

O “BALANÇO CONCORRENCIAL” COMO REGRA E MÉTODO DE VERIFICAÇÃO DAS CONDIÇÕES DE VALIDADE DAS PRÁTICAS RESTRITIVAS.

SUAS IMPLICAÇÕES SUBSTANTIVAS E PROCESSUAIS NO DIREITO COMUNITÁRIO DA CONCORRÊNCIA ⁽¹⁾

Pelo Dr. José Gomes de Sá Pereira

SUMÁRIO:

INTRODUÇÃO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

CONCLUSÃO

INTRODUÇÃO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

CAPÍTULO I

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

1. Introdução

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4. Síntese da jurisprudência americana

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁽¹⁸⁾ V. R. JOLIET, *op. cit.*, p. 29.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

CAPÍTULO II

O BALANÇO CONCORRENCIAL NO ARTIGO 85.º DO TRATADO CEE

1. Introdução

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

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

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

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

3. As disposições do n.º 1 podem, todavia, ser declaradas inaplicáveis a qualquer acordo... que contribua para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos ou para promover o progresso técnico ou económico, contanto que aos utilizadores se reserve uma parte do lucro daí resultante e que não imponha às empresas em causa quaisquer restrições que não sejam indispensáveis à consecução desses objectivos; nem dêem a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa».

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

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

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

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

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

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

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

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

2. A controvérsia sobre o quadro legal do balanço concorrencial

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Mas uma outra razão reforça esta *genealogia* normativa.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁽⁴⁴⁾ Importa lembrar que o *Supreme Court*, para além do método do *balanço concorrencial*, sem dúvida a sua forma mais elaborada de apreciar com sentido de razoabilidade os acordos de distribuição selectiva não discriminatórios com o n.º 1 do artigo 85.º; *Pronuptia* (ac. de 28.1.1986, proc. n.º 161/84, Recueil 1986, p. 353), para verificar a con-

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

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

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

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

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

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

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

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

⁽⁴⁶⁾ V. *op. cit.*, p. 534.

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

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

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

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

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

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

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

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

Esses objectivos, de natureza diferente, podem ser variados.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

A resposta não é evidente.

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

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

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

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

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

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

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

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

René Joliet deu uma explicação que nos parece correcta:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4.2. Na verificação da afectação do comércio entre Estados membros

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

CAPÍTULO III

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

1. Introdução

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

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

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

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

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

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