrência uma certa *regra da razão*, semelhante à que o *Supreme Court* concebeu para o antitrust americano, em que o n.º 3 desempenharia, na economia do artigo 85.º, uma função análoga à da *rule of reason* no direito americano, para moderar a aparente proibição absoluta das práticas restritivas da concorrência estabelecida no artigo 1.º do *Sherman Act*.

A outra, a princípio minoritária mas que tem vindo a ganhar adeptos e a preferência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJ), congrega os que não vêem no n.º 3 qualquer ins-

⁽²⁵⁾ Não podemos aprofundar aqui a efectiva aplicação do *balanço concorrencial* pelo TJ, a partir de 1966, de forma gradual e com algumas hesitações, à semelhança do *Supreme Court* americano, aplicando-a a quase todas as modalidades de acordos entre empresas, embora também tenha seguido, por vezes, o método das *restrições acessórias*.

⁽²⁶⁾ Esta era a doutrina dominante entre os autores alemães e que veio a marcar profundamente a prática da Comissão. DERINGER entendia que a *regra da razão* permitia uma justificação económica dos acordos restritivos. KURT MARKET considerava o n.º 3 do art. 85.º uma espécie de codificação da *regra da razão*. GUNTER advogava a mesma doutrina. WOLF foi, para a época, uma das poucas vozes a manifestar a sua discordância contra essa tendência, ao defender, já em 1962, a existência de uma *regra da razão* para o n.º 1 do artigo 85.º do TCEE.

piração americana que permita o recurso a um método de análise dos acordos idêntico ao que foi concebido pela jurisprudência americana sob a bandeira do *balanço concorrencial* e da *regra da razão*. Para estes, aquela norma nada tem a ver com este método de análise.

Os primeiros, partindo do princípio de que competia aos tribunais americanos estabelecer a distinção entre *bons e maus acordos*, não admitiam que no direito comunitário tivesse aplicação um critério tão vago e discricionário como o que julgam ser a *regra da razão*. Atingidos pela proibição legal, só restava a possibilidade de virem a ser isentados, se preenchessem todos os requisitos do n.º 3, que reconheciam não serem fáceis de satisfazer.

Todavia, como acentua R. Kovar⁽²⁷⁾, estes autores nunca conseguiram demonstrar os pressupostos da sua tese, isto é, que os tribunais tenham competência para distinguir os *bons e maus acordos* ou que a Comissão deva *dar a sua benção* a certos cartéis progressistas, por exemplo, aos acordos de especialização⁽²⁸⁾.

Os segundos argumentavam, com alguma razão, que o n.º 3 condiciona a atribuição de uma isenção a considerações de natureza não estritamente concorrencial, substancialmente diferentes das que o direito antitrust americano permite levar em conta, ao aplicar a *rule of reason* aos casos abrangidos pela proibição do *Sherman Act*.

De facto, esta norma comunitária não é, na sua função, uma norma equivalente à *regra da razão*, concebida para moderar a proibição absoluta das práticas restritivas que a letra do artigo 1.º do *Sherman Act* poderia sugerir ao intérprete. Os que assim pensa-

(27) V. R. KOVAR, «Le Droit Communautaire de la Concurrence et la "règle de raison"», *art. cit.*, p. 241; e R. JOLIET, *op. cit.*, pp. 112-113.

(28) Coincidente com a tese dominante, era a posição da delegação alemã à CEE, que se manifestou nestes termos: «O n.º 1 do artigo 85.º não contém nenhum critério para medir a importância de uma restrição do comércio contra a força da concorrência residual, ou para comparar os efeitos benéficos e nocivos das restrições. Um tal processo de avaliação está contido no n.º 3 do artigo 85.º. Uma decisão quanto ao significado da restrição e quanto aos seus efeitos só é permitida dentro dos limites traçados pelo n.º 3 do artigo 85.º». Essa foi também a tese da Comissão, na sua decisão do caso *Grundig*, ao defender que o sistema previsto pelo artigo 85.º é diferente do sistema americano.

V. Relatório do B. Kart A., 1962 e C.M.R., p. 7641.

vam incorriam no erro de julgar que o *balanço concorrencial* tinha por função validar os acordos declaradamente contrários à concorrência mas que contribuíam para a melhoria da produção, da distribuição ou proporcionavam outras vantagens de ordem não estritamente concorrencial, como o seu contributo para o progresso científico ou tecnológico, criação de postos de trabalho, etc. ⁽²⁹⁾

Para que uma medida restritiva seja justificada pela aplicação da *regra da razão* não é exigível que ela proporcione vantagens económicas ou sociais que compensem a redução da concorrência; basta que não cause nenhum prejuízo à concorrência ou que, se causar, esse prejuízo não atinja uma importância tal que a prática que o originou deva ser declarada ilícita.

Isso significa que o método do *balanço concorrencial* apenas visa dar a conhecer a importância quantitativa ou a intensidade das medidas que restringem a concorrência no mercado. Contrariamente ao que por vezes se afirma, ele não visa averiguar as suas vantagens económicas, sociais, tecnológicas, a nível de emprego ou de outra natureza.

Se quisermos estabelecer uma relação entre o n.º 3 do artigo 85.º e a moderna *regra da razão*, dir-se-ia que ela reside no facto de esta exigir um grau menor de restrição da concorrência do que o exigido pelo n.º 3, porque o seu alcance é apenas o de proibir as práticas restritivas da concorrência que não sejam razoáveis ou que tenham efeitos prejudiciais significativos para o funcionamento do mercado relevante ⁽³⁰⁾.

Todavia, não devemos confundir os objectivos e as condições de aplicabilidade dos n.ºs 1 e 3 do artigo 85.º. Enquanto esta norma

⁽²⁹⁾ Como vimos, a *regra da razão* americana não leva em conta os motivos de política económica ou social; apenas atende aos aspectos concorrenciais da própria restrição. A função do critério da razoabilidade é, simplesmente, verificar em que situações concretas ela produz, ou se espera que produza, um efeito anticompetitivo excessivo e injustificado sobre o funcionamento de um mercado aberto e concorrencial.

⁽³⁰⁾ O n.º 3 do artigo 85.º visa salvaguardar aquele grau de concorrência no mercado tido como necessário para os objectivos do Tratado; isto é, visa *preservar a concorrência residual eficaz* para a construção do mercado comum, como foi declarado pelo TJ em várias decisões.

É a compensação dessa redução da concorrência por vantagens de natureza não concorrencial que permite à Comissão atribuir uma isenção.

pressupõe que um acordo entre empresas preenche as condições da proibição estabelecidas no n.º 1, sendo esse exame feito segundo o chamado *balanço económico*, a verificação das condições da sua proibição é feita segundo o método do *balanço concorrencial* ⁽³¹⁾.

Em suma, o método de análise das condições da proibição das práticas restritivas da concorrência era mal compreendido na doutrina antitrust comunitária. Enquanto uns defendiam que a *regra da razão* não tinha lugar no direito comunitário, outros julgavam vê-la no n.º 3. Poucos foram os que a situaram no seu quadro apropriado, que é o n.º 1.

2.2. O "balanço concorrencial" no quadro das condições de ilicitude

Se o n.º 3 do artigo 85.º não é o lugar apropriado para aplicar o *balanço concorrencial* nem é expressão de uma verdadeira *regra da razão*, importa então averiguar se o n.º 1 não o dispensa, fazendo apelo ao princípio da licitude da *restrição razoável*, ou se, pelo contrário, ele contém uma proibição *per se*, como a sua letra faz supor e pretendem certas teses de inspiração germânica ⁽³²⁾.

Como os requisitos previstos no n.º 3 não são fáceis de satisfazer, poder-se-ia pensar que a atribuição de uma isenção pela Comissão compensaria a falta do exame do *balanço concorrencial* na apreciação das condições de proibição indicadas no n.º 1.

Podemos explicitar esta ideia imaginando um acordo restritivo que não proporcione as vantagens mencionadas no n.º 3 e que

⁽³¹⁾ A *rule of reason* não leva em conta os motivos de política económica ou social; apenas atende aos aspectos concorrenciais da própria restrição. A sua função é, simplesmente, verificar em que situações concretas uma prática comercial produz, ou se espera que produza, um efeito anti-competitivo excessivo e injustificado sobre o funcionamento de um mercado aberto e concorrencial.

⁽³²⁾ A questão é pertinente, sobretudo se tivermos em consideração que a redacção do artigo 85.º diverge da do *Sherman Act* e que não se pode estabelecer qualquer paralelo entre o seu n.º 3 e o disposto no *Clayton Act*.

Como observa R. Joliet, citando Adelman, («Acquire the Whole of Any Part of the Stock or Assets of Another Corporation», *ABA, Antitrust Section*, n.º 111, 1953, p. 118), «the essential difference between the *Sherman Act* approach and the *Clayton Act* is simply that *Clayton Act* requires a lower standard of proof of the same kind of facts».

V. *op.cit.*, p. 113, nota 2.

não afecte significativamente o funcionamento do mercado⁽³³⁾. À primeira vista, parece que a Comissão não o poderia isentar, por não reunir as condições exigidas no n.º 3. Mas será razoável considerá-lo ilícito se dele não resultam efeitos anti-concorrenciais significativos?⁽³⁴⁾ Parece que a resposta só pode ser encontrada no *exame em concreto* de cada caso e nunca através de uma análise formal, abstracta e mecanicista das cláusulas do acordo em apreço, que pode não ser escrito, já ter caducado, sido resolvido ou alterado.

Ora, averiguar se um acordo entre empresas, dotadas de autonomia de decisão, tem ou não por fim ou por efeito modificar as condições do mercado é o que é, em termos processuais, se chama *matéria de facto*. Como tal, implica necessariamente que seja atribuído um certo *poder discricionário* às autoridades administrativas e judiciais competentes para emitir um juízo de valor sobre a validade do acordo, isto é, sobre a verificação das condições de que depende a declaração da sua licitude ou ilicitude; a menos que se entendesse, mas sem argumentos suficientemente consistentes, que o n.º 1 consagra a proibição absoluta de todas as medidas concertadas restritivas da concorrência, por mais insignificantes que sejam os seus efeitos no mercado, o que não corresponderia ao interesse comunitário, na perspectiva da construção de um mercado único.

Como tal posição é difícil de aceitar e como o n.º 1 não afasta expressamente a possibilidade de uma interpretação moderada da sua proibição, importa indagar como pode ser aplicado o método do *balanço concorrencial* na economia da norma.

Para verificar se a proibição é ou não aplicável a um caso concreto, só podem ser tidos em conta os aspectos de natureza estritamente concorrencial, isto é, aqueles que se relacionam direc-

(33) Como veremos, a chamada *regra de minimis* não nos resolveria a questão, porque não se trata de uma norma jurídica, nem de um princípio geral de direito; mas de uma regra que exprime apenas a orientação da Comissão quanto às *bagatelas* do direito da concorrência, que o TJ tem ignorado sistematicamente nas suas decisões.

(34) Pode dar-se como exemplo o caso de uma empresa de vendas em comum em que a quota de mercado das empresas associadas é insignificante, não melhora nem piora a concorrência no mercado relevante, em termos significativos.

tamente com o tipo de mercado que se pretende manter aberto, uma vez que os aspectos de natureza não concorrencial figuram no n.º 3, para o preenchimento das condições de uma eventual isenção.

O método consiste, então, em analisar, *em concreto*, caso por caso, todos os elementos de facto e de direito que se prendem com o acordo, procedendo ao seu exame económico e jurídico, para determinar se ele é susceptível de afectar o comércio entre os Estados membros de forma significativa (a primeira condição da proibição) e se as partes agiram com o propósito de eliminar, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum, ou se ele pode produzir esse efeito (a segunda condição da proibição) ⁽³⁵⁾.

Aliás, se a proibição contida n.º 1 do artigo 85.º não fosse interpretada com sentido de razoabilidade e víssemos nela uma proibição absoluta, ficaria sem explicação a proibição das restrições que não têm por objectivo limitar a concorrência no mercado comum, nem produzem esse efeito ⁽³⁶⁾.

3. O fim do artigo 85.º é proteger a concorrência no mercado

3.1. A história do artigo aponta mais para a influência americana do que germânica

Tanto o n.º 1 como o n.º 3 deste artigo se referem ao *efeito do mercado*. Porém, o n.º 3, ao visar a satisfação do interesse económico geral comunitário e ao admitir uma relativa redução da competição que existe no mercado, só visa proteger a *concorrência externa* (isto é, a liberdade de terceiros) e não a limitação da con-

⁽³⁵⁾ Nem sempre é fácil detectar essas condições. Por vezes, é difícil determinar a dimensão do *mercado dos produtos em causa* e o *espaço geográfico* a que respeita; mas é necessário incluir esse duplo exame no *balanço concorrencial*.

V. A. JACQUEMIN, *Economia Industrial Europeia*, p. 333.

⁽³⁶⁾ O estudo comparativo do artigo 85.º com as normas da concorrência em que o legislador comunitário se podia ter inspirado e com as quais o direito comunitário da concorrência está mais relacionado, poderia ajudar-nos a descobrir o seu sentido e que tipo de concorrência o legislador comunitário quis proteger.

corrência entre as partes que podia resultar das suas medidas restritivas.

Daí que um acordo restritivo da concorrência não possa obter uma isenção se for susceptível de proporcionar aos participantes o poder de excluir a concorrência em relação a uma parte substancial dos produtos em causa. Assim, a concorrência, no sentido do n.º 3, não pode ter o significado de liberdade competitiva dos comerciantes individuais, ou de *concorrência interna*, que lhe é atribuído no artigo 1.º da lei anticartel alemã. De facto, o artigo 85.º não joga com dois conceitos de *concorrência e restrição da concorrência*, ao contrário daquela ⁽³⁷⁾.

Perante tais discrepâncias, afigura-se improvável que o legislador comunitário se tivesse inspirado mais no direito *anticartel* germânico (que, de resto, é coevo) do que em qualquer outro direito da concorrência que lhe pudesse servir de modelo.

Mas uma outra razão reforça esta *genealogia* normativa.

A condição do *objecto* ou *efeito* das restrições da concorrência figura praticamente em todos os ordenamentos jurídicos sobre a concorrência. Estaremos perante conceitos que traduzam duas condições distintas e autónomas, ou duas maneiras diferentes de expressar a mesma realidade jurídica?

Vejamos o que dispõem os direitos americano, alemão e comunitário.

No direito americano, a jurisprudência e a doutrina são unânimes em tratar-se de condições alternativas para a apreciação da licitude dos acordos, e não de sinónimos da mesma condição de validade de um acordo ⁽³⁸⁾. Os tribunais sempre procuraram averiguar qual é o objectivo primário (*primary purpose*) que as partes

⁽³⁷⁾ A questão não é pacífica. Enquanto B. GOLDMAN e A. LYON-CAEN defendem que a concorrência protegida pela norma é a concorrência entre as partes e a do mercado, subordinando aquela a esta (v. *Droit Commercial Européen*, Précis Dalloz, 4.ª ed., Paris, 1983, p. 527-534), para R. Joliet, a concorrência que ela visa preservar é só a concorrência do mercado. (v. *op. cit.*, 129-130)

⁽³⁸⁾ A sua tarefa consiste em descobrir o *primary purpose* do negócio; e não propriamente em detectar a sua *business justification*, como foi sublinhado no caso *Denison Mattress Factory v. Spring-Air Co.*, FED 2d (5th Cir.), n.º 308, 1962, pp. 403-408.

Não se trata de uma questão de somenos importância porque está em causa a averiguação de um só ou de dois requisitos da ilicitude das medidas restritivas da concorrência.

têm em vista, ao concertarem os seus comportamentos, e os resultados verificados no mercado, não se limitando a analisar as cláusulas do contrato, porque a sua existência não é um requisito essencial da proibição de uma prática restritiva da concorrência, no sentido do artigo 1.º do *Sherman Act*.

Essa investigação, que faz parte do próprio processo de aplicação da *rule of reason* à proibição legal, visa constatar se um acordo afecta a concorrência no mercado e, em caso afirmativo, se a restrição é importante para o seu funcionamento regular.

Uma vez que, para a jurisprudência americana, só o *exame em concreto* do contexto económico e jurídico é que pode revelar esse resultado, caso se chegue à conclusão de que não houve o propósito de afectar a concorrência no mercado, mas que o acordo altera de uma forma importante o seu funcionamento, só a verificação desta condição basta para o declarar ilícito.

Se o exame revela que o *objectivo* não é prejudicar a concorrência no mercado, o acordo deve ser declarado válido, se dele não resultarem consequências restritivas significativas para o seu funcionamento. Se se constatar que ele não produz qualquer efeito anticoncorrencial no mercado, então apenas há que verificar se houve a intenção de afectar as condições do seu funcionamento e se esse propósito ainda se mantém.

No direito germânico, o regime é diferente, tanto na letra da lei como na sua interpretação. O artigo 1.º da lei antitrust (GWB) só consagra a condição do *objecto* e, além disso, a doutrina e a jurisprudência deram-lhe um entendimento diferente.

Enquanto a *Gegenstandstheorie* (teoria da forma) exige que o propósito de afectar a concorrência esteja claramente expresso nos termos de um contrato (o que limita bastante o âmbito da proibição e afasta qualquer possibilidade de invalidar muitas das práticas concertadas e outras praxes comerciais que não assumem a forma de um contrato), para a *Marketbeeinflussungstheorie* (teoria da susceptibilidade de influenciar o mercado), na linha do caso Spar⁽³⁹⁾, a análise do efeito do mercado é limitada à verificação da mera probabilidade de o contrato produzir efeitos anticoncorrenciais

(39) Ac. do Bundesgerichtshof, de 7.6.1962, WuE/E, n.º 486, p. 680.

sensíveis (no sentido de *perceptíveis*), não se exigindo que eles se tenham verificado efectivamente e que se mantenham.

Ao contrário do antitrust americano, são contemplados o efeito e o dano potencial e, em qualquer das teorias, a análise dos factos é muito mais limitada e formal do que no antitrust americano, cingindo-se a um mero jogo de probabilidades e presunções (aliás, característica da família de direito romano-germânica) que não reflectem convenientemente os aspectos económicos do acordo e os seus efeitos reais sobre o mercado dos produtos em causa ⁽⁴⁰⁾.

Quanto ao direito comunitário, o n.º 1 do artigo 85.º também consagra a condição do *objectivo ou efeito* da afectação do comércio, mas utiliza a disjuntiva *ou*, em vez da copulativa *e*, o que coloca alguns problemas de interpretação.

Ao precisar o significado desta condição, o TJ atribuiu-lhe ⁽⁴¹⁾ um sentido de *prejudicial*, tal como o havia feito o *Supreme Court* americano em numerosas decisões, algumas delas próximas da adopção do *Sherman Act*.

Esta disposição está, assim, mais próxima da sua congénere americana do que da alemã, na forma como trata esta condição da proibição de uma restrição da concorrência. A interpretação da Comissão é que propendeu para as teorias alemãs sobre o artigo 1.º da GWB.

O seu n.º 1 dispõe de forma muito idêntica à do artigo 1.º do *Sherman Act* sobre as condições de ilicitude dos acordos e a redacção do n.º 4 deste *Act* é parecida com a do n.º 2 do artigo 85.º, impondo o mesmo efeito jurídico (*nulidade*) aos acordos que preenchem as condições enunciadas no corpo do artigo.

Também se detectam semelhanças entre o n.º 2 do artigo 65.º do Tratado CECA e o artigo 2.º do *Sherman Act*, tanto na sua

⁽⁴⁰⁾ A construção americana parece-nos mais ajustada às realidades económicas. Levam-se em conta os termos do acordo, mas também as razões económicas que levaram à sua realização e a forma como lhe deram execução, a fim de detectar o *objectivo primário* de modificar o funcionamento do mercado.

⁽⁴¹⁾ O TJ iniciou esta orientação a partir do ac. *Grundig* (de 13.7.1966. proc. n.º 56 e 58/64, Recueil, 1966, p. 429). Ao acolher o sentido pejorativo ou prejudicial da condição da afectação do mercado, distanciou-se do sentido neutro do termo *afectar*, defendido por uma corrente da doutrina.

redacção, como nos seus objectivos: impedir que, por meio de acordos de cartelização, as empresas intervenientes consigam vantagens concorrenciais tais que possam conduzir à eliminação da concorrência no mercado relevante ⁽⁴²⁾.

Ao consagrar o chamado *critério do interesse público* em todas estas normas, o legislador admitiu haver sérias razões para recear que, ao encorajar a cooperação em certos domínios, estaria a facilitar os comportamentos concertados noutros domínios e que, se não fosse estabelecido um travão aos intervenientes, isso poderia conduzir à eliminação da concorrência numa medida muito mais considerável do que era de prever. De facto, este risco é particularmente sensível nos mercados com forte estrutura oligopolística, precisamente aqueles em que opera a maior parte das grandes empresas ⁽⁴³⁾.

Estas semelhanças levam-nos a admitir que, em 1950, o *Sherman Act* tenha servido de inspiração ao legislador comunitário para a redacção do artigo 65.º do Tratado CECA e que este, por sua vez, tenha influenciado o artigo 85.º do Tratado da CEE.

Por conseguinte, embora a história legislativa da norma básica do direito da concorrência do Tratado CEE não seja bem conhecida, é provável que o legislador comunitário tenha acolhido a interpretação do artigo 1.º do *Sherman Act* que moderava a sua proibição, pela aplicação da *rule of reason*, sobretudo segundo o método do *balanço concorrencial* ⁽⁴⁴⁾. A influência legislativa não terá vindo

⁽⁴²⁾ Evitar que isso aconteça, é o objectivo do n.º 3 do artigo 85.º, ao impor como uma das condições da atribuição de uma isenção que os acordos não confirmem às empresas que neles participam uma vantagem tal que lhes possibilite eliminar a concorrência que existe numa parte substancial dos produtos em causa.

⁽⁴³⁾ V. M.WAELBROEK, «Le Droit de la Communauté Economique Européenne», vol. 4, *La Concurrence*, pp. 293-294.

⁽⁴⁴⁾ Importa lembrar que o *Supreme Court*, para além do método do *balanço concorrencial*, sem dúvida a sua forma mais elaborada de apreciar com sentido de razoabilidade a aparente proibição absoluta das práticas restritivas da concorrência, concebeu e utilizou, ainda que em menor grau, um outro método, conhecido como método das *restrições acessórias*.

O TJ também seguiu este método em algumas decisões importantes, como: *Metro* (ac. de 25.10.1977, proc. n.º 26/76, Recueil 1977, p. 1875), para verificar a compatibilidade dos acordos de distribuição selectiva não discriminatórios com o n.º 1 do artigo 85.º; *Pronuptia* (ac. de 28.1.1986, proc. n.º 161/84, Recueil 1986, p. 353), para verificar a con-

da lei germânica, (1957), embora se reconheça que as teorias alemãs dominaram rapidamente na interpretação do artigo 85.º e influenciaram a prática da Comissão, o que leva a pensar que ela deveria rever as razões da sua escolha ⁽⁴⁵⁾.

3.2. Entre os n.ºs 1 e 3 do art. 85.º existe apenas uma diferença de grau na defesa da concorrência no mercado

Como justamente observam Goldman e Caen ⁽⁴⁶⁾, é ao contexto e às consequências económicas do acordo que o n.º 1 se mostra sensível e não propriamente às suas características jurídicas, como convém à escolha de um modelo de concorrência aberto às adaptações que a evolução do mercado dos produtos em causa recomendar e à progressão do mercado comum ⁽⁴⁷⁾.

Como já sabemos, a proibição nele contida só pode deixar de ser aplicada se se verificarem as condições (positivas e negativas) enunciadas no n.º 3. Ora, como esta norma visa determinados objectivos ⁽⁴⁸⁾ que não são os do n.º 1, torna-se necessário, por um

formidade das restrições necessárias à protecção do *savoir-faire* nas franquias de distribuição; e no caso *Remia* (ac. de 11.7.1985, proc. n.º 42/84; Recueil 1986-6, p. 2576) para verificar a compatibilidade com a mesma norma das cláusulas de não concorrência nos acordos de cessão de empresas.

⁽⁴⁵⁾ A adopção do regulamento n.º 17/62, para aplicação dos artigos 85 e 86, tem sido apontada como expressão dessa influência e como o triunfo das teorias alemãs sobre o direito da concorrência comunitário.

V. FRANÇON, «Les Ententes et les Monopoles Selon le Traité de Rome, Premier Règlement d'Application des Articles 85.º et 86.º», *Journal de Droit International*, n.º 89, Clunet, 1962, p. 400.

⁽⁴⁶⁾ V. *op. cit.*, p. 534.

⁽⁴⁷⁾ Para o direito comunitário, o critério de concorrência escolhido é uma combinação dos critérios da estrutura do mercado, dos comportamentos dos agentes económicos e dos resultados que traduzem os efeitos das suas políticas sobre a situação das empresas e de terceiros. A concorrência interna é mera condição da concorrência externa ou do mercado.

V. B. GOLDMAN e A. LEON-CAEN, *op. cit.*, pp. 528-530 e R. KOVAR, *op. cit.*, p. 127.

⁽⁴⁸⁾ Ao n.º 3 do artigo 85.º presidem três fins essenciais: a difusão do poder económico e social e a salvaguarda da liberdade individual dos intervenientes nos acordos; a protecção da liberdade económica dos que operam no mercado dos produtos em causa; assegurar a utilização eficaz dos recursos, que são escassos, de forma a conseguir a satisfação óptima do consumidor, que deve ser o fim último de qualquer política antitrust.

V. R. BORK, «The Goals of Antitrust Policy», *American Economic Review*, Maio, 1967.

lado, indagar se o tipo de concorrência que ela visa proteger é ou não o mesmo do n.º 1 e, por outro, como é que ela combina o valor da concorrência com os outros valores económicos, igualmente relevantes para o objectivo fundamental do Tratado que é a construção do mercado comum.

Lembremos também que era desejo dos Estados fundadores implantar um sistema que garantisse que as regras da concorrência não fomentassem a protecção dos interesses particulares dos concorrentes, por mais respeitáveis que eles fossem, mas que preservasse o processo concorrencial de mercado aberto. Eles procuraram, acima de tudo, preservar uma *concorrência eficaz* (*workable competition*) que promovesse a necessária rivalidade ligada à mobilidade dos factores, a salvaguarda de alternativas e a afectação óptima dos recursos. Elegeram uma visão pragmática de concorrência e não tiveram a pretensão de realizar uma concorrência *pura*, pois até admitiram a existência de posições dominantes⁽⁴⁹⁾.

É nesta busca de uma política económica pragmática e eficaz que se inscrevem no Tratado as duas normas básicas sobre o controlo das restrições da concorrência (os n.ºs 1 e 3).

Porém, do facto de a concorrência protegida pelo n.º 1 ser a concorrência no mercado, não se pode inferir que ela tenha sido necessariamente considerada pelo legislador comunitário como o único meio de realizar o *ótimo económico* europeu. Mais correcto será dizer-se que o artigo procura, nas duas disposições (os n.ºs 1 e 3), conciliar vários objectivos de política económica.

Esses objectivos, de natureza diferente, podem ser variados.

São de considerar os objectivos expressamente enunciados no próprio n.º 3 do artigo 85.º: a melhoria da produção, da distribuição e a promoção do progresso técnico ou económico; mas podem ser tidos em conta, para a isenção da proibição, outros como a manutenção dos postos de trabalho (que, como factor de estabi-

⁽⁴⁹⁾ Esta perspectiva realista dos fundadores explica que a concorrência não seja considerada como o único meio de atingir os objectivos comunitários do mercado unificado. Ela será sempre um meio essencial, mas pode ser sacrificada quando outros instrumentos alternativos forem mais adequados para os fins do Tratado. Porém, nunca pode ser eliminada.

V. O I Relatório Sobre a Política da Concorrência, 1972, pp. 11-19.

lização, favorece a melhoria das condições gerais da produção), a necessidade de assegurar o abastecimento de energia (importante para os custos da produção) ou a função do livro (como elemento de unidade cultural de um território).

Embora se trate de objectivos diferenciados, todos eles têm como fim último a construção de um mercado comum. Todos os valores afirmados no n.º 3 do artigo 85.º visam alcançar o máximo bem-estar económico e social dos utilizadores e dos consumidores, embora com algum sacrifício para a concorrência do mercado, mas sempre na perspectiva do interesse público comunitário que é a formação de um grande mercado europeu integrado.

Logo, a política económica prosseguida pelo n.º 3 também é a concorrência no mercado; não a concorrência vista como um fim (sistema *da concorrência-fim*) em si mesmo, mas como meio de, em conjugação com outros valores de natureza não concorrencial, garantir a satisfação do interesse público comunitário, alcançar o bem-estar, progresso, desenvolvimento económico e social, a nível europeu (sistema *da concorrência-meio*).

Embora não seja o único fim para o direito comunitário, a concorrência no mercado é o meio mais importante de atingir o objectivo de um mercado comum, pela razão de que nunca poderá ser totalmente suprimida pela prática beneficiária de uma isenção, por maiores que sejam as vantagens de natureza não concorrencial.

Sendo assim, o n.º 3 do artigo 85.º não é o equivalente a uma *regra da razão* porque, ao possibilitar a validação de certos acordos, com fundamento noutros valores, projecta o exame para além das considerações estritamente concorrenciais (que a aplicação desta regra exige, mas com a exclusão de outros).

A afinidade entre os n.ºs 1 e 3 está apenas no facto de que ambos visam proteger a concorrência no mercado e impedir as restrições pelas quais os seus intervenientes poderiam obter uma posição monopolística⁽⁵⁰⁾. Na verdade, ambos exigem que se averigue, em *concreto e caso por caso*, em que medida um acordo limita a concorrência no mercado, quer para verificar se ele preenche as condições da proibição previstas no n.º 1, quer para decidir

⁽⁵⁰⁾ V. as conclusões de Karl Roemer no proc. n.º 13/60, Rec., 1962, p. 239.

se é possível isentá-lo à luz do n.º 3 (segundo o método do *balanço económico*), depois de se ter concluído que ele não era lícito, à luz do n.º 1, num primeiro exame (segundo o método do *balanço concorrencial*).

Ora, se quer o n.º 1, quer o n.º 3 do artigo 85.º se referem aos *efeitos* do acordo restritivo, isso significa que ambos visam proteger a *concorrência externa*, as condições do livre mercado, qual será, então, a diferença que existe entre eles, na defesa da concorrência?

A resposta não é evidente.

Algumas autoridades na matéria ⁽⁵¹⁾, sugeriram que o n.º 1 não visa os efeitos de um acordo sobre o mercado, mas apenas a limitação da concorrência entre os intervenientes no acordo. Houve também quem dissesse que as condições do n.º 3 não atendem à amplitude da medida nas relações entre as partes, mas apenas aos seus efeitos sobre o mercado.

Em geral, esses autores, ao pretenderem que o n.º 1 protege a concorrência entre as partes do acordo e que o n.º 3 visa a concorrência no mercado colocam uma espécie de barreira entre elas, não escondendo a influência das teorias em voga sobre o artigo 1.º da lei anticartel alemã e a sua aplicação ao artigo 85.º.

Estas teorias têm de ser rejeitadas. Por um lado, elas implicam que qualquer eliminação da concorrência entre as empresas que concorrem entre si é proibida pelo n.º 1, independentemente da dimensão da sua influência sobre o mercado e do grau da concorrência que permanece, isto é, do grau da *concorrência residual*.

Nessa ordem de ideias, todos os acordos entre empresas restritivos da concorrência incorreriam na proibição da norma, por mais insignificantes que fossem os seus efeitos no funcionamento do mercado, o que é manifestamente insustentável. Para além de tal proibição ferir o senso comum, é impensável que o legislador comunitário a tenha desejado, pela razão de que as restrições insignificantes são perfeitamente negligenciáveis para o objectivo da formação de um mercado comum.

⁽⁵¹⁾ V. OBERDORFER, GLEISS e HIRSCH, *Common Market Cartel Law*, 1963, p. 64.

Por outro lado, a condição negativa imposta pelo n.º 3 do artigo 85.º (52) impediria qualquer espécie de partilha de mercados entre as empresas envolvidas no acordo, por mais insignificante que ela fosse, o que também não parece razoável nem se revela necessário para a formação do mercado comum europeu.

Além disso, os acordos com alguma importância económica nunca estariam em posição de obter uma isenção (53).

Finalmente, esses autores parecem esquecer que o poder de controlar o mercado (v.g., pelos preços) e o de excluir a concorrência são duas faces da mesma realidade, que é o monopólio. Isto é válido tanto as empresas individualmente consideradas, como para os cartéis, já que um dos objectivos do n.º 3 é impedir que eles atinjam o elevado grau de concentração do poder económico e de decisão que é próprio de um monopólio (54).

René Joliet deu uma explicação que nos parece correcta:

Enquanto o n.º 1 tem por objectivo fixar as condições de ilicitude dos acordos que restrinjam a concorrência, a quarta condição do n.º 3 visa fixar o limite do poder que as empresas podem obter por meio deles, isto é, procura estabelecer aquele grau ou limite máximo de concentração de poder económico que é permitido obter por meio de um acordo e que, uma vez ultrapassado, impede a Comissão de o isentar da proibição do n.º 1.

Mas qual é então o grau mínimo de restrição que uma medida pode atingir, para incorrer na proibição do n.º 1, já que o n.º 3 só fixa o limite máximo, com vista a uma possível isenção?

(52) «Não darem a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa».

(53) Por exemplo, um cartel que tivesse 25% do mercado nunca estaria em condições de satisfazer a condição exigida pelo n.º 3.

(54) Paralelamente, o legislador comunitário concebeu outra norma (o artigo 86.º) para impedir que uma empresa, individualmente ou com outras subordinadas a ela, pudesse abusar da sua posição dominante.

Enquanto o artigo 85.º proíbe certas coligações entre as empresas, o artigo 86.º reprime o comportamento anticoncorrencial unilateral daquelas que se encontrem em situação de posição dominante, incondicional e absoluta, isto é, «com independência global de comportamento». (v. ac. *United Brands*, de 14.2.1978), no sentido de que nenhuma isenção lhes possa ser atribuída, a não ser a prevista no n.º 3 do art. 85.º.

V., entre outros, G. DRUESNE e G. KREMLIS, *La Politique de la Concurrence dans la CEE*, Paris, PUF, 1975, pp. 48-50.

Segundo ele, quando se fala de proibição de restrição, há um limite máximo e um limite mínimo; ao exigir um efeito actual e significativo do acordo sobre o mercado, o n.º 1 implica que algo tenha mudado na estrutura ou no funcionamento do mercado por causa do acordo, já que não faz sentido proibir uma medida cujo impacto é nulo ou insignificante.

Então esta norma visa estabelecer o limite mínimo de variação da concorrência no mercado, pouco importando, para os seus fins, o grau de restrição que se verifique na concorrência entre as partes. Para que um acordo incorra na sua proibição, ele deverá ter um impacto significativo nas condições de funcionamento do mercado relevante. Não se exige que as partes tenham de estar em posição de controlar os preços do mercado ou de colherem uma boa parte dos lucros; basta que, por via dele, elas fiquem em posição de exercer uma influência efectiva e significativa sobre o mercado.

Essa influência é o limite mínimo exigido, para que tal prática possa incorrer na proibição do n.º 1. Até que ponto poderão elas levar a sua influência sobre as condições de funcionamento do mercado, para que as suas práticas sejam permitidas? A resposta para este limite máximo tem de ser procurada no n.º 3: elas não poderão eliminar totalmente a concorrência existente para esses produtos, nem poderão eliminá-la numa parte substancial do espaço comunitário e, em caso algum, a restrição deve ser desnecessária.

Podemos, então, concluir que o n.º 1 visa apenas fixar as condições da proibição dos acordos restritivos ou as condições mínimas conducentes à declaração da nulidade; enquanto o n.º 3 estabelece o limite máximo de restrição consentida, para que não se gerem situações de monopólio que afectem aquele grau de concorrência que o legislador comunitário considerou suficiente e eficaz para a construção de um mercado comum.

Sendo assim, as duas normas são complementares e visam proteger a concorrência externa, a concorrência do mercado; entre a possibilidade de restringir a concorrência e a de a eliminar, há só uma diferença de grau, que lhes compete fazer respeitar ⁽⁵⁵⁾.

⁽⁵⁵⁾ Neste sentido, v. R. JOLIET, *op. cit.* pp. 128-129.

B. GOLDMAN e L.CAEN parecem defender uma posição um pouco diferente: «C'est donc autant la concurrence interne que la concurrence externe qui sont prote-

3.3.3 Para que o acordo seja proibido, a restrição deve ser “sensível”

A noção de concorrência efectiva, eficaz e relativa implica que as restrições ao comércio sejam *sensíveis*, isto é, que elas atinjam *um certo grau ou intensidade*.

A Comissão mostrou-se, muito cedo, predisposta a exigir a verificação desta condição, por influência das doutrinas alemãs⁽⁵⁶⁾.

O TJ viria a perfilhar a mesma teoria mas com uma fundamentação diferente e mais orientada para a aplicação da *regra da razão*, em várias decisões⁽⁵⁷⁾.

Ora, o carácter *sensível* da restrição depende mais da dimensão do *mercado dos produtos em causa* e do *mercado geográfico* do que da existência da restrição em si mesma. Se as partes detiverem uma quota importante no mercado dos produtos em causa e se o acordo contribuir para travar a importação de quantidades sig-

gées. [...] Dans un premier temps, il est logique de rechercher si un accord limite la liberté d'action des parties. [...] Il faut alors rechercher, dans une seconde étape, de manière autonome, si la situation des tiers est altérée». V. *op. cit.*, p. 533. (itálico nosso)

⁽⁵⁶⁾ Uma das razões que levou a Comissão a excluir da proibição do n.º 1 do artigo 85.º *os acordos de importância menor* encontra a sua motivação precisamente nesta característica da restrição.

V. as Comunicações da Comissão, de 27.3.1970 (JOCE C 164/1, de 2.6.1970), a de 19.12.1977 (JOCE C 313, de 29.12.1977) e a de 3.9. 1986 (JOCE C 231/2, de 12.9.1986).

Desta última, merece particular destaque o pontos 2: «...l'interdiction des ententes édictée à l'article 85.º (1) [...] ne vise pas les accords qui n'affectent que d'une manière insignifiante le commerce entre les États membres ou la concurrence. [...] *Seuls sont interdits les accords qui ont des effets sensibles sur les conditions du marché*, en d'autres termes, qui modifient de façon sensible la position sur le marché des entreprises étrangères tierces et des utilisateurs, c'est-à-dire leurs débouchés ou leurs sources d'approvisionnement».

⁽⁵⁷⁾ No acórdão do caso *Pioneer*, exerceu de facto o seu poder de apreciação, sem se submeter aos limites quantitativos indicados pelas Comunicações da Comissão, e considerou aplicável o n.º 1 do artigo 85.º, apesar de a empresa em causa só controlar cerca de 3% do mercado, quando a Comunicação da Comissão indicava 5%.

O TJ considerou que pode existir uma restrição da concorrência quando as empresas em causa representam uma parte do mercado relevante *claramente inferior à indicada pela Comissão, pois que era necessário atender, sobretudo, à estrutura do mercado e à importância relativa dos operadores em presença*, isto é, à parcelização do mercado.

V. Ac. de 7.6.1983, proc. n.º 100-103/80, Rec., 1983, p. 1823 e s..

nificativas desses produtos, a restrição é muito sensível e, por consequência, ele deve ser proibido.

Isso poderá acontecer sobretudo quando se trata de produtos com particularidades específicas e relativamente aos quais as posições detidas pelas partes são importantes. Em casos destes, é necessário atender não só à concorrência *actual* mas também à concorrência *potencial*, para avaliar a importância da incidência do acordo sobre o mercado, a gravidade da restrição e o seu carácter sensível⁽⁵⁸⁾.

Além disso, o *efeito sensível* pode não se verificar sobre o *volume* das trocas propriamente dito, mas sobre o *preço* ou *qualidade* dos produtos ou dos serviços em causa.

Daí que, segundo a jurisprudência comunitária, o n.º 1 do artigo 85.º seja aplicável desde que a medida restritiva possa afectar o comércio entre os Estados membros, não sendo imprescindível que ele já tenha sido afectado de facto. Basta constatar, por um raciocínio hipotético, uma *probabilidade séria de que a afectação se possa verificar* (59).

Ao adoptar um modelo de concorrência efectiva, eficaz, flexível e evolutiva, que atende simultaneamente à estrutura do mercado, ao comportamento das empresas e aos seus efeitos sobre a capacidade negocial de terceiros, o legislador comunitário teve em vista proteger e preservar a *dose* de concorrência que, em dado momento, do processo de integração em curso e para certo mercado, é indispensável às exigências fundamentais do Tratado.

O tipo de concorrência escolhido representa, até certo ponto, uma menor segurança jurídica para os agentes económicos

(58) Na apreciação da gravidade da restrição não devem contar só as limitações criadas à aquisição dos produtos contratuais por terceiros.

O TJ mandou atender também à existência no mercado de *produtos de substituição*, para avaliar o grau da restrição à concorrência.

(59) V. os ac. dos casos *Distillers* (de 10.7.1980, proc. n.º 30/78, Rec., 1980, p. 2229) e *Zuchner* (de 14.7.1981, proc. n.º 172/80, Rec., 1981, p. 2021), em que o TJ admitiu a afectação sensível das trocas monetárias.

O carácter sensível da restrição assemelha-se à existência de uma concorrência eficaz e, por vezes, até se confunde com ela.

Sobre a questão, v. as conclusões do Advogado-Geral Reischal, no caso *Fedetab*, ac. de 29.10.1980, proc.n.º 209 e 218/78, Rec., 1981, p. 3125.

que dificilmente poderão prever a intensidade da concorrência que as autoridades comunitárias e nacionais julguem dever acautelar⁽⁶⁰⁾.

4. A verificação das condições da proibição exige que se proceda ao exame em concreto do acordo e do “balanço concorrencial”

4.1. Na verificação do “objecto” ou efeito” restritivo da concorrência

Ao mencionar as condições da ilicitude de um acordo que afecte a concorrência no mercado comum, o n.º 1 implica que haja um nexo de causalidade entre uma determinada prática negocial e a afectação do comércio entre os Estados membros que dela resulte ou possa resultar.

Ora, como a aplicação da proibição tanto pode resultar do *fim* visado pelos participantes no acordo (pelo seu *objecto*), como pelas *consequências* que as medidas por eles adoptadas produzam ou possam produzir no funcionamento do mercado (pelo seu *efeito*), há que ponderar as duas situações.

No sentido da norma, o *objecto* significa o *fim* da concertação e não o seu conteúdo. O que tem de ser levado em conta no juízo sobre a validade do acordo, é a intenção das partes. Mas essa intenção é objectivada a partir da presunção de que eles procuram levar à prática os efeitos normalmente previsíveis dos acordos que decidem estabelecer entre si.

(60) Todavia, ele permite tomar em consideração uma razoável variedade de factores de natureza não estritamente concorrencial que lhes facilita a legitimação dos acordos que limitem a capacidade de terceiros competirem consigo, o que garante a possibilidade de não verem frustradas as suas expectativas e interesses.

Eles devem estar atentos ao mercado e conhecê-lo para que os seus acordos não sejam reprovados no *exame em concreto*, em que impera o sentido de razoabilidade. Afinal, eles já estavam vinculados a não agirem em *concorrência desleal* e a celebrarem e cumprirem de *bou fé* os seus contratos; o direito comunitário veio impor-lhes mais o dever de respeitarem os fins do Tratado.

Daí que seja necessário verificar se, no caso concreto, existe uma possibilidade razoável da verificação do efeito restritivo da concorrência e se ela é determinante para saber se os intervenientes agiram com a intenção de a restringir a concorrência ⁽⁶¹⁾.

Um efeito restritivo da concorrência pode ser suficiente para tornar ilícito um acordo, sem que cumulativamente seja exigível a condição do propósito de o causar. A proibição pode ser declarada ainda que os participantes no acordo não intentem travar o processo competitivo do mercado ⁽⁶²⁾.

Discutia-se se a condição de as partes agirem com a intenção de causar alterações no funcionamento do mercado e a sua efectiva alteração eram requisitos cumulativamente exigíveis para proibir uma prática comercial ou se, pelo contrário, a simples constatação de uma delas poderia levar à sua nulidade.

A jurisprudência do TJ é no sentido do carácter alternativo destas condições de punibilidade ⁽⁶³⁾. Todavia, embora o *objecto* e o *efeito* sejam condições alternativas, cuja verificação isolada é suficiente para aplicar o n.º 1, é prática corrente indagar se os acordos têm por *objecto* e por *efeito* restringir o jogo da concorrência ⁽⁶⁴⁾.

Ora, o carácter alternativo desta condição tem consequências importantes na apreciação da validade dos acordos.

Em primeiro lugar, um acordo entre empresas pode ser declarado ilícito apenas em razão do seu *objectivo*, independentemente dos seus *efeitos* sobre o mercado, sem que haja necessidade de ave-

⁽⁶¹⁾ V. B. GOLDMAN e A. L.-CAEN, *op. cit.*, pp. 550-551.

⁽⁶²⁾ No entanto, parece que os efeitos restritivos da concorrência devem ser objectivamente *previsíveis* para as partes ou que, pelo menos, se verifique uma *probabilidade* real de o acordo conduzir a um tal resultado.

Neste sentido, *op. cit.*, p. 551; contra, J.A.VAN DAMME, *La Réglementation de la Concurrence dans la CEE*, Paris, PUF, 1975, p. 192.

⁽⁶³⁾ O carácter alternativo foi consagrado pela Comissão [v. as decisões de 16.7.1969, no caso *Quinino* (JOCE L 50, de 22. 2.1978) e *The Distillers* (JOCE L 50, de 22.2.1978)] e pelo TJ [v. os ac. dos casos *Grundig* (de 13.7.1966, proc. n.º 56 e 58/64, Rec., 1966, p. 429) e *Quinino* (de 15.7.1970, proc. n.º 41,44, 45/69, Rec., 1969, p. 661,733 e 769)].

⁽⁶⁴⁾ Neste sentido, v. as decisões da Comissão, de 25.7.1975, no caso *Brondemaling* (de 25.7.1975, JOCE L 274/27, de 25.9.1975), a de 12.1.1977, no caso *The Distillers* (*cit.*); e os ac. do TJ, do caso *Grundig* (*cit.*) e do *Quinino* (*cit.*).

riguar se, de facto, ele originou uma restrição da concorrência ⁽⁶⁵⁾. Assim, um acordo pode ser declarado ilícito desde que os seus intervenientes tenham agido com a *intenção* de travar o jogo da concorrência e a prática seja susceptível de (*efeito potencial*) afectar as trocas entre os Estados.

Em segundo lugar, ele não exclui que se dê uma certa prioridade ao exame da condição do objectivo do acordo (averiguando primeiro o que levou as partes a se entenderem e só depois, se necessário, passar ao exame dos resultados sobre o mercado, caso o primeiro exame não seja concludente quanto à sua ilicitude ⁽⁶⁶⁾).

Em terceiro lugar, se a intenção que preside ao acordo é objectivada a partir da presunção da sua existência (se as partes decidiram limitar a sua liberdade, normalmente, é porque esperam encontrar no mercado outras compensações) e se essa intenção é procurada nos termos do acordo (se for escrito) ou noutros documentos, o efeito sobre o mercado é averiguado pela análise dos seus aspectos económicos ⁽⁶⁷⁾.

⁽⁶⁵⁾ A Comissão constatou, em várias decisões, uma infracção ao n.º 1 do artigo 85.º com base apenas no exame do *objectivo* do acordo.

V. G., a dec. do caso *A.O.I.P. contra Beyrard* (de 2.12.1975, JOCE L 6/8, de 13.1.1976), a considerar restritiva a cláusula pela qual o licenciado de uma patente está impedido de exportar para outros países em que uma licença de uma patente foi concedida ou cedida; e a dec. do caso *Video Cassette Recorders* (de 20.12.1977, JOCE L 47/42, de 18.2.1978).

⁽⁶⁶⁾ É recomendação de B.GOLDMAN e A.L.-CAEN: «...L'alternative est donc entendue de façon stricte, et dans l'ordre proposé par l'article 85.º (1). La Commission et la Cour trouvent l'indication d'un *principe hierarchique*: elles s'attachent d'abord à l'object, et c'est seulement lorsque cet object anticoncorrentiel n'est pas établi qu'elles recherchent les répercussions concrètes de l'accord». V. *op. cit.*, p. 549. (Itálico nosso)

Embora seja de dar prioridade ao *objecto* na análise do acordo, a sua averiguação não dispensa o *exame em concreto* dos aspectos jurídicos e económicos e de todo o circunstancialismo concorrencial envolvente.

V. os ac. *Haecht I, De Norre contra Concordia* (de 1.2.1977, proc. n.º 47/75, Rec., 1977, p. 65) e o recente *Stergios Delimitis contra Henninger Brau* (de 28.2.1991, proc. n.º C-234/89, Rec., 1991, p. 935).

⁽⁶⁷⁾ A essa análise interessam não só a quantidade dos produtos em causa, a posição e a importância das empresas envolvidas no acordo, mas também a existência de acordos semelhantes entre outras empresas, por serem elementos do funcionamento do mercado. Mas também devem ser ponderados os elementos da própria estrutura do mercado, tais como as condições de acesso, o grau de concentração, as características dos produtos, a amplitude e evolução do mercado; embora se tratem de factores exteriores às empresas, exprimem as condições do seu funcionamento e uma certa estabilidade.

Em quarto lugar, à necessidade do exame do acordo no seu contexto económico e jurídico real anda associada a *regra do efeito cumulativo* que também tem de ser levada em conta na análise.

A sua aplicação justifica-se porque um conjunto de acordos similares, pelo feixe de efeitos criados, é susceptível de restringir a concorrência de maneira sensível, ainda que cada um dos acordos isoladamente considerados seja insuficiente para exercer uma in-fluência significativa sobre o mercado.

Mas não está isenta de dificuldades. Por se tratar de elementos exteriores à vontade das partes, será exigir demais obrigá-las a tomarem conhecimento de acordos em que não participaram e que até podem desconhecer ⁽⁶⁸⁾.

Em quinto lugar, a averiguação do *objectivo* e do *efeito* sobre o mercado impõe-se para todos os graus e formas de restrição da concorrência (eliminação, restrição ou distorção) e para todos os tipos de acordos ⁽⁶⁹⁾.

Ora, para detectar a intenção de modificar as condições do mercado e, sobretudo, a possibilidade razoável do efeito, com vista a uma conclusão segura quanto à validade do acordo, torna-se necessário proceder ao seu *exame em concreto*, situando-o no contexto económico em que ele se insere.

4.2. Na verificação da afectação do comércio entre Estados membros

A proibição de um acordo depende também da verificação da condição de ele ser «susceptível de afectar o comércio entre os Estados membros», de maneira tal que seja prejudicada a construção de mercado comum.

⁽⁶⁸⁾ Fazendo depender a validade dos acordos da influência de factores alheios ou desconhecidos, a segurança jurídica e a boa-fé são sacrificadas aos fins do Tratado. Trata-se de uma regra que não encontra paralelo nos direitos americano e alemão e que não é uma exigência da *regra da razão* nem das proibições *per se*.

⁽⁶⁹⁾ O *contexto* deve ser entendido em sentido amplo, por forma a abranger não só os acordos firmados entre as empresas em causa, mas também os acordos semelhantes entre outras empresas, por serem constitutivos da estrutura do mercado que é determinada por múltiplos factores, como as *barreiras à entrada*, o grau de segmentação do mercado e de integração vertical. Só assim a proibição pode ser aplicada com razoabilidade.

É uma condição cujo sentido tem suscitado controvérsia. Terá esta condição por função estabelecer uma *repartição de competências* entre a ordem comunitária e as ordens jurídicas nacionais ou tratar-se-á de uma *questão de fundo*, de um elemento constitutivo da própria proibição? ⁽⁷⁰⁾

Uma vez que a letra do n.º 1 do artigo 85.º não exige que a afectação do comércio intra-comunitário seja *efectiva*, também a mera afectação *potencial* pode ser proibida?

No passado, a doutrina estava dividida quanto a saber se a expressão *afectação* devia ser entendida num *sentido prejudicial* ou *neutro*. Partindo de uma discussão terminológica que teve origem nas diferentes versões linguísticas do Tratado, as divergências prolongaram-se quanto à função desta condição ⁽⁷¹⁾.

Alguns defendiam que o termo *afectar* devia ser tomado no sentido desfavorável, isto é, de causar prejuízo às trocas entre os Estados membros ⁽⁷²⁾. Para estes, o n.º 1 só seria aplicável se o acordo provocasse uma modificação nas trocas intracomunitárias que se revelasse prejudicial aos objectivos do Tratado.

Outros advogavam para o termo um sentido neutro, o de uma mera alteração das suas condições de funcionamento. O n.º 1 do artigo 85.º seria aplicável às medidas restritivas que modificassem as condições de funcionamento das trocas entre os países membros

⁽⁷⁰⁾ A doutrina dominante é no sentido de que o efeito sensível das práticas restritivas da concorrência nas trocas entre os Estados membros, além de ser uma regra de repartição de competências entre as ordens jurídicas comunitária e nacionais, é também uma condição da sujeição ao direito comunitário, um dos requisitos da aplicabilidade dos artigos 85.º e 86.º.

Sobre as diversas teses, V. VAN DAMME, *op. cit.*, p. 164 e ss.; e B. GOLDMAN e L. A-CAEN, *op. cit.*, pp. 890.

⁽⁷¹⁾ As dúvidas partiram das diferenças linguísticas. Enquanto a versão francesa emprega o termo *affecter* (que não tem forçosamente uma conotação pejorativa), outras versões utilizam uma expressão que normalmente tem um sentido pejorativo (v.g., a italiana, que usa o termo *pregiudicare* que significa *exercer uma influência desfavorável*).

V. J.J.A. ELLIS, «L'interprétation du mot "affecter" dans l'article 85.º du Traité de la C.C.E., par rapport au mot "empêcher", "restreindre" ou "fausser" le jeu de la concurrence», *Chronique*, Dalloz, 1963, p. 221.

⁽⁷²⁾ V. DERINGER e OBERDORFER, A. GLEISS e M. HIRCH, *Droit des Ententes de la Communauté Economique Européenne*, Larcier, 1977.

da Comunidade, independentemente de essa alteração poder ou não prejudicar os fluxos comerciais no espaço comunitário ⁽⁷³⁾.

A Comissão mostrou-se hesitante quanto à escolha do sentido neutro ou prejudicial do termo. No *Grundig*, ⁽⁷⁴⁾ colocada perante a pretensão das partes de que o comércio entre os Estados membros não era prejudicado pelo acordo já que, segundo elas, as transacções dos produtos da marca Grundig registavam um aumento significativo no mercado franco-alemão, ela manifestou a sua discordância, ao considerar «é suficiente que uma restrição da concorrência (...) faça com que o comércio entre Estados membros se desenvolva em condições diferentes das que aconteceriam sem a restrição e que a influência sobre as condições do mercado revele alguma importância».

Embora não tenha apreciado a incidência favorável ou não do acordo sobre o comércio interestatal, parece ter exigido que a sua afectação resultasse de uma restrição da concorrência, o que não se adequa com a interpretação neutra do termo.

O TJ também começou por revelar alguma hesitação quanto à escolha do sentido do termo *afectação*. No acórdão *Grundig*, pronunciou-se no sentido de que a condição da afectação do mercado comum se destinava «a determinar, em matéria de regulamentação dos acordos, o império do direito comunitário em relação ao dos Estados», o que levou alguns comentadores a verem nesta afirmação uma interpretação *neutra* da condição.

Mas a sua opção pelo sentido prejudicial parece clara, ao acrescentar: «Importa, sobretudo, saber se o acordo é susceptível de pôr em causa, quer de maneira directa ou indirecta, quer actualmente ou potencialmente, a liberdade do comércio entre os Estados membros, num sentido que poderia *prejudicar* a realização de um mercado único entre Estados» ⁽⁷⁵⁾.

⁽⁷³⁾ Neste sentido, STEINDORF, *Kartelle und Monopole im modern Recht*, 1961, p. 15.

⁽⁷⁴⁾ Ac. de 23.9.1964, JOCE L 161, de 20.10.1964.

⁽⁷⁵⁾ No ac. *Técnica Mineira*, quase simultâneo (de 30.6.1966, proc. n.º 56/65, Rec., 1966, p. 3581), voltou a incorrer nesta duplicidade de critério.

Como observa G. BERNINI, o TJ optou por uma interpretação relativamente prudente da noção de afectação do comércio entre os Estados membros, dando mais importância ao

5. A regra “de minimis” não se identifica com a regra da razão

A regra de *minimis*, relativa aos chamados *acordos de importância menor*, merece uma reflexão particular, pois não poucos vêem nela a *regra da razão*, quando ela é, precisamente, uma das consequências da sua negação pela Comissão.

Trata-se de mais uma das *comunicações* da Comissão a respeito da sua interpretação dos acordos de pequena importância, de uma regra que ela construiu a partir das teorias alemãs e do artigo 8.º da BWG (que permite a isenção dos *acordos horizontais*, em determinadas circunstâncias, idênticas às do n.º 3 do artigo 85.º) como forma de aliviar a pesada tarefa das notificações, relativamente às *bagatelas* da concorrência, cuja história não é geralmente bem conhecida.

Ainda antes de anunciar, na primeira Comunicação sobre cooperação entre empresas, ⁽⁷⁶⁾ a sua posição sobre os acordos de reduzidos efeitos sobre a concorrência, ela já tinha decidido, por diversas vezes ⁽⁷⁷⁾, que o n.º 1 do artigo 85.º não se aplicava aos acordos que tivessem uma incidência diminuta no volume das trocas entre os Estados membros.

Porém, uma tal posição não significa que ela estivesse preocupada em aplicar uma regra da razão, no sentido que lhe atribuiu a jurisprudência americana.

facto de o acordo ser de natureza a exercer uma influência nas trocas num sentido que pudesse prejudicar a realização dos objectivos de um mercado único entre os Estados.

V. GIORGIO BERNINI, «As Regras da Concorrência», in *Trinta Anos de Direito Comunitário*, publicação da Comissão das CE, p. 335.

⁽⁷⁶⁾ De 29 de Julho de 1968, JOCE C 75, da mesma data.

⁽⁷⁷⁾ Foi o caso *S.O.C.E.M.A.S.*, relativo aos acordos firmados entre 77 estabelecimentos franceses que eram sucursais de uma sociedade anónima. A Comissão verificou que as importações para a CEE, realizadas por iniciativa desta sociedade, só representavam 0,1% do volume global de negócios do conjunto dessas empresas e que não ultrapassavam 1% da produção anual do produto em causa de um dos Estados membros. Considerou válidas as restrições em causa, por terem importância diminuta no comércio comunitário.

A mesma explicação figura nos casos *Grosfilex* (11.3.1964, JOCE C 58, 26.8.1964), *Nicholas Frères* (30.7.64, JOCE C 136, 26.8.1964), *Alliances des Constructeurs Français de Machines Outils* (7.7.1968, JOCE C 201, 12.12.68) e *Chaufourniers* (5.3.1969, JOCE C 122, 22.5.1969).

O elevado número de notificações de acordos de importância menor levaram-na a conceber um expediente que lhe permitisse não ter de se preocupar com medidas restritivas cujas repercussões sobre o mercado se lhe afiguravam inócuas para os objectivos do Tratado.

Neste contexto, surgiu a referida Comunicação sobre a cooperação entre empresas, em que a Comissão deu a conhecer a sua leitura sobre os artigos 85.º do Tratado da CEE e 65.º do Tratado CECA, para favorecer a cooperação entre as PME e levá-las a trabalhar de uma maneira mais racional, aumentar a produtividade e competir num mercado mais alargado ⁽⁷⁸⁾.

A justificação para os não submeter à proibição da norma era que se tratava de acordos com escassa incidência sobre as condições de funcionamento do mercado.

A experiência entretanto colhida pela Comissão e o entendimento generalizado de que só deviam ser proibidos os acordos que tivessem efeitos significativos no mercado e que modificassem a concorrência efectiva, encorajaram-na a publicar a *Comunicação relativa aos chamados acordos de importância menor* ⁽⁷⁹⁾.

Neste documento, ela expressou o seu entendimento de que os acordos entre as empresas de produção ou de distribuição não incorriam na proibição do n.º 1 do artigo 85.º «quando os produtos em causa não representassem, na parte do mercado comum em que o acordo produzia os seus efeitos, mais do que 5% do volume de negócios realizado com os produtos idênticos ou considerados como similares pelo utilizador, em razão das suas propriedades, do seu preço ou uso, e quando o volume de negócios global anual realizado pelas empresas participantes no acordo, não ultrapassasse

⁽⁷⁸⁾ O TJ começou por perfilhar a posição da Comissão no caso *Volk-Vervaeche* (ac. de 9.7.1969, proc. n.º 5/69, Rec., 1969, p. 259) e no caso *Cadillon* (ac. de 6.5.1971 (proc. n.º 1/71, Rec., 1971, p. 351), ao declarar que um acordo de exclusividade, mesmo com uma cláusula de exclusividade absoluta a favor do distribuidor, podia escapar à proibição do n.º 1 do artigo 85.º devido à fraca posição dos interessados no mercado dos produtos em causa na zona sobre que recaia a proibição.

⁽⁷⁹⁾ In JOCE C 64, de 2 de Junho de 1970.

15 milhões de UC, ou 20 milhões, tratando-se de acordos entre empresas comerciais»⁽⁸⁰⁾.

Para além do facto de estas Comunicações levantarem algumas dificuldades de interpretação, a sua concepção não esconde uma certa incongruência da Comissão e deve ser entendida como uma velada hostilidade pela *regra da razão* e suas implicações.

Em primeiro lugar, as Comunicações relativas aos *acordos de cooperação* e aos *acordos de importância menor* experimentam alguma dificuldade de aplicação aos acordos entre empresas situadas em diferentes estádios do processo de produção ou de distribuição (*acordos verticais*), na medida em que o volume de negócios da que se encontra a montante no processo económico normalmente ultrapassa os valores indicados pela Comissão.

Em segundo lugar, para nos certificarmos se os efeitos dos acordos são ou não de pouca monta, é necessário precisar a extensão geográfica e material do mercado em que o referido primeiro limite deve ser apreciado; ora, esta dificuldade não é removida pelo facto de a Comunicação de 1977 se referir a uma parte *substancial* do mercado comum, por não existir um critério que a quantifique.

Em terceiro lugar, há que contar com a *regra do efeito cumulativo*, cuja aplicação pode contrariar a orientação proposta, no caso de o efeito sobre o mercado deixar de ser pouco significativo, por via desta segunda regra⁽⁸¹⁾.

Além disso, as Comunicações não têm o valor de uma norma jurídica, nem são um princípio geral de direito e, como tal, *não são*

⁽⁸⁰⁾ «O volume de negócios total não leva em conta as transacções ocorridas entre as empresas que participam no acordo». Mas deve ser tido em conta o volume de negócios obtido com os produtos visados no acordo e o volume total de negócios das empresas interessadas, incluindo as que disponham de um poder de controle sobre as partes do acordo.

Em 19.12.1977, foi publicada nova Comunicação (in JOCE C 313, de 29.12.1977) em que o limite do volume de negócios foi elevado para 50 milhões de U.C., sem que se tenha de distinguir entre empresas industriais e comerciais.

⁽⁸¹⁾ O ponto 16 diz que a comunicação não se aplica quando, no mercado em causa, a concorrência é restringida pelo *efeito cumulativo de feixes paralelos de acordos similares* feitos por vários fabricantes ou comerciantes.

fonte de direito, não informam as normas positivas e não têm carácter vinculativo ⁽⁸²⁾.

Por último, o TJ nunca se apoiou nessas Comunicações, para as decisões em que foi chamado a interpretar o n.º 1 do artigo 85.º. Poderá esta atitude significar uma discordância da orientação que elas contêm? Isso não está esclarecido.

O facto de algumas vezes ele ter decidido em sentido idêntico ao das Comunicações não permite concluir que estivesse de acordo com a Comissão.

Também nos parece que seria infundado afirmar que o TJ discordava da Comissão só pelo facto de, em alguns casos, não ter seguido a Comunicação respeitante *aos acordos de importância menor* ⁽⁸³⁾.

A Comissão não deve ser censurada propriamente por se dispensar de proceder a um *exame em concreto*, porque ela procede a esse exame, ao aplicar o n.º 3 do artigo 85.º.

O mal está em não proceder a esse exame no quadro do n.º 1 e em se mostrar pouco disposta a seguir a orientação que o TJ lhe propôs nesse sentido.

Fruto da necessidade e procedente de concepções contrárias à filosofia da *regra da razão, a regra de minimis* representa, ao nível dos princípios, um desvio à interpretação razoável do n.º 1 do artigo 85.º, alicerçada no método do *balanço concorrencial* dos efeitos anti-competitivos das práticas restritivas da concorrência. Ela não se confunde com a regra da razão nem a dispensa.

⁽⁸²⁾ A Comissão parecia consciente disso, ao afirmar, na Comunicação de 1970, que ela *«não prejudicava a interpretação do TJ das comunidades europeias»*. A Comunicação de 1986 insiste nesta ideia e diz que ela não prejudica a aplicação do artigo 85.º pelas instâncias nacionais, mas que constitui um elemento a que eles podem atender nas suas decisões.

Alguns autores criticaram o TJ por não ter dado a conhecer claramente a sua posição quanto a estas Comunicações.

⁽⁸³⁾ V. J. VAN DAMME, *La Politique de la Concurrence Dans la CEE*, Kortryk, Bruxelles-Namur, 1980, pp. 222-223.

CAPÍTULO III

O CONTRIBUTO DO “BALANÇO CONCORRENCIAL” PARA UMA APLICAÇÃO MAIS DESCENTRALIZADA DO DIREITO ANTITRUST

1. Introdução

Uma vez que o direito comunitário da concorrência não visa substituir as disposições nacionais, mesmo no plano da existência de um mercado comum, é necessário determinar as condições da coexistência da ordem jurídica antitrust comunitária e das que integram a soberania dos Estados, na perspectiva de uma integração económica e jurídica, o que coloca várias questões.

A primeira questão diz respeito aos requisitos de aplicabilidade do direito comunitário da concorrência (e não apenas do artigo 85.º) e ao seu primado sobre as regras nacionais.

A segunda relaciona-se com a natureza e finalidade deste direito, o grau em que as instâncias nacionais o aplicam e as causas que estão na sua origem.

Não será que um mais amplo recurso ao *balanço concorrencial* permitiria atenuar a concentração da aplicação do direito da concorrência na Comissão, já que, sendo as instâncias nacionais competentes para aplicar o n.º 1 do artigo 85.º, incumbir-lhes-ia também proceder ao *balanço concorrencial*? Não seria essa a melhor forma de ela se libertar da sobrecarga de processos a que tem estado sujeita, de se concentrar nos casos mais nocivos para a concorrência e de conseguir uma gestão mais descentralizada do direito da concorrência?

2. O primado do direito comunitário da concorrência e a indefinição quanto à sua aplicação a nível nacional

Vimos, ao tratar da condição da afectação do comércio entre os Estados membros, que o TJ, a partir do caso *Grundig*, estabeleceu a orientação de que, «para determinar, em matéria de regulamentação de acordos, o império do direito comunitário em relação aos Estados membros, importa sobretudo saber se o acordo é

susceptível de pôr em causa, directa ou indirectamente, actual ou potencialmente, a liberdade do comércio entre os Estados membros, num sentido que *pudesse prejudicar a realização dos objectivos de um mercado único entre Estados*».

É impensável que um acordo que afecta o comércio entre os Estados membros não afecte também os mercados dos países em que operam as empresas que estão envolvidas nesse acordo.

Por isso, a ordem jurídica comunitária é cada vez menos uma ordem jurídica que reclame uma *competência concorrente* com a dos Estados-membros e que se lhe deva sobrepor ⁽⁸⁴⁾.

Porque normalmente não existe conflito entre as duas ordens jurídicas, geralmente os efeitos comunitários de um acordo entre empresas restritivo da concorrência, no sentido do n.º 1 do artigo 85.º, não podem ser dissociados dos dos efeitos nacionais que ele também desencadeia.

É certo que continua a justificar-se o respeito do primado do direito comunitário. Todavia, a partir da inexistência de conflito entre as ordens jurídicas comunitária e nacionais, não se pode concluir quanto à sua aplicação cumulativa que, logicamente, conduziria à prevalência da legislação mais severa e, sem o afirmar, a um princípio de prioridade entre elas ⁽⁸⁵⁾.

Embora as dúvidas nesta matéria persistam, segundo a doutrina que nos parece mais qualificada, será mais correcto admitir que as duas ordens jurídicas coexistem e que entre elas foi estabelecido um princípio hierárquico que assume uma grande importância quando se trata de aplicar as regras nacionais da concorrência ⁽⁸⁶⁾.

O TJ também tomou posição quanto à hierarquia das normas comunitária e nacionais, em caso conflito. No caso *Matières Colorantes*, ⁽⁸⁷⁾ à teoria da *dupla barreira*, ele contrapôs o *princípio da*

⁽⁸⁴⁾ Neste sentido, B. GOLDMAN e A. LEON-CAEN, *op.cit.*, pp. 895-896 e 893.

⁽⁸⁵⁾ Porém, se seguirmos uma ordem ou hierarquia, temos que dar preferência ao princípio do primado do direito comunitário, solenemente afirmado pelo TJ no acórdão *Costa contra Ennel* (de 15.7.1964, proc. n.º 6/64, Rec., 1964, p. 1141). V. *op. cit.*, p. 906.

⁽⁸⁶⁾ O enunciado deste princípio prende-se com o debate que opôs as teorias da *barreira simples e barreira dupla*.

V. B. GOLDMAN e L. CAEN, *op. cit.*, pp. 904-907.

⁽⁸⁷⁾ Ac. *Walt Wilhelm*, de 13.2.1969, proc. n.º 14/68, Rec., 1969, p. 1.

aplicação concorrente das normas nacionais e comunitárias, admitindo que uma mesma prática possa ser objecto de procedimentos paralelos, estatal e comunitário⁽⁸⁸⁾.

Apesar de se ter afastado da teoria da *dupla barreira*, não excluiu a hipótese de conflitos entre as duas ordens jurídicas. E foi precisamente com o intuito de sanar o eventual conflito que ele estabeleceu uma hierarquia que assegure a *proeminência do direito comunitário*⁽⁸⁹⁾. O primado do direito comunitário justifica que a aplicação dos direitos nacionais possa sofrer limitações e priva-os de uma real independência.

Os direitos nacionais deixarão de ser aplicáveis sempre que os objectivos do Tratado o exijam; e subsistirão na medida em que a aplicação plena e uniforme do direito comunitário não seja posta em causa pela aplicação da regra nacional⁽⁹⁰⁾.

Apesar desta directriz, persistem algumas incertezas que não beneficiam a aplicação do direito comunitário da concorrência. Não basta o TJ ter proclamado este princípio; era necessário definir o seu domínio e modo de aplicação e, nomeadamente, esclarecer como devem agir as instâncias nacionais sempre que a sua intervenção precede ou segue a comunitária, se esta se refere ao n.º 1 ou ao n.º 3 do artigo 85.º e a que género de *decisões* diz respeito o primado do direito comunitário⁽⁹¹⁾. Ora, isso não foi escla-

(88) De acordo com o disposto no artigo 87 n.º 2 alínea e) do Tratado CEE, que habilita o Conselho a definir as relações entre as legislações nacionais e o direito comunitário. Em princípio, na falta de uma deliberação do Conselho sobre estas relações, as autoridades nacionais têm o direito de agir contra as práticas susceptíveis de uma intervenção da Comissão; não podem excluir o concurso dos direitos nacionais e comunitário, na falta de um tal regulamento.

(89) «D'où il ressort, selon la Cour, qu'en principe les autorités nationales en matière d'ententes peuvent procéder également à l'égard de situations susceptibles de faire l'objet d'une décision de la Commission. Mais si le droit national peut être mis-en-oeuvre parallèlement au droit communautaire c'est sous réserve cependant que cette mise-en-oeuvre du droit national ne puisse porter préjudice à l'application pleine et uniforme du droit communautaire et à l'effect des actes d'exécution de celui-ci».

(90) V. B. GOLDMAN e A. LEON.-CAEN, *op. cit.*, p. 909.

(91) As decisões da Comissão abrangem as declarações de isenção individual, isenções por categorias, certificados negativos, cartas de classificação, a oposição (ou não oposição) e as resoluções negociadas.

O TJ não esclareceu em relação a que tipo de decisões se verificava o primado do direito comunitário.

recido, embora, em *Walt Wilhelm*, o TJ tenha declarado que tanto as regras comunitárias como as decisões tomadas para a sua aplicação se impunham aos Estados membros, na aplicação das suas legislações.

Em parte devido à introdução dos chamados *procedimentos informais* na prática da Comissão (nos anos oitenta), a proposta do TJ tornou-se mais enigmática.

Enquanto não for revista a doutrina de *Walt Wilhelm*, permanecem as incertezas para os agentes económicos e para os juristas, o que não favorecem a concorrência, nem o regular funcionamento do mercado, nem a acção das instituições competentes para o garantir.

3. Competências concorrentes da Comissão e das instâncias nacionais

Se apenas a Comissão pode atribuir uma isenção, com base no n.º 3 do artigo 85.º, já a apreciação da compatibilidade de um acordo com as condições de punibilidade enunciadas no n.º 1 é da competência concorrente da Comissão e das autoridades nacionais (administrativas e judiciais) que tenham poderes para aplicar o direito comunitário da concorrência, uma vez que esta norma é de *aplicabilidade e efeito directo* ⁽⁹²⁾.

Além disso, segundo o n.º 3 do artigo 9.º do regulamento 17/62, enquanto a Comissão não tiver iniciado nenhum procedimento com base nos seus artigos 2.º, 3.º ou 6.º, as autoridades dos Estados membros têm competência para aplicar as disposições do n.º 1 do artigo 85.º e 86.º, por força do artigo 88.º, ainda que os

⁽⁹²⁾ O *efeito directo* de certas normas da concorrência consiste na possibilidade de elas serem invocadas pelos particulares directamente perante as autoridades públicas (*efeito directo vertical*) ou relativamente a outros particulares (*efeito directo horizontal*), como fonte de direitos e obrigações que as jurisdições nacionais devem respeitar.

A *aplicabilidade directa* do direito comunitário da concorrência consiste na sua integração directa na ordem jurídica interna dos Estados membros, sem necessidade de um acto legislativo de transposição. Alguns autores preferem usar a expressão *aplicabilidade imediata*.

prazos previstos nos artigos 5.º § 1 e 7 § 2 do regulamento, para proceder à notificação, não tenham expirado.

4. A incerteza dos regulamentos de isenção por categorias

A jurisprudência do TJ quanto à compatibilidade das práticas restritivas da concorrência com o n.º 1 do artigo 85.º, numa base de aplicação da regra da razão, pelo método do *balanço concorrencial*, veio pôr em causa, não propriamente a validade dos regulamentos de isenção por categorias de acordos (que, logo em 1966, nos acórdãos *Técnica Mineira, República Italiana e Grundig* ⁽⁹³⁾ fora posta em crise) mas o futuro que lhes poderá estar reservado, de for por diante a aplicação da doutrina do *balanço concorrencial* no contexto económico e jurídico no quadro das condições de validade dos acordos, pelas autoridades nacionais competentes para apreciar as condições de proibição dos acordos.

Com efeito, à luz de uma interpretação da proibição moderada pela *regra da razão* e perante a aplicação do método do balanço concorrencial, os regulamentos de isenção não têm sentido nem razão de ser. Se a Comissão aplicasse a doutrina do *contexto económico e jurídico*, reiteradamente sugerida pelo TJ, e fizesse uma rigorosa aplicação dos seus elementos constitutivos, chegaria normalmente à conclusão de que a maioria das práticas restritivas da vontade negocial (concorrência *interna*) não afecta significativamente a concorrência no mercado (concorrência *externa*), a única que o artigo 85.º protege.

O *exame em concreto* levá-la-ia, normalmente, à conclusão de que a maioria das limitações à liberdade individual dos intervenientes, nos *acordos verticais* (sobretudo de distribuição) se justificam pela necessidade de promover a competição entre as diver-

(93) *Sociedade Técnica Mineira contra Manchinenbau Ulm GmbH*, ac. de 30.6.66, proc. n.º 56/65, Rec., 1966, p. 337.

República Italiana contra o Conselho e a Comissão, ac. de 13.7.66, proc. n.º 32/65, Rec. 1966, p. 563.

Grundig, ac. de 13.7.66, proc. n.º 56-64 e 58/64, Rec. 1966, p.429.

sas redes de distribuição dos produtos em causa e dos seus similares, por contribuírem para o regular funcionamento do mercado e também beneficiarem os consumidores.

Ora, os regulamentos de isenção, ao pressuporem a não conformidade das práticas neles previstas com as condições de validade estabelecidas no n.º 1 do artigo 85.º, baseiam-se numa *presunção* viciada nos seus próprios fundamentos e estabelecem o primado da regra das proibições *per se*, embora temperadas pelas isenções e outras práticas criadas pela Comissão ⁽⁹⁴⁾.

As regras da concorrência passaram a constituir penosos constrangimentos para as empresas, para os técnicos da Comissão e para os juristas, desde que os regulamentos de isenção por categorias se sucederam, a partir de 1965.

O controlo administrativo eficaz dos acordos, abstracta e globalmente isentados pelos regulamentos, deixou de ser exercido no momento oportuno. Daí resultaram atrasos consideráveis, perda de celeridade processual, incerteza jurídica para as empresas e prejuízos para o processo de integração em curso, ⁽⁹⁵⁾ sem que, muitas vezes, os *procedimentos informais* neles previstos tenham surtido os efeitos esperados, de celeridade, simplificação e segurança jurídica.

E se aos modestos resultados alcançados juntarmos as sérias dúvidas quanto à sua validade (por não ser líquido que o Conselho tenha poderes para habilitar a Comissão a adoptá-los), o seu discutido e discutível valor jurídico e toda a problemática sobre a

⁽⁹⁴⁾ O TJ parece ter incorrido numa incongruência, ao consagrar a *teoria do contexto* em numerosas decisões e admitir a validade do Regulamento do Conselho n.º 19/65, relativo à aplicação do n.º 3 do artigo 85.º a certas categorias de acordos e práticas concertadas. O mesmo reparo pode ser feito em relação aos regulamentos seguintes que, pela sua natureza e finalidade, *contrariam a lógica do exame em concreto* que ele consagrou.

V. o comentário ao ac. *República Italiana/Comissão*, in *A Regra da razão no Direito Comunitário da Concorrência*, pp. 148-155.

⁽⁹⁵⁾ O certo é que, por este meio, os poderes de intervenção da Comissão, conferidos pelo n.º 3 do artigo 85.º, aumentaram inusitadamente, ao ponto de se lhe dirigir um *convite à prudência*, tendo em conta que a complexidade e a deformação processual destes regulamentos não parou de crescer, desvirtuando a ordem processual do Regulamento 17/62.

V. G. BERNINI, *art. cit.*, p.370; KOVAR, *curso cit.*, I parte, pp. 161-162; V. KORAH, *An Introductory Guide To EEC Competition*, pp. 230-233.

questão de as instâncias nacionais não terem de lhes render vassalagem, não será difícil admitir que a sua eficácia possa estar seriamente comprometida, sobretudo se elas se deixarem guiar, como é seu dever, pelo TJ. No mínimo, é legítimo pensar que eles não têm sido um instrumento eficaz do direito comunitário (que, por natureza, é um *direito de integração*) e da sua principal política.

5. A reduzida aplicação do direito da concorrência pelos tribunais nacionais

Os Relatórios da Comissão Sobre a Política da Concorrência mostram que em, em geral, os tribunais dos Estados membros têm aplicado pouco as regras comunitárias da concorrência ⁽⁹⁶⁾.

Os dados mostram que são poucas as decisões sobre o direito comunitário da concorrência que são quase sempre os mesmos os países cujos tribunais fizeram a sua aplicação, o que confirma a ideia de que este direito é considerado ainda como o *direito dos outros* para os agentes económicos e para as instâncias nacionais ⁽⁹⁷⁾.

A escassez das decisões dos tribunais nacionais leva-nos a questionar as suas causas.

Uma explicação frequente é o facto de ainda não existir uma completa integração legislativa, ainda não se ter sido atingido o objectivo proposto pelo artigo 101.º do Tratado. Porém, não é de integração legislativa que se trata, mas de aplicar um direito que já

⁽⁹⁶⁾ Os citados Relatórios incluem uma rubrica sobre o *Direito da concorrência nos Estados membros* que trata expressamente da aplicação do direito comunitário pelos tribunais nacionais;

São os tribunais superiores alemães os que mais aplicam o direito comunitário (maxime, acordos de fornecimento de bebidas e de transporte de mercadorias) e o Supremo Tribunal (*Hoge Raad*) dos Países Baixos.

⁽⁹⁷⁾ Da exígua aplicação do direito comunitário da concorrência pelas instâncias nacionais resulta a necessidade de reforçar a cooperação entre a Comissão e as autoridades nacionais, a utilidade dos contactos estreitos com as autoridades *antitrust* dos países terceiros, de a Comissão esclarecer a sua política através de *comunicações ad hoc* e fornecer orientações não só às empresas, mas também aos governos e aos tribunais.

V. o Parecer do C.E.S. sobre o XX Relatório Sobre a Política da Concorrência (ponto 1.4), inserto neste Relatório, (Anexo, p. 289) e R. JOLIET, «La licence de marque et le droit européen de la concurrence», *RTDE*, ano 20, n.º 1, 1984, pp. 58-59.

existe, amplamente elaborado ao nível da jurisprudência do TJ, que prevalece sobre os direitos nacionais, que produz efeitos e tem *aplicação directa* nas ordens jurídicas internas. O atraso na uniformização das regras nacionais sobre a concorrência não é causa directa da sua reduzida aplicação no plano nacional.

Outra explicação aponta o facto de a aplicação deste direito, ao nível interno dos Estados membros, necessitar da colaboração das instâncias nacionais competentes para o aplicar, sem a qual ele não pode produzir os seus plenos efeitos, e estas ainda não terem adquirido a experiência técnica suficiente, como comprovaria o número de recursos prejudiciais.

Esta explicação também não satisfaz. À medida que se avança para a integração plena, este direito deve ser cada vez menos um direito supranacional, emanado das instâncias comunitárias, para ser cada vez mais um direito que irrompe das comarcas, para ser reapreciado nas instâncias superiores.

Uma terceira explicação é que, embora as normas da concorrência previstas no Tratado sejam directamente aplicáveis nas ordens jurídicas internas dos Estados membros, a linha que separa as políticas da concorrência comunitária e nacionais é cada vez mais esfumada.

Também esta explicação não satisfaz. Não devem existir barreiras intransponíveis entre os níveis comunitário e nacionais, já que ambos são instrumentos de uma política comum em que devem ser realizados os objectivos do Tratado e zelada a aplicação uniforme e coerente do seu instrumento principal, em todo o espaço comunitário ⁽⁹⁸⁾.

A causa principal parece estar numa espécie de ciclo vicioso que a Comissão gerou, ao interpretar as práticas restritivas.

A sua centralização excessiva da aplicação das regras da concorrência, que se iniciou muito cedo sob o pretexto de promover a uniformidade na sua aplicação, que ela receava pudesse vir a ser comprometida por decisões nacionais demasiado díspares, teve como resultado pernicioso o rápido estrangulamento da sua IV

⁽⁹⁸⁾ V. o citado Parecer do C.E.S. sobre o XX Relatório Sobre a Política da Concorrência (ponto 1.4), inserto no mesmo documento, (Anexo, p. 289).

Direcção-Geral, com os consequentes atrasos consideráveis da marcha dos processos e das suas decisões.

Perante essa situação, e com o objectivo de reduzir os seus efeitos preversos, o TJ aceitou a tese da validade provisória dos acordos devidamente notificados, de mérito muito duvidoso, e considerou que as jurisdições nacionais estavam obrigadas a conformarem-se com as decisões da Comissão, para evitar o risco de contradições ⁽⁹⁹⁾.

Uma das maneiras de modificar esta situação, seria a transferência de um certo poder de validação das práticas anti-concorrenciais da Comissão para as instâncias nacionais competentes para aplicar o n.º 1 do artigo 85.º, recorrendo elas à *regra da razão* e ao *balanço concorrencial*, como o TJ tem vindo a propor. A aplicação do direito comunitário da concorrência seria mais comparticipada e a Comissão ficaria em melhores condições para se dedicar aos acordos mais importantes e à fiscalização das práticas restritivas mais nocivas para a concorrência ⁽¹⁰⁰⁾.

6. A prática da Comissão contraria o “balanço concorrencial”

6.1. As isenções tornaram-se a regra, em vez de excepção

Parece existir um conflito quase institucional entre a Comissão e o TJ que se funda na tensão entre a regra das proibições *per se*, seguida pela Comissão, e a *regra da razão*, aplicada pelo TJ, conflito esse que não existe no direito antitrust americano, em que o *Supreme Court* e a Administração as conjugam, porque elas se completam.

O n.º 3 do artigo 85.º baseia-se no pressuposto de que a concorrência nem sempre é o melhor meio de realizar o *primeiro*

⁽⁹⁹⁾ A conformidade desta tese, de inspiração germânica, com o artigo 85.º não é de todo evidente. V. os ac. do caso *PRT/SABAM* (de 23.1.1974 e de 21.3.1979, proc. n.º 127/73, Rec., 1974, pp. 51 e 313).

⁽¹⁰⁰⁾ V. R. KOVAR, *art. cit.*, p. 253.

óptimo económico na Comunidade Europeia. É uma opção de política económica dos fundadores, a respeitar ⁽¹⁰¹⁾.

Temos de reconhecer que o mal não está nesta disposição, mas na forma como a Comissão, com a sua teoria e prática, inverteu os papéis dos n.ºs 1 e 3. O n.º 1 é a norma-regra e o n.º 3 é a norma-excepção. Mas o carácter excepcional das isenções foi sistematicamente ignorado pela Comissão, já que, presumindo serem contrárias ao n.º 1 todas as práticas que afectem a liberdade individual dos empresários enquanto contratantes, tem procurado legitimá-las pela atribuição de uma isenção, muito mais pela via regulamentar (regulamentos de isenção por categorias) do que pelo recurso às declarações de isenção individual ⁽¹⁰²⁾.

6.2. Às decisões individuais sucederam os regulamentos de isenção que não proporcionaram os resultados desejados

O aumento acentuado de pedidos de isenção pelas empresas e o acréscimo de trabalho que representava para a Comissão a sua análise individual levaram-na a conceber regulamentos que cobrissem certas espécies de acordos (os chamados regulamentos de isenção por categorias), com base no artigo 87.º do Tratado, que,

⁽¹⁰¹⁾ É a Comissão que decide se uma prática restritiva é ou não melhor do que a concorrência para os objectivos gerais da Comunidade; se as vantagens que o acordo examinado deveria proporcionar compensam as desvantagens que ele comporta, do ponto de vista da concorrência.

Para ser isentado, as vantagens devem ser suficientes, objectivas e sensíveis, de modo a compensar os prejuízos que causa à concorrência; e devem verificar-se ao nível da melhoria da produção, da distribuição do progresso económico e técnico; devem ser impeditivas ao acordo e excluída qualquer restrição inútil; e deve persistir uma concorrência efectiva, ainda que residual. A proibição do n.º 1 do artigo 85.º não pode ser afastada se o acordo eliminar totalmente a concorrência no mercado.

⁽¹⁰²⁾ O carácter excepcional do n.º 3 resulta do texto do artigo 85.º e foi sublinhado pelo TJ, no caso *Transocean Marine Paint* (ac. de 23.10.1974, proc. n.º 17/74, Rec., 1974, p. 106).

É este carácter excepcional do n.º 3 que justifica que a Comissão deva fazer acompanhar a sua decisão de condições destinadas a permitir-lhe controlar se a isenção atribuída continua a justificar-se e que lhe confira uma duração limitada.

V. o artigo 8.º do regulamento n.º 17/62.

pela sua sucessão, acabaram por regular praticamente todos os sectores da produção, distribuição e inovação.

Como observa R. Kovar, ⁽¹⁰³⁾ a política destes regulamentos é tributária de vários factores.

Antes de mais, tais regulamentos dependem das competências que o Conselho considerou oportuno atribuir à Comissão, e nem sempre respondeu prontamente à sua solicitação.

Depois, estes regulamentos destinam-se a simplificar a aplicação do n.º 3 do artigo 85.º, sem comprometer a sua eficácia, o que não é conseguido de uma forma minimamente satisfatória.

Além disso, a diversificação dos regulamentos de isenção deve-se ao facto de as regras da concorrência não terem por fim exclusivo preservar uma economia descentralizada, mas contribuirem também para a formação de um mercado comum, numa base regulamentada das normas fundamentais da concorrência.

Finalmente, para a época (anos 60 e 70), a distribuição de numerosos produtos encontrava-se organizada em quadros nacionais de protecçãoismos acentuado que impedia as importações paralelas, isolava os mercados, dificultava a integração económica dos Estados membros e, como corolário de tudo isso, a formação do mercado comum.

Havia motivos bastantes para uma vigilância mais eficaz dos acordos e para que a Comissão se empenhasse em organizar a distribuição de uma forma mais racional, num quadro comunitário, e procurasse a forma mais adequada para que certas restrições não incorressem na proibição do n.º 1 do artigo 85.º.

Mas nem o sistema das isenções individuais nem o das isenções colectivas, por meio de regulamentos, eram os instrumentos mais apropriados para prosseguir esses objectivos, já que ela tinha ao seu alcance outros mecanismos jurídicos mais apropriados para

⁽¹⁰³⁾ V. R. KOVAR, *Curso*, I parte, pp. 160 e ss..

Por exemplo a vigilância da concentração de empresas pela via regulamentar foi um exemplo de uma tardia resolução do Conselho, a uma solicitação da Comissão, feita em 1973. Isso levou a que ela só pudesse adoptar o regulamento sobre o controlo de concentração de empresas em 1989: regulamento n.º 4064, de 21.12.1989, JOCE L 395, de 30.12.1989.

o equilíbrio dos interesses em causa, sem desvirtuar, como desvirtuou, a função dos n.ºs 1 e 3 do artigo 85.º.

Ela não mereceria censura se se limitasse a impor umas quantas proibições *per se*, contanto que procedesse ao *balanço concorrencial*, no quadro do n.º 1 do artigo 85.º. Afinal, também o *Supreme Court*, embora impondo a *regra da razão* em termos gerais, não se inibiu de seguir a *regra per se* num número limitado de práticas restritivas (no caso dos boicotes e acordos quanto a preços).

Mas, em vez disso, ela preferiu, uma vez habilitada pelo Conselho para regular em termos gerais e abstractos sobre os acordos de exclusividade, progredir no exercício desses poderes, adoptando o regulamento n.º 65/65 e, depois, os restantes seis regulamentos de isenção por categorias.

Assim, para além de se ter afastado da orientação do TJ, quase abandonou as decisões de isenção individual em que, apesar de tudo, procedia ao *exame em concreto*, embora sob a forma do *balanço económico* e não do *balanço concorrencial*.

Depois de a Comissão iniciar a política dos regulamentos, as dificuldades foram-lhe surgindo, progressivamente e sem solução à vista, contra as suas expectativas.

A prática mostrou que o carácter automático da aplicação dos regulamentos nem sempre é fácil de conciliar com a desejada eficácia da repressão dos acordos ilícitos.

Além disso, verificou-se uma tendência para a crescente especificação do seu campo de aplicação, correndo a desejada segurança cada vez mais o risco de ser enfraquecida.

As dificuldades surgidas com a experiência dos regulamentos da *primeira geração*, levaram-na a rever a técnica de isenção nos regulamentos da *segunda geração*,⁽¹⁰⁴⁾ com o fim de diminuir o número de casos pendentes e os atrasos excessivos, nocivos para as empresas e para a política da concorrência.

(104) São os regulamentos n.ºs 2349/74 (de 23.7.1984, JOCE L 219/15, de 16.8.1984), para certas categorias de acordos de *licença de patente*; 417/85 (de 19.2.1984, JOCE L 53, de 22.2.1985), para acordos de *especialização*; 418/85 (de 19.12.1984, JOCE L 53, de 22.2.1985), para acordos de *I & D*; 4087/88 (de 30.11.1988, JOCE L 359, de 28.12.1988), para certas categorias de acordos de *franquia*; 556/89 (de 30.11.1988, JOCE L 61, de 4.3.1988), para certas categorias de acordos de *savoir-faire*.

Para não ter de responder aos inúmeros pedidos de *certificados negativos*, ela valeu-se então de um mecanismo de nulo valor jurídico, as *comunicações*, em que procurava dar a conhecer a sua leitura sobre os regulamentos, mas em que, por vezes, foi além das próprias disposições regulamentares ⁽¹⁰⁵⁾.

Como as *comunicações* não resolveram as fraquezas dos regulamentos, a Comissão ensaiou *novos procedimentos* nos regulamentos da *segunda geração*, cujo valor jurídico é tido como duvidoso, por não estarem previstos no regulamento n.º 17/62.

Ela criou, então, as chamadas *cartas de classificação*, os *certificados negativos*, o *procedimento de oposição* e as *resoluções negociadas*, que analisaremos adiante, passando as isenções individuais a constituir raras excepções ⁽¹⁰⁶⁾.

Deste modo, diz Kovar, a Comissão exercitou na máxima força os poderes atribuídos no n.º 3 do artigo 85.º, com uma amplitude tal lhe permitiu influir decisivamente na estrutura das empresas e na conduta dos agentes económicos ⁽¹⁰⁷⁾, com profundas implicações na evolução da política da concorrência ⁽¹⁰⁸⁾.

A verdade é que, nem os processos andaram mais depressa, nem baixou significativamente o número dos casos pendentes em cada ano. O tempo encarregou-se de mostrar que o expediente das isenções por regulamento não resolvia o problema do aumento considerável de tarefas e dificuldades burocráticas levantadas pelas isenções individuais; e que, surpreendentemente, terá com-

⁽¹⁰⁷⁾ A Comissão emitiu *comunicações* sobre acordos: *de representação exclusiva* feitos com os representantes do comércio (JOCE C 139, de 24.12.62); *cooperação entre empresas* (JOCE C 75, de 29.7.68); *importância menor* (JOCE C 313, de 29.2.77, substituída pela de 3.9.86, JOCE C 231/2, de 12.9.86) e a relativa à *sub-contratação* (de 18.12.78, JOCE C 1, de 3.1.79).

⁽¹⁰⁸⁾ Com o objectivo de que os novos regulamentos produzissem maior eficácia e ela pudesse, ao mesmo tempo, controlar os acordos e evitar os abusos, introduziu o *procedimento de não oposição*, no regulamento sobre as licenças de patente (artigo 4.º), que foi renovado nos de acordos de especialização (artigo 4) e de *I & D* (artigo 7.º) e de franquias (artigo 6.º).

⁽¹⁰⁹⁾ Nomeadamente, criou-lhes o hábito de contarem mais com a sua prática de regulamentos e procedimentos pouco transparentes do que com a jurisprudência do TJ.

⁽¹¹⁰⁾ Faremos a avaliação dos *novos procedimentos*, para ver se corresponderam às expectativas neles depositadas, para apreciar a sua validade e as garantias que proporcionam às partes e a terceiros.

plicado ainda mais a necessidade de segurança manifestada pelas empresas e pelos grupos socio-profissionais, bem como a aplicação do direito da concorrência pelas instâncias nacionais competentes.

O resultado mais visível foi que as empresas, à cautela, continuaram, como antes, a notificar os seus acordos à Comissão, ficando a aguardar, por tempo indeterminado, um ofício a declarar o arquivamento, um certificado negativo ou um convite à discussão do caso, para, ao fim de muitas sessões, ele vir a ser encerrado, por uma *resolução negociada*.

Por isso, não surpreende que, embora esta indefinição pudesse, até certo ponto, convir a algumas empresas, as regras da concorrência tenham passado a constituir penosos constrangimentos para muitas delas, para os juristas e para as instâncias nacionais.

Acresce que, deste modo, se gerou um ciclo vicioso, para prejuízo da política da concorrência: por um lado, a Comissão a persistir na tentativa de desburocratização, na simplificação e celeridade dos processos, pelo recurso às inapropriadas isenções colectivas, comunicações e procedimentos informais, mais preocupada com a limitação da vontade negocial dos contratantes (com a *concorrência potencial* e com as cláusulas dos contratos do que com a *concorrência actual* e com os resultados efectivos das restrições causados no mercado); por outro lado, as notificações e os pedidos de certificados negativos e de emissão de cartas de classificação a aumentarem todos os anos e as respostas a demorarem muito para além do razoável e do tolerável⁽¹⁰⁹⁾.

Ora, insistimos, um tal estado de coisas teria sido evitado, ao menos em parte, se a Comissão não tivesse ignorado o método de análise concebido pelo *Supreme Court* americano, que o TJ, repetidamente, lhe vinha apontando; e se, em vez de se limitar ao *balanço económico*, num *exame em concreto*, mas no quadro do n.º 3 do artigo 85.º, não tivesse recusado sistematicamente o *primeiro exame*, que se impunha, no âmbito do n.º 1, ao apreciar as

⁽¹⁰⁹⁾ Sobre esta matéria, poderá ver-se o Anexo VIII de *A Regra da Razão no Direito Comunitário* e a documentação nele indicada (nossa dissertação do Mestrado).

condições de validade dos acordos, em estritos termos concorrenciais, em sede de *balanço concorrencial*.

Sem dúvida que esta via tinha um elevado custo em recursos humanos e técnicos, de que ela não dispunha, ainda que, insistentemente, os solicitasse ao Conselho; porém, não é menos certo que ele se deve sobretudo à sua interpretação literal e restritiva das condições da proibição legal dos acordos.

O certo é que, mais pela sua recusa em não seguir a orientação do TJ do que pela falta de meios, que a fiscalização dos acordos, abstractamente isentados pelos meios regulamentares, deixou de ser exercida com eficácia e em tempo útil. Daí, também, os atrasos, incertezas e prejuízos para as empresas, para a política da concorrência e, como reflexo, para o processo de integração económica em curso ⁽¹¹⁰⁾.

Os efeitos desta espécie de perversão processual ⁽¹¹¹⁾, de que nos ocuparemos, não se fizeram esperar. Os mais evidentes foram, sem dúvida, para além dessa adulteração do regulamento n.º 17/62, o rápido estrangulamento dos serviços da Comissão e a sua quase paralisia ⁽¹¹²⁾.

7. A concentração de poderes na Comissão e a aplicação do direito da concorrência

7.1. Argumentos contra e a favor da descentralização de poderes

Alguns autores, embora não se oponham à descentralização dos poderes que têm estado concentrados na Comissão, não escon-

⁽¹¹⁰⁾ Com demasiada frequência, a execução dos acordos originou situações irreversíveis, de indevida criação de empresas em comum, transferência de tecnologia, divulgação de segredos, saída do mercado de alguns intervenientes, caducidade dos acordos, sendo inoperante a tardia posição da Comissão.

⁽¹¹¹⁾ A expressão, que se nos afigura apropriada, é de R. KOVAR.

V. *art. cit.*, p. 254.

⁽¹¹²⁾ Valentine KORAH expressou a ideia nestes termos: «The Commission' practice has led to a backlog of cases, since every agreement caught by article 85.º requires exemption».

V. V. KORAH, «E.E.C Competition Policy-Legal form or economic efficiency», *Current Legal Problems*, 1986, p. 61.

dem o receio de que uma aplicação das regras da concorrência mais efectiva e repartida entre a Comissão e as instâncias nacionais possa levar à contradição de decisões e comprometa a plena integração económica, sobretudo se as suas decisões fossem tomadas sem prévia consulta ao TJ, pelo *recurso prejudicial* ⁽¹¹³⁾.

Outros reconhecem que a aplicação das regras da concorrência exige modelos de interpretação mais flexíveis, como o da *regra da razão*, que permitam resolver equitativamente certos casos, que permitam uma avaliação das circunstâncias objectivas que condicionam o comportamento das empresas.

Mas não deixam de apontar o perigo de uma diluição do carácter técnico das regras da concorrência, que enfraqueceria a predicabilidade do direito e favoreceria as decisões casuísticas. Alertam ainda para a possibilidade de excepções imprevisíveis, ainda que equitativas, comportarem o risco de eliminar toda a certeza quanto aos limites da proibição ⁽¹¹⁴⁾.

Há também quem defenda que, embora seja mais seguro obter uma decisão formal do que uma mero ofício da Comissão a comunicar a sua *não oposição* a um determinado acordo, ou uma *carta de classificação* a declarar que, por qualquer razão, ele não contraria o n.º 1 do artigo 85.º, seria exagero dizer que os *procedimentos informais* não têm valor nem efeito jurídicos.

Eles seriam relevantes, pelo menos, para os tribunais nacionais (pelas suas considerações sobre a aplicabilidade do n.º 1 do artigo 85.º) e também vinculariam a Comissão em larga medida, pelo menos, enquanto se mantivessem as circunstâncias de facto e de direito que os contratantes lhe tinham transmitido. Além de que, acrescentam, o aperfeiçoamento da tendência da Comissão para os *procedimentos informais* permitiria uma maior flexibilidade no direito da concorrência, com vantagem sobre a *regra da razão* que, por natureza, é pouco ajustada à matriz dos direitos da família

⁽¹¹³⁾ V., entre outros, V. BOUTARD-LABARDE, «Pronuptia», RTDE n.º 2, Avril-Juin, 1986, p. 309.

⁽¹¹⁴⁾ O risco seria maior no que respeita à aplicação do artigo 86.º porque este preceito não prevê qualquer possibilidade de derrogação da sua proibição, ao contrário do que acontece com o artigo 85.º.

V. G. BERNINI, *art. cit.*, pp. 396-397.

romano-germânica, já que ela mergulha as suas raízes no direito anglo-saxónico e se inspira na tradição da *common law* ⁽¹¹⁵⁾.

Que dizer destas doutrinas? Sem lhes negar o mérito, que os receios da descentralização são infundados. Aqueles que, de uma maneira ou doutra, põem entraves à aplicação do *balanço concorrencial*, estão muito próximos da posição da Comissão.

Vários autores procuram justificar a centralização legislativa e administrativa, argumentando que, quando as instâncias nacionais são chamadas a aplicar o artigo 85.º não estão obrigadas a suspender as suas decisões e a interpelar o TJ, em *recurso prejudicial*.

Poderão fazê-lo, se o julgarem conveniente, por motivos de segurança jurídica; mas, no caso de não se julgarem com dúvidas quanto à verificação de uma restrição ou quanto à atribuição de uma isenção e não sentirem necessidade de fazer uso da faculdade prevista no artigo 177.º do Tratado, haveria o sério risco de não interpretarem a regra comunitária com a desejável uniformidade.

Esse risco justificaria que a política comunitária da concorrência deva ter um cunho essencialmente *regulamentar e administrativo*, de modo que deva ser assegurada pelas instâncias administrativas, cabendo aos tribunais apenas a tarefa de julgar os casos litigiosos, não sendo da sua jurisdição na formulação desta política ⁽¹¹⁶⁾.

Esta argumentação merece alguns comentários.

Antes de mais, pressupõe que compete à Comissão controlar os possíveis desmandos dos tribunais, quando o contrário é que está certo. A Comissão está sujeita ao controlo do TJ e o seu controlo sobre os tribunais nacionais não está na letra nem resulta do espírito do Tratado. Se os tribunais tivessem de aplicar os regula-

⁽¹¹⁵⁾ Esta é a opinião de DENIS WAELBROCK, «New Forms of Settlement of Antitrust Cases and Procedural Safeguard: Is Regulation 17 Falling Into Abeyance?», *European Law Review*, Agosto, 1986, pp. 268-280, *maxime*, p. 280.

⁽¹¹⁶⁾ Em oposição ao que se passa com o direito *antitrust* americano, em que as instâncias judiciais, na sua função de *ius dicere*, desempenham um papel decisivo não só na aplicação do direito da concorrência mas de igual modo na definição da política que ele serve. À Comissão caberia a tarefa de minimizar os riscos da falta de uniformidade das regras da concorrência a que conduziria a sua ampla aplicação pelos tribunais nacionais e, por esse lado, a sua rejeição da *regra da razão* teria cabimento.

mentos da Comissão e de respeitar as suas decisões informais, não só estariam colocados em pior situação do que perante a lei interna, como estariam a abdicar da sua própria competência para interpretar o artigo 85.º.

Não lhes pode ser coarctada a liberdade de interpretarem esta norma e, se alguma orientação devem seguir, será a do TJ, que não a da Comissão. Mesmo dentro dos limites traçados pelo artigo 9.º do regulamento n.º 17/62, os tribunais são competentes para decidir se uma prática produz, ou está vocacionada para produzir um resultado contrário à concorrência.

Além disso, a melhor maneira de a Comissão impedir que se concretize o seu receio de que os tribunais concorram com as suas decisões para a falta de uniformidade na aplicação deste direito é, ela própria, dar pronto início a um procedimento por infracção, antes de eles proferirem as suas sentenças.

Acresce que a Comissão não tem a última palavra quanto à interpretação do Tratado e do direito da concorrência; ela é uma prerrogativa do Tribunal (artigos 164.º, 173.º e 177.º).

Por último, o risco de que a aplicação da *regra da razão*, sobretudo na forma do *balanço concorrencial*, possa comprometer a uniformidade do direito da concorrência ao nível decisório, caso os tribunais nacionais progridam na sua aplicação, já não é argumento tão válido para justificar a concentração de poderes quase jurisdicionais na Comissão, como se admite que, em certa medida, possa ter sido no passado.

Actualmente, considerando o corpo de jurisprudência coerente e constante do TJ, o grau avançado da harmonização das legislações nacionais, os progressos na integração das políticas nacionais, podendo contar-se ainda, se necessário, com a intervenção do poder legislativo, parecem injustificados os receios de decisões demasiado díspares, ao ponto de perigar a uniformidade do direito e os objectivos do Tratado.

Foi sobretudo esse receio que determinou as soluções contidas no regulamento n.º 17/62, todo ele de inspiração germânica, de só atribuir à Comissão competência para «declarar as disposições do artigo 85.º, parágrafo 1, inaplicáveis, em conformidade com o artigo 85.º, parágrafo 3, do Tratado».

Mas, se este regulamento pode servir para justificar a competência exclusiva da Comissão para atribuir isenções individuais, não é líquido que sirva para legitimar as isenções por categorias, embora o Conselho assim tenha determinado ⁽¹¹⁷⁾.

O recurso prejudicial também é um instrumento válido para minimizar as divergências e para manter um corpo coeso de decisões no espaço comunitário. E, se necessário, por que não a imposição de algumas proibições *per se* (como no direito americano), embora pareçam desnecessárias no direito comunitário, porque se pode contar com o n.º 3 do artigo 85.º? Se no antitrust americano a combinação do *balanço concorrencial* com o *balanço económico* é impraticável, ela é legítima no comunitário e pode ser meritória, se for respeitado o carácter excepcional desta norma ⁽¹¹⁸⁾.

7.2. A orientação do TJ favorece a necessária desconcentração

A experiência comunitária permite concluir que a tendência para a análise abstracta e formal dos acordos ⁽¹¹⁹⁾ (a que a Comis-

⁽¹¹⁷⁾ Esta questão foi tratada no ac. *Governo da República Italiana contra a Comissão*, onde estava em causa a validade do regulamento 19/65. As razões que levaram o TJ a considerá-lo conforme ao Tratado foram assegurar a eficácia do direito comunitário da concorrência, sacrificando os aspectos formais aos objectivos do Tratado, e deixar claro que as jurisdições nacionais não estavam desobrigadas de acatar uma decisão da Comissão, ainda que de carácter genérico e abstracto, sob pena de aumentar o risco de decisões contraditórias.

V. V. KORAH, «The Rise and Fall of Provisional Validity. The Need for a Rule of Reason, in E.E.C.», *Antitrust Northwestern Journal law and Business*, 1981, p. 97.

⁽¹¹⁸⁾ Designando as proibições *per se* as práticas cuja nocividade é fortemente presumida, segundo as regras da experiência, numa apreciação razoável da proibição ditada pelo n.º 1 do art. 85.º, e apesar de esta presunção poder ser absoluta ou relativa, o TJ nunca as consagrou nas suas decisões posteriores a 1966; inclusivé, ele acabou por abandonar a tese de que certas práticas (v.g., as medidas de *protecção territorial absoluta*, a *proibição de exportar* e a *cláusula de não concorrência*) eram por natureza contrárias à concorrência.

⁽¹¹⁹⁾ O recurso ao n.º 3 do artigo 85.º, embora deva ser excepcional, impede que as consequências da proibição do n.º 1 sejam tão drásticas como sucede no antitrust americano que não contém uma norma similar que permita isentar da proibição legal aqueles cujo *saldo económico* seja francamente positivo, desde que o *saldo concorrencial* se revele muito negativo.

Estamos com R. Kovar, quando diz que a transferência de um certo poder de validação das práticas contrárias à concorrência da Comissão para as instâncias nacionais é

são associou, com a concordância do Conselho, alguns procedimentos inadequados para os objectivos propostos) e a rejeição sistemática da apreciação dos seus efeitos reais sobre o mercado, favoreceram mais a paralisia burocrática do que a celeridade, simplificação e eficiência das decisões.

Paradoxalmente, a pouca flexibilidade das posições da Comissão não trouxe a certeza e segurança às empresas nem favoreceu o regular funcionamento do mercado ⁽¹²⁰⁾.

Um direito tão decisivo para a integração europeia não se coaduna com formalismos excessivos, a nível do direito substantivo, nem com anarquia, a nível processual. Mas a Comissão que, por osmose das teorias e do direito anticartel alemães, se deixou imbuir da mesma tendência para as categorias abstractas e formais, enveredou por construções jurídicas de complexa montagem e articulação, pouco flexíveis e inadequadas à consolidação da política da concorrência.

A orientação seguida pelo TJ, favorável à *regra da razão*, permite acalentar algumas esperanças, porque veio clarificar o sentido a dar ao artigo 85.º.

A Comissão está agora em melhores condições de demonstrar que certos casos, se forem cuidadosamente analisados, podem grangear-lhe mais prestígio e autoridade do que o mero controlo administrativo das práticas restritivas que ela se esforçou por estabelecer, mas sem resultados significativos ⁽¹²¹⁾.

necessária, já que a não aplicação da proibição do n.º 1 do art. 85.º pelo jogo da *regra da razão* também é da sua competência.

V. R. KOVAR, *art. cit.*, p. 253.

⁽¹²⁰⁾ J. Ralf, no prefácio à obra de R.Joliet, *The Rule of the Reason in Antitrust Law*, associou essa eficiência à flexibilidade que a *rule of reason* permite: «We may further hazard that on the long run he will proved substantially right in is belief that a general prohibition of restrictive agreements cannot be administered intelligently without some kind of flexible test to separate the significant from the inconsequently, and thereby to maximize both efficiency of prohibition and freedom of enterprise».

⁽¹²¹⁾ A propósito, escreve R. Joliet: «It is regrettable irony that in an area where the Commission has the most extensive powers, it has acted so little. This shows, if demonstration is still necessary, that supra nationality is not a magic formula: it only creates efficiency where the administration is competent and resolved to act».

V. *op. cit.*, p. 118.

O TJ teve o mérito de chamar a atenção para a importância da análise económica dos acordos, o que significa o reconhecimento da ineficácia da abordagem jurídico-formal das cláusulas inseridas nos contratos que, por vezes, assumem a forma “*camaleónica*”⁽¹²²⁾ de *práticas concertadas*.

Ao não equacionar as razões económicas dos acordos, a Comissão tem desperdiçado uma rara oportunidade de educar os empresários e os tribunais nacionais.

Acentuam alguns autores, e bem, que uma insignificante análise dos objectivos e dos resultados económicos poderá ser entendida como *insuficiência de matéria de facto* e, por conseguinte, motivo para anular a decisão que falhe no aprofundamento do contexto económico de um acordo.

Porém, o TJ tem mostrado relutância em ir além da apreciação do vício do *manifesto erro de direito*, aceitando a exígua apreciação económica feita pela Comissão.

Também é essencial proceder ao exame *ex-ante* dos acordos, isto é, atender aos objectivos das partes e à situação do mercado, à data em que as empresas decidem se devem fazer o seu investimento, porque este só é atractivo se as outras não puderem apropriar-se dele. Para isso, é necessário ver qual a capacidade dos contratantes à data do acordo, por exemplo, quando eles se lançam numa *joint venture*.

Ora, a Comissão tem insistido quase só no exame *ex-post* e, em regra, mais nos efeitos potenciais sobre o mercado do que nos efeitos *actuais*.

Por último, ela também devia ser mais comedida em certos actos em que se tem deixado envolver. Sucede, com relativa frequência, os acordos serem renegociados já depois de o poder negocial se ter esgotado e de ela ter avançado no procedimento por infracção; ou, ainda, ela exigir dos contratantes que alterem os seus contratos, depois de meses e anos de negociações infrutíferas, com prejuízo para o comércio jurídico e para terceiros.

(122) V. KORAH, *An Introductory Guide to EEC Competition*, p. 223.

O mesmo sucede com o procedimento *de oposição* que tem sido utilizado para permitir à Comissão persuadir as partes a alterarem os seus acordos, depois de muito terem discutido.

8. O "balanço concorrencial" favorece uma aplicação mais efectiva do n.º 1 do artigo 85.º pelas instâncias nacionais

A aplicação da *regra da razão*, sobretudo na sua forma mais elaborada do *balanço concorrencial*, favorece uma mais ampla descentralização na gestão do direito comunitário da concorrência já que, sendo as instâncias nacionais competentes para aplicar o n.º 1 do artigo 85.º, se o fizerem segundo a orientação traçada pelo TJ, serão elas a proceder a esse balanço, sem necessidade de procurar a sua legitimação nos regulamentos de isenção por categorias que são a expressão das proibições *per se* e a negação da *regra da razão*.

A concentração de poderes na Comissão já não tem a justificação que se lhe poderia reconhecer nos anos em que o processo de integração económica ainda estava aquém do mercado comum. Dado o progresso alcançado na integração europeia, a *desconcentração de poderes* já não comporta sérios riscos de as instâncias nacionais incorrerem em *contradição de julgados* ou de comprometer a concretização do mercado comum.

Os seus recursos poderiam ser melhor aproveitados, se fossem orientados para a detecção e repressão das práticas que são realmente nocivas para o regular funcionamento da concorrência no mercado comum.

A filosofia dos regulamentos de isenção por categorias poderia servir para estruturar algumas proibições *per se*, em complemento e em conjugação com a *regra da razão*.

Tendo eles o seu fundamento no n.º 3 do artigo 85.º e no regulamento 17/62, o seu domínio de aplicação deveria conter-se dentro dos precisos limites de uma norma de carácter excepcional.

CAPÍTULO IV

O “BALANÇO CONCORRENCIAL” COMO MEIO
DE EVITAR A DEFORMAÇÃO
DO DIREITO PROCESSUAL DA CONCORRÊNCIA**1. Introdução**

O Conselho adoptou o regulamento n.º 17/62 ⁽¹²³⁾, uma espécie de código do direito processual para garantir que a concorrência não era falseada no mercado comum, que permitisse a aplicação uniforme dos artigos 85.º e 86.º e a fiscalização eficaz, com o mínimo de controlo administrativo, dos acordos entre empresas, e evitasse o seu exame individual, já que, por serem numerosos, a Comissão não dispunha de meios humanos nem técnicos suficientes para os examinar um a um.

Perante a impossibilidade de se pronunciar atempadamente quanto aos inúmeros pedidos de decisão de inaplicabilidade do n.º 1 do artigo 85.º, que o artigo 9.º do regulamento dizia serem da sua competência exclusiva, e face à ameaça de paralisia dos procedimentos comunitários, ela procurou novas soluções ⁽¹²⁴⁾.

Terá atingido os objectivos ou provocado a deformação do direito processual da concorrência e excesso de formalismo? Se aceitasse uma concepção menos formalista, mais impregnada de realismo económico, teria evitado procedimentos de eficácia não evidente e cuja salvaguarda dos direitos dos administrados é muito muito contestada?

Para responder a estas questões, analisemos as suas formas de actuação.

2. As “decisões individuais” tornaram-se quase inexistentes

A tramitação processual das decisões individuais, que a Comissão está habilitada a proferir, para a aplicação dos arti-

⁽¹²³⁾ De 6.2.1962, publicado no JOCE L 13, de 21.2.1962, p. 204.

⁽¹²⁴⁾ Nesse sentido, adoptou vários regulamentos de isenção por categorias, por forma a cobrir praticamente todas as práticas negociais restritivas da concorrência e, assim, evitar o normal tratamento individual de cada caso, com o máximo de simplificação, celeridade e segurança.

gos 85.º e 86.º, por força do disposto no artigo 17.º do Tratado, está prevista no regulamento do Conselho n.º 17/62.

Para além de poder emitir recomendações, com vista à cessação das infracções (artigo 3.º, n.º 3), ela pode adoptar uma de entre quatro espécies de decisões: emitir um "certificado negativo", declarar a "constatação de uma infracção" e impor a sua cessação, aplicar uma sanção pecuniária pela constatação de uma infracção e declarar aplicável o n.º 3 do artigo 85.º (artigos 2.º, 3.º, 6.º e 15.º).

Por força do artigo 9.º do regulamento, as decisões tomadas ao abrigo do n.º 3 do artigo 85.º são as de isenção ou derrogação de aplicação da proibição do seu n.º 1, atribuídas com uma duração limitada e acompanhadas da imposição de condições ou encargos, podendo ser renovadas, enquanto se mantiverem as condições de aplicação nele mencionadas ⁽¹²⁵⁾.

Estas decisões, em si mesmas, não suscitam quaisquer dúvidas quanto à sua validade jurídica. O mesmo não se poderá dizer quanto à forma como a Comissão tem procedido à apreciação das condições da atribuição da isenção, isto é, quanto à maneira como aprecia as condições de derrogação da proibição do n.º 1 do artigo 85.º, invertendo a função de norma-regra e de norma-excepção que os n.ºs 1 e 3 desempenham na economia desta disposição legal.

3. A "notificação" dos acordos: efeitos jurídicos muito incertos

A notificação dos acordos à Comissão é, segundo o regulamento n.º 17/62, uma condição da atribuição de uma isenção individual, mas, nem o regulamento, nem qualquer outra norma de direito comunitário da concorrência impõe às empresas a obriga-

⁽¹²⁵⁾ Segundo a jurisprudência do TJ, as decisões de isenção impõem-se às jurisdições nacionais. Estas não podem declarar a nulidade do acordo, pelo recurso ao n.º 2 do artigo 85.º, se a Comissão já tiver emitido uma decisão de isenção; mas estas poderão ser atacadas perante o TJ, com base no disposto no artigo 173.º, podendo a empresa que notificou o acordo à Comissão valer-se ainda do recurso previsto no artigo 175.º.

V. o ac. *Metro*, de 25.10.1977, proc. n.º 26/76, Rec., 1977, p. 1875.

ção de comunicarem à Comissão os seus acordos, embora este procedimento conste dos seus artigos 4.º e 5.º ⁽¹²⁶⁾. Porém, a notificação do acordo é condição essencial para que as empresas que participam nele possam obter a decisão de isenção individual.

Dáí que, embora a notificação não tenha carácter vinculativo, seja vantajosa para as empresas, já que a sua falta lhes acarreta consequências desfavoráveis. Em particular, se a proibição do n.º 1 do artigo 85.º for de aplicar ao seu acordo, ela não poderá ser derogada e, assim, as sanções serão aplicadas de maneira diferente da que se verificaria se os acordos tivessem sido notificados.

A notificação é também uma das formas de a Comissão poder controlar os acordos das empresas, de forma discreta ⁽¹²⁷⁾, porque, com a aprovação do TJ ⁽¹²⁸⁾, ela recusa-se a considerar válida uma notificação que não utilize o formulário A/B, previsto no regulamento n.º 1173/86 ⁽¹²⁹⁾. Trata-se, ainda, de uma técnica que permite à Comissão controlar os acordos sem impor às empresas constrangimentos excessivos.

Mas o seu controlo é exercido por uma outra via que penalisa fortemente as empresas: a falta da notificação impede que a Comissão lhes possa atribuir a isenção prevista no n.º 3 do artigo 85.º. Ora, se os *novos acordos* podem ser notificados em qualquer altura, já que nenhum prazo de preclusão foi estabelecido para a sua notificação, o mesmo não se poderá dizer em relação aos *antigos acordos*. Quanto a estes, a notificação não produzirá efei-

⁽¹²⁶⁾ O artigo 4.º aplica-se aos *novos acordos*, isto é, aos que foram concebidos depois de o regulamento ter entrado em vigor (em 6.2.1962); enquanto o artigo 5.º se aplica aos *acordos antigos*, isto é, aos que foram celebrados antes dessa data. Um novo quadro de antigos acordos foi aditado em 1981 e 1986, por causa da adesão de novos Estados membros, em 1973, 1981 e 1986, os chamados *acordos de adesão*; trata-se de acordos que restringem a concorrência entre empresas que operam nos novos Estados membros ou entre elas e as que operam nos outros Estados membros.

V. V. KORAH, *An Introductory Guide to EEC Competition*, p. 91.

⁽¹²⁷⁾ V. o n.º 1 do artigo 4.º do regulamento n.º 17/62.

⁽¹²⁸⁾ V. o ac. do caso *Fedetab* (de 29.10.1980, proc. n.º 209 a 215 e 218/78, Rec., 1980, p. 3125) em que foi declarado que «a utilização do formulário é obrigatória e constitui uma condição prévia e indispensável para a validade da notificação [...] para assegurar uma vigilância eficaz e simplificar, na medida do possível, o controlo administrativo».

⁽¹²⁹⁾ De 26.7.1963, JOCE L 189, de 1.8.1968, p. 1.

tos favoráveis se não tiver ocorrido antes de 1 de Novembro de 1962, ou antes de 1 de Fevereiro de 1963, caso neles tenham participado apenas duas empresas ⁽¹³⁰⁾.

Do exposto, avulta uma grande incerteza quanto ao regime jurídico dos acordos, pois que da notificação, ou da sua falta, decorrem consequências para o seu regime jurídico.

A principal consequência da notificação é permitir à Comissão tomar uma decisão de derrogação da aplicação do n.º 1 do artigo 85.º, ou seja, uma declaração de isenção.

Mas, também aqui, se levantam algumas dúvidas.

A primeira tem a ver com a distinção entre os *novos* e *antigos acordos*, mesmo que a isenção venha a ser recusada.

Como a notificação tem como efeito limitar o período de aplicação da multa que pode ser imposta, para punir a infracção ao artigo 85.º, se se entender que os acordos *novos* notificados gozam de *validade provisória*, eles devem beneficiar do regime que é atribuído aos acordos antigos, que também beneficiam dela ⁽¹³¹⁾.

Como se sabe, as instâncias nacionais não devem aplicar o direito nacional que seja contrário ao direito comunitário da concorrência. Ora, na falta de uma isenção ou de um regulamento de isenção, se ao acordo for reconhecida *validade provisória*, o juiz nacional só pode aplicar o direito nacional mais rigoroso se ele for nulo à face do direito comunitário, isto é, se infringir o n.º 1 do artigo 85.º; mas, se entender que o acordo goza de *validade definitiva*, então não deve aplicar o direito nacional ⁽¹³²⁾. Daí que tam-

⁽¹³⁰⁾ Segundo o n.º 1 do artigo 5.º do regulamento n.º 17/62, (modificado pelo regulamento do Conselho n.º 59/62 (de 3.7.1962, JOCE L 58, de 10.7.1962, p. 1655), a notificação continua a poder fazer-se; mas os acordos nesta situação são susceptíveis de perder o benefício de um regime privilegiado, por causa da notificação tardia.

V. R. KOVAR, *curso cit.*, II parte, p. 10.

⁽¹³¹⁾ No ac. *Haecht II* (de 6.2.1973, proc. n.º 48/72, Rec., 1973, p. 77), o TJ aderiu à tese da *validade plena*.

⁽¹³²⁾ O TJ procurou dirimir as dúvidas no acórdão *Walt Wilhelm*, seguindo uma orientação pragmática mas pouco esclarecedora, ao declarar que, nestes casos, compete ao juiz nacional «tomar as medidas apropriadas», não precisando de que medidas se trata.

No mesmo sentido, v. o *IV Relatório Especial Sobre a Política da Concorrência*, p. 34 e o comentário de R. KOVAR, in *Journal de Droit International*, 1978, p. 643 e ss..

bém o procedimento das notificações não proporcione às empresas e aos juristas a desejável certeza jurídica.

Uma outra dificuldade decorre do controverso valor das notificações.

Com frequência, uma notificação leva a Comissão a emitir uma *carta de classificação*, a declarar que um acordo, na sua opinião, não infringe o n.º 1 do artigo 85.º; mas também é vulgar essa carta (ou ofício) demorar um ou vários anos a ser enviada. Outras vezes, ela expede uma dessas cartas a declarar que o acordo está em condições de beneficiar de uma isenção (ainda que, se interpretasse o n.º 1 do artigo 85.º à luz da *regra da razão*, devesse dizer que ele era válido, porque não restringia a concorrência), mas também esta carta chega tardiamente às empresas a quem é dirigida.

Diz-se que essas cartas devem ser tidas em conta pelos tribunais nacionais; mas elas só exprimem a opinião da Comissão a respeito da validade e justificação do acordo.

Como vimos, a orientação proposta pelo TJ diverge substancialmente da perspectiva da Comissão. Segundo ele, um tal acordo normalmente não incorrerá na proibição do n.º 1 do artigo 85.º, por ser compatível com esta norma; nesta lógica, a decisão dependerá do exame em concreto do *contexto económico e jurídico* em que ele se situa.

Uma terceira dificuldade resulta do facto de nenhuma norma jurídica obrigar a Comissão a iniciar um processo por infracção, quando recebe uma notificação, nem ela ter que se pronunciar num prazo determinado.

Ora, como ela, muitas vezes, só se pronuncia passado bastante tempo e a sua carta, em si mesma, não tem mais valor do que um *acordo de cavalheiros*, esta situação não é vantajosa para as empresas que se apressem a notificar os seus acordos. Pelo contrário, incita-as a retardar a notificação, na expectativa de que a infracção não seja detectada; ou, então, leva-as a preferir negociar uma decisão com a Comissão se, entretanto, por qualquer razão, ele não continuar a ter eficácia.

A falta de uma decisão atempada da Comissão gera incerteza para as empresas e dificuldades para os tribunais, agravadas pelo facto de o TJ ter declarado a *validade provisória* dos acordos notificados, com o objectivo de suavizar os graves inconvenientes da

falta de uma decisão, sem que ela tenha ainda demonstrado a determinação de imprimir aos processos o ritmo necessário ⁽¹³³⁾.

A incerteza aumenta quando os tribunais nacionais, chamadas a decidir, têm de optar entre as teses do TJ e da Comissão. Tais indefinições seriam menores se esta revisse a sua posição quanto à forma de apreciar a validade dos acordos restritivos da concorrência e adoptasse decisões formais.

4. Os "certificados negativos" têm valor e eficácia discutíveis

O procedimento dos chamados *certificados negativos* suscita muitas dúvidas quanto aos seus efeitos jurídicos e quanto à obrigação de os juízes nacionais os terem de acatar.

Segundo o artigo 2.º do regulamento n.º 17/62, o pedido de um certificado destes visa levar a Comissão a declarar que não tem motivos para intervir perante o acordo em causa, com base nas disposições do n.º 1 dos artigos 85.º e 86.º, «na base dos factos que são do seu conhecimento».

Com um tal pedido, o que é solicitado à Comissão é a declaração formal da constatação da «ausência de uma infracção» aos citados artigos, e não propriamente que declare verificadas as condições exigidas pelo n.º 3 do artigo 85.º para que, se a infracção for declarada verificada, possa ser derogada a proibição enunciada no n.º 1 ⁽¹³⁴⁾.

⁽¹³³⁾ Sempre que se verifique um atraso considerável da Comissão, as empresas podem valer-se do recurso *en carence* (artigo 175.º); mas não se vê como poderá o Tribunal obrigá-la a tomar a decisão em falta.

A Comissão não tem que recear os recursos *en carence* porque o artigo 176.º não estipula qualquer prazo para que a instituição cuja omissão tenha sido declarada contrária ao Tratado deva «tomar as medidas necessárias à execução do acórdão», não podendo o Tribunal impor-lhe um prazo.

⁽¹³⁴⁾ Na prática, como refere R. Kovar, esta tramitação é normalmente acompanhada da notificação do acordo à Comissão, cujo objectivo é pedir o benefício da isenção prevista no n.º 3 do artigo 85.º. Aliás, desde 1968, os formulários do pedido de certificado negativo e de notificação foram fundidos. Nos termos do Regulamento n.º 27 da Comissão (de 3.5.1962, JOCE L 35, de 10.5.1962, p. 1118), só as empresas e associações de empresas, e não os Estados nem as empresas terceiras, estão habilitadas a formular esses pedidos.

V. R. KOVAR, *curso cit.*, III parte, p. 6.

Assim, contrariamente à “notificação”, o “certificado negativo” carece de qualquer efeito próprio vinculativo. Como ele não vincula a Comissão, esta pode emití-lo ou não, sem que fique inibida de vir a iniciar um procedimento por infracção, ⁽¹³⁵⁾ o que, obviamente, não dá segurança aos interessados.

Se esta questão é pacífica, já o mesmo não se poderá dizer quanto ao direito de os requerentes, valendo-se do recurso *en carence*, poderem exigir uma tomada de posição pela Comissão ou virem a impugnar a sua recusa de emissão de um certificado.

Em suma, o seu valor jurídico é praticamente nulo e a sua eficácia muito discutível.

Relativamente às suas implicações no direito interno, a doutrina diverge quanto ao dever de os juízes nacionais terem de respeitar um “certificado negativo” emitido pela Comissão.

Entre as posições extremas dos que defendem que um certificado negativo retira às instâncias nacionais o direito de aplicarem a sua própria regulamentação sobre a concorrência, e dos que sustentam que as jurisdições nacionais são inteiramente livres de aplicar os n.ºs 1 e 2 do artigo 85.º, mesmo após a Comissão ter emitido um “certificado negativo” ⁽¹³⁶⁾, há, pelo menos, três teses intermédias.

Para alguns, o impacto de um certificado sobre o exercício das competências das jurisdições nacionais aconselharia soluções mais flexíveis, muito embora a emissão de um certificado não as impeça de declarar o acordo nulo ⁽¹³⁷⁾.

Para outros, nenhuma das soluções apontadas é um dado adquirido, embora a segunda via pareça ter sido a seguida em *Walt Wilhelm*. Para que se respeite o primado do direito comunitário da concorrência e evitem procedimentos paralelos, as autoridades

⁽¹³⁵⁾ É a conclusão a que chegam B. GOLDMAN e LEON-CAEN (*op. cit.*, p. 767) e R. KOVAR (*op. cit.*, p. 7).

⁽¹³⁶⁾ O art. 2.º do regulamento 17/62 deve ser interpretado no sentido de que as instâncias nacionais podem derrogar um certificado negativo, sobretudo se tiverem conhecimento elementos de facto ignorados pela Comissão.

V. M. WAELBROECK, «Droit de la Concurrence», in J. Megret e outros, *Le Droit de la CEE*, vol. 4.º, n.º 114, p. 185.

⁽¹³⁷⁾ V. BURST e KOVAR, «LA Distribution Sélective et le Droit Communautaire de la Concurrence», *Rev. Trim. Droit Comparé*, 1978, p. 459 e ss..

nacionais deveriam respeitar os efeitos das decisões da Comissão, sejam elas quais forem ⁽¹³⁸⁾.

Há também quem advogue que, no caso de se mostrarem preenchidos todos os requisitos, os "certificados negativos" de vem ser tomados em conta pelas instâncias nacionais, mas apenas como *matéria de facto*, ao decidirem sobre a validade de um acordo, à luz dos critérios dos n.ºs 1 e 2 do artigo 85.º ⁽¹³⁹⁾.

Como se vê, para além de o seu valor jurídico se praticamente nulo e a sua eficácia discutível, pairam as maiores incertezas quanto aos efeitos jurídicos dos "certificados negativos".

5. As "cartas de classificação", uma invenção processual fonte de insegurança

As "cartas de classificação" ⁽¹⁴⁰⁾ são vistas como uma prática de valor incerto e pouco ortodoxa.

Trata-se de um procedimento que o regulamento n.º 17/62 não prevê e que é um dos mais representativos exemplos da sua descaracterização e deformação processual da penúltima década, em que o seu rigoroso cumprimento parece ter sido votado ao esquecimento pela Comissão.

Por várias razões, ela manifestou o seu interesse por formas de intervenção informal, baseadas essencialmente em contactos informais, em que pressiona os contratantes a porem fim ou a modificarem certas práticas, por ela consideradas ilícitas, ou os convidava a expurgarem os seus acordos de certas cláusulas tidas como demasiado nocivas para a concorrência, para que possam beneficiar de uma isenção ⁽¹⁴¹⁾.

⁽¹³⁸⁾ Neste sentido, v. B. GOLDMAN e L.-CAEN, *op. cit.*, pp. 914-915.

⁽¹³⁹⁾ V. Valentine Korah, *An Introductory Guide to EEC Competition*, p. 90.

⁽¹⁴⁰⁾ Também se lhes chama *Lettres de classement*, *comfort letters* ou *cartas administrativas*.

⁽¹⁴¹⁾ Esta técnica criada pela Comissão, em qualquer das modalidades que ela adoptou (cartas de classificação, procedimento de oposição e decisões negociadas), é uma espécie de *transacção administrativa*.

V. R. KOVAR, *curso cit.*, II parte, p. 25.

Com frequência, a Comissão, em vez de adoptar uma decisão formal, limita-se a dirigir às partes um ofício, assinado pelo Director-Geral da Divisão da Concorrência, em que lhes dá a conhecer a sua *opinião* de que não havia razão para ela intervir ao abrigo do artigo 85.º, em relação aos contratos em causa, e que o caso pode, desde logo, ser arquivado, sem que seja iniciado um procedimento por infracção.

Ora, a articulação deste procedimento com o regulamento n.º 17/62 suscita muitas dúvidas e é passível de críticas.

Se ele pode ter a vantagem da brevidade e flexibilidade, também apresenta desvantagens de vária ordem. Vejamos:

Em princípio, cabe à Comissão a iniciativa de verificar se ocorre uma infracção às regras da concorrência, mas os Estados foram encorajados a participar nesse processo, «formulando todas as observações sobre estes procedimentos», nos termos do n.º 2 do artigo 10.º do regulamento n.º 17/62. Qual o seu papel? Que se veja, nenhum!

Mas há mais. O procedimento perante a Comissão comporta duas fases: a fase *preliminar*, que escapa ao regulamento n.º 17/62, e uma *fase de procedimento formal* que, desde o seu início até ao seu termo, se rege pelo regulamento n.º 99/63 ⁽¹⁴²⁾.

Na prática, esta *fase preliminar* tem uma importância decisiva porque não são poucos os casos em que os acordos são apreciados sem que o *procedimento formal* chegue a ser iniciado e é nela que, com mais frequência, surgem estas “cartas”.

Elas podem ser enviadas em circunstâncias muito variadas e nem sempre terão necessariamente por efeito privar os acordos de *validade provisória*. Assim, se uma carta de classificação não se pronuncia sobre a aplicação dos n.ºs 1 e 3 do artigo 85.º, mas se limita a arquivar o caso por outras razões, ela não acarreta a perda da *validade provisória* do acordo.

Daí que, para avaliar os seus efeitos, seja necessário atender ao seu objecto, podendo acontecer que este não seja suficientemente claro ou fundamentado.

(142) De 25. 7.1963, JOCE L 127, de 20.8.1963.

Por outro lado, elas tanto podem ter lugar num processo já iniciado pela Comissão, como no termo de uma negociação com as empresas implicadas no acordo. Nesta hipótese, ela tanto pode declarar que, pelos elementos de que dispõe, o acordo não é proibido pelo n.º 1 do artigo 85.º, como pode dizer que ele está coberto pela sua proibição ou por um regulamento de isenção por categorias.

Por conseguinte, as empresas não podem prevêr o que a Comissão irá transmitir-lhes a respeito do seu acordo e, daí, a incerteza jurídica que não abona a favor destas cartas.

É de notar que os citados regulamentos não definem com precisão os termos *a quo* e *ad quem* para o debate prévio ao início do procedimento por infracção (instituído pelo regulamento n.º 17/62), isto é, não precisam o momento a partir do qual a Comissão deve manifestar o seu *acto de autoridade*, no sentido de vir a adoptar uma decisão em conformidade com o disposto nos seus artigos 2.º, 3.º ou 6.º, ⁽¹⁴³⁾ nem quando cessa o exercício dessa faculdade. Mas esta comunicação formal, em que consiste a "carta de classificação", não é o único *acto de autoridade* que ela pode tomar relativamente a um determinado acordo que faça presumir a sua intenção de não vir a adoptar uma decisão formal ⁽¹⁴⁴⁾.

Também esta indefinição quanto aos limites da *fase preliminar* e do *procedimento formal*, podendo estas cartas ser enviadas numa fase ou noutra, e quanto ao acto de autoridade, é motivo de incerteza para as empresas.

Em suma, não constituindo um "certificado negativo" nem uma decisão de isenção, elas também não lhes conferem direitos, podem trair as suas expectativas e não vinculam a Comissão ⁽¹⁴⁵⁾.

⁽¹⁴³⁾ O *acto de autoridade* consiste numa comunicação formal dirigida às empresas e às autoridades nacionais competentes; mas ela só é necessária para iniciar o procedimento, devendo indicar os pontos de discordância.

⁽¹⁴⁴⁾ Qualquer acto de instrução relativo a um caso (v.g., um pedido de esclarecimentos ou uma verificação) são actos de autoridade que fazem presumir essa intenção.

V., neste sentido, B. GOLDMAN e L.-CAEN, *op. cit.*, p. 845 e, ainda, as conclusões do Advogado-Geral MAYRAS, para o caso *BRT/SABAM* (de 30.1.1974, proc. n.º 127/73, Rec., 1974, p. 51 e s.).

⁽¹⁴⁵⁾ A própria Comissão não escondeu a sua falta de segurança quanto à validade deste procedimento, ao emitir uma Comunicação em que se decidiu a publicar o conteúdo

O reconhecimento da necessidade de conceder uma maior publicidade às “cartas de classificação” levou a Comissão à institucionalização das chamadas “cartas reforçadas” ou *reinforced comfort letters* ⁽¹⁴⁶⁾.

Basicamente, trata-se da possibilidade dada pela Comissão a terceiros de apresentarem as suas observações às empresas implicadas nos acordos, podendo estas refutar essas observações, cujo conteúdo essencial é publicado no JOCE.

Não se deve negar-lhes o mérito de proporcionarem à aplicação das regras da concorrência uma informação mais ampla e, deste modo, promover a conformidade das práticas negociais com elas, o que lhes vem dar um pouco mais de valor.

Mesmo assim, tal como as tradicionais “cartas de classificação”, não são equiparáveis a uma decisão formal ⁽¹⁴⁷⁾.

Além disso, também em relação a elas se coloca a questão de saber como devem os tribunais nacionais agir perante uma carta em que a Comissão dá a entender que um acordo pode ser isentado (o que pressupõe a sua não conformidade com o n.º 1 do artigo 85.º), se, ao contrário da Comissão, não têm competência para atribuir isenções individuais ou por categorias.

A dificuldade, realmente séria, deixaria de o ser se ignorarem o *precedente* da Comissão, criado por tais cartas, e, pela aplicação

essencial dos acordos, para dar às partes interessadas a oportunidade de tornarem conhecidos os seus pontos de vista, antes de a «carta de classificação» lhes ser enviada, e para que os terceiros pudessem formular as suas observações.

Embora não estivesse obrigada a publicar as suas intenções, propôs-se fazê-lo «nos casos de particular importância, quer pelas questões jurídicas em causa, quer pelo poder económico das empresas envolvidas».

Trata-se, afinal, de um *procedimento de salvaguarda*, destinado a dar alguma publicidade a uma prática da Comissão que, de outro modo, continuaria rodeada de uma capa de misério.

V. JOCE C 343, de 31.12.1982, p. 4 e ainda o *XI Relatório Sobre a Política da Concorrência*, 1977, p. 1.

⁽¹⁴⁶⁾ Sobre este procedimento, v. DENIS WAELBROECK, *art. cit.*, p. 270.

⁽¹⁴⁷⁾ O TJ foi muito claro, no caso *Hydrotherm contra Andreoli*, (ac. de 17.2.1984, proc. n.º 170/83, Rec., 1984, p. 2999), ao declarar que o facto de a Comissão anunciar publicamente a sua intenção de vir a adoptar uma decisão favorável em relação a um acordo notificado e vir depois a declará-lo abrangido pelo regulamento n.º 67/67, não impedia que um tribunal nacional o considerasse aplicável.

da *regra da razão* e do *balanço concorrencial*, vierem a concluir que o acordo não incorre na proibição do n.º 1 do artigo 85.º.

Há uma enorme perplexidade a seu respeito, alimentada com as hesitações da jurisprudência comunitária.

As dúvidas a seu respeito aumentaram com os acórdãos *Walt Wilhelm* ⁽¹⁴⁸⁾ e *Lancôme* ⁽¹⁴⁹⁾ que justificam um breve comentário.

No caso *Walt Wilhelm*, o Tribunal quis afirmar a uniformidade do direito comunitário em relação a todas as decisões que se relacionem com a sua aplicação e, por isso, entendeu que elas deviam ser respeitadas pelos tribunais nacionais. Enquanto que, no caso *Lancôme*, considerou que eles não estavam vinculados ao resultado de uma "carta de classificação".

Como observam R. Kovar e V. Korah, esta incongruência do TJ perturba naturalmente os juízes nacionais e compromete a desejada segurança e certeza jurídicas ⁽¹⁵⁰⁾. É também nossa convicção que, com este expediente *sui generis*, a Comissão veio complicar ainda mais o já precário equilíbrio entre a repressão das práticas restritivas e a cooperação das instâncias nacionais e comunitárias, na aplicação do direito da concorrência comunitário.

O mérito de estas cartas tornarem a política da concorrência mais transparente não compensa a sua falta de fundamento jurídico e a precariedade dos seus efeitos, nem permite sequer reconhecer-lhes o valor de um "certificado negativo".

Uma vez que elas parecem mais uma espécie de *ordem interna da Comissão* do que uma verdadeira decisão, o TJ recusou-se (e bem) a equipará-las a um "certificado negativo" porque este, como declaração de inaplicabilidade da proibição do n.º 1 do artigo 85.º que é, está previsto no regulamento n.º 17/62, tem um sentido preciso e produz efeitos jurídicos ⁽¹⁵¹⁾.

Importa ainda acentuar as suas desvantagens para terceiros e para as partes do próprio acordo.

⁽¹⁴⁸⁾ De 13.2.1969, proc. n.º 14/68, Rec., 1969, p. 1.

⁽¹⁴⁹⁾ Caso *Perfumes*, ac. de 10.7.1980, proc. n.º 99/79, Rec., 1980, p. 2511.

⁽¹⁵⁰⁾ V. KOVAR, *curso cit.*, III parte, p. 61; V. KORAH, *op. cit.*, pp. 94 e 112.

⁽¹⁵¹⁾ V. R. KOVAR, «Efficacité de la Répression des ententes et protection juridique des intérêts: un équilibre difficile», *Recueil Dalloz Sirey, Chronique* — XVIII, 1981, n.º 6, p. 135.

As *cartas reforçadas* exprimem a intenção da Comissão de não intervir quanto aos acordos em causa. Mas, como já vimos, esse é também o significado dos “certificados negativos”, pois que ambos se baseiam nos elementos que são do conhecimento do Comissão. Logo, distinção não é visível.

Mas os interesses legítimos de terceiros podem ser mais prejudicados por uma “carta de classificação” do que por um “certificado negativo”. Com efeito, enquanto os intervenientes no acordo podem impugnar o certificado perante o TJ, ⁽¹⁵²⁾ não podem recorrer judicialmente de uma destas cartas que se limitam a declarar que a Comissão *não tem intenção de intervir*, para impor o cumprimento do artigo 85.º ou para atribuir uma isenção.

Também os interesses das partes ficam muito menos acautelados por uma destas cartas do que por um “certificado negativo”. Como vimos, as instâncias nacionais não estão vinculadas por uma destas cartas, por delas não resultar para a Comissão a obrigação de iniciar um procedimento em aplicação dos artigos 2.º, 3.º e 6.º do regulamento n.º 17/62. Isso significa que os juízes nacionais mantêm intacta a sua competência para aplicarem as disposições do n.º 1 do artigo 85.º e 86.º, de acordo com o artigo 88.º do Tratado ⁽¹⁵³⁾.

Nada os impede de perfilharem uma posição diferente da que a Comissão tiver tomado numa destas cartas quanto à licitude do acordo; nem de aderirem à orientação do TJ e optarem pela aplicação do *balanço concorrencial*.

Questiona-se, ainda, se as partes poderão valer-se do recurso *en carence*. Parece que não, pelo menos, se considerarmos que estas cartas não são decisões propriamente ditas, isto é, não são decisões no sentido do n.º 2 do artigo 177.º do Tratado.

Logo, a insegurança é potenciada pelos efeitos gravosos que o TJ lhes reconheceu em relação às próprias partes.

⁽¹⁵²⁾ Desde que elas satisfaçam as condições exigidas no ac. *Metro*, de 25.10.1977, proc. n.º 26/76, Rec., 1977, p. 1875.

⁽¹⁵³⁾ Ao contrário da carta de classificação, o certificado negativo tê-las-ia privado dessa competência; daí que convenha mais às partes o certificado do que a carta porque, caso as instâncias nacionais não o respeitem, elas podem atacar as suas decisões nas instâncias superiores e perante o TJ.

Em resumo, como ensina R. Kovar, as "cartas de classificação", além de serem «um acto de condição jurídica incerta», são também um «acto de efeitos jurídicos constrangentes» para terceiros e para as próprias empresas envolvidas nos acordos sobre que elas versam ⁽¹⁵⁴⁾. A política da concorrência só teria a ganhar se a Comissão se compenetrasse de que as jurisdições nacionais não podem ser privadas da sua competência para aplicar o n.º 1 do artigo 85.º e o artigo 86.º, que produzem *efeitos directos* nas relações entre os particulares.

Ela deveria compreender que os juízes nacionais não têm que lhe dar mais importância do que a devem dar à *matéria de facto*; e isto porque o TJ, numa visão pragmática, deixou a recomendação, mas não impôs, que as levassem em conta nas suas decisões, no seu exame sobre a conformidade dos acordos com o disposto no artigo 85.º ⁽¹⁵⁵⁾.

6. O procedimento "de oposição": uma forma de alargar as isenções por categorias

Estamos perante mais uma prática processual da Comissão cuja origem e fundamento jurídico são muito incertos e que tem suscitado sérias críticas. Como acentua Denis Waelbroeck, ⁽¹⁵⁶⁾ a introdução de um novo procedimento suscita inevitavelmente novos problemas e o procedimento de *oposição* não escapou à regra.

Reconhecendo a necessidade de apressar as decisões dos casos relativos às regras da concorrência, a Comissão concebeu um novo expediente, designado por procedimento "de oposição" (ou

⁽¹⁵⁴⁾ V. Chronique, *cit.*, p. 134.

⁽¹⁵⁵⁾ R. Kovar comenta: «Les bénéficiaires d'une mesure de classement se trouvent, au total, dans une situation particulièrement défavorable. Démunis de toute protection judiciaire efficace, ils sont, en outre, réduits à une condition d'une extrême précarité. Soucieuse d'assurer l'efficacité de la répression des pratiques de la concurrence, la Cour de Justice a, on peut le craindre, négligé les exigences de la sécurité juridique, voire même de la simple équité». *Ibidem*, p. 138.

⁽¹⁵⁶⁾ V. *art. cit.*, p. 272.

“não-oposição”) que, também ele, não estava previsto no regulamento n.º 17/62 ⁽¹⁵⁷⁾.

Esta prática consiste em a Comissão isentar os acordos que contenham cláusulas expressamente proibidas pelo regulamento sobre a matéria (*lista negra*), desde que lhe tenham sido notificados e ela não se tenha oposto, no prazo de seis meses ⁽¹⁵⁸⁾.

A sua origem é incerta, embora pareça que a Comissão se inspirou na G. W. B. alemã, que as contempla ⁽¹⁵⁹⁾.

Permanecem as maiores dúvidas quanto ao valor jurídico do procedimento de *oposição*, desde que a Comissão o consagrou pela primeira vez, em 1984, no regulamento de isenção por categorias de certos acordos de licença de patente.

Enquanto uns afirmam, talvez com um certo exagero, que esta prática não tem qualquer valor jurídico, outros pretendem equipará-la a uma forma especial das isenções individuais.

Por nossa parte, entendemos que ela deve ser aproximada das cartas de classificação e das decisões negociadas, como *formas atípicas de tomada de decisão*, que podem ser levadas em conta pelas instâncias nacionais, como um mero *elemento de facto*, ao terem que apreciar a validade dos acordos à luz dos critérios enunciados no n.º 1 do artigo 85.º; mas que, em larga medida, vinculam a própria Comissão, pois que só novos factos ou circunstâncias justifi-

⁽¹⁵⁷⁾ Esta prática foi iniciada no regulamento n.º 2349/84 (de 23.7.1984, JOCE L 219, de 16.8.1984, p. 15), sobre os acordos de licença de patente e figura em todos os regulamentos seguintes de isenção por categorias.

⁽¹⁵⁸⁾ Durante esse prazo, a Comissão tanto pode opôr-se à isenção, por sua iniciativa, como a pedido de um país membro, se este pedido lhe for apresentado nos três meses seguintes à comunicação da notificação a esse Estado membro; deve, no entanto, obter o parecer do Comité Consultivo Para as Práticas Restritivas e Posições Dominantes, antes de formalisar a sua oposição, quando a iniciativa partir de um Estado membro.

⁽¹⁵⁹⁾ Na GWB, os acordos e decisões da natureza dos descritos nos artigos 2.º, 3.º e 5.º, al. a) só produzem efeitos se o *Bundeskartellamt* não lhes *opuser objecções*, num prazo de 3 meses a contar da recepção da notificação.

A proposta da Comissão (1961) não foi consagrada no regulamento; contudo, o que tem provocado mais celeuma não é tanto a aplicação do procedimento de oposição a casos especiais mas, sobretudo, a sua generalizada aplicação. Ela propôs que «quando a Comissão não tiver dado conhecimento ou levantado objecção escrita, nos seis meses a contar da recepção, os acordos [...] devem ser considerados *provisoriamente como não proibidos* pelo artigo 85.º do Tratado».

V. D. WAELBROECK, *art. cit.*, p. 273.

cam que ela adopte uma posição diferente da manifestada por este procedimento.

Esta orientação, sufragada pela maioria dos autores que se têm debruçado sobre a questão e não contrariada pelo TJ, parece ser a que, *de jure condendo*, melhor corresponde à necessária flexibilidade dos procedimentos da Comissão. Mas deveria ser respeitada pela própria Comissão, ao nível do direito substantivo, aplicando o *balanço concorrencial* ao n.º 1 do artigo 85.º.

Todavia, uma tal orientação tem os seus limites.

Impõe-se respeitar o direito instituído, sobretudo o regulamento n.º 17/62, votado ao esquecimento, se não mesmo contrariado pelas novas práticas processuais da Comissão.

Continua por esclarecer qual o espaço que lhe está reservado já que, na prática, este procedimento tem sido utilizado como uma forma pouco ortodoxa de alargar o âmbito das isenções por categorias. Por esta razão, Kovar chama-lhe uma «hibridização da fórmula das isenções por categorias» ⁽¹⁶⁰⁾.

Por analogia com as "cartas de classificação", vê-se neste procedimento uma espécie de *transacção administrativa* ou *ordem interna* da Comissão, com algum alcance para as partes e para terceiros, e com algum eco nas instâncias nacionais, como *matéria de facto*, a ter em conta nas decisões, segundo aquele autor.

Relativamente aos seus efeitos, sem dúvida muito incertos, este procedimento levanta um mar de dúvidas: a falta de oposição da Comissão terá como resultado a extensão do benefício de isenção ao acordo? Qual a sorte do acordo durante os seis meses em que a Comissão pode opôr-se, se nenhum texto legal a prevê? Pode um juiz nacional declarar a sua nulidade ou deve sobrestar na sua decisão (na linha de *Brasserie de Haecht II e BRT/SABAM*), quando a expectativa da isenção é razoável? A oposição da Comissão terá por efeito não aplicar a isenção por categorias a todo o acordo ⁽¹⁶¹⁾ ou apenas às obrigações que não satisfaçam as condições de isenção estabelecidas nos artigos 4.º e 5.º do regulamento n.º 17/62?

⁽¹⁶⁰⁾ V. «Efficacité de la répression des ententes et protection juridique des intérêts: un équilibre difficile», *Chronique*, 1981, p. 136.

⁽¹⁶¹⁾ Como defende R. KOVAR, *curso cit.*, II parte, p. 344.

Mas as dificuldades não ficam por aqui. Quais os efeitos produzidos pela oposição e quais os decorrentes da não oposição?

Consideremos as duas situações, de oposição e de não-oposição da Comissão.

Quanto aos efeitos da oposição da Comissão, resulta dos n.ºs 4 e 5 do artigo 15.º deste regulamento que ela não pode aplicar coimas desde a notificação até à decisão em que atribua ou recuse a isenção, contanto que eles se conttenham dentro dos limites descritos na própria notificação ⁽¹⁶²⁾.

Quanto aos efeitos da não-oposição da Comissão, as opiniões divergem quanto a saber se ela terá os mesmos efeitos que uma declaração de isenção individual ou, pelo menos, os de um certificado negativo ou de uma carta de classificação. Parece, no entanto, que a não-oposição, nos seus efeitos, está mais próxima das cartas de classificação do que das decisões individuais e dos certificados negativos.

Se as instâncias nacionais têm competência para averiguar se as condições de uma isenção por categorias se verificam ou não, ⁽¹⁶³⁾ elas não têm poderes para rever as decisões da Comissão que tenham atribuído uma isenção individual.

Parece, portanto, que o valor de uma não oposição deve ser equiparado ao das cartas de classificação, já que estas dão a entender que a Comissão não se opõe ao acordo e, por isso, o classifica ou arquiva. Mas como as cartas de classificação não vinculam as instâncias nacionais nem terceiros, parece também que, por uma

⁽¹⁶²⁾ O regulamento garante a não aplicação de sanções às notificações abrangidas por ele; mas não é seguro que uma notificação implique uma tal imunidade, no quadro de um procedimento de isenção. Os *novos formulários A/B* dão a entender que nada impede a notificação de um acordo com o objectivo de lhe vir a ser atribuído um certificado negativo, uma isenção, ou para que a Comissão encare o procedimento de oposição; o que parece sugerir e garantir a imunidade das multas, a partir do momento da notificação. Mas a sua oposição em nada altera a situação, já que só uma decisão formal ou uma comunicação feita nos termos do n.º 6 do artigo 15.º pode afastar essa imunidade.

Neste sentido, D. WAELBROECK, *art. cit.*, p. 274.

⁽¹⁶³⁾ V. os ac. *Fonderies Roubaix contra Roux* (proc. n.º 63/75, Rec., 1976, p. 111), *De Bloos contra Bouyer* (de 14.12.1977, proc. n.º 59/77, Rec., 1977, p. 2359) e *Hydroterm contra Andreoli* (de 12.7.1984, proc. n.º 170/83, Rec., 1984, p. 2999).

questão de coerência, devia ser dado o mesmo tratamento à não oposição da Comissão.

Como ela não tem poderes próprios para instituir um procedimento de oposição, justifica-se que, pelo menos, ao usá-lo, dê suficientes garantias às partes e a terceiros.

O certo é que, perante tanta incerteza, é conveniente que as empresas formulem o pedido de uma decisão formal. E, dado o recurso crescente da Comissão a esta prática, a *jurisprudência das cautelas* recomenda que, se as partes tiverem sérios motivos para recear que venham a ser intentadas acções nos tribunais nacionais, devem pedir à Comissão uma isenção formal, porque eles devem respeitá-la.

Uma vez que os direitos de terceiros ficarão sempre mal protegidos por estas práticas, a Comissão deveria seguir a orientação que propôs para as cartas de classificação e apenas seguir este procedimento se as empresas que participam no acordo concordassem com ele.

É um procedimento que inspira ainda maiores preocupações se atendermos a que, quando a iniciativa parte da Comissão, a oposição pode ser formulada em qualquer altura, quer porque ela é um mero passo do processo conducente a uma decisão formal, quer porque se trata de um acto preliminar e, como tal, não produz o efeito de modificar a posição jurídica das partes, nem de terceiros.

Para uma *comunidade de direito*, ele contribui mais com incertezas do que com celeridade e segurança jurídica. Porque deixa transparecer uma certa temeridade da Comissão quanto ao uso dos poderes que o Tratado e o Conselho nela depositaram, justifica-se um convite à prudência.

7. As “resoluções negociadas”: um expediente de natureza e valor jurídicos muito incertos

Embora se trate da prática processual mais recente da Comissão, as *decisões* ou *resoluções negociadas* são, de longe, a forma mais corrente de concluir um processo.

Estamos perante uma prática processual que não esconde as suas parecências com a negociação de um tratado com países terceiros ou com um mero acordo de direito privado, que não pode deixar de causar alguma perplexidade.

As motivações são as de sempre: acelerar os processos e gerir os meios escassos, sem recurso às decisões individuais, esforçando-se por chegar a um acordo com as empresas contra as quais iniciou um processo por infracção (164).

Casos recentes e importantes, como *IBM e Philip Morris*, (165) vieram alertar os juristas para a forma como esta prática tem vindo a ser utilizada pela Comissão.

Trata-se de soluções em que o termo *decisão* é manifestamente inapropriado, por ela resolver casos controversos sem adotar uma *decisão formal* e que, em maior ou menor grau, se distinguem das anteriores práticas processuais.

A característica comum é que, tendo os serviços da Comissão chegado à conclusão de que as práticas em causa estão em manifesta conformidade com as regras da concorrência, quer por que, entretanto, foram abandonadas pelas partes, quer porque expiraram ou foram modificadas, quer ainda porque as partes se comprometeram a respeitar novas medidas por ela impostas, decide suspender o procedimento sem nada declarar contra o acordo em causa e sem imposição de injunções.

(164) Já no *Quinto Relatório Sobre a Política da Concorrência* (p. 9), a Comissão observava que «embora este procedimento seja menos conhecido e tenha menos valor jurídico do que uma *decisão formal*, a sua importância não deve ser subestimada, já que ela permite resolver alguns casos com um mínimo de intervenção administrativa».

Em média, apenas um em trinta casos é concluído mediante uma *decisão formal*, segundo a resposta da Comissão à pergunta de Battersby (JOCE C 118, 1983, p. 23).

(165) Em 1984, a Comissão resolveu pôr termo ao caso *IBM*, relativo à aplicação do artigo 86.º, suspendendo indefinidamente o processo perante o compromisso daquela multinacional de modificar as suas práticas, que ela considerava sujeitas a infracção.

V. o *XIV Relatório Sobre a Política da Concorrência*, p. 77.

Também o processo relativo aos artigos 85.º e 86.º, que se reportava à fusão das tabaqueiras *Rothmans e Philip Morris*, terminou quando esta última deixou de ter uma posição predominante na *Rothmans*, reduzindo a 25% a sua posição no capital social daquela.

V. *XVI Relatório Sobre a Política da Concorrência*, p. 89.

Pelo menos uma vantagem lhes é reconhecida. Estas práticas permitem chegar a uma solução expedita e informal, se bem que este último aspecto também seja um dos seus inconvenientes.

Estes são praticamente os que apontámos ao procedimento de oposição. Não podem ter valor jurídico igual, nem superior ao que é atribuído às "cartas de classificação" ou aos certificados negativos, porque podem ser tomadas sem a publicidade exigida pelo n.º 3 do artigo 19.º e 21.º do regulamento n.º 17/62 (166).

O TJ reconheceu expressamente o seu escasso valor, no caso dos *Perfumes*, (167) ao declarar que elas não vinculam terceiros nem os tribunais nacionais, tudo se passando como se tratasse de uma mera *transacção administrativa* celebrada entre a Comissão e as partes.

Também do ponto de vista da Comissão, esta modalidade processual deve ser considerada mais como um *gentlemen agreement*, em que ela participa, do que uma decisão em que ela se baseie exclusivamente nos artigos 85.º e 86.º.

Perante a indefinição da sua natureza e valor jurídicos, o que os terceiros devem fazer, mesmo que tais decisões não afectem os seus interesses, é impugnarem a sua validade perante os tribunais nacionais ou apresentarem uma queixa na Comissão e, se esta for rejeitada, recorrerem para o TJ.

Como estas resoluções negociadas colidem sobretudo com os direitos de terceiros, a Comissão concebeu os chamados "procedimentos de salvaguarda", com o intuito de lhes dar alguma protecção, mas eles são ineficazes.

(166) Segundo o n.º 3 do art. 19.º, quando a Comissão se propõe emitir um certificado negativo ou tomar uma decisão de aplicação do n.º 3 do art. 85.º, deverá *publicar o essencial do conteúdo do pedido ou da notificação em causa*, convidando os terceiros interessados a darem a conhecer as suas observações no prazo que fixar, que não pode ser inferior a três meses.

O artigo 21.º dispõe que ela publicará as decisões que tiver adoptado em aplicação dos artigos 2.º, 3.º, 6.º, 7.º e 8.º, mencionando na publicação as partes interessadas e o conteúdo essencial da decisão, não divulgando, porém, os aspectos secretos.

(167) Ac. de 10.7.1980, proc. n.º 253/78 e 1 a 3/78, Rec., 1978, p. 2327.

A Comissão perfilhou o mesmo entendimento no caso *IBM*, ao declarar que a solução encontrada não era «*enforceable by any other natural or legal person or any national authority or agency*». (itálico nosso)

Até que ponto ela, antes de tomar estas medidas, está obrigada a consultar esses mesmos terceiros, sobretudo os possíveis queixosos, a dar-lhes a possibilidade de apresentarem as suas observações sobre as decisões negociadas? Não serão uma forma de ela criar «um corpo alternativo de jurisprudência, rodeado de uma capa de mistério», à margem dos procedimentos de salvaguarda previstos no regulamento n.º 17/62 e que são muito limitados? ⁽¹⁶⁸⁾

A questão é pertinente porque nem os regulamentos n.ºs 17/62 e 99/63, nem o TJ estabeleceram qualquer obrigação da Comissão em relação aos queixosos ⁽¹⁶⁹⁾.

O TJ já aflorou a questão, mas em termos pouco esclarecedores. No caso *Anseau*, ⁽¹⁷⁰⁾ declarou que um procedimento administrativo preliminar confere às empresas envolvidas a oportunidade de adequarem as práticas denunciadas às regras do Tratado, que as modificações necessárias para acabar com as infracções podem ser objecto de negociação entre os representantes das partes e a Comissão e que esta, se entender que a simples aplicação de uma coima é suficiente, pode aplicá-la e pôr fim ao processo. Também no caso *Gema*, ⁽¹⁷¹⁾ decidiu que, se o processo foi iniciado com base numa queixa, ela deve informar o queixoso da sua intenção de a rejeitar, nos termos do artigo 6 do regulamento n.º 125/63.

Poderá, então, perguntar-se onde está a garantia dos queixosos, se o único direito que esse artigo lhes confere é o *direito a ser informado*?!

Se discordarem da posição da Comissão, só lhes resta interpor recurso para o TJ, pedindo que anule a decisão que rejeitou a sua queixa, a que se seguiu a decisão negociada. Praticamente

⁽¹⁶⁸⁾ Neste sentido, v. IVO VAN BAEL, «heretical reflections on the basic dogma of EEC antitrust: single market integration», *Révue Suisse du Droit International de la Concurrence*, n.º 10, 1980, p. 69.

⁽¹⁶⁹⁾ Nenhuma norma lhes concede o direito de intervirem nos debates, embora seja prática corrente da Comissão admiti-los a intervir; segundo o artigo 4 do regulamento 17/62, a Comissão só poder levar em conta, nas suas decisões, as observações em relação às quais tenha sido dada às empresas a possibilidade de tornarem conhecidas as suas observações, já que esta norma tem por fim proteger os interesses das empresas implicadas no caso, e não os dos queixosos.

⁽¹⁷⁰⁾ V. Proc. n.º 96-102, 104, 105, 108 e 110/84, Rec., 1984, p. 3369.

⁽¹⁷¹⁾ Ac. de 18.10.1979, proc. n.º 125/78, Rec., 1978, p. 3173.

indefesos ante o amplo poder discricionário da Comissão, aos queixosos só resta a possibilidade de contrariar a rejeição da sua queixa se provarem que ela incorreu em *manifesto erro de direito* ou *desvio do poder*, ⁽¹⁷²⁾ o que não será fácil, podendo ainda recorrer para os tribunais nacionais ⁽¹⁷³⁾.

Ainda que a Comissão tenha por norma, em casos de particular importância, publicar tais decisões, por causa das questões de direito em causa ou do poder económico das empresas implicadas, a tutela dos direitos e interesses de terceiros é muito limitada.

Ela devia conduzir a política de decisões negociadas com mais transparência, já que declarou, no Quinto Relatório sobre a Política da Concorrência, «reservá-las para resolver *alguns casos*, com o mínimo de intervenção administrativa».

8. Os regulamentos de isenção: triunfo das proibições "per se"

Tendo-os analisado já no plano do direito substantivo, vejamos agora as suas implicações ao nível processual do direito comunitário da concorrência.

A declaração de inaplicabilidade da proibição do n.º 1 do artigo 85.º também pode resultar dos regulamentos que definem as características que devem reunir os acordos por eles abrangidos, para se conformarem com as condições previstas no seu n.º 3, sem um exame prévio ⁽¹⁷⁴⁾.

⁽¹⁷²⁾ Como foi decidido no caso *Demo Studio Schmidt contra a Comissão* (ac. de 11.10.1983, proc. n.º 210/81, Rec., 1983, p. 3045.

⁽¹⁷³⁾ V. D. VAELBROECK, *art. cit.*, p. 271.

⁽¹⁷⁴⁾ O afluxo excessivo e inesperado de pedidos de isenções individuais e o trabalho ingente que representava o seu estudo caso por caso, levaram o Conselho a autorizar a Comissão a adoptar as isenções genéricas e abstractas, por categorias de acordos.

Trata-se de uma política tributária, antes de mais, das competências da Comissão, espaçadas no tempo, para regulamentar sobre a sorte dos acordos, na medida em que o Conselho entendeu que lhe devia atribuir em exclusividade essa competência. Estes regulamentos não são o resultado de uma só deliberação do Conselho nem de um só acto da Comissão.

Por outro lado, esta política de isenções colectivas radica numa presunção de conformidade dos acordos em causa com as exigências do n.º 3 do artigo 85.º que só não merece reparo do ponto de vista jurídico se aceitarmos a validade do regulamento n.º 19/65.

Eles têm uma dupla vantagem. As empresas que estiverem em condições de fazer os seus acordos nos termos neles previstos sabem que ficam vinculadas a acordos que não são proibidos. Verifica-se o *efeito automático* da validade dos acordos que satisfaçam os seus requisitos, independentemente da sua notificação, o que facilita certas formas de cooperação entre as empresas ⁽¹⁷⁵⁾.

Mas têm três desvantagens, pelo menos.

A Comissão tem de especificar quais são as cláusulas que podem e as que não podem ser incluídas nos acordos. Ora, as *listas negras* das cláusulas e condições que impedem a atribuição da isenção neles prevista são amplas e nem sempre fáceis de aplicar.

Depois, as partes podem distorcer com alguma facilidade acordos que são susceptíveis de tornar o mercado comum mais competitivo e de contribuir para a integração das economias dos Estados membros, com o intuito de os forçar a preencher as condições de uma isenção por categorias.

Finalmente, certas isenções, tal como estão reguladas (v.g., a distribuição automóvel ⁽¹⁷⁶⁾) mostram-se favoráveis aos distribuidores, permitindo-lhes inserir nos acordos cláusulas que favorecem os seus interesses e prejudicam a *razoabilidade do acordo global*, em prejuízo da política da concorrência.

Também os resultados deste instrumento ficaram muito aquém das expectativas neles depositadas.

A Comissão começou por exercitar as competências atribuídas pelo Conselho de uma forma moderada, só as tendo utilizado parcialmente no regulamento n.º 67/67, ao considerar, bem, que deveria adquirir uma «experiência suficiente» para adoptar um regulamento de isenção. Mas rapidamente se lançou na adopção de regulamentos de complexidade crescente e invulgar especificidade do seu campo de aplicação, com a preocupação de neles incluir o maior número possível de práticas contratuais, de as *controlar* sem uma apreciação casuística e, dessa forma, aliviar a pesada tarefa.

Ela ter-se-á deixado guiar por uma miragem, já que essa opção comprometeu os almejados objectivos de simplificação,

⁽¹⁷⁵⁾ V. G.DRUESNE e G. KREMLIS, *op. cit.*, p. 43; e V.Korah, *op. cit.*, p.53.

⁽¹⁷⁶⁾ V. o regulamento n.º 123/85, JOCE L 15, de 18.1.1985, p.16.

celeridade e segurança jurídica, sem esquecer que o carácter *automático* da isenção nem sempre é fácil de conciliar com um outro objectivo, que ela também se propunha, a *eficácia da repressão* das práticas ilícitas ⁽¹⁷⁷⁾.

A segurança jurídica foi sistematicamente afectada ⁽¹⁷⁸⁾.

A Comissão, que se dizia empenhada em preservar uma economia descentralizada, contribuir para a formação de um mercado comum, organizar a distribuição de forma mais racional num quadro comunitário, reduzir as significativas diferenças de preços e controlar os acordos de distribuição exclusiva (a prática que lhe inspirava maiores cuidados na condução da política da concorrência), julgou ter encontrado nestes regulamentos uma boa solução.

Constatando que a «previsão genérica e vaga» do regulamento n.º 67/67 era inadequada para regular convenientemente situações tão variadas e complexas como concessões e franquias exclusivas, distribuição selectiva e outras formas de cooperação, ela avançou na adopção de regulamentos específicos para cada uma dessas práticas negociais.

Nos regulamentos da *primeira geração* (anteriores a 1985) empenhou-se em aplicar as suas noções restritas de concorrência e de restrição da concorrência (que o n.º 2 do artigo 4.º do regulamento 17/62 já deixava transparecer) aos acordos que tivessem por único objectivo a aplicação uniforme de normas e tipos, pesquisa e desenvolvimento em comum e a especialização no fabrico de produtos, incluindo os acordos necessários à sua realização ⁽¹⁷⁹⁾.

⁽¹⁷⁷⁾ Entre as dificuldades, a falta de meios não era a única nem a maior; não era negligenciável para a Comissão a *resistência* dos meios económicos visados e a dos próprios governos. Basta atentar no atraso na atribuição de poderes para que ela avançasse com o regulamento sobre o *controle das concentrações entre empresas*, pedida ao Conselho em 1973 e que só lhe foi concedida em Dezembro de 1989.

⁽¹⁷⁸⁾ Prova disso, é o recurso frequente às *comunicações*, em que dá a conhecer a sua interpretação dos regulamentos e o facto de, nelas, por vezes, ir além das suas previsões. O que não a impediu de continuar a ser assediada com os pedidos de emissão de certificados negativos, para *acordos verticais* que não eram contrários ao direito da concorrência.

⁽¹⁷⁹⁾ A sua notificação era permitida, mas a isenção seria pouco provável, já que dificilmente respeitariam os baixos limites do volume de negócios fixados em 3), c) do n.º 2 do artigo 4.º do regulamento n.º 17/62.

Em geral, as empresas não viram neles as virtudes que lhes eram apontadas e a Comissão continuou a ter de resolver os pedidos de certificados negativos e as notificações. Elas continuaram a accionar essas *válvulas de segurança* e os serviços da Comissão ficaram sobrecarregados, sem capacidade de resposta, por falta de meios técnicos e humanos, para instruir os processos, fiscalizar o cumprimento dos acordos e reprimir os abusos mais graves.

Para obviar às dificuldades, a Comissão, no regulamento de isenção de “acordos de pesquisa e desenvolvimento em comum”,⁽¹⁸⁰⁾ procurou conciliar a necessidade de protecção da liberdade negocial individual das partes com o incentivo ao aumento do seu poder económico, fortalecimento das estruturas do mercado e o seu contributo para o progresso técnico e económico.

Mas esta revisão era mais fruto da necessidade do que de novas convicções. Ela via aumentar o número dos processos pendentes e a demora excessiva das decisões. Na tentativa de resolver estes problemas, fez acompanhar os novos regulamentos de isenção por categorias de *comunicações*, chegando ao ponto de parecer ter esquecido a existência do regulamento 17/62 e de imaginar procedimentos que não estavam previstos.

Desta forma, as isenções individuais tornaram-se raras excepções, com tendência para diminuir, enquanto o recurso aos procedimentos informais não parou de aumentar e de constituir a regra na prática processual a Comissão⁽¹⁸¹⁾.

Estes regulamentos são a negação da *regra da razão* e do método do *balanço concorrencial*.

O regulamento n.º 19/65 foi concebido para dotar a Comissão de poderes que a habilitassem a atribuir isenções colectivas aos acordos e não tivesse de os examinar individualmente, para se certificar de que reuniam as condições de validade. O objectivo era libertá-la do fardo administrativo criado no domínio dos *acordos verticais*, que lhe eram notificados nos termos do regulamento n.º 17/62, a fim de que ela se concentrasse no acompanhamento dos *acordos horizontais*. A justificação apresentada pelo Conselho,

⁽¹⁸⁰⁾ Regul. n.º 418/84, de 19.12.1984, JOCE L 53, de 22.2.1985, pp. 346-353.

⁽¹⁸¹⁾ São muito poucas as notificações que terminam com uma isenção individual. No seu melhor ano, 1988, a Comissão apenas proferiu dez.

para que fosse adoptado o regulamento n.º 19/65, aponta nesse sentido ⁽¹⁸²⁾.

O Regulamento de isenção permitir-lhe-ia especificar quais as cláusulas que podiam e as que não podiam (*lista negra*) ser incluídas nos acordos, para que se considerasse derogada a proibição do n.º 1 do artigo 83.º.

Esta tendência tem recebido as maiores críticas.

Como observa R. Joliet, ⁽¹⁸³⁾ esta técnica jurídica mais não é do que a «encarnação da regra *per se*, já que, por esta via, certos acordos são considerados válidos ou inválidos de acordo com as suas cláusulas e um estrito critério de subsunção jurídica, sem que sejam averiguados os seus efeitos sobre as condições do mercado e sem atender à intenção das partes».

A aplicação do regulamento leva a que, para determinar se um acordo entre empresas tem por objectivo ou por efeito restringir a concorrência no mercado comum (o que implica um certo grau de discricionariedade administrativa ou judicial e é *matéria de facto*, que exige uma análise económica e caso por caso), a *regra da razão* seja preterida pelas proibições *per se*, já que supõe um modelo único de concorrência (a concorrência interna) e uma noção estrita de restrição da concorrência (a limitação da liberdade negocial individual das partes) que são apreciados em abstracto. Ora, acrescenta o autor, «this is not only bad law; it is bad policy».

De facto, se a Comissão não tivesse enjeitado o conceito americano de *restrição da concorrência* e tivesse seguido a *regra da razão*, em vez de adoptar os regulamentos de isenção (que se tornaram o santuário das proibições *per se*) e se deixasse guiar pelo TJ, ela ter-se-ia libertado de milhares de notificações, pedidos de certificados negativos, cartas de classificação, enigmáticas negociações e oposições, em relação a acordos que, na maior parte dos

⁽¹⁸²⁾ Lê-se na p. 62 do *Relatório Geral Sobre as Actividades Económicas da Comunidade*, de Junho de 1965: «Considerando que, dado o grande número de notificações apresentadas nos termos do regulamento n.º 17, se torna oportuno, com o objectivo de facilitar a tarefa da Comissão, permitir-lhe declarar, por meio de regulamento, as disposições do n.º 1 do art. 85.º inaplicáveis a certas categorias de acordos e práticas concertadas...».

⁽¹⁸³⁾ V. RENÉ JOLIET, *The Rule of Reason in Antitrust Law*, p. 151.

casos, não incorriam na proibição do n.º 1 do artigo 85.º porque, apreciado o seu *balanço concorrencial*, não afectavam significativamente o livre funcionamento do mercado e o comércio entre os Estados membros.

Numa altura em que os Estados membros começavam a abrir as suas fronteiras e a criar espaços económicos mais amplos, a Europa precisava de uma política da concorrência mais vigorosa para garantir aos consumidores os benefícios esperados do mercado comum, a Comissão terá sido mais travão do que alavanca. A imposição das suas perspectivas substantiva e processual não foram tão frutíferas como esperava, sem que tenha a seu crédito o facto de ter tentado todas as vias que o direito da concorrência comporta.

CONCLUSÃO

Perante a ameaça de paralisia dos procedimentos comunitários, resultante da sua falta de capacidade de resposta para os milhares de acordos notificados na sequência do Regulamento n.º 17/62, a Comissão voltou-se para soluções que pudessem servir de alternativa à pesada tarefa das decisões individuais, permitissem a aplicação do artigo 85.º de uma maneira uniforme, assegurassem uma vigilância eficaz, simplificassem o controlo administrativo e conciliassem as exigências de celeridade e segurança jurídica.

O seu primeiro passo foi a multiplicação de regulamentos de isenção por categorias que cobrissem as modalidades mais correntes dos *acordos verticais*: distribuição e compra exclusiva, licença de patente, especialização, pesquisa e desenvolvimento, distribuição de veículos automóveis, licenças de *saber-fazer* e franquias.

Com o intuito de melhorar a sua eficácia, concebeu diversos procedimentos informais que não estavam previstos no principal instrumento processual de aplicação dos artigos 85.º e 86.º do Tratado da CEE (regulamento n.º 17/62): as cartas de classificação, o procedimento de não oposição (ou de oposição, conforme os casos) e as resoluções negociadas, que estão consagrados em todos os regulamentos da *segunda geração*.

O denominador comum de todos os regulamentos de isenção por categorias é a diminuição sensível das exigências formais, sobretudo no que respeita à fundamentação, em práticas processuais de efeitos jurídicos muito incertos para as partes, para terceiros e para as instâncias nacionais, administrativas e judiciais.

Nem os regulamentos de isenção nem os procedimentos informais produziram resultados à medida das esperanças que a Comissão depositava neles, pois que o número de notificações praticamente não baixou e os processos continuaram a demorar meses e anos a ser resolvidos.

Os procedimentos informais revelaram-se pouco transparentes e o seu fraco valor jurídico aconselha a que, para maior segurança, se peça uma decisão formal.

Esta deformação do direito processual da concorrência é consequência do excesso de formalismo da Comissão na interpretação das regras básicas do direito substantivo da concorrência.

Paradoxalmente, ela conduziu às sistemáticas proibições *per se* e à consequente necessidade de isenções. Estas, pela dificuldade em serem individuais, levaram à adopção de regulamentos de isenção por categorias de acordos que são a negação do princípio da interpretação razoável da proibição contida no n.º 1 do artigo 85.º.

Apesar de tais regulamentos e procedimentos informais, não foram conseguidos os propostos objectivos de simplificação, celeridade e segurança, sem que o número de casos pendentes tenha baixado significativamente nos últimos anos.

Se a Comissão, seguindo a orientação do TJ, aceitasse uma noção de restrição da concorrência mais imbuída de realismo económico, ao ter que apreciar a incidência anticoncorrencial de uma prática restritiva sobre as condições de funcionamento do mercado, e procedesse ao exame do seu *balanço concorrencial* no quadro do n.º 1 do artigo 85.º, não teria que recorrer a instrumentos processuais de valor jurídico incerto, inadequados à salvaguarda dos direitos dos administrados, cuja eficácia não é evidente.

De tais fraquezas não pode deixar de se ressentir a política da concorrência comunitária, que bem precisa de um suplemento alimentar para vencer os desafios externos.