

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 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'effet 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 participada 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 imputáveis 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 contribuir 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 concorren-
ciais, 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 Comission' practice has led to a bachlog 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 acalantar 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 juridico-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 penaliza 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 nenhum 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. WELBROECK, «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 dirigidas 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. WAELEBROECK, *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 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 contenham 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. WELBROECK, *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 parecenças 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.