

I

(Comunicações)

COMISSÃO

LIVRO BRANCO

SOBRE A MODERNIZAÇÃO DAS REGRAS DE APLICAÇÃO DOS ARTIGOS 85.º E 86.º DO TRATADO CE

Programa da Comissão n.º 99/027

(1999/C 132/01)

(Texto relevante para efeitos do EEE)

ÍNDICE

	<i>Página</i>
DOCUMENTO DE SÍNTESE	3
INTRODUÇÃO	6
CAPÍTULO I — ANTECEDENTES	8
I. A criação de um sistema comunitário de controlo dos acordos, decisões e práticas concertadas	8
II. A evolução do papel da Comissão	9
III. As adaptações e seus limites	10
A. Redução das notificações individuais	10
B. Aceleração do tratamento dos pedidos de autorização	12
C. Incentivo ao tratamento descentralizado das denúncias	13
CAPÍTULO II — UMA REFORMA NECESSÁRIA	14
I. Objectivos	14
A. Assegurar a eficácia do controlo	14
1. A Comissão deverá reequacionar a aplicação do artigo 85.º	14
2. Descentralizar a aplicação das regras de concorrência	15
B. Simplificar o controlo administrativo	15
1. Carácter desnecessário do regime de autorização	15
2. Reduzir os encargos para as empresas garantindo-lhes simultaneamente um nível suficiente de segurança jurídica	16
II. Opções	16
A. Melhoria do sistema de autorização	17
1. Interpretação do artigo 85.º	17
2. Descentralização da aplicação do n.º 3 do artigo 85.º	17

3. Alargamento do âmbito de aplicação do n.º 2 do artigo 4.º do Regulamento n.º 17	18
4. Simplificação dos procedimentos	18
B. A passagem a um sistema de excepção legal	19
CAPÍTULO III — MODERNIZAÇÃO DAS REGRAS DE CONCORRÊNCIA	20
I. Supressão do regime de autorização e de notificação	20
II. Aplicação descentralizada das regras de concorrência	22
A. Uma nova repartição das competências	22
1. A determinação da política de concorrência pela Comissão	22
2. Reforço do papel das autoridades nacionais na aplicação das regras de concorrência	23
3. Reforço do papel dos tribunais nacionais na aplicação das regras de concorrência	24
B. Aplicação coerente e uniforme das regras de concorrência	25
1. Risco de conflitos e princípios de solução	25
2. Mecanismos de informação e de cooperação	25
III. Reforço do controlo <i>a posteriori</i>	26
A. Reforço dos meios de investigação	27
B. Maior importância das denúncias no novo sistema	28
C. As sanções	29
IV. Transição para o regime de excepção legal	30
V. Regras sectoriais	30
CONCLUSÃO	32

DOCUMENTO DE SÍNTESE

1. No domínio da legislação de concorrência aplicável às empresas, o Tratado CE estabelece regras gerais aplicáveis aos acordos, decisões e práticas concertadas (artigo 85.º) e abusos de posições dominantes (artigo 86.º). O Tratado confere ao Conselho poderes para aplicar estas disposições (artigo 87.º).

2. Em 1962, o Conselho adoptou o Regulamento n.º 17, primeiro regulamento de execução dos artigos 85.º e 86.º Este regulamento instituiu o sistema de controlo e procedimentos de aplicação que a Comissão tem vindo a aplicar desde há trinta e cinco anos sem alterações significativas.

3. O Regulamento n.º 17 criou um sistema baseado na aplicabilidade directa da regra de proibição do n.º 1 do artigo 85.º e na notificação prévia dos acordos com o objectivo de obter uma isenção nos termos do n.º 3 do artigo 85.º Embora a Comissão, os tribunais nacionais e as autoridades nacionais possam todos aplicar o n.º 1 do artigo 85.º, a competência para conceder isenções nos termos do n.º 3 do artigo 85.º foi exclusivamente atribuída à Comissão. O Regulamento n.º 17 estabeleceu assim um sistema centralizado de autorização para todos os acordos que necessitam de uma isenção.

4. Este sistema centralizado de autorização era necessário e provou ser extremamente eficaz para a criação de uma «cultura da concorrência» na Europa. Deverá recordar-se que nos primeiros anos a política de concorrência não era muito conhecida em grande parte da Comunidade. Na altura em que a interpretação do n.º 3 do artigo 85.º era ainda incerta e em que o principal objectivo da Comunidade consistia na integração dos mercados nacionais, a aplicação centralizada das regras de concorrência comunitárias pela Comissão era o único sistema adequado. Permitiu que a Comissão instituisse uma aplicação uniforme do artigo 85.º em toda a Comunidade e promovesse a integração dos mercados impedindo que as empresas criassem barreiras que os próprios Estados-Membros tinham vindo a eliminar gradualmente. Criou um corpo de regras que é agora considerado por todos os Estados-Membros e pelas empresas como fundamental para o correcto funcionamento do mercado interno. Actualmente, a importância da política de concorrência é reforçada pelo facto de cada Estado-Membro possuir uma autoridade nacional da concorrência para aplicar a legislação nacional e (quando tem poderes para tal) a legislação de concorrência comunitária.

5. Contudo, este sistema, que funcionou de forma excelente, deixou de ser adequado à Comunidade de hoje, com 15 Estados-Membros, 11 línguas e mais de 350 milhões de habitantes. As razões para esta situação encontram-se no próprio sistema do Regulamento n.º 17 e nos factores externos que se relacionam com a evolução da Comunidade.

6. Quanto aos motivos inerentes ao sistema do Regulamento n.º 17, o sistema centralizado de autorização baseado numa notificação prévia e no monopólio da Comissão no que se refere às isenções, fez com que as empresas notificassem um elevado número de acordos a Bruxelas. Uma vez que as autoridades nacionais de concorrência e os tribunais nacionais não têm competência para aplicar o n.º 3 do artigo 85.º, as empresas têm utilizado este sistema centralizado de autorização não só para obterem segurança jurídica, mas também para bloquear os recursos aos tribunais nacionais e às autoridades nacionais de concorrência. Esta situação tem prejudicado os esforços no sentido de promover uma aplicação descentralizada das regras de concorrência comunitárias. Consequentemente, a aplicação rigorosa do direito da concorrência foi afectada e os esforços no sentido de descentralizar a aplicação da legislação comunitária têm sido obstruídos. Num mercado comunitário cada vez mais integrado, a falta de rigor na aplicação e a não utilização de um conjunto comum de regras prejudica os interesses das empresas europeias.

7. A evolução da Comunidade desde 1962 tem sido extraordinária. A Comunidade de seis Estados-Membros tornou-se uma União de 15 com probabilidades de se alargar ainda mais à medida que novos candidatos vão aderindo. O mercado interno, com todas as suas imperfeições, é uma realidade e a união económica e monetária está a ser realizada.

8. O papel da Comissão neste novo contexto foi alterado. No início, a sua actividade estava centrada no estabelecimento de regras aplicáveis aos acordos que afectavam directamente o objectivo da integração do mercado. À medida que a legislação e as políticas se foram clarificando, a responsabilidade da aplicação da legislação pode ser agora partilhada de forma mais equitativa com os tribunais e autoridades nacionais, que têm a vantagem de estar próximos dos cidadãos e dos problemas que enfrentam. A Comissão tem-se concentrado agora mais em garantir a concorrência efectiva, detectando e pondo termo a cartéis transfronteiras e em manter estruturas de mercado concorrenciais. Deu também resposta a desafios como o controlo das operações de concentração, a liberalização de mercados até aqui monopolísticos e a cooperação internacional.

9. A Comissão apenas poderá enfrentar esta evolução centrando a sua atenção nos casos mais importantes e nos domínios de actividade em que pode actuar de forma mais eficaz que os órgãos nacionais. Para o efeito, adoptou já diversas medidas tal como a Comunicação *de minimis* aplicável aos acordos de pequena importância e regulamentos de isenção por categoria.

10. Contudo, estas medidas não são suficientes para fazer face aos novos desafios acima referidos. Já não é possível manter um sistema centralizado de aplicação que exige uma decisão da Comissão no que se refere aos acordos restritivos que preenchem as condições do n.º 3 do artigo 85.º Para que um sistema deste tipo funcionasse na Comunidade de hoje e do futuro seriam necessários enormes recursos e tal implicaria pesados custos para as empresas. É essencial adaptar o sistema por forma a libertar as empresas de uma burocracia desnecessária, para permitir que a Comissão reprima mais activamente as infracções graves à concorrência e para aumentar e estimular a aplicação da legislação a nível nacional. A nossa Comunidade exige um sistema de controlo mais eficiente e mais simples.

11. No projecto Livro Branco, a Comissão apresenta diversas opções de reforma. Propõe um sistema que preenche os objectivos de uma aplicação rigorosa do direito da concorrência, de uma efectiva descentralização, da simplificação dos procedimentos e de uma aplicação uniforme da lei e das políticas em toda a União Europeia.

12. A reforma proposta implica a supressão do sistema de notificação e de isenção e a sua substituição por um regulamento do Conselho que tornaria a regra de isenção do n.º 3 do artigo 85.º directamente aplicável sem necessidade de uma decisão prévia da Comissão. O artigo 85.º seria aplicado, na sua totalidade, pela Comissão, pelas autoridades nacionais de concorrência e pelos tribunais nacionais, tal como já acontece com o n.º 1 do artigo 85.º e com o artigo 86.º

13. Esta reforma permitirá que a Comissão centre as suas actividades nas infracções mais graves ao direito comunitário, em casos de interesse comunitário. Abrirá o caminho para uma aplicação descentralizada das regras comunitárias de concorrência pelas autoridades e tribunais nacionais e eliminará a burocracia desnecessária e os custos de cumprimento das obrigações para as empresas. Fomentará igualmente a aplicação das regras comunitárias da concorrência por parte das autoridades nacionais.

14. No novo sistema, a Comissão manterá um papel fundamental na concepção da política de concorrência da União Europeia. Continuará a adoptar regulamentos e comunica-

ções destinados a fixar as principais regras de interpretação dos artigos 85.º e 86.º A Comissão continuará também a adoptar decisões de proibição e decisões positivas que servirão de orientação para a aplicação destas disposições. Prevê-se igualmente que as empresas comuns de produção que impliquem investimentos consideráveis não sejam incluídas no novo sistema, sendo antes sujeitas às regras processuais do regulamento comunitário das concentrações.

15. Neste sistema de competências paralelas entre a Comissão, as autoridades nacionais e os tribunais nacionais, será necessário manter determinadas medidas que permitam que a Comissão garanta uma aplicação coerente das regras em toda a Comunidade. Em especial, propõe-se que a Comissão mantenha poderes para retirar um processo da jurisdição das autoridades nacionais da concorrência e instruí-lo ela própria, caso exista um risco de políticas divergentes. Deverá também existir, para os tribunais nacionais, uma obrigação inequívoca no sentido de evitar conflitos com as decisões da Comissão. No Livro Branco são explicadas outras medidas.

16. A Comissão convida os Estados-Membros, todas as outras instituições e todas as partes interessadas a apresentarem as suas observações sobre o Livro Branco até 30 de Setembro de 1999, enviando-as para o endereço indicado na última página.

INTRODUÇÃO

1. A Comissão é responsável pela aplicação da política de concorrência comunitária desde o início da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA) em 1952. A Europa dessa altura era muito diferente da que conhecemos neste final de século e de milénio. Após as primeiras experiências da CECA, a Comissão começou verdadeiramente a aplicar uma política de concorrência com a adopção do Regulamento n.º 17, em 1962, no âmbito do Tratado que instituiu a Comunidade Económica Europeia. O desafio era de grande monta: criar uma política inédita à escala de um continente, sem que existisse uma referência directa na maior parte dos Estados-Membros da época, com o objectivo de dar resposta a duas exigências: a integração dos mercados nacionais num único espaço económico e a instituição da concorrência como força motora da economia.

2. Pouco a pouco, através de decisões e comunicações, e mais tarde através de regulamentos, a Comissão estabeleceu uma política de concorrência que abrange os grandes domínios da vida económica. O Tribunal de Justiça desempenhou plenamente o seu papel: umas vezes confirmou, outras vezes anulou, mas contribuiu sempre para a compreensão das regras de concorrência tal como se inscrevem na vida dos consumidores e das empresas no mercado comum em evolução.

3. O resultado destes primeiros anos de esforços foi notório: uma política completa, uma jurisprudência abundante, os princípios fundamentais claramente estabelecidos, os pormenores bem instituídos. Quer no domínio da repressão dos acordos mais prejudiciais, quer em matéria de licenças de tecnologia, quer ainda de distribuição de bens e de serviços, a política comunitária proporciona respostas aos problemas da economia moderna. Ao longo dos anos, o dispositivo comunitário foi-se enriquecendo através do controlo das concentrações, de uma política de liberalização dos sectores monopolísticos, de uma política de cooperação internacional e de numerosas iniciativas pontuais para fazer face aos novos desafios económicos.

4. Em 1999, esta política inscreve-se num mundo muito diferente daquele que conheceram os autores dos textos fundadores. Quinze Estados-Membros, uma moeda e um mercado únicos, uma economia globalizada, um alargamento aos países da Europa Central e Oriental e a Chipre, ninguém poderia prever esta situação em 1962. As alterações que ocorreram em matéria de concorrência são também notórias. A política criada pela Comissão abrange toda a gama das actividades económicas, enquanto as políticas nacionais de concorrência adoptadas por cada um dos Estados-Membros se vêm inserir no sistema comunitário. O facto de agora se dever modernizar esse sistema não vem diminuir em nada os seus méritos: criada *ex nihilo*, a política de concorrência comunitária permite lançar as bases do mercado único e assegurar o dinamismo da economia europeia. A nova tarefa consiste em adaptar o sistema por forma a fazer face aos desafios dos anos vindouros.

5. A adopção do primeiro regulamento de aplicação dos artigos 85.º e 86.º, o Regulamento n.º 17 do Conselho, ocorreu há mais de 35 anos. Este texto foi concebido para uma Comunidade de 170 milhões de habitantes e de seis Estados-Membros que trabalhava em quatro línguas diferentes. É hoje aplicável, sem ter sofrido alterações significativas, a uma Comunidade de 380 milhões de habitantes e de 15 Estados cujos mercados estão já amplamente integrados. Por outro lado, os últimos anos caracterizaram-se por uma internacionalização acelerada da economia europeia e a política de concorrência inscreve-se doravante num quadro globalizado. É óbvio que foram sendo introduzidas adaptações ao quadro legal em vigor, mas parecem hoje ter atingido os seus limites. A necessidade de uma reforma é extremamente urgente uma vez que a próxima década apresenta dois desafios

fundamentais para a política de concorrência: a união económica e monetária e o alargamento da Comunidade aos países da Europa Central e Oriental e a Chipre.

6. É óbvio que a união económica e monetária terá consequências importantes para a política da concorrência. Gerará, em primeiro lugar, uma integração económica mais vasta e irá aprofundar a longo prazo os efeitos do mercado interno, contribuindo para eliminar as últimas barreiras económicas que subsistem entre os Estados-Membros. A União Monetária permitirá igualmente diminuir os custos globais do comércio intracomunitário através da redução dos custos de transacção ainda hoje onerados pelas despesas cambiais. Estes elementos incitarão as empresas a desenvolver as suas trocas comerciais aumentando deste modo a concorrência em toda a União. A existência de uma moeda única aumentará igualmente a transparência em matéria de preços, realçando desta forma os diferenciais de preços que subsistem entre os Estados-Membros. Os operadores económicos poderão ser tentados, face a uma maior pressão concorrencial, a adoptar comportamentos proteccionistas a fim de evitar a adaptação a estas novas condições compensando assim a sua menor competitividade no novo contexto. Por último, o facto de alguns Estados-membros permanecerem, pelo menos temporariamente, fora da união monetária poderá incentivar as empresas a encerrar os seus mercados.

7. O alargamento da Comunidade exigirá igualmente um reforço da política de concorrência relativamente aos cartéis e aos abusos de posição dominante. Em especial, as situações de posição dominante de empresas que herdaram monopólios estatais são particularmente numerosas nos países candidatos à adesão e os seus detentores podem ser tentados a abusar dessas situações para compensar a sua menor competitividade económica. A tradição da economia planificada representa igualmente um perigo potencial, uma vez que favorecia os acordos entre «concorrentes». Qualquer proposta no sentido de alterar as regras processuais em matéria de concorrência deverá ter em conta o facto de estes Estados, com estruturas administrativas ainda pouco familiarizadas com os conceitos de mercado e de liberdade empresarial, deverem aplicá-las enquanto parte integrante do acervo comunitário. O alargamento terá, por outro lado, um efeito automático sobre o aumento dos acordos, decisões e práticas concertadas e abusos de posição que poderão ser abrangidos pelo direito comunitário. Numa Europa com mais de 20 Estados-Membros, a manutenção da eficácia da política de concorrência exige uma modernização das regras de aplicação dos artigos 85.º e 86.º.

8. A mundialização da economia constitui um outro desafio para as autoridades de concorrência. Embora esta evolução seja em princípio benéfica para a concorrência devido à abertura e integração dos mercados a uma escala que ultrapassa a Comunidade, confronta as autoridades de concorrência com cartéis ou práticas restritivas destinadas a erguer barreiras artificiais entre as grandes regiões deste mercado mundial. Tal poderá acontecer quando as grandes empresas aplicam restrições verticais que impedem o acesso ao seu mercado, partilham entre si os mercados ou concluem contratos abusivos à escala mundial. Estas práticas são normalmente de natureza complexa, exigem grandes investigações e uma cooperação com outras autoridades de concorrência e, caso não sejam sancionadas, prejudicam extremamente a economia e os consumidores porque são aplicadas a uma escala geográfica muito ampla.

9. Neste novo ambiente económico comunitário e mundial, a manutenção do Regulamento n.º 17, tal como concebido em 1962, com o seu sistema de controlo prévio muito centralizado, é incompatível com o objectivo de um controlo eficaz da concorrência. O presente Livro Branco expõe as reflexões da Comissão nesta matéria e tem por objectivo suscitar reacções de todas as partes interessadas, condição prévia para a apresentação formal ao Conselho de uma proposta de novo regulamento.

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES

I. A criação de um sistema comunitário de controlo dos acordos, decisões e práticas concertadas

10. O relatório Spaak⁽¹⁾, no capítulo consagrado à política de concorrência, tinha realçado a necessidade de o Tratado impedir que situações ou práticas monopolísticas prejudicassem os objectivos fundamentais do mercado comum⁽²⁾. A noção de «monopólio» abrangia, para os autores do relatório, tanto a detenção de uma posição dominante por uma empresa, como a conclusão de acordos restritivos da concorrência. Esta abordagem foi utilizada pelo Tratado de Roma que proíbe que as empresas detentoras de uma posição dominante abusem dessa posição (artigo 86.º do Tratado CE) e submete os acordos restritivos da concorrência a um princípio geral de proibição sancionado pela sua nulidade *ab initio* (artigo 85.º do Tratado CE). Desta forma, os n.ºs 1 e 2 do artigo 85.º estabelecem que: «1. São incompatíveis com o mercado comum e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações 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 (...). 2. São nulos os acordos ou decisões proibidos pelo presente artigo.»

11. Será conveniente recordar que embora as delegações nacionais reunidas em Messina preferissem, sem excepção, um sistema baseado no princípio da proibição devido, nomeadamente, às garantias de eficácia decorrentes do seu efeito preventivo, foi mais difícil, para os negociadores do Tratado, definir as condições em que a proibição do n.º 1 do artigo 85.º poderia ser levantada. Dois sistemas eram possíveis: um regime de autorização ou um regime de excepção legal. Num regime de autorização, a proibição imposta pela lei apenas pode ser levantada através da intervenção de uma autoridade pública habilitada para o

efeito, que se pronuncia através de uma decisão constitutiva de direitos sobre a supressão da proibição. A lógica do regime de autorização impõe que os acordos sejam nulos enquanto não tiveram sido autorizados pela autoridade competente. Num regime de excepção legal, a proibição dos acordos restritivos não se aplica aos acordos que satisfazem determinadas condições estabelecidas pela lei. O conjunto destas condições é interpretado como uma excepção ao princípio da proibição. Os acordos restritivos que preenchem as condições legais, são, por conseguinte, válidos desde a sua conclusão.

12. O texto do n.º 3 do artigo 85.º resulta de um compromisso entre as delegações que pretendiam um regime de excepção legal e as que defendiam um regime de autorização prévia. Embora os defensores de um regime de autorização preconizassem uma redacção do tipo «os acordos podem ser declarados válidos», chegou-se a acordo sobre uma formulação negativa «as disposições do n.º 1 podem ser declaradas inaplicáveis». Ao adoptar esta formulação negativa, o n.º 3 do artigo 85.º deixou ao legislador comunitário a liberdade de optar entre um regime de autorização e um regime de excepção legal.

13. A escolha final de um regime de controlo dos acordos foi, assim, deixada ao legislador comunitário. Com efeito, o artigo 87.º confiou ao Conselho, sob proposta da Comissão após consulta do Parlamento Europeu, a tarefa de determinar as modalidades de aplicação do n.º 3 do artigo 85.º tendo em conta a necessidade, por um lado, de assegurar um controlo eficaz e, por outro, de simplificar na medida do possível o controlo administrativo. O Conselho pode organizar esse controlo sob a forma de autorização prévia ou pode deliberar que o n.º 3 do artigo 85.º seja directamente aplicável sem necessidade de um acto administrativo prévio.

14. O n.º 1 do artigo 87.º confiou além disso ao Conselho o poder de adoptar todos os regulamentos e directivas necessários tendo em vista a aplicação dos princípios estabelecidos nos artigos 85.º e 86.º Para o efeito, a Comissão apresentou ao Conselho uma proposta de regulamento⁽³⁾, em 28 de Outubro de 1960. A breve exposição de motivos desta proposta recorda os três objectivos principais que presidiram à sua concepção: melhorar os meios de informação das autori-

(1) Relatório dos chefes de delegação do Comité governamental instituído pela Conferência de Messina e dirigido aos Ministros dos Negócios Estrangeiros em 21 de Abril de 1956 (páginas 53-60).

(2) O relatório referia que os princípios inscritos no Tratado deviam «permitir que a Comissão Europeia adoptasse os regulamentos gerais de execução (...) que terão por objecto elaborar regras pormenorizadas relativas à discriminação, organizar um controlo das operações de concentração e aplicar uma proibição dos acordos, decisões e práticas concertadas que possam ter por efeito uma repartição ou uma exploração dos mercados, uma limitação da produção ou do progresso técnico» (Relatório Spaak acima citado, página 56).

(3) Documento IV/COM(60) 158 final, de 28 de Outubro de 1960.

dades de controlo, assegurar nos seis países um regime de aplicação do artigo 85.º suficientemente homogéneo e as condições de uma segurança jurídica suficiente para as empresas. No contexto do início dos anos 60, estes três objectivos não eram fáceis de alcançar.

15. Em primeiro lugar, assegurar a informação necessária das autoridades de concorrência nacionais e comunitárias era problemático numa época em que os serviços da Comissão e em especial a direcção-geral responsável pela política de concorrência não dispunham de um conhecimento suficiente dos mercados e das características dos acordos e de outras práticas restritivas. As vítimas de infracções às regras de concorrência não pensavam de forma alguma em apresentar as suas denúncias à Comissão e só progressivamente começaram a invocar o direito comunitário. Além disso, as autoridades de concorrência dos Estados-Membros, nos casos em que existiam, tinham sido criadas há pouco tempo e tinham pouca experiência no domínio da concorrência. A prática dos órgãos jurisdicionais nacionais era igualmente muito limitada em matéria de concorrência.

16. Por este motivo, a fim de assegurar a informação da Comissão e garantir a segurança jurídica das empresas, o Regulamento n.º 17 instituiu um mecanismo de autorização cuja aplicação requer normalmente a intervenção prévia da Comissão, sob a forma de uma notificação. Nos termos do Regulamento, a notificação prévia dos acordos, decisões e práticas concertadas não é obrigatória, mas as empresas que desejam que lhes sejam aplicadas as disposições do n.º 3 do artigo 85.º devem obrigatoriamente notificar os seus acordos à Comissão (sob reserva dos acordos dispensados de notificação nos termos do n.º 2 do artigo 4.º). As decisões de isenção têm um carácter constitutivo de direitos e podem ser retroactivas até à data da notificação mas não podem ultrapassar essa data (n.º 1 do artigo 6.º do Regulamento n.º 17).

17. Em segundo lugar, o desenvolvimento coerente da interpretação do n.º 3 do artigo 85.º exigia inicialmente uma certa centralização do controlo. Esta centralização foi conseguida confiando à Comissão uma competência exclusiva para declarar inaplicável a um acordo o disposto no n.º 1 do artigo 85.º (n.º 1 do artigo 9.º do Regulamento n.º 17). Além disso, esta competência exclusiva foi reforçada pelo mecanismo de retirada da competência das autoridades nacionais que o simples início do processo comunitário desencadeia automaticamente (n.º 3 do artigo 9.º do Regulamento n.º 17).

18. Em terceiro lugar, a segurança jurídica das empresas era fragilizada pela nulidade absoluta com a qual o n.º 2 do artigo 85.º do Tratado sancionava os acordos restritivos da concorrência e pela redacção muito geral do artigo 85.º, cujo âmbito não havia sido ainda precisado pela jurisprudência comunitária, pelos regulamentos de isenção e pela prática decisória da Comissão. Por outro lado, nesta época, as legislações nacionais, inexistentes ou heterogéneas, raramente proporcionavam às empresas ou aos órgãos jurisdicionais uma orientação relativa à interpretação do direito comunitário. Com efeito, enquanto a Itália e o Luxemburgo não dispunham de qualquer legislação em matéria de concorrência, a Bélgica e os Países Baixos haviam optado por um sistema de controlo dos abusos⁽⁴⁾ que apenas permitia a sanção dos acordos ilícitos a partir da data de verificação da infracção pela autoridade de concorrência. Apenas as legislações alemã e francesa se baseavam, tal como o direito comunitário, num princípio de proibição, mas a lei alemã havia instituído um regime de autorização no que se refere aos acordos entre concorrentes (GWB de 27.7.1957) enquanto a lei francesa tinha criado um regime de excepção legal (decreto francês n.º 45-1483, de 30 de Junho de 1945).

II. A evolução do papel da Comissão

19. A partir dos anos 60, o papel da Comissão e o número de casos aumentou consideravelmente devido ao efeito combinado da integração dos mercados, da adesão de novos Estados-Membros, da adopção de acordos de cooperação com países terceiros e, por último, da mundialização da economia.

20. Deve ter-se presente que o âmbito de aplicação do direito comunitário da concorrência se baseia no critério da afectação do comércio entre Estados-Membros. A realização do mercado interno e a integração progressiva dos mercados nacionais traduziram-se inevitavelmente por um aumento do número de processos abrangidos pelo direito comunitário. Com efeito, num mercado integrado, mesmo os acordos concluídos entre empresas estabelecidas num único Estado podem exercer uma influência directa ou indirecta, real ou potencial, sobre o comércio intracomunitário e podem assim ser abrangidos pelo âmbito de aplicação do direito comunitário.

⁽⁴⁾ Legislações belga (lei sobre a protecção contra o abuso de poder económico de 20 de Maio de 1960) e neerlandesa (lei de 28 de Junho de 1956).

21. As sucessivas adesões de novos Estados-Membros produziram um efeito automático sobre o âmbito da competência da Comissão. Fundada em 1957 por seis Estados, a Comunidade conta hoje com 15 e contará brevemente com mais de 20. Estes alargamentos não provocaram uma alteração significativa do Regulamento n.º 17. A adesão do Reino Unido, da Irlanda e da Dinamarca⁽⁵⁾ apenas provocou a introdução de um artigo 25.º que estabelecia que a data de adesão é a data de entrada em vigor do regulamento e que os acordos, decisões e práticas concertadas que, devido à adesão, são abrangidos pelo âmbito de aplicação do artigo 85.º, devem ser notificados antes do termo de um prazo de seis meses. Aquando da adesão da República Helénica⁽⁶⁾, da Espanha e de Portugal⁽⁷⁾, apenas foi referido que as regras aplicadas aquando das anteriores adesões eram igualmente aplicáveis. As mesmas regras foram utilizadas aquando das adesões da Áustria, da Finlândia e da Suécia⁽⁸⁾ excepto no que se refere aos acordos, decisões e práticas concertadas que, na data da adesão, eram abrangidos pelo artigo 53.º do Acordo sobre o Espaço Económico Europeu⁽⁹⁾.

22. Além disso, os acordos celebrados com países terceiros, ou seja acordos prévios à adesão, ou simplesmente de comércio livre, alargaram igualmente a competência territorial da Comissão em matéria de concorrência. O Acordo sobre o Espaço Económico Europeu contém regras decalcadas sobre os artigos 85.º e 86.º e conferiu à Comissão competências para uma grande parte dos casos em que o comércio no interior do território abrangido pelo acordo é afectado.

23. O papel da Comissão alargou-se assim consideravelmente desde os anos 60 sem que as condições da sua intervenção tenham sido alteradas. As regras processuais que haviam sido concebidas para uma Comunidade de seis Estados-Membros continuam a apli-

car-se hoje, sem qualquer alteração significativa, a 15 Estados-Membros.

III. As adaptações e seus limites

24. O regime de controlo estabelecido pelo Regulamento n.º 17 dava efectivamente uma resposta aos três objectivos principais identificados na altura pela Comissão (informação das autoridades de controlo, aplicação homogênea das regras de concorrência na Comunidade e segurança jurídica das empresas). Permitiu o desenvolvimento de um corpo de regras coerentes e a sua aplicação uniforme na Comunidade, contribuindo assim amplamente para a realização do mercado interno. Contudo, os seus limites estão hoje patentes. O mecanismo de controlo prévio inerente ao regime de autorização instituído pelo Regulamento n.º 17 levou as empresas a notificar sistematicamente os seus acordos à Comissão que, dotada de recursos administrativos limitados, se encontrou rapidamente na impossibilidade material de tratar, através de uma decisão formal, os milhares de processos que lhe eram apresentados. A este propósito, convém recordar que, nos termos do Regulamento n.º 17, a adopção de uma decisão de isenção exige, para além da adopção de medidas de inquérito adequadas, a publicação de uma comunicação no *Jornal Oficial das Comunidades Europeias* actualmente em 11 línguas (n.º 3 do artigo 19.º do Regulamento n.º 17) que permite aos terceiros interessados apresentarem as suas observações, a consulta do Comité Consultivo sobre o projecto de decisão, a adopção pela Comissão e a publicação da decisão no *Jornal Oficial das Comunidades Europeias* nas 11 línguas.

25. A combinação do regime de controlo prévio instituído pelo Regulamento n.º 17, do carácter limitado dos recursos administrativos e da complexidade do processo de tomada de decisão conduziu a que a partir de 1967, a Comissão se tenha visto confrontada com uma massa de 37 450 processos acumulados desde a entrada em vigor do regulamento, quatro anos antes. Tornou-se assim indispensável introduzir determinadas adaptações ao regime de controlo em vigor a fim de limitar as notificações individuais, acelerar o tratamento dos pedidos de autorização e de encorajar, em determinados casos, os autores das denúncias a recorrerem aos tribunais ou às autoridades nacionais.

A. REDUÇÃO DAS NOTIFICAÇÕES INDIVIDUAIS

26. A Comissão tomou diferentes medidas ao longo dos anos a fim de reduzir as notificações para efeitos de obtenção de certificado negativo e de isenção.

⁽⁵⁾ Ver Actos relativos à adesão às Comunidades Europeias do Reino da Dinamarca, da Irlanda, do Reino da Noruega e do Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte (JO L 73 de 27.3.1972, p. 92).

⁽⁶⁾ Ver Acto relativo à adesão da República Helénica às Comunidades Europeias (JO L 291 de 19.11.1979, p. 93).

⁽⁷⁾ Ver Actos relativos à adesão do Reino da Espanha e da República Portuguesa às Comunidades Europeias (JO L 302 de 15.11.1985, p. 165).

⁽⁸⁾ Ver Actos relativos à adesão do Reino da Noruega, da República da Áustria, da República da Finlândia e do Reino da Suécia à União Europeia (JO C 241 de 29.8.1994, p. 57).

⁽⁹⁾ JO L 1 de 3.1.1994, p. 1.

27. Na primeira decisão formal nos termos do artigo 85.º que adoptou⁽¹⁰⁾, a Comissão introduziu a noção de prejuízo sensível da concorrência que permitiu afastar do âmbito de aplicação do n.º 1 do artigo 85.º os processos menos importantes. Esta noção foi confirmada pelo Tribunal de Justiça no Processo Völk/Vervaeke⁽¹¹⁾. Baseando-se neste acórdão, a Comissão quantificou, a título indicativo, esta noção numa comunicação sobre os acordos de pequena importância publicada em 1970⁽¹²⁾ cujo segundo parágrafo refere que «a Comissão considera que a proibição dos acordos não se refere aos acordos que afectem apenas de maneira insignificante o comércio entre Estados-Membros ou a concorrência. Só são proibidos os acordos que tenham efeitos sensíveis sobre as condições do mercado (...)». Esta comunicação, que foi actualizada em 1977⁽¹³⁾, em 1986⁽¹⁴⁾ e em 1997⁽¹⁵⁾, permitiu reduzir as notificações de acordos não prejudiciais para a concorrência.

28. A Comissão utilizou comunicações de carácter geral a partir de 1962 para esclarecer as condições em que determinados acordos não têm normalmente por objecto ou por efeito uma restrição da concorrência e, consequentemente, não são abrangidos pelo âmbito de aplicação do n.º 1 do artigo 85.º Em 1972, foi publicada uma comunicação relativa aos contratos de representação exclusiva concluídos com representantes comerciais⁽¹⁶⁾, seguida da publicação de uma comunicação relativa aos acordos, decisões e práticas concertadas no que se refere à cooperação entre empresas⁽¹⁷⁾, adoptada em 1968. Além disso, foi adoptada em 1978 uma comunicação relativa à apreciação dos contratos de subcontratação nos termos das disposições do n.º 1 do artigo 85.º⁽¹⁸⁾. Em 1993, foi adoptada uma comunicação relativa ao tratamento das empresas comuns com carácter de cooperação à luz do artigo 85.º⁽¹⁹⁾. Concebidas para permitir que as empresas, eventualmente auxiliadas pelos seus consultores jurídicos, apreciassem elas próprias a compatibilidade com o direito comunitário dos acordos de que são partes, estas comunicações levaram a uma certa redução dos pedidos de certificado negativo em aplicação do artigo 2.º do Regulamento n.º 17.

29. A fim de limitar os pedidos individuais de isenção, a Comissão, devidamente habilitada pelo Conselho, adoptou além disso uma série de regulamentos de isenção por categoria. Com efeito, nos termos do n.º 3 do artigo 85.º, as disposições do n.º 1 do mesmo artigo podem ser declaradas inaplicáveis a certas categorias de acordos, decisões de associação de empresas ou práticas concertadas. A «declaração de inaplicabilidade» resulta, assim, de disposições regulamentares que definem as características que devem apresentar os acordos que dela são objecto para serem considerados, sem exame prévio, como preenchendo as condições da derrogação do n.º 3. O artigo 87.º do Tratado estabelece que o Conselho adopta todos os regulamentos ou directivas necessários tendo em vista a aplicação dos princípios que figuram nos artigos 85.º e 86.º Nesta base, o Conselho adoptou até ao momento três regulamentos de habilitação. Ou seja, o Regulamento n.º 19/65/CEE⁽²⁰⁾, o Regulamento (CEE) n.º 2821/71⁽²¹⁾ e o Regulamento (CEE) n.º 1534/91⁽²²⁾ que autorizam a Comissão a declarar a proibição do n.º 1 do artigo 85.º inaplicável a certas categorias de acordos.

30. Actualmente estão em vigor cinco regulamentos de isenção por categoria de acordos verticais e de transferência de tecnologia adoptados pela Comissão com base no Regulamento n.º 19/65/CEE:

— Regulamento (CEE) n.º 1983/83, de 22 de Junho de 1983, relativo à aplicação do n.º 3 do artigo 85.º do Tratado a certas categorias de acordos de distribuição exclusiva⁽²³⁾,

— Regulamento (CEE) n.º 1984/83, de 22 de Junho de 1983, relativo à aplicação do n.º 3 do artigo 85.º do Tratado a certas categorias de acordos de compra exclusiva⁽²⁴⁾,

— Regulamento (CE) n.º 1475/95, de 28 de Junho de 1995, relativo à aplicação do n.º 3 do artigo 85.º do Tratado CE a certas categorias de acordos de distribuição e de serviço de venda e pós-venda de veículos automóveis⁽²⁵⁾,

⁽¹⁰⁾ Decisão 64/344/CEE da Comissão, de 1 de Junho de 1964, relativa a um pedido de certificado negativo apresentado nos termos do artigo 2.º do Regulamento n.º 17 (Processo Grosfillex-Fillistorf) (JO L 64 de 10.6.1964, p. 1426).

⁽¹¹⁾ Acórdão do Tribunal de Justiça de 9 de Julho de 1969, proferido no processo 5/69, Franz Völk/S.P.R.L. Ets Vervaecke (Col. 1969, p. 295, ponto 7 dos fundamentos).

⁽¹²⁾ JO C 64 de 2.6.1970, p. 1.

⁽¹³⁾ Comunicação da Comissão de 19 de Dezembro de 1977 (JO C 313 de 29.12.1977, p. 3).

⁽¹⁴⁾ JO C 231 de 12.9.1986, p. 2.

⁽¹⁵⁾ JO C 372 de 9.12.1997, p. 13.

⁽¹⁶⁾ JO L 139 de 24.12.1962, p. 3921.

⁽¹⁷⁾ JO C 75 de 29.7.1968, p. 3, rectificado pelo JO C 84 de 28.8.1968, p. 14.

⁽¹⁸⁾ JO C 1 de 3.1.1979, p. 2.

⁽¹⁹⁾ JO C 43 de 16.2.1993, p. 2.

⁽²⁰⁾ JO 36 de 6.3.1965, p. 533.

⁽²¹⁾ Regulamento (CEE) n.º 2821/71 do Conselho (JO L 285 de 29.12.1971), alterado pelo Regulamento (CEE) n.º 2473/72 (JO L 191 de 29.12.1972).

⁽²²⁾ Regulamento (CEE) n.º 1534/91 do Conselho (JO L 143 de 7.6.1991, p. 1).

⁽²³⁾ JO L 173 de 30.6.1983, alterado pelo Regulamento (CE) n.º 1582/97 da Comissão (JO L 214 de 6.8.1997, p. 2).

⁽²⁴⁾ JO L 173 de 30.6.1983, alterado pelo Regulamento (CE) n.º 1582/97 da Comissão (JO L 214 de 6.8.1997, p. 2).

⁽²⁵⁾ JO L 145 de 29.6.1995, p. 25.

- Regulamento (CEE) n.º 4087/88, de 30 de Novembro de 1988, relativo à aplicação do n.º 3 do artigo 85.º do Tratado a certas categorias de acordos de franquia⁽²⁶⁾,
- Regulamento (CE) n.º 240/96, de 31 de Janeiro de 1996, relativo à aplicação do n.º 3 do artigo 85.º do Tratado a certas categorias de acordos de transferência de tecnologia⁽²⁷⁾;

No âmbito do reexame da sua política em matéria de restrições verticais, a Comissão apresentou ao Conselho uma proposta de regulamento que altera o Regulamento n.º 19/65 a fim de conferir à Comissão os poderes necessários para a adopção de um regulamento de isenção por categoria que abranja todos os acordos verticais⁽²⁸⁾.

31. A habilitação concedida pelo Conselho nos termos do Regulamento (CEE) n.º 2821/71 permitiu à Comissão adoptar dois regulamentos de isenção relativos a determinadas categorias de acordos horizontais, ou seja:

- Regulamento (CEE) n.º 417/85, de 19 de Dezembro de 1984, relativo à aplicação do n.º 3 do artigo 85.º do Tratado a certas categorias de acordos de especialização⁽²⁹⁾,
- Regulamento (CEE) n.º 418/85, de 19 de Dezembro de 1984, relativo à aplicação do n.º 3 do artigo 85.º do Tratado a certas categorias de acordos de investigação e de desenvolvimento⁽³⁰⁾.

32. Por último, o Regulamento (CEE) n.º 1534/91 habilitou a Comissão a adoptar um regulamento de isenção por categoria específico para o sector dos seguros: o Regulamento (CEE) n.º 3932/92, de 21 de Dezembro de 1992, relativo à aplicação do n.º 3 do artigo 85.º do Tratado a certas categorias de acordos, decisões e práticas concertadas no domínio dos seguros⁽³¹⁾.

33. Estes regulamentos de isenção permitiram reduzir consideravelmente o número de pedidos individuais de isenção.

⁽²⁶⁾ JO L 359 de 28.12.1988, p. 46.

⁽²⁷⁾ JO L 31 de 9.2.1996, p. 2.

⁽²⁸⁾ JO C 365 de 26.11.1998, p. 27.

⁽²⁹⁾ JO L 53 de 22.2.1985, p. 1, alterado pelo Regulamento (CE) n.º 2236/97 da Comissão (JO L 306 de 11.11.1997, p. 12).

⁽³⁰⁾ JO L 53 de 22.2.1985, p. 5, alterado pelo Regulamento (CE) n.º 2236/97 da Comissão (JO L 306 de 11.11.1997, p. 12).

⁽³¹⁾ JO L 398 de 31.12.1992, p. 7.

B. ACELERAÇÃO DO TRATAMENTO DOS PEDIDOS DE AUTORIZAÇÃO

34. Tal como foi referido anteriormente, a adopção de decisões formais pela Comissão impõe o cumprimento de um processo particularmente pesado que rapidamente se afigurou de difícil concretização relativamente a todos os casos submetidos à sua apreciação. A fim de acelerar o tratamento dos pedidos de autorização que lhes foram apresentados, os serviços da Comissão recorreram, conseqüentemente, a partir da primeira metade da década de 70, à técnica dos ofícios de arquivamento. Estes ofícios permitem informar a empresa de que, em função dos elementos de que a Comissão tem conhecimento, o acordo notificado não preenche as condições de aplicação do n.º 1 do artigo 85.º (ofício tipo certificado negativo) ou reúne as condições necessárias para beneficiar de uma isenção (ofício tipo isenção). Os ofícios de arquivamento são assinados por um director da Direcção-Geral da Concorrência. Permitem acelerar manifestamente o tratamento dos processos na medida em que excluem geralmente as medidas de publicidade previstas nos artigos 19.º e 21.º do Regulamento n.º 17 e a consulta formal do Comité Consultivo, reduzindo para além disso as exigências de tradução associadas e estas etapas processuais. A utilização destes ofícios desenvolveu-se muito rapidamente e o seu número situa-se actualmente entre 150 e 200 por ano. Hoje, mais de 90 % dos casos de notificação são encerrados informalmente [ofício de arquivamento ou arquivamento simples⁽³²⁾].

35. Esta técnica dos ofícios afigurou-se útil e foi geralmente bem aceite, mas apresenta dois inconvenientes importantes. Por um lado, estes ofícios não respondem às exigências de publicidade e de transparência a que, em princípio, devem estar sujeitos os actos administrativos. Com efeito, o seu envio é raramente precedido de uma publicação no *Jornal Oficial das Comunidades Europeias* que permita aos terceiros apresentar as suas observações em conformidade com o n.º 3 do artigo 19.º do Regulamento n.º 17. Por outro lado, o Tribunal precisou o seu valor jurídico no acórdão de 10 de Julho de 1980⁽³³⁾: não constituem nem decisões de certificado negativo, nem decisões de aplicação do n.º 3 do artigo 85.º do Tratado e não vinculam os órgãos jurisdicionais nacionais perante os quais é invocada a incompatibilidade dos acordos em causa com o artigo 85.º Constituem um elemento de facto que é normalmente tomado em consideração

⁽³²⁾ Um grande número de processos são, anualmente, objecto de arquivamento sem decisão: pode tratar-se de denúncias ou de notificações retiradas ou que ficaram desprovidas de objecto.

⁽³³⁾ Acórdão do Tribunal de Justiça de 10 de Julho de 1980, proferido no processo 99/79, SA Lancôme e Cospafrance Nederland BV/Etos BV e Albert Heyn Supermarkt BV (Col. 1980, p. 2511).

pelos órgãos jurisdicionais e pelas autoridades nacionais.

C. INCENTIVO AO TRATAMENTO DESCENTRALIZADO DAS DENÚNCIAS

36. O n.º 1 do artigo 9.º do Regulamento n.º 17 confere uma competência exclusiva à Comissão apenas para declarar as disposições do n.º 1 do artigo 85.º inaplicáveis nos termos do n.º 3 do mesmo artigo. Os órgãos jurisdicionais nacionais e as autoridades competentes dos Estados-Membros podem aplicar o n.º 1 do artigo 85.º e o artigo 86.º do Tratado e, em especial, decidir relativamente a pedidos baseados no direito comunitário. A Comissão afirmou por diversas ocasiões o seu desejo de ver reforçada a aplicação descentralizada, tanto pelas autoridades como pelos tribunais.

37. O Tribunal de Justiça considerou desde 1974 no processo BRT⁽³⁴⁾ que as proibições previstas no n.º 1 do artigo 85.º e no artigo 86.º se prestavam pelas suas características próprias a produzir efeitos directos nas relações entre particulares, uma vez que estes artigos geram direitos na esfera dos particulares que os tribunais nacionais devem salvaguardar. Dez anos antes da adopção da comunicação sobre a cooperação entre a Comissão e os tribunais nacionais⁽³⁵⁾, a Comissão insistiu no XIII Relatório sobre a política de concorrência⁽³⁶⁾, em 1983, na importância das vias de direito nacionais para declarar as infracções às regras de concorrência comunitárias. Na maior parte dos relatórios posteriores, a Comissão lamentou que esta aplicação evoluísse apenas lentamente⁽³⁷⁾. Por outro lado, no acórdão Delimitis⁽³⁸⁾ o Tribunal de Justiça confirmou a possibilidade de o tribunal nacional aplicar directamente o n.º 1 do artigo 85.º efectuando um prognóstico negativo relativamente à aplicabilidade, no caso em apreço, do n.º 3 do artigo 85.º Além disso, o Tribunal reconheceu ao juiz nacional o poder para «tomar medidas provisórias nos termos das modalidades do seu direito processual interno»⁽³⁹⁾ e para pro-

ceder neste quadro a um prognóstico positivo quanto à aplicação do n.º 3 do artigo 85.º Por último, o Tribunal de Justiça referiu que para limitar o risco de os tribunais proferirem decisões contraditórias com as adoptadas ou previstas pela Comissão, os tribunais nacionais podem dirigir-se à Comissão a fim de recolher as informações de que necessitam e que a Comissão esteja em condições de lhes fornecer. Na sequência deste acórdão, a Comissão adoptou em 1993 a comunicação acima referida relativa à cooperação entre a Comissão e os tribunais nacionais. Esta comunicação clarifica o quadro jurídico geral e define as modalidades práticas para conseguir uma maior intervenção dos tribunais nacionais na aplicação dos artigos 85.º e 86.º Em especial, define as condições em que os tribunais nacionais se podem dirigir à Comissão a fim de solicitar informações de ordem processual, jurídica ou factual.

38. Na mesma ordem de ideias, a comunicação relativa à cooperação entre a Comissão e as autoridades nacionais⁽⁴⁰⁾, publicada em 1997, apresenta as linhas gerais de uma repartição dos processos entre as autoridades nacionais e a Comissão e convida as empresas a recorrerem mais às autoridades nacionais de concorrência para efeitos de cumprimento do n.º 1 do artigo 85.º e do artigo 86.º O principal objectivo desta comunicação consiste em reduzir o número de denúncias apresentadas à Comissão, na medida em que as autoridades nacionais tenham condições para as tratar de forma eficaz.

39. As duas comunicações acima referidas relativas à descentralização estão limitadas pelo quadro legislativo em vigor. Os autores das denúncias continuam a hesitar em recorrer aos tribunais ou às autoridades de concorrência nacionais quando se consideram vítimas de uma violação do direito comunitário. As empresas postas em causa num processo nacional têm sempre a possibilidade de notificar o seu acordo à Comissão a fim de impedir a acção da instância a que foi apresentado o processo. Com efeito, como foi já referido, o início de um processo pela Comissão retira automaticamente competência às autoridades de concorrência (n.º 3 do artigo 9.º) e os tribunais podem suspender as suas deliberações na pendência de uma decisão da Comissão. Consciente deste problema, a Comissão evocou expressamente no ponto 57 da comunicação sobre a cooperação com as autoridades de concorrência a questão das notificações apresentadas com o objectivo de suspender um processo nacional e afirmou considerar ter bases para não tratar estas notificações de forma prioritária. Contudo, é forçoso verificar que os mecanismos de cooperação com as autoridades nacionais não tiveram, até agora, o êxito esperado

⁽³⁴⁾ Acórdão de 30 de Janeiro de 1974, proferido no processo 127/73, «BRT I» (Col. 1974, p. 51).

⁽³⁵⁾ Comunicação sobre a cooperação entre a Comissão e os tribunais nacionais no que diz respeito à aplicação dos artigos 85.º e 86.º do Tratado CE (JO C 39 de 13.2.1993, p. 6).

⁽³⁶⁾ XIII Relatório anual sobre a política de concorrência, 1983, ponto 217.

⁽³⁷⁾ Ver nomeadamente o XV Relatório anual (1985, ponto 38), o XVI Relatório anual (1986, ponto 40), o XVII Relatório anual (1987, ponto 55) e o XXI Relatório anual (1991, ponto 69).

⁽³⁸⁾ Acórdão do Tribunal de Justiça de 28 de Fevereiro de 1991, proferido no processo C-234/89, Stergios Delimitis/Henninger Bräu AG (Col. 1991, p. I-935).

⁽³⁹⁾ Acórdão Delimitis, citado na nota 38, fundamento 52.

⁽⁴⁰⁾ Comunicação da Comissão sobre a cooperação entre a Comissão e as autoridades de concorrência dos Estados-Membros no que diz respeito ao tratamento dos processos no âmbito dos artigos 85.º e 86.º do Tratado CE (JO C 313 de 15.10.1997, p. 3).

devido ao monopólio da Comissão no que se refere à aplicação do n.º 3 do artigo 85.º do Tratado.

CONCLUSÃO

40. Desta forma, a Comissão conseguiu sustentar o fluxo de notificações mas, para o fazer, teve de resignar-se a conceder uma menor importância às restrições da concorrência mais graves que não são normalmente notificadas. A esta situação, vêm juntar-se as dificuldades da Comissão de tratar os processos que lhe são

enviados dentro de prazos razoáveis através de decisões formais, o que é prejudicial para a segurança jurídica das empresas. Do exposto, pode concluir-se que as medidas adoptadas atingiram os seus limites e que devem ser previstas reformas mais profundas. Tal é tanto mais necessário quanto o aprofundamento da integração dos mercados nacionais agrava os efeitos provocados pelos comportamentos restritivos da concorrência e exige que a Comissão reforce a sua acção contra os acordos mais prejudiciais. Numa União alargada a mais de 20 Estados-Membros não será possível manter um controlo prévio centralizado em Bruxelas que pressupõe a análise individual de milhares de acordos. Um sistema desta natureza seria pesado, ineficaz e impor-lhe-ia limitações excessivas aos operadores económicos.

CAPÍTULO II

UMA REFORMA NECESSÁRIA

I. Objectivos

41. O n.º 2 do artigo 87.º estabelece na sua alínea a) que as disposições de aplicação dos artigos 85.º e 86.º deverão permitir garantir o respeito das proibições referidas no n.º 1 do artigo 85.º e no artigo 86.º, pela aplicação de coimas e sanções pecuniárias compulsórias, estabelecendo, na sua alínea b), que o regime de controlo dos acordos deve tomar em conta a necessidade de, por um lado, garantir uma fiscalização eficaz e, por outro, simplificar o mais possível o controlo administrativo. A procura de um equilíbrio entre eficácia da política e simplificação do controlo deverá assim guiar a escolha entre as diferentes opções de reforma.

42. Neste contexto, a Comissão considera que para tentar obter este equilíbrio e para cumprir a sua missão institucional, deve dispor de um quadro processual que lhe permita em primeiro lugar centrar a sua actividade na luta contra as restrições mais graves e, em segundo lugar, permitir a descentralização da aplicação das regras de concorrência comunitárias, preservando simultaneamente a coerência da política de concorrência na Comunidade. Por último, a Comissão considera que o quadro processual deverá diminuir a carga administrativa que pesa sobre as empresas, garantindo-lhes uma segurança jurídica satisfatória.

A. ASSEGURAR A EFICÁCIA DO CONTROLO

1. *A Comissão deverá reequacionar a aplicação do artigo 85.º*

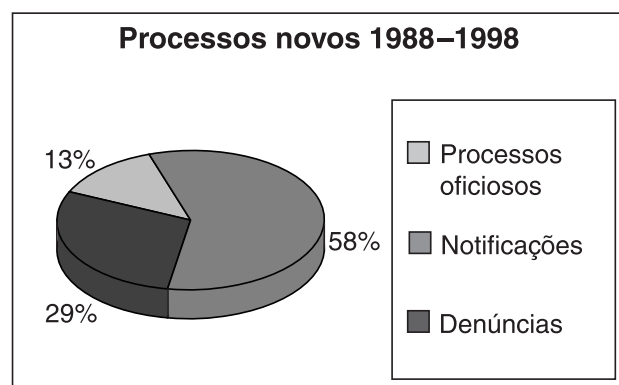
43. O Comité Económico e Social, quando lhe foi solicitado um parecer⁽⁴¹⁾ em 1961, apercebera-se já dos riscos inerentes ao regime de declaração obrigatória, tal como figurava na proposta de regulamento da Comissão. Desta forma, num parecer de 28 de Março de 1961 o Comité observava: «Embora uma declaração desta natureza possa afigurar-se para alguns como o meio de melhor conhecer a existência de acordos prejudiciais à concorrência, *poderá na realidade afastar a Comissão da sua verdadeira missão, sobrecarregando-a com tarefas administrativas que lhe impedirão um exame sério e aprofundado dos acordos concluídos entre empresas e os seus efeitos reais*»⁽⁴²⁾.

44. O risco previsto pelo Comité Económico e Social veio de facto a concretizar-se. Se se observarem as recentes estatísticas da actividade da Comissão, verifica-se que o número de notificações torna muito difícil a condução de uma política activa de luta con-

⁽⁴¹⁾ Parecer sobre o primeiro regulamento de execução dos artigos 85.º e 86.º do Tratado de 28 de Março de 1961.

⁽⁴²⁾ Sublinhado nosso.

tra as práticas restritivas. Desta forma, no período 1988-1998, os processos oficiosos⁽⁴³⁾ representaram apenas 13% dos novos processos registados, o que comprova o facto de a Comissão se ter progressivamente limitado a um papel de reacção à massa de notificações e de denúncias que lhe são dirigidas. De realçar igualmente que as decisões formais da Comissão apenas representam, em média, 6% dos processos encerrados.



45. Actualmente, é necessário que a aplicação do artigo 85.º pela Comissão seja reequacionada, permitindo-lhe consagrar os seus recursos à luta contra os cartéis, em especial nos mercados concentrados e nos mercados em vias de liberalização. Em vez de se limitar a responder ao grande número de notificações que lhe são dirigidas, a Comissão deveria poder tomar a iniciativa e instaurar processos oficiosos contra os acordos ou abusos de posições dominantes que restringem de forma significativa a concorrência e põem em risco a integração dos mercados.

2. Descentralizar a aplicação das regras de concorrência

46. Numa Comunidade alargada a mais de 20 Estados-Membros, a detecção e repressão centralizada das infracções às regras de concorrência será cada vez menos eficaz e justificada. Será necessário descentralizar mais a aplicação das regras tanto para as autoridades de concorrência dos Estados-Membros como para os tribunais nacionais. Com efeito, as autoridades de concorrência dispõem de vantagens importantes para tratar determinados processos de forma eficaz: têm normalmente um bom conhecimento dos mercados locais e dos operadores nacionais, algumas delas dispõem de uma infra-estrutura que abrange todo o território nacional e podem organizar rapidamente verifi-

cações, a maior parte dispõe dos recursos humanos⁽⁴⁴⁾ e dos meios jurídicos necessários para a repressão de infracções cujo centro de gravidade se situa no seu território. Por último, estão mais próximas dos autores das denúncias que se dirigem mais espontaneamente a uma administração nacional do que à Comissão. Quando os autores das denúncias invocam simultaneamente disposições do direito comunitário e do direito nacional, as autoridades de concorrência dos Estados-Membros, tal como os tribunais nacionais, podem aplicar estes dois corpos de regras. Os tribunais nacionais, por seu turno, têm melhores condições do que a Comissão para dar seguimento a certos pedidos dos autores das denúncias: podem intervir rapidamente graças aos processos de urgência e podem, contrariamente à Comissão, conceder indemnizações às vítimas de infracções.

47. Uma modernização das regras processuais deveria consequentemente suprimir o obstáculo à aplicação descentralizada do direito comunitário que a competência exclusiva da Comissão para aplicar o n.º 3 do artigo 85.º representa actualmente, a fim de permitir que este direito seja aplicado pela instância em melhores condições de o fazer de forma eficaz. Uma medida desta natureza não deveria contudo, de forma alguma, comprometer a uniformidade de interpretação do direito comunitário ou ter por consequência que diversas autoridades nacionais a quem foi apresentado um mesmo processo, possam adoptar decisões contraditórias.

B. SIMPLIFICAR O CONTROLO ADMINISTRATIVO

1. Carácter desnecessário do regime de autorização

48. O bom funcionamento de um sistema de proibição dos acordos não pressupõe a existência de um regime de autorização. Existem outros sistemas que se baseiam, tal como o direito comunitário, num princípio de proibição dos acordos restritivos e que não incluem o sistema de notificação e de autorização. Com efeito, um sistema de proibição não implica uma presunção de ilegalidade de todos os acordos mas apenas daqueles que restringem a concorrência de forma sensível e não preenchem as condições para uma isen-

⁽⁴³⁾ Trata-se de processos iniciados apenas por iniciativa da Comissão tendo em vista a detecção e repressão das infracções.

⁽⁴⁴⁾ Em 1998, no conjunto dos Estados-Membros havia cerca de 1 222 funcionários responsáveis pela instrução de processos em matéria de concentrações, de acordos e de abusos de posições dominantes, enquanto que na Comissão havia 153. Estes dados devem ser tratados com a maior prudência e são apenas indicativos, uma vez que é extremamente difícil estabelecer comparações entre Estados-Membros. Dados extraídos das actas do XVIII congresso FIDE, Estocolmo, 3-6 de Junho de 1998. Aplicação nacional do direito europeu da concorrência, relatório geral elaborado por J. Temple Lang, página 265 (para obter dados pormenorizados por Estado-Membro, consultar o relatório).

ção. Assim, não é necessário que as empresas façam validar os seus acordos por uma autoridade administrativa. No âmbito da regra de proibição incluída no artigo 85.º poderá ser suficiente um controlo *a posteriori* destinado unicamente a sancionar os acordos que violam no seu conjunto o artigo 85.º Esta opção é tanto mais pertinente quanto após 35 anos de aplicação, a regra se tornou mais clara e mais previsível para as empresas. De qualquer forma, não é concebível, numa União Europeia alargada, que as empresas notifiquem e que a Comissão tenha de examinar milhares de acordos.

49. Por último, a actual divisão na aplicação do artigo 85.º entre o n.º 1 e o n.º 3 é artificial e contrária ao carácter indivisível do artigo 85.º que exige uma análise económica do conjunto dos efeitos de um acordo⁽⁴⁵⁾.

2. *Reduzir os encargos para as empresas garantindo-lhes simultaneamente um nível suficiente de segurança jurídica*

50. Embora em 1962 fosse necessário assegurar a informação da Comissão através de um sistema de notificação, a situação alterou-se profundamente e hoje em dia o ónus de notificação é cada vez menos justificado. O contexto jurídico é um dos elementos que determinam a competitividade das empresas, que deve ser estimulada ao máximo. Actualmente, a estratégia industrial e comercial das empresas deverá tomar em consideração a necessidade de notificar os seus acordos à Comissão a fim de obter a garantia de que os seus projectos não violam as regras de concorrência. Esta obrigação gera importantes custos em especial para as empresas de média dimensão. Um dos objectivos da modernização das regras de concorrência deverá, assim, ser o de não entravar a cooperação entre as empresas quando esta não apresenta qualquer perigo para a concorrência, libertando-as das obrigações relacionadas com o actual regime de notificação.

51. Por outro lado, as empresas beneficiam actualmente de um nível de segurança jurídica satisfatório graças à existência de um corpo de regras claras, desenvolvidas e clarificadas quer através de mais de

trinta anos de prática decisória da Comissão e de jurisprudência do Tribunal de Justiça, quer através de numerosos textos gerais de forma diversa (regulamentos de isenção por categoria, comunicações, orientações). Qualquer reforma deverá esforçar-se por garantir a manutenção de um nível razoável de segurança jurídica para as empresas. Tal implica, por um lado, que as regras sejam definidas o mais claramente possível a fim de que as empresas possam proceder elas próprias à apreciação dos seus acordos e, por outro lado, que a coerência de aplicação pelas diferentes instâncias competentes (Comissão, autoridades nacionais de concorrência e tribunais nacionais) seja garantida através de mecanismos preventivos e correctivos adequados.

II. Opções

52. As opções existentes no âmbito da reforma do regime de controlo dos acordos deverão ser apreciadas face às exigências de eficácia do controlo e de simplificação do controlo administrativo. Estas opções devem, para além disso, permitir assegurar a aplicação coerente e uniforme das regras de concorrência e manter um nível razoável de segurança jurídica para as empresas.

53. No quadro de um regime de proibição dos acordos, o legislador depara-se com uma opção fundamental: a adopção de um regime de autorização ou de excepção legal. Os regimes de autorização baseiam-se no princípio de que a proibição dos acordos estabelecida pelo legislador (no direito comunitário o n.º 1 do artigo 85.º) apenas pode ser suprimida através de um acto da autoridade pública habilitada para o efeito, que pronuncia uma decisão de autorização constitutiva de direitos. Quando a proibição dos acordos restritivos é sancionada pela nulidade, logicamente os acordos são nulos enquanto a autoridade não os tiver autorizado. Nos regimes de excepção legal, em contrapartida, a proibição dos acordos restritivos não se aplica aos acordos que preenchem determinadas condições estabelecidas na lei. O conjunto destas condições é interpretado como uma excepção ao princípio da proibição.

54. As razões que em 1962 presidiram à adopção, no âmbito do direito comunitário, de um sistema de autorização foram explicadas supra. Actualmente, a evolução das condições de intervenção da Comissão obriga a que nos interroguemos sobre a necessidade de alterar o regime de controlo dos acordos. Nos últimos anos foram apresentadas diversas sugestões pelos meios interessados: algumas delas permanecem no âmbito do regime de autorização tentando aumentar a sua eficácia e rapidez, enquanto outras prevêm uma

⁽⁴⁵⁾ Acórdão do Tribunal de Justiça de 6 de Abril de 1962, proferido no processo 13/61, *Société Kledingverkoopbedrijf de Geus en Uitdenbogerde/Sociedade de direito alemão Robert Bosch GmbH e outros* (Col. 1962, p. 89) e acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de Dezembro de 1977, proferido no processo 59/77, *Ets A. de Bloos SPRL/Sociedade em comandita por acções «Bouyer»* (Col. 1977, p. 2359).

reforma mais profunda através da adopção de um sistema de excepção legal.

A. MELHORIA DO SISTEMA DE AUTORIZAÇÃO

55. Uma vez que os principais inconvenientes do actual sistema são, em primeiro lugar, a impossibilidade de a Comissão consagrar os seus recursos à luta contra as restrições mais graves, em segundo lugar as suas dificuldades em tratar dos casos que lhe são apresentados dentro de prazos razoáveis através de uma decisão formal que assegure uma segurança jurídica satisfatória às empresas e, em terceiro lugar, as barreiras à aplicação descentralizada das regras de concorrência comunitárias pelos tribunais nacionais e pelas autoridades competentes dos Estados-Membros, são diversas as sugestões destinadas a melhorar o funcionamento do actual sistema.

1. *Interpretação do artigo 85.º*

56. Uma opção por vezes invocada consiste numa alteração da interpretação do artigo 85.º, a fim de integrar a análise dos efeitos negativos e positivos de um acordo na apreciação nos termos do n.º 1 do artigo 85.º. A aplicação da excepção no âmbito do n.º 3 seria, num sistema desta natureza, limitada apenas aos casos em que razões relacionadas com a coerência da política de concorrência com outras políticas comunitárias prevaleçam sobre os resultados da análise em termos de concorrência. Tratar-se-ia, de alguma forma, de interpretar o n.º 1 do artigo 85.º como se incluísse um «princípio de ponderação» (*«rule of reason»*)⁽⁴⁶⁾. Um sistema desta natureza diminuiria as obrigações de notificação para as empresas, uma vez que estas não seriam obrigadas a notificar os acordos para efeitos de obtenção de certificado negativo.

57. A Comissão deu já alguns passos nesta via e procedeu a uma avaliação dos aspectos pró e anticoncorrenciais de determinados acordos nos termos do n.º 1 do artigo 85.º Esta abordagem foi subscrita pelo Tribunal de Justiça⁽⁴⁷⁾. A estrutura do artigo 85.º não

permite, contudo, explorar mais profundamente esta via: com efeito, efectuar mais sistematicamente, no âmbito do n.º 1 do artigo 85.º, a análise dos aspectos pró e anticoncorrenciais de um acordo restritivo conduziria a esvaziar o n.º 3 do artigo 85.º do seu conteúdo, quando apenas através de uma revisão do Tratado se poderá proceder a esta alteração. Seria, no mínimo, um paradoxo, esvaziar o n.º 3 do artigo 85.º do seu conteúdo quando esta disposição contém, com efeito, todos os elementos de um «princípio de ponderação» (*«rule of reason»*). Além disso, seria arriscado basear a modernização das regras de concorrência na evolução da prática decisória, sob reserva de confirmação pelos órgãos jurisdicionais comunitários. Uma tal abordagem tornaria a modernização dependente dos processos apresentados à Comissão e poderia levar muitos anos. Por último, esta opção seria susceptível de desviar o n.º 3 do artigo 85.º do seu objecto que consiste em fornecer um quadro jurídico para a apreciação económica dos acordos e não em permitir evitar a aplicação das regras de concorrência devido a considerações políticas.

2. *Descentralização da aplicação do n.º 3 do artigo 85.º*

58. Uma das causas da dificuldade da Comissão em concentrar a sua acção nos processos que apresentam um verdadeiro interesse comunitário reside no monopólio que detém para aplicar o n.º 3 do artigo 85.º Assim, foi por vezes sugerido suprimir o n.º 1 do artigo 9.º do Regulamento n.º 17 a fim de alterar a repartição das competências existente e permitir que as autoridades de concorrência aplicassem plenamente o artigo 85.º, adoptando decisões de isenção constitutivas de direitos. Existem diversas variantes para esta opção em função dos critérios de repartição das competências utilizados.

59. A primeira variante consiste em partilhar a competência de aplicação do n.º 3 do artigo 85.º e repartir os processos entre a Comissão e as autoridades de concorrência, com base no centro de gravidade dos processos (*«Schwerpunkttheorie»*)⁽⁴⁸⁾. Para determinar o centro de gravidade deveriam ser tomados em consideração não só os efeitos do acordo ou da prática mas também o imperativo de uma protecção eficaz da concorrência. Além disso, um certo número de processos de importância comunitária seria reservado à Comissão: tratar-se-ia nomeadamente dos processos que levantassem uma questão jurídica nova ou de casos de aplicação do artigo 90.º do Tratado.

⁽⁴⁶⁾ O que consistiria, por parte das autoridades ou dos tribunais competentes em matéria de direito da concorrência, em ponderar os aspectos favoráveis à concorrência e os aspectos anticoncorrenciais de um acordo quando tenham de pronunciar-se sobre a sua proibição.

⁽⁴⁷⁾ Ver, por exemplo, acórdão do Tribunal de Justiça de 8 de Junho de 1982, proferido no processo 258/78, L.C. Nungesser KG e Kurt Eisele/Comissão das Comunidades Europeias (Col. 1982, p. 2015); acórdão do Tribunal de Justiça de 28 de Janeiro de 1986, proferido no processo 161/84, Pronuptia de Paris GmbH/Pronuptia de Paris Irmgard Schillgalis (Col. 1986, p. 353).

⁽⁴⁸⁾ Esta variante foi desenvolvida num documento de trabalho do Bundeskartellamt: Arbeitsunterlage für die Sitzung des Arbeitskreises Kartellrecht am 8. und 9. Oktober 1998: «Praxis und Perspektiven der dezentralen Anwendung des EG-Wettbewerbsrechts» (<http://www.bundeskartellamt.de>).

60. Esta opção não reduz o número total de notificações, limitando-se a repartir o volume dos processos existentes e futuros entre a Comissão e as autoridades nacionais de concorrência. Não permite reforçar a repressão das infracções mais graves às regras de concorrência que não são normalmente notificadas. Seria tanto menos eficaz quanto as notificações susceptíveis de serem tratadas pelas autoridades nacionais de concorrência não são muito numerosas. Com efeito, as decisões das autoridades nacionais apenas são executórias no seu próprio território não permitindo consequentemente resolver os casos que implicam diversos territórios nacionais.

61. Além disso, o critério de repartição dos processos proposto não parece ser suficientemente preciso para permitir uma repartição clara das notificações. O conceito de centro de gravidade está bem adaptado à repartição das denúncias entre autoridades de concorrência, mas só dificilmente poderá constituir a base de uma repartição das notificações. Por outro lado, um sistema desta natureza continuaria a impedir a aplicação do direito comunitário por parte dos tribunais nacionais ao manter o efeito de bloqueio resultante de qualquer sistema de autorização por uma autoridade administrativa, quer seja nacional quer comunitária.

62. A segunda variante consistiria em repartir as competências entre a Comissão e as autoridades nacionais de concorrência com base em limiares de volume de negócios utilizando o modelo do Regulamento (CEE) n.º 4064/89 do Conselho⁽⁴⁹⁾. Abaixo destes limiares, as autoridades de concorrência teriam a possibilidade de aplicar quer o seu direito nacional, tal como acontece para as concentrações, quer o direito comunitário. Com efeito, enquanto os limiares previstos no Regulamento (CEE) n.º 4064/89 definem simultaneamente o âmbito de aplicação do direito comunitário e a competência exclusiva da Comissão, os limiares que poderiam ser introduzidos para a aplicação do artigo 85.º limitar-se-iam a definir as competências, sendo o critério de aplicação do direito comunitário a afectação do comércio entre Estados-Membros. Na hipótese de as autoridades nacionais aplicarem o direito nacional, existiria um risco de escolha da jurisdição mais favorável (*forum shopping*) e de retorno à nacionalização da política de concorrência⁽⁵⁰⁾. Esta situação seria prejudicial para as empresas. Na hipótese de as autoridades nacionais aplicarem o direito comunitário e terem competências para adoptar decisões de isenção constitutivas de direitos, existiria um importante risco em termos da coerência de aplicação

do direito comunitário, nomeadamente em caso de notificações múltiplas junto de diferentes autoridades nacionais. Esta opção implicaria que todas as autoridades nacionais de concorrência se dotassem de sistemas de notificação, mas a aplicação de tais sistemas poderia afigurar-se particularmente difícil para os novos Estados-Membros cujas estruturas administrativas podem não estar em condições de assegurar esta tarefa.

3. Alargamento do âmbito de aplicação do n.º 2 do artigo 4.º do Regulamento n.º 17

63. O n.º 2 artigo 4.º do Regulamento n.º 17 dispensa, relativamente a um determinado número de acordos, a notificação prévia para efeitos de isenção. Consequentemente, o n.º 1 do artigo 6.º, segundo o qual a data de início dos efeitos de uma decisão de isenção não poderá ser anterior à da notificação, não lhes é aplicável. A função desta disposição consiste em reduzir o número de notificações de acordos que produzem efeitos principalmente num único Estado-Membro.

64. Uma opção poderia consistir em alargar mais a dispensa de notificação prevista no n.º 2 do artigo 4.º do actual Regulamento n.º 17. A vantagem desta alteração para as empresas em causa prender-se-ia com o facto de a Comissão poder, mesmo em caso de uma notificação tardia, apreciar se os acordos preenchem as condições previstas no n.º 3 do artigo 85.º e, se tal fosse o caso, adoptar uma decisão de isenção que produzisse efeitos a partir da data em que o acordo foi concluído. Desta forma, seria reforçada a segurança jurídica para as empresas porque esta alteração elimina a nulidade automática que incide, no actual regime, sobre os acordos abrangidos pelo n.º 1 do artigo 85.º, não notificados. Uma tal alteração não implicaria por outro lado um abrandamento da vigilância da Comissão uma vez que o n.º 2 do artigo 4.º não impede de proibir os acordos abrangidos pelo n.º 1 do artigo 85.º e que não preenchem as condições do n.º 3 do referido artigo.

65. Esta opção constitui todavia uma solução imperfeita, uma vez que limita a possibilidade de a Comissão centrar a sua acção nas restrições mais graves, mantendo o seu monopólio de isenção e impedindo assim a descentralização.

4. Simplificação dos procedimentos

66. Uma das explicações para as dificuldades da Comissão em tratar, nos termos do disposto no Regulamento n.º 17, os processos que lhe são apresentados através de uma decisão formal reside na complexidade

⁽⁴⁹⁾ Regulamento (CEE) n.º 4064/89 do Conselho, de 21 de Dezembro de 1989, relativo ao controlo das operações de concentração de empresas (JO L 395 de 30.12.1989, p. 1, corrigido no JO L 257 de 21.9.1990, p. 13), alterado pelo Regulamento (CE) n.º 1310/97 do Conselho (JO L 180 de 9.7.1997, p. 1).

⁽⁵⁰⁾ Ver, neste contexto, o parecer do Parlamento Europeu relativo ao XXVI Relatório sobre a política de concorrência (1996).

dos procedimentos instituídos por este regulamento. Surgiram algumas propostas no sentido de simplificar estes procedimentos a fim de permitir que a Comissão trate os processos dentro de prazos mais curtos e de garantir às empresas a segurança jurídica. De entre as simplificações preconizadas conta-se nomeadamente a supressão das traduções em todas as línguas comunitárias tanto no que se refere às publicações nos termos do n.º 3 do artigo 19.º como no que se refere às decisões ou a simplificação das consultas ao Comité Consultivo. Quaisquer que sejam as simplificações previstas e a apreciação que delas deve ser feita, não irão reduzir o número de processos notificados e não permitirão assim à Comissão concentrar a sua acção nas restrições mais graves que apenas excepcionalmente são notificadas. Uma tal opção teria simultaneamente um efeito contraproducente, na medida em que todas as notificações seriam tratadas através de decisões e que as empresas seriam assim incentivadas a proceder à notificação.

67. Uma variante desta opção consiste na generalização dos procedimentos de oposição. Existem actualmente, no âmbito de determinados regulamentos de isenção por categoria, procedimentos denominados de não-oposição segundo os quais os acordos que incluem restrições que não são nem expressamente isentas pelo regulamento nem expressamente proibidas podem ser notificados à Comissão⁽⁵¹⁾. Caso a Comissão não se oponha num prazo de seis meses, os acordos foram isentos. Foi proposta a generalização deste sistema a todos os acordos.

68. Contudo, uma opção desta natureza tem efeitos muito negativos. Tal como já tinha sido sublinhado no Livro Verde sobre as restrições verticais no âmbito da política comunitária de concorrência⁽⁵²⁾, a generalização de um processo deste tipo teria um efeito extremamente centralizador, criando um importante incentivo para que as empresas notificassem os seus acordos à Comissão. Não permitiria assim proceder à descentralização da aplicação das regras de concorrência. Por outro lado, a Comissão não dispõe dos recursos necessários para instruir um grande número de casos no âmbito de procedimentos de não oposição e o custo das notificações continua a ser elevado para as empre-

sas. Desta forma, esta opção não permite o necessário reequacionamento da actividade da Comissão na luta contra as restrições mais graves.

B. A PASSAGEM A UM SISTEMA DE EXCEPÇÃO LEGAL

69. No âmbito do regime de proibição previsto pelo Tratado, existe uma outra opção de reforma que consiste na adopção de um sistema de excepção legal que permita um controlo *a posteriori* dos acordos. A passagem para um sistema deste tipo pode fazer-se através de um regulamento do Conselho baseado no artigo 87.º do Tratado que determinaria que qualquer autoridade administrativa ou judicial chamada a aplicar o disposto no n.º 1 do artigo 85.º do Tratado aplicará simultaneamente o n.º 3 do artigo 85.º Desta forma, o artigo 85.º tornar-se-ia uma norma unitária composta por uma regra que estabelece o princípio da proibição e por uma excepção destinada a moderar o rigor de tal princípio. O artigo 85.º tornar-se-ia assim, na sua totalidade, uma disposição directamente aplicável que os particulares poderiam invocar em tribunal ou perante qualquer autoridade habilitada para o efeito. Esta interpretação tornaria lícitos, desde a sua celebração e sem que fosse necessária uma decisão prévia, os acordos proibidos pelo n.º 1 do artigo 85.º que preenchessem as condições do n.º 3 do mesmo artigo. Paralelamente, os acordos restritivos de concorrência seriam ilícitos a partir do momento em que deixassem de preencher as condições do n.º 3 do artigo 85.º Esta nova regulamentação deixaria de exigir a notificação tendo em vista uma validação dos acordos. O regime de aplicação do artigo 85.º no seu conjunto tornar-se-ia assim idêntico ao do n.º 1 do artigo 85.º e do artigo 86.º

70. A adopção de um sistema deste tipo em direito comunitário é hoje possível graças à evolução do direito comunitário da concorrência desde 1962. O quadro legislativo em matéria de concorrência foi consideravelmente reforçado e as reformas em curso no domínio das restrições verticais e dos acordos de cooperação horizontal contribuirão para uma maior simplificação e precisão. Embora existisse em 1960 uma dúvida legítima quanto ao âmbito das condições de isenção do artigo 85.º, a prática decisória da Comissão, a jurisprudência do Tribunal de Justiça e do Tribunal de Primeira Instância e os diversos regulamentos de isenção por categoria e comunicações de carácter geral permitiram definir de forma mais precisa o conteúdo destas condições. Além disso, as autoridades e os tribunais nacionais, as empresas e os seus consultores jurídicos adquiriram progressivamente um melhor conhecimento do direito comunitário nesta matéria. Esta evolução permite actualmente ultrapasar-

⁽⁵¹⁾ Trata-se dos Regulamentos (CEE) n.º 4087/88 da Comissão, de 30 de Novembro de 1988, relativo à aplicação do n.º 3 do artigo 85.º do Tratado a certas categorias de acordos de franquia (JO L 359 de 28.12.1988, p. 46), (CEE) n.º 417/85 da Comissão, de 19 de Dezembro de 1984, relativo à aplicação do n.º 3 do artigo 85.º do Tratado a certas categorias de acordos de especialização (JO L 53 de 22.2.1985, p. 1) e (CEE) n.º 418/85 da Comissão, de 19 de Dezembro de 1984, relativo à aplicação do n.º 3 do artigo 85.º do Tratado a determinadas categorias de acordos de investigação e desenvolvimento (JO L 53 de 22.2.1985, p. 5).

⁽⁵²⁾ Documento COM(96) 721 final, de 22 de Janeiro de 1997.

sar os obstáculos que, na altura da adopção do Regulamento n.º 17, se opunham à criação de um regime de controlo *a posteriori* e decorriam essencialmente das incertezas quanto ao âmbito exacto das condições de isenção do n.º 3 do artigo 85.º

71. As reformas em curso no domínio das restrições verticais e dos acordos de cooperação horizontal contribuirão para simplificar o quadro legislativo e para melhor definir o âmbito de aplicação dos n.ºs 1 e 3 do artigo 85.º A simplificação consiste no facto de a Comissão ter a intenção de adoptar um novo tipo de regulamento de isenção que deixará de se basear numa abordagem que limite a isenção a determinados contratos e cláusulas específicos identificados no regulamento. O novo tipo de isenção pretende adoptar uma abordagem de isenção geral para todos os acordos e todas as cláusulas de uma certa categoria, unicamente sob reserva de uma lista de restrições fundamentais proibidas («cláusulas negras») e de determinadas condições de aplicação, por um lado e, por outro, de uma limitação do benefício da isenção geral através de um critério de limiar de quota de mercado. Esta técnica de isenção permitirá garantir a segurança jurídica a uma maior categoria de acordos e restabelecer uma maior liberdade de contratação para as empresas, mantendo simultaneamente uma protecção eficaz da concorrência relativamente a acordos concluídos entre empresas que detenham um poder de mercado significativo. A nova geração de regulamentos contribuirá assim para simplificar as regras aplicáveis à maioria das empresas. As comunicações virão igualmente definir as condições

de aplicação do artigo 85.º a casos não abrangidos pelos regulamentos de isenção.

72. Neste contexto, a adopção de um regime de excepção legal e de um controlo *a posteriori* poderia permitir dar resposta aos desafios colocados à política da concorrência nas décadas futuras. Com efeito, num regime deste tipo, qualquer autoridade administrativa ou jurisdicional investida dos necessários poderes poderá efectuar uma análise completa de um acordo que lhe tenha sido submetido, apreciando tanto os seus efeitos restritivos, sob a perspectiva do n.º 1 do artigo 85.º, como as suas vantagens económicas eventuais, nos termos do n.º 3 do mesmo artigo. A adopção de um sistema de excepção legal traduzir-se-ia assim pela supressão da competência exclusiva de que a Comissão foi investida, através do n.º 1 do artigo 9.º do Regulamento n.º 17, no que se refere à aplicação do n.º 3 do artigo 85.º Seria assim facilitada a descentralização da aplicação das regras de concorrência. Um sistema de excepção legal permitiria igualmente suprimir a obrigação burocrática da notificação para as empresas, deixando de ser necessária qualquer autorização para fazer aplicar pelos tribunais os acordos que preenchem as condições de aplicação do n.º 3 do artigo 85.º Liberta do encargo do tratamento das notificações, a Comissão poderia, por seu turno, consagrar-se à repressão das infracções mais graves.

73. A aplicação do artigo 85.º será, no regime de excepção legal, semelhante à do artigo 86.º de que a Comissão, as autoridades nacionais e os órgãos jurisdicionais fazem já uma aplicação paralela e concorrente.

CAPÍTULO III

MODERNIZAÇÃO DAS REGRAS DE CONCORRÊNCIA

74. Tendo em conta o que precede, a Comissão considera que a adopção de um sistema de excepção legal constitui a opção que poderá permitir alcançar da melhor forma os objectivos de reequacionamento da acção da Comissão, de descentralização da aplicação das regras de concorrência e de simplificação da carga administrativa a que estão sujeitas as empresas.

75. A reforma proposta no presente Livro Branco e que consiste na adopção de um regime de excepção legal, baseia-se em três pilares: a supressão do regime de autorização e de notificação, a aplicação descentralizada das regras de concorrência e o reforço do controlo *a posteriori*. Será acompanhada de uma aborda-

gem rigorosamente económica da aplicação do artigo 85.º

I. Supressão do regime de autorização e de notificação

76. O regime de notificação instituído pelo Regulamento n.º 17 permitiu à Comissão desenvolver uma prática decisória coerente e garantir uma aplicação homogênea das regras em todos os Estados-Membros da Comunidade. Este sistema apresenta contudo diversos inconvenientes que fazem com que hoje seja posto em causa. A obrigação que incumbe às empresas, que

desejam utilizar as disposições do n.º 3 do artigo 85.º do Tratado, de notificar o seu acordo à Comissão constitui uma importante limitação para a sua política comercial e representa um custo não negligenciável. A redacção material das notificações e a recolha dos dados que devem necessariamente acompanhá-las constituem uma carga de trabalho e um custo importante para as empresas, quer optem por assegurar essas tarefas elas próprias, quer as façam executar pelos seus consultores jurídicos externos. Num sistema de excepção legal, as empresas ficam libertas desta obrigação de notificação e dispõem de um meio de defesa suplementar perante os tribunais para obter a execução dos seus acordos, uma vez que podem invocar a aplicação do n.º 3 do artigo 85.º

77. Por último, o sistema de notificação, embora se tenha revelado útil enquanto a aplicação do artigo 85.º e nomeadamente do seu n.º 3 era incerta, já não permite detectar as infracções mais graves às regras de concorrência e garantir assim uma vigilância eficaz na acepção do artigo 87.º do Tratado. Esta situação é ilustrada pelo facto de as notificações conduzirem muito raramente a decisões de proibição⁽⁵³⁾ e pelo facto de, só excepcionalmente, a Comissão ter utilizado o n.º 6 do artigo 15.º do Regulamento n.º 17 que lhe permite retirar a imunidade relativamente às coimas de que beneficiam as empresas notificantes. No âmbito de um regime de controlo *a posteriori*, as empresas devem proceder elas próprias à apreciação da compatibilidade dos seus acordos com o direito comunitário, à luz dos textos em vigor e da jurisprudência, o que diminui certamente a carga administrativa a que estão sujeitas e o que lhes faz igualmente assumir uma maior responsabilidade.

78. Neste novo sistema de controlo, a segurança jurídica das empresas seria globalmente mantida a um nível adequado e, sob certos aspectos, seria mesmo reforçada. Com efeito, em vez de ficarem dependentes de uma decisão da Comissão, as empresas poderiam requerer a execução imediata dos seus contratos junto dos tribunais nacionais, com efeitos a partir da data em que foram celebrados, no caso de as condições previstas no n.º 3 do artigo 85.º estarem preenchidas. Não há nenhuma presunção de nulidade dos acordos no âmbito do n.º 1 do artigo 85.º: a proibição enunciada por esta disposição só se aplica quando as condições desta proibição estão preenchidas. Depois de 40 anos de aplicação, estas condições foram largamente precisadas através de decisões e da jurisprudência e são do conhecimento das empresas. Para além disso, a Comissão tem em vista a adopção de regulamentos de isenção com um âmbito de aplicação mais vasto. Além

da utilização dos limiares de quota de mercado, a Comissão poderá eliminar o efeito conformador dos actuais regulamentos e abranger grande parte dos acordos, em especial os acordos celebrados pelas pequenas e médias empresas. A Comissão adoptará linhas directrizes e decisões individuais para clarificar o âmbito de aplicação do n.º 1 e do n.º 3 do artigo 85.º para lá dos regulamentos de isenção. No tratamento de processos individuais, a Comissão adoptará uma abordagem mais económica na aplicação do n.º 1 do artigo 85.º, o que limitará o âmbito de aplicação desta disposição às empresas que disponham de um certo poder de mercado. Por outro lado, a aplicação do direito comunitário da concorrência pelas autoridades e pelos tribunais nacionais será reforçada, o que permitirá acelerar a convergência dos direitos nacionais e do direito comunitário, simplificando assim a tarefa das empresas de determinar a sua política comercial. Finalmente, haverá mecanismos de prevenção e de correcção para assegurar a aplicação coerente e uniforme do direito comunitário pelas autoridades e pelos tribunais nacionais.

79. O regime de excepção legal deveria aplicar-se a todos os acordos que são actualmente abrangidos pelo artigo 85.º do Tratado. Todavia, afigura-se desejável submeter no futuro as empresas comuns de produção que não desempenham todas as funções a um regime de autorização prévia. Com efeito, estas operações implicam geralmente investimentos muito significativos e uma integração aprofundada das funções, o que torna delicada a sua dissolução por uma autoridade de concorrência. Poder-se-á assim considerar que a eficácia do controlo seria assegurada de melhor forma, no que se refere a esta categoria de operações, através de um regime obrigatório de notificação prévia.

80. A fim de não impor obrigações inúteis às empresas, apenas as empresas comuns de produção que implicam a entrada de um mínimo de activos na empresa comum, seriam sujeitas a um controlo prévio sob reserva de não beneficiarem das disposições de um regulamento de isenção por categoria.

81. Não se afigura oportuno criar um quadro processual específico para apenas esta categoria de operações. Ora, os procedimentos instituídos pelo Regulamento (CEE) n.º 4064/89 estão adaptados ao exercício de um controlo prévio rápido e eficaz. Por este motivo, prevê-se alargar o âmbito de aplicação deste texto às empresas comuns de produção que não desempenham todas as funções, sendo-lhes aplicado o duplo critério da posição dominante [n.º 3 do artigo 2.º do Regulamento (CEE) n.º 4064/89] e do artigo 85.º [n.º 4 do artigo 2.º do Regulamento (CEE) n.º 4064/89].

⁽⁵³⁾ Em mais de 35 anos de aplicação do Regulamento n.º 17, existiram apenas nove decisões de proibição de acordos notificados (sem denúncia).

II. Aplicação descentralizada das regras de concorrência

82. O sistema do Regulamento n.º 17 baseia-se numa aplicação centralizada do n.º 3 do artigo 85.º: nos termos do n.º 1 do artigo 9.º do regulamento, a Comissão detém uma competência exclusiva para conceder isenções aos acordos restritivos da concorrência. A adopção de um sistema de excepção legal permite alterar esta repartição de competências por forma a que as autoridades de concorrência e os tribunais possam igualmente apreciar os acordos que lhes são apresentados, à luz do artigo 85.º no seu conjunto.

A. UMA NOVA REPARTIÇÃO DAS COMPETÊNCIAS

1. *A determinação da política de concorrência pela Comissão*

83. É essencial que a descentralização não possa provocar incoerências na aplicação do direito comunitário da concorrência. Por esse motivo, a política de concorrência deverá continuar a ser determinada a nível comunitário, tanto no que se refere à elaboração de textos legislativos, como no que se refere à adopção de decisões individuais. A Comissão, na sua qualidade de guardião dos tratados e garante do interesse comunitário, sujeita ao controlo do Tribunal de Justiça, tem um papel específico a desempenhar na aplicação do direito comunitário e na garantia de uma aplicação coerente das regras de concorrência.

84. Num sistema de excepção legal, o quadro legislativo reveste, com efeito, uma importância primordial. A aplicação das regras deve ser suficientemente previsível e coerente a fim de permitir aos operadores económicos apreciar a legalidade dos seus acordos. A Comissão conservará o monopólio da elaboração e da apresentação de propostas legislativas sob todas as suas formas (textos regulamentares, comunicações, orientações, etc.) e não deixará de utilizá-las para assegurar a coerência e a uniformidade da aplicação das regras de concorrência.

85. Entre estes textos legislativos figuram, em posição de destaque, os regulamentos de isenção por categoria. No novo sistema de excepção legal, tendo em conta a importância que a legislação reveste, a segurança jurídica das empresas exige que um acordo

isento não possa ser considerado contrário ao direito nacional. Com este objectivo, será conveniente explorar a possibilidade conferida pela alínea e), ponto 2, do artigo 87.º e inserir num texto regulamentar a impossibilidade de as legislações nacionais proibirem ou alterarem os efeitos dos acordos isentos através de um regulamento comunitário. Aliás, certos Estados-Membros inseriram já este princípio nas suas legislações. Desta forma, a lei belga 91/2790 de 5 de Agosto de 1991 estabelece que as isenções comunitárias impedem a acção das autoridades belgas e que os acordos isentos estão dispensados de notificação nos termos do direito nacional. A lei dinamarquesa exclui da proibição dos acordos aqueles que beneficiam das disposições de um regulamento de isenção comunitário. As leis espanhola e britânica contêm disposições semelhantes.

86. A Comissão tenciona igualmente elaborar mais comunicações e orientações por forma a explicar a sua política e orientar a aplicação das regras de concorrência comunitárias por parte das instâncias nacionais. Estes instrumentos são particularmente bem adaptados à interpretação das regras de natureza económica, uma vez que permitem tomar melhor em consideração um conjunto de critérios de avaliação pertinentes na análise das regras de concorrência. Mesmo se as comunicações e orientações não vinculam as instâncias nacionais, o seu valor e a sua contribuição para uma aplicação coerente de direito comunitário serão reforçados pelo facto de a Comissão adoptar as decisões individuais que confirmam a abordagem utilizada nestes textos. Na medida em que estas decisões forem confirmadas pelo Tribunal de Justiça, as comunicações e orientações farão parte das regras originais que devem ser aplicadas pelas instâncias nacionais.

87. A política da Comissão em matéria de concorrência continuará, num regime de excepção legal, a traduzir-se pela adopção de decisões individuais de proibição que se revestirão de grande importância enquanto precedentes. Devido a uma nova focalização da actividade da Comissão na luta contra as restrições mais graves, o número de decisões individuais de proibição deverá aumentar sensivelmente.

88. Embora seja um facto que a Comissão deixará de poder adoptar decisões de isenção nos termos do n.º 3 do artigo 85.º, como acontece actualmente, será necessário permitir-lhe adoptar decisões individuais que não sejam decisões de proibição. Com efeito, quando uma operação apresenta uma problemática nova, poderá ser necessário dar uma orientação ao mercado sobre a política da Comissão relativamente a certas restrições. Estas decisões positivas seriam assim adoptadas por razões de interesse geral, de forma excepcional.

89. Num sistema de excepção legal, as decisões positivas da Comissão limitar-se-ão a declarar que um acordo é compatível com o artigo 85.º no seu conjunto, quer porque não é abrangido pelo n.º 1 do artigo 85.º, quer porque satisfaz as condições do n.º 3 do mesmo artigo. Estas decisões serão de natureza declarativa e terão o mesmo valor jurídico que as actuais decisões de certificado negativo.

90. Por outro lado, poderá acontecer que durante um processo de proibição, as empresas proponham à Comissão compromissos susceptíveis de suprimir as objecções levantadas por um acordo. Será nessa altura útil que a Comissão possa conferir a esses compromissos um carácter obrigatório a fim de, por um lado, poder obrigar as empresas a respeitá-los e, por outro, permitir às partes e aos terceiros invocá-los, se for caso disso, perante uma instância nacional. Prevê-se assim criar no futuro regulamento de aplicação dos artigos 85.º e 86.º um novo tipo de decisões individuais sujeitas às condições normais de publicação, através das quais a Comissão poderá registar os compromissos assumidos pelas empresas e consagrar o seu carácter obrigatório. Este instrumento permitiria encerrar os processos iniciados garantindo o respeito dos compromissos das empresas. Esta alteração terá como corolário a integração, no regime sancionatório do regulamento, de uma disposição que permita sancionar através de coimas e de sanções pecuniárias compulsórias o não respeito dos compromissos por parte das empresas.

2. Reforço do papel das autoridades nacionais na aplicação das regras de concorrência

91. A intervenção das autoridades de concorrência dos Estados-Membros e da Comissão baseia-se em razões de ordem pública económica: não têm por missão, tal como os tribunais nacionais, dirimir os litígios entre as partes, mas apenas garantir a manutenção de um regime de concorrência não falseada. Até ao momento, a cooperação entre a Comissão e as autoridades nacionais de concorrência tem-se baseado em critérios pragmáticos, mantendo-se limitada devido à existência do monopólio da Comissão no que se refere à aplicação do n.º 3 do artigo 85.º Após 35 anos de aplicação das regras comunitárias de concorrência, é hoje necessário utilizar melhor a complementaridade existente entre as autoridades nacionais e a Comissão e incentivar a aplicação das regras de concorrência por uma rede de autoridades cuja acção se inspiraria em princípios comuns e numa estreita colaboração.

92. O funcionamento optimizado de uma rede deste tipo implica todavia três tipos de medidas: a) abandono do monopólio de isenção por parte da Comissão, b) direito de as autoridades poderem retirar o benefício de um regulamento comunitário de isenção por categoria; c) a possibilidade, por parte da autoridade a quem foi apresentado o processo, quer seja nacional ou comunitária, de o transmitir a uma outra autoridade, bem como quaisquer informações confidenciais susceptíveis de serem utilizadas na repressão de infracções às regras comunitárias de concorrência.

93. Num regime de excepção legal, as autoridades nacionais poderão elas próprias apreciar se um acordo preenche ou não as condições de aplicação do n.º 3 do artigo 85.º e deixarão de ser obrigadas a comunicá-lo à Comissão. Poderão prosseguir a instrução na sequência de uma denúncia ou a instrução oficiosa de um processo de aplicação do direito comunitário sem que os autores do acordo aleguem a existência de uma notificação pendente junto da Comissão.

94. Para permitir este reforço do papel das autoridades nacionais, será necessário alterar o Regulamento n.º 17 a fim de suprimir o monopólio de isenção e de indicar, sem ambiguidades, que qualquer autoridade a quem foi apresentado um caso de aplicação do artigo 85.º deve examinar se estão reunidas as condições de isenção. Para que esta reforma permita verdadeiramente melhorar a aplicação descentralizada das regras de concorrência, será necessário que os sete Estados-Membros que não o fizeram já atribuam às suas autoridades de concorrência poderes para aplicar o direito comunitário.

95. Um complemento lógico do abandono do monopólio de isenção por parte da Comissão consiste na possibilidade de as autoridades nacionais retirarem o benefício de um regulamento de isenção por categoria no seu mercado nacional caso este ou uma parte dele constituam um mercado distinto. Com efeito, as autoridades de concorrência dos Estados-Membros estão particularmente bem colocadas para apreciar, no território do seu Estado, se num caso específico previsto pelo regulamento de isenção, os acordos abrangidos por esse regulamento preenchem as condições do n.º 3 do artigo 85.º, não podendo consequentemente beneficiar da isenção por categoria. Esta possibilidade foi já antecipada na comunicação da Comissão sobre as restrições verticais⁽⁵⁴⁾ e poderá ser generalizada no âmbito do novo regulamento de aplicação dos artigos 85.º e 86.º

⁽⁵⁴⁾ JO C 365 de 26.11.1998, p. 3.

96. Por último, poderá acontecer que uma autoridade de concorrência nacional encontre dificuldades quando lhe é apresentada uma denúncia que implique medidas de instrução em diversos Estados-Membros. Inversamente, pode ser apresentado à Comissão um processo cujos efeitos se concentrem essencialmente num único Estado-Membro. Nestas situações, a solução mais eficaz seria que a autoridade em causa transmitisse o processo, para efeitos de competência, à autoridade em melhores condições para o tratar. Tal pressupõe que a autoridade a quem o processo é transmitido possa utilizar directamente todos os documentos contidos no processo como meio de prova. Actualmente, o artigo 20.º do Regulamento n.º 17 opõe-se à utilização, pelas autoridades de concorrência, das informações transmitidas pela Comissão como meio de prova⁽⁵⁵⁾.

97. O novo regulamento de aplicação dos artigos 85.º e 86.º do Tratado deverá assim permitir que a Comissão, quando verifica que um processo tem efeitos principalmente a nível nacional, transmita todo o processo, incluindo as informações confidenciais, à autoridade competente do Estado-Membro no território do qual os efeitos da prática denunciada se produzem, a fim de que esta prossiga o inquérito, utilizando directamente as informações transmitidas como meio de prova. Inversamente, se após as investigações, uma autoridade nacional chegar à conclusão de que um processo tem uma dimensão comunitária e requer uma acção da Comissão, deverá poder transmiti-lo à Comissão, à semelhança do que acontece actualmente com o Órgão de Fiscalização da EFTA⁽⁵⁶⁾. O único limite que deverá ser mantido é o que diz respeito ao objecto do mandato de origem: as informações apenas devem ser utilizadas para os fins para que foram recolhidas e para efeitos de aplicação dos artigos 85.º e 86.º ou mesmo, se for caso disso, do direito nacional da concorrência, independentemente da autoridade que procedeu ao inquérito.

98. A contrapartida desta extensão da utilização das informações deverá ser a inclusão, no novo regulamento, do princípio de exclusão de uma sanção dupla e também a imposição de soluções distintas sob a forma de compromissos assumidos pelas empresas face a uma autoridade nacional ou à Comissão.

⁽⁵⁵⁾ Acórdão do Tribunal de Justiça 16 de Julho de 1992, proferido no processo C-67/91, Dirección General de Defensa de la Competencia/Asociación Española de Banca Privada (AEB) e outros (Col. 1992, p. I-4820, pontos 37 e seguintes dos fundamentos).

⁽⁵⁶⁾ Protocolo 23 relativo à cooperação entre as autoridades de fiscalização (artigo 58.º do Acordo sobre o Espaço Económico Europeu, JO L 1 de 3.1.1994, p. 186).

3. *Reforço do papel dos tribunais nacionais na aplicação das regras de concorrência*

99. Os tribunais nacionais estão próximos do cidadão europeu e desempenham, desde a adopção do Tratado, o papel específico de proteger os direitos subjectivos que decorrem directamente do direito comunitário para todos os particulares⁽⁵⁷⁾. Os tribunais nacionais foram reconhecidos pelo Tribunal de Justiça como um pilar indispensável para uma aplicação eficaz do direito comunitário, incluindo o direito da concorrência. Aplicam o artigo 85.º em três tipos de procedimentos: as acções de responsabilidade contratual (litígio entre as partes), as acções de responsabilidade não contratual (litígio entre uma ou várias partes e um terceiro) e os pedidos de medidas cautelares.

100. Devido ao monopólio de isenção incluído no Regulamento n.º 17, os tribunais nacionais não podem aplicar o n.º 3 do artigo 85.º de forma positiva. Como não têm poderes para aplicar o n.º 3 do artigo 85.º, as empresas podem, na prática, bloquear a acção judicial através de uma notificação à Comissão. Este fenómeno constitui um obstáculo importante a um reforço da aplicação das regras de concorrência pelos tribunais nacionais. Num sistema de excepção legal, as empresas poderão invocar a aplicação directa do n.º 3 do artigo 85.º perante os tribunais. Este novo meio de defesa permitir-lhes-á fazer executar rapidamente os acordos restritivos que preencham as condições do n.º 3 do artigo 85.º, aumentando assim a segurança jurídica das empresas. Os autores das denúncias poderão obter mais rapidamente indemnizações quando forem vítimas de um acordo ilícito. De salientar neste contexto que, sob reserva de recursos jurisdicionais, as decisões dos tribunais nacionais têm autoridade de caso julgado. São reconhecidas pelas jurisdições de todos os Estados-Membros por força das Convenções de Bruxelas⁽⁵⁸⁾ e de Lugano⁽⁵⁹⁾ relativas à competência jurisdicional e à execução de decisões em matéria civil e comercial.

⁽⁵⁷⁾ Acórdão do Tribunal de Justiça de 5 de Fevereiro de 1963, proferido no processo 26/62, Van Gend e Loos/Administração fiscal neerlandesa (Col. 1963, p. 3) e BRT/SABAM citado na nota 34.

⁽⁵⁸⁾ Convenção de Bruxelas relativa à competência jurisdicional e à execução de decisões em matéria civil e comercial (JO L 299 de 31.12.1972, p. 32), com a última redacção que lhe foi dada pela Convenção de Adesão de 1997 (JO C 15 de 15.1.1997, p. 1).

⁽⁵⁹⁾ Convenção relativa à competência jurisdicional e à execução de decisões em matéria civil e comercial, assinada em Lugano a 16 de Setembro de 1988 (JO L 319 de 25.11.1988, p. 9).

B. APLICAÇÃO COERENTE E UNIFORME DAS REGRAS DE CONCORRÊNCIA

1. *Risco de conflitos e princípios de solução*

101. A descentralização da aplicação das regras de concorrência e o abandono do sistema de autorização não devem prejudicar a manutenção de condições de concorrência homogêneas em toda a Comunidade. O princípio do primado do direito comunitário impede que a aplicação do direito nacional possa prejudicar a aplicação plena e uniforme do direito comunitário e o efeito dos respectivos actos de execução⁽⁶⁰⁾. Em contrapartida, quando diversas instâncias (Comissão, autoridades e tribunais nacionais) aplicam o direito comunitário, existem dois tipos de conflitos potenciais:

- 1) Uma autoridade ou um tribunal nacional adopta uma abordagem favorável (recusa de uma denúncia devido ao facto de o acordo não ser abrangido pelo âmbito de aplicação do n.º 1 do artigo 85.º ou preencher as condições de aplicação do n.º 3 do artigo 85.º, ou decisão judicial que ordena a execução forçada de um acordo restritivo) relativamente a um acordo que a Comissão proíbe;
- 2) Uma autoridade proíbe um acordo ou um tribunal não dá execução a um acordo relativamente ao qual a Comissão adoptou uma abordagem positiva (recusa da denúncia contra esse acordo ou decisão positiva).

102. Em primeiro lugar é necessário realçar o facto de a aplicação paralela das regras comunitárias de concorrência existir desde 1972 no que se refere ao n.º 1 do artigo 85.º e ao artigo 86.º e de apenas ter suscitado um número reduzido de problemas. Os princípios de solução são com efeito os seguintes:

- 1) Quando a Comissão dá início a um processo ou *a fortiori* adoptou uma decisão tornada definitiva, o Tribunal decidiu no Processo Delimitis⁽⁶¹⁾, que o tribunal nacional tem a obrigação de evitar conflitos de decisões, se necessário suspendendo o seu procedimento para solicitar informações à Comissão ou introduzindo um recurso a título prejudicial nos termos do artigo 177.º do Tratado; este princípio pode ser transposto por analogia para as autoridades de concorrência nacionais que não podem todavia introduzir um recurso a título prejudicial nos termos do artigo 177.º;

⁽⁶⁰⁾ Ver acórdão do Tribunal de Justiça de 13 de Fevereiro de 1969, proferido no processo 14/68, Walt Wilhelm (Col. 1969, p. 1).

⁽⁶¹⁾ Acórdão citado na nota 38.

- 2) Quando uma autoridade nacional adopta uma decisão positiva tornada definitiva ou quando um tribunal profere uma decisão «positiva» (por exemplo, recusa da denúncia devido ao facto de o acordo preencher as condições do n.º 3 do artigo 85.º) tornada definitiva, a Comissão pode sempre intervir e proibir o acordo, sob reserva do princípio *da res judicata* no que se refere a litígios entre as partes julgados definitivamente;

- 3) Quando uma autoridade ou tribunal nacional profere uma decisão adoptando uma posição definitiva relativamente a um acordo, a Comissão considera normalmente que não pode intervir de outra forma a não ser perante o Tribunal de Justiça no âmbito de um eventual recurso a título prejudicial nos termos do artigo 177.º;

- 4) Enquanto uma decisão de uma autoridade ou de um tribunal nacional ainda não se tiver tornado definitiva, a Comissão pode a qualquer altura adoptar uma decisão contrária. Neste caso, a obrigação de evitar conflitos de decisão incumbe à instância de recurso.

103. Estes princípios de solução deverão permitir resolver os conflitos susceptíveis de ocorrer entre as diferentes instâncias que aplicam o direito comunitário da concorrência. Contudo, será desejável instituir mecanismos específicos a fim de evitar estes conflitos. Poderá igualmente revelar-se necessário reforçar o princípio segundo o qual a aplicação do direito nacional ou comunitário da concorrência pelas autoridades ou tribunais nacionais deve ser coerente com a aplicação do direito comunitário da concorrência pela Comissão, sob o controlo do Tribunal de Justiça.

2. *Mecanismos de informação e de cooperação*

104. A fim de assegurar a coerência da aplicação das regras e a unicidade da política de concorrência, existem já no direito comunitário dois instrumentos principais: os artigos 169.º e 177.º do Tratado. O artigo 169.º do Tratado permite que a Comissão recorra ao Tribunal de Justiça em casos de infracção às regras comunitárias por parte dos Estados-Membros, enquanto o artigo 177.º obriga os órgãos jurisdicionais que deliberam em última instância e que se vêem confrontados com um problema de interpretação do direito comunitário, a colocarem uma questão a título prejudicial ao Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias. Estes dois procedimentos são certamente eficazes mas podem revelar-se muito lentos para manter ou restabelecer a coerência da política de concorrência que requer uma cooperação quotidiana entre

as autoridades competentes. É necessário criar mecanismos flexíveis e rápidos de informação e de cooperação entre as autoridades de concorrência, os tribunais e a Comissão.

105. No que se refere às autoridades de concorrência, propõe-se que seja prevista no Regulamento n.º 17 alterado uma obrigação de informação da Comissão dos casos de aplicação dos artigos 85.º e 86.º por parte das autoridades de concorrência dos Estados-Membros, paralela à que existe para a Comissão nos termos do artigo 10.º do actual regulamento⁽⁶²⁾. Esta informação deverá ser comunicada quando é dado início ao processo e antes do seu encerramento. A Comissão deverá igualmente ser informada caso uma autoridade tencione retirar o benefício de um regulamento de isenção. Graças a esta informação e aos intercâmbios que poderão ocorrer com as autoridades nacionais, a coerência da política de concorrência deverá poder ser garantida sem que seja necessário recorrer a mecanismos autoritários de resolução de conflitos na aplicação do direito comunitário. A Comissão manterá contudo a possibilidade de retirar competência às autoridades de concorrência através da aplicação de um mecanismo equivalente ao n.º 3 do artigo 9.º do actual Regulamento n.º 17. Por forma a garantir a coerência entre os procedimentos ao abrigo do direito comunitário e os procedimentos ao abrigo do direito nacional, será necessário prever igualmente uma obrigação das autoridades nacionais de informar a Comissão, por sua própria iniciativa ou a pedido desta, dos processos que estão a instruir em aplicação do direito nacional e que são susceptíveis de terem consequências sobre os processos comunitários.

106. É evidente que no âmbito do funcionamento da rede entre a Comissão e os Estados-Membros, o Comité Consultivo em matéria de acordos, decisões e práticas concertadas e de posições dominantes verá, necessariamente, o seu papel reforçado. Tornar-se-á com efeito uma verdadeira instância no âmbito da qual serão debatidos os casos importantes, independentemente da autoridade de concorrência que os trate. Assim, continuará a ser consultado nas mesmas condições que actualmente sobre os projectos legislativos e de decisão da Comissão, mas poderá prever-se que a Comissão, por sua própria iniciativa ou a pedido de um Estado-Membro, inscreva na ordem de trabalhos de uma reunião do Comité um processo de aplicação do direito comunitário por parte de uma autoridade de concorrência, para emissão de um parecer. No âmbito da estratégia de pré-adesão, a Comissão concederá uma atenção especial à evolução da concorrência

nos países candidatos e fornecerá uma assistência reforçada às respectivas autoridades nacionais da concorrência.

107. No que se refere aos tribunais nacionais, a fim de garantir que esta descentralização da aplicação das regras preserve a coerência da sua interpretação, e por forma a apoiar os tribunais no exercício da sua função, é necessário instaurar mecanismos de cooperação entre a Comissão e os órgãos jurisdicionais. Em primeiro lugar, é essencial que a Comissão possa ser informada dos processos de aplicação dos artigos 85.º e 86.º do Tratado pendentes perante os tribunais, a fim de detectar eventuais dificuldades de interpretação dos textos ou lacunas do quadro legislativo. Prevê-se assim incluir no texto do regulamento, uma obrigação no sentido de o tribunal fornecer tal informação. Aliás, existe já uma obrigação semelhante, por exemplo no direito alemão⁽⁶³⁾. Por outro lado, será necessário que a Comissão, sob reserva de acordo do tribunal em que o processo corre, possa intervir nos processos judiciais de que tem conhecimento graças à informação desta forma transmitida pelos tribunais. Uma tal intervenção, na qualidade de *amicus curiae*, poderá contribuir eficazmente para a manutenção da coerência da aplicação das regras de direito. Consequentemente, prevê-se a introdução, no regulamento, de uma disposição específica para o efeito. Por último, prevê-se utilizar no Regulamento n.º 17 alterado as regras que figuram na actual comunicação da Comissão, acima citada, sobre a cooperação com os tribunais nacionais, nas situações em que preveja a possibilidade de os tribunais se dirigirem à Comissão, durante o processo, para lhe solicitar informações de ordem processual, jurídica ou económica. Por outro lado, convém lembrar que em alguns Estados-Membros já existe uma forma de cooperação entre os tribunais que julgam problemas de concorrência e as autoridades de concorrência (ver, por exemplo, a possibilidade de intervenção do Bkarta, na Alemanha, e as «*expertises*» do Conselho da Concorrência, em França).

III. Reforço do controlo *a posteriori*

108. A adopção de um sistema de excepção legal deverá ter como corolário indispensável o reforço do controlo *a posteriori* do respeito das regras de concor-

⁽⁶²⁾ Na Alemanha, o n.º 50(3) do Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), com a redacção que lhe foi dada pela sua sexta alteração (que entrou em vigor em 1 de Janeiro de 1999) prevê já a informação da Comissão no que se refere aos casos de aplicação do direito comunitário, por forma a permitir-lhe tomar uma posição.

⁽⁶³⁾ O ponto 96 em articulação com o ponto 90 do GWB obriga os órgãos jurisdicionais a informar o Bundeskartellamt dos processos em que é aplicado o direito comunitário.

rência. Na reforma proposta, os poderes de investigação da Comissão deverão ser reforçados, a apresentação de denúncias deverá ser facilitada e o regime de sanções deverá ser adaptado.

A. REFORÇO DOS MEIOS DE INVESTIGAÇÃO

109. Para que a Comissão possa lutar eficazmente contra as restrições de concorrência ocultas, é necessário não só que possa consagrar os seus recursos à instrução das denúncias e de processos oficiosos, mas e igualmente importante aumentar os seus poderes de investigação.

110. Actualmente, quando a Comissão pretende efectuar verificações nos termos do n.º 3 do artigo 14.º, as autoridades nacionais de concorrência que lhe prestam assistência devem, na maior parte dos Estados-Membros⁽⁶⁴⁾, obter uma autorização judicial a fim de ultrapassar uma eventual oposição por parte da empresa⁽⁶⁵⁾. Nos processos que implicam diversas empresas, devem normalmente ser efectuadas verificações simultaneamente em diversos Estados-Membros e estas autorizações devem, assim, ser solicitadas a diversos tribunais cuja competência se limita ao controlo da autenticidade da decisão e do carácter não arbitrário nem excessivo da verificação prevista⁽⁶⁶⁾.

111. A fim de garantir a simultaneidade e a coerência das verificações e de reforçar as garantias oferecidas às empresas que a elas estão sujeitas, existem diversas opções. Em primeiro lugar seria possível centralizar este controlo judicial confiando-o a um órgão jurisdicional comunitário. Esta solução, que protege os direitos das empresas objecto das verificações, teria o mérito de simplificar consideravelmente os processos de verificação e de solucionar definitivamente os pro-

blemas de incoerência e de falta de simultaneidade. Uma outra opção possível consistiria em harmonizar e simplificar os direitos nacionais processuais por forma a garantir a entrega rápida e simultânea das decisões nos Estados em que são necessárias. Esta segunda via é muito mais delicada e pressupõe alterações profundas do direito processual judicial em certos Estados-Membros.

112. O direito, para os agentes mandatados da Comissão, de colocar durante as verificações questões orais aos representantes ou aos colaboradores das empresas, para além daquelas que se relacionam directamente com os documentos que se encontram na empresa, foi por vezes contestado e o dispositivo de sanções administrativas aplicáveis à entrega de informações inexactas apresenta uma lacuna a este respeito.

113. Prevê-se assim alterar o artigo 14.º do Regulamento n.º 17 por forma a estabelecer sem ambiguidade que durante uma verificação os agentes mandatados da Comissão dispõem de poderes para colocar qualquer questão oral aos representantes e aos colaboradores da empresa, desde que o objecto destas questões se justifique e se relacione com o objecto da verificação, bem como para exigir uma resposta exacta e completa. Poderia ser igualmente introduzida uma disposição complementar que precisaria que os agentes mandatados estão habilitados a elaborar autos que registem as respostas fornecidas durante as verificações. Estes autos seriam apensos ao processo e poderiam ser utilizados na sequência do mesmo. Através desta nova disposição as respostas dadas durante as verificações passam a estar sujeitas ao regime de sanções relativo ao fornecimento de informações inexactas.

114. Além disso, a fim de reforçar a eficácia dos seus meios de investigação, a Comissão deveria ter poderes para convocar, para as instalações da Comissão, qualquer pessoa susceptível de fornecer informações úteis à sua investigação a fim de recolher através de auto as suas declarações⁽⁶⁷⁾. Esta possibilidade poderia ser utilizada em relação às empresas objecto do processo: tratar-se-ia de certo modo de um complemento ao artigo 14.º que permitiria nomeadamente interrogar pessoas que não estivessem presentes na empresa aquando da verificação. Poderia também ser aplicada relativamente aos autores das denúncias ou a terceiros.

⁽⁶⁴⁾ Bélgica, Dinamarca, França, Alemanha, Grécia, Irlanda, Luxemburgo, Portugal, Espanha e Reino Unido.

⁽⁶⁵⁾ Esta situação resulta da jurisprudência Hoechst (acórdão do Tribunal de Justiça de 21 de Setembro de 1989, proferido nos processos apensos 46/87 e 227/88, Hoechst/Comissão das Comunidades Europeias, Col. 1989, p. 2859) que deixa ao direito nacional a tarefa de definir as modalidades processuais adequadas para garantir o respeito dos direitos das empresas.

⁽⁶⁶⁾ Acórdão do Tribunal de Justiça de 21 de Setembro de 1989, proferido nos processos apensos 46/87 e 227/87, Hoechst AG/Comissão das Comunidades Europeias (Col. 1989, p. 2859, fundamento 35).

⁽⁶⁷⁾ A maior parte das legislações nacionais em matéria de concorrência confere às autoridades poderes para convocar as pessoas susceptíveis de fornecer informações úteis à investigação. É o que acontece nomeadamente com os direitos belga, francês e alemão.

115. Num sistema de excepção legal, a detecção das infracções basear-se-á em grande parte na vigilância dos mercados. O instrumento dos inquéritos sectoriais foi muito raramente utilizado desde 1972 mas revestir-se-á neste novo contexto de uma maior importância. Consequentemente, deverá ser mantido o actual dispositivo.

116. A experiência revela que os pedidos de informação da Comissão às empresas nos termos do artigo 11.º, não levantam dificuldades importantes. O princípio segundo o qual as empresas estão obrigadas a responder foi muitas vezes recordado pelo Tribunal de Justiça que apenas admitiu uma excepção no que se refere às questões directamente incriminatórias⁽⁶⁸⁾. Os procedimentos sancionatórios em caso de resposta inexacta ou incompleta são eficazes. O único aspecto que merece referência neste contexto diz respeito ao n.º 4 do artigo 11.º que estabelece que são obrigados a fornecer as informações pedidas os titulares das empresas ou seus representantes e, no caso de pessoas colectivas, de sociedades ou de associações sem personalidade jurídica, as pessoas encarregadas de as representar, segundo a lei ou os estatutos. Ora, uma redacção desta natureza impede que os advogados devidamente mandatados possam responder em nome do seu cliente embora, muito frequentemente, sejam estes mesmos advogados que estão encarregues da redacção formal das respostas fornecidas aos pedidos de informações da Comissão. Prevê-se assim alterar a redacção do artigo 11.º, a fim de permitir aos advogados devidamente mandatados responderem em nome dos seus clientes quando estes o desejem.

B. MAIOR IMPORTÂNCIA DAS DENÚNCIAS NO NOVO SISTEMA

117. As denúncias formais representam actualmente perto de 30 % dos processos novos que são apresentados à Comissão e os elementos transmitidos à Comissão de forma informal estão na origem da maior parte dos processos oficiosos. As informações que são transmitidas à Comissão neste âmbito são preciosas para a detecção das infracções às regras de concorrência. É portanto necessário garantir que qualquer pessoa, singular ou colectiva, que identifique uma prática concorrencial susceptível de ser abrangida *prima facie* pelos artigos 85.º ou 86.º do Tratado e que possa comprovar um interesse legítimo, continue a ter o direito de apresentar uma denúncia à Comissão.

118. No âmbito da concentração da actividade da Comissão na luta contra as restrições mais graves, as

denúncias vão adquirir uma importância ainda maior que a que têm actualmente. Por este motivo, o novo regime deverá facilitar a apresentação de denúncias. Há uma série de medidas que poderiam contribuir para incentivar as vítimas de infracção a dirigirem-se à Comissão. Poder-se-ia tratar, nomeadamente, da publicação de uma comunicação explicativa sobre as denúncias por parte da Comissão, da introdução de prazos de tratamento, da simplificação do processo de recusa da denúncia e da adopção de disposições relativas às medidas provisórias.

119. A Comissão deveria melhorar a informação dos potenciais autores de denúncias sobre as modalidades da sua acção. Uma vez que a jurisprudência reconheceu à Comissão a possibilidade de determinar prioridades na repressão das infracções, tomando em consideração a noção de interesse comunitário suficiente⁽⁶⁹⁾, parece ser hoje necessário precisar esta noção numa comunicação, por forma a que os autores das denúncias possam determinar mais facilmente a que instância nacional ou comunitária devem apresentar o seu pedido. Esta comunicação poderia orientar os autores das denúncias na escolha da instância à qual se devem dirigir. Assim, uma empresa que seja parte num litígio contratual evidente, cuja solução não implique uma investigação especial, terá interesse em dirigir-se a um tribunal nacional. A vítima de um acordo ocultado em relação ao qual as provas da sua existência possam ser reunidas num só Estado-Membro, deverá dirigir-se à autoridade de concorrência desse Estado-Membro. Nos casos em que sejam necessárias medidas de investigação em vários Estados-Membros, os autores das denúncias deverão obviamente dirigir-se à Comissão. Uma tal comunicação sobre as denúncias deverá indicar, além disso, o que os autores das denúncias podem esperar de uma intervenção da Comissão, ou seja, uma decisão válida *erga omnes* de pôr termo a um comportamento, sem concessão de indemnizações. Deverá igualmente auxiliar a redigir o pedido, indicando nomeadamente aos autores das denúncias quais as informações de que a Comissão normalmente necessita para comprovar a existência de uma infracção. Por último, deverá recordar o rigor da Comissão na aplicação de coimas relativamente às empresas que utilizaram medidas de retaliação contra os autores das denúncias.

120. Actualmente, a Comissão está apenas sujeita à obrigação de examinar, num prazo razoável, as denúncias que lhe são apresentadas. Ora, os autores das denúncias que se consideram vítimas de uma infracção às regras de concorrência comunitárias têm necessidade de saber rapidamente se a Comissão vai instruir a sua denúncia, ou seja, se vai proceder a verificações

⁽⁶⁸⁾ Acórdão do Tribunal de Justiça de 18 de Outubro de 1989, proferido no processo 374/87, Orkem/Comissão das Comunidades Europeias (Col. 1989, p. 3283).

⁽⁶⁹⁾ Acórdão do Tribunal de Justiça de 18 de Setembro de 1992, proferido no processo T-24/90, Automec Srl/Comissão das Comunidades Europeias (Col. 1992, p. II-2223).

ou a pedidos de informações a fim de comprovar a existência das práticas contestadas ou se tem a intenção de recusar a denúncia alegando que o seu autor não tem, ele próprio, qualquer interesse legítimo no processo, que a denúncia não está fundamentada ou que não se reveste de interesse comunitário. No último caso, é imperativo que o autor da denúncia possa rapidamente dirigir-se à autoridade de concorrência nacional ou ao tribunal que poderá dar seguimento ao seu pedido. Prevê-se a fixação de um prazo de quatro meses, no termo do qual a Comissão terá a obrigação de informar o autor da denúncia do seguimento que tenciona dar ao seu pedido. Na hipótese de não tencionar prosseguir a instrução da denúncia, a Comissão dirigirá ao seu autor uma carta fundamentada, informando-o do arquivamento do processo. Esta carta será susceptível de recurso perante o Tribunal de Primeira Instância. Caso considere que são necessárias medidas de instrução, a Comissão deverá igualmente informar o autor da denúncia no mesmo prazo de quatro meses, sem que tal prejudique a sequência do processo. Se após uma instrução mais pormenorizada, que não deve exceder um prazo razoável⁽⁷⁰⁾, a Comissão considerar não poder dar seguimento à denúncia, deverá igualmente dar do facto conhecimento ao seu autor através de uma carta fundamentada.

121. O actual processo está sobrecarregado pela obrigação de dirigir ao autor da denúncia uma carta em que é exposta a posição provisória da Comissão [carta nos termos do artigo 6.º do Regulamento (CE) n.º 2842/98⁽⁷¹⁾], pela necessidade de aguardar a recepção das suas observações e pela adopção de uma decisão formal. Este processo é extremamente pesado e mobiliza uma parte importante dos recursos da Comissão. Neste contexto, convém notar que as decisões de recusa da denúncia corresponderam a mais de metade do total das decisões formais da Comissão nos últimos anos. A introdução de um prazo de quatro meses deverá consequentemente ser acompanhada de uma simplificação do procedimento de recusa da denúncia e, em especial, de uma flexibilização na organização do processo contraditório.

122. Acontece muito frequentemente que os autores das denúncias acompanhem a sua denúncia de um pedido de medidas provisórias, a fim de pôr termo

sem demoras à infracção de que se consideram vítimas. Embora o Regulamento n.º 17 não confira explicitamente à Comissão o poder de ordenar tais medidas, a jurisprudência reconheceu-lhe competência para pronunciar medidas provisórias⁽⁷²⁾, com base numa verificação *prima facie* da infracção, em caso de urgência e quando existe o risco de um prejuízo grave e irreparável. Afigura-se hoje necessário inscrever no Regulamento n.º 17 não só as condições de concessão de medidas provisórias, mas também o procedimento para a sua adopção e a duração da sua validade. A prática actual revelou ser eficaz.

C. AS SANÇÕES

123. O n.º 2 do artigo 15.º do Regulamento n.º 17 estabelece que a Comissão pode aplicar coimas cujo montante pode atingir 10 % do volume de negócios realizado durante o exercício social anterior por cada uma das empresas que tenha participado numa infracção ao n.º 1 do artigo 85.º e ao artigo 86.º. A política da Comissão em matéria de coimas foi progressivamente clarificada através da prática decisória, das orientações relativas ao cálculo das coimas aplicadas nos termos do n.º 2 do artigo 15.º do Regulamento n.º 17 e do n.º 5 do artigo 65.º do Tratado CECA⁽⁷³⁾ e por último, da comunicação sobre a não aplicação ou a redução de coimas nos processos relativos a acordos, decisões e práticas concertadas⁽⁷⁴⁾. Não se prevê uma alteração deste montante máximo, que se considera adequado. A adopção de um sistema de excepção legal implica em contrapartida a supressão da imunidade de coimas ligada à notificação, uma vez que esta última irá desaparecer. Este facto vem reforçar o efeito útil da proibição e, consequentemente, o carácter preventivo da regra de proibição.

124. As coimas relativas aos aspectos processuais necessitam de uma adaptação. Actualmente, o Regulamento n.º 17 sanciona com uma coima de 100 a 1 000 EUR o facto de uma empresa fornecer informações inexactas ou apresentar de forma incompleta os documentos solicitados aquando de uma verificação. Estes montantes não foram revistos desde 1962 e afixados

⁽⁷⁰⁾ Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 22 de Outubro de 1997, proferido nos processos T-213/95 e T-18/96 SCK e FNK/Comissão das Comunidades Europeias (Col. 1997, II-1739) e acórdão do Tribunal de Justiça de 17 de Dezembro de 1998, proferido no processo C-185/95 Baustahlgewebe GmbH/Comissão das Comunidades Europeias (ainda não publicado na Colectânea).

⁽⁷¹⁾ Regulamento (CE) n.º 2842/98 da Comissão, de 22 de Dezembro de 1998, relativo às audições dos interessados directos em certos processos, nos termos dos artigos 85.º e 86.º do Tratado CE (JO L 354 de 30.12.1998, p. 18).

⁽⁷²⁾ Despacho do Tribunal de Justiça de 17 de Janeiro de 1980, proferido no processo 792/79R, Camera Care Ltd/Comissão das Comunidades Europeias (Col. 1980, p. 119).

⁽⁷³⁾ JO C 9 de 14.1.1998, p. 3.

⁽⁷⁴⁾ JO C 207 de 18.7.1996, p. 4.

guram-se hoje demasiado reduzidos para exercer um verdadeiro efeito dissuasor. Prevê-se um alinhamento com o Regulamento (CEE) n.º 4064/89⁽⁷⁵⁾, cujas disposições correspondentes prevêem coimas de 1 000 a 50 000 EUR em situações semelhantes.

125. O mesmo acontece no que se refere aos montantes das sanções pecuniárias compulsórias susceptíveis de serem aplicadas a uma empresa que não apresenta as informações solicitadas através de decisão ou se recusa a submeter-se a uma verificação nos termos do n.º 3 do artigo 14.º As disposições correspondentes do regulamento relativo ao controlo das concentrações prevêem sanções pecuniárias compulsórias num montante máximo de 25 000 EUR. O novo regulamento de aplicação dos artigos 85.º e 86.º poderá adoptar este montante.

126. O Regulamento (CEE) n.º 4064/89 prevê uma segunda categoria de sanções pecuniárias compulsórias susceptíveis de serem aplicadas às empresas que não executam uma obrigação imposta através de decisão (n.º 2 do artigo 15.º). O montante máximo destas sanções pecuniárias compulsórias é de 100 000 euros. Existe uma certa semelhança entre as obrigações susceptíveis de serem impostas às empresas no âmbito da autorização de uma operação de concentração e as decisões de aceitação de compromissos que se prevê criar. Por este motivo, com base no Regulamento (CEE) n.º 4064/89, poderá ser criada uma segunda categoria de sanções pecuniárias compulsórias.

127. Quando as coimas são aplicadas a associações de empresas, o volume de negócios a tomar em consideração é o das empresas que sejam membros da associação. Contudo, o artigo 15.º do Regulamento n.º 17 não prevê o princípio da responsabilidade solidária dos membros da associação, o que poderá impedir proceder à cobrança da coima⁽⁷⁶⁾.

128. Prevê-se assim que o texto do novo regulamento de aplicação dos artigos 85.º e 86.º do Tratado estabeleça que quando uma infracção é imputável a uma associação de empresas, as empresas que sejam membros desta associação na data em que a infracção foi cometida, são solidariamente responsáveis pelo pagamento da coima. A fim de proteger os direitos da defesa dos membros da associação, esta

reforma implica que as empresas sejam informadas do início do processo e, nomeadamente, do envio de uma comunicação de acusações através de publicação no *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*. A associação fornecerá mais amplas informações aos membros que o solicitarem.

IV. Transição para o regime de excepção legal

129. Na data da entrada em vigor do novo regulamento de aplicação dos artigos 85.º e 86.º do Tratado, existirá um certo número de notificações pendentes na Comissão, apresentadas pelas empresas a fim de beneficiarem do n.º 3 do artigo 85.º Ora, no novo sistema, o artigo 85.º será directamente aplicável no seu conjunto: a licitude dos acordos deixará de estar condicionada pela existência de uma decisão da Comissão. Consequentemente, todas as notificações pendentes caducarão. No período compreendido entre a publicação do presente Livro Branco e a entrada em vigor do novo regulamento, a Comissão prosseguirá a sua actividade de isenção ao mesmo ritmo e segundo as mesmas modalidades que até à data.

V. Regras sectoriais

130. No que se refere ao sector agrícola, o artigo 42.º do Tratado estabelece que as disposições do capítulo relativo às regras de concorrência só são aplicáveis à produção e ao comércio dos produtos agrícolas na medida em que tal seja determinado pelo Conselho. Foi o Regulamento n.º 26 de 4 de Abril de 1962⁽⁷⁷⁾ que tornou as disposições dos artigos 85.º a 90.º do Tratado aplicáveis ao sector agrícola. Este texto consagra no seu artigo 1.º a aplicabilidade dos artigos do Tratado e das disposições adoptadas para a sua aplicação, incluindo o Regulamento n.º 17, à produção e ao comércio dos produtos agrícolas. Resulta da remissão efectuada pelo artigo 1.º para as regras de aplicação dos artigos 85.º e 86.º que as alterações do Regulamento n.º 17 se aplicarão automaticamente ao sector agrícola. As excepções específicas previstas pelo artigo 2.º do Regulamento n.º 26 não serão afectadas e a Comissão conserva a competência exclusiva para a sua aplicação.

⁽⁷⁵⁾ Regulamento (CEE) n.º 4064/89 supracitado.

⁽⁷⁶⁾ Este problema colocou-se nomeadamente no âmbito dos processos T-213/95 e T-18/96, SCK e FNK/Comissão (Colectânea 1997, p. II-1739).

⁽⁷⁷⁾ JO 30 de 20.4.1962, p. 993/62.

131. No sector dos transportes, as regras de concorrência aplicadas são idênticas às aplicadas noutros sectores⁽⁷⁸⁾, as restrições da concorrência e os mercados são definidos de forma idêntica. Não existe assim qualquer razão para não submeter os regulamentos relativos aos transportes⁽⁷⁹⁾ às mesmas reformas que as aplicadas ao Regulamento n.º 17, devendo as reformas previstas do Regulamento n.º 17 igualmente aplicar-se aos regulamentos relativos aos transportes.

132. Todavia, os Regulamentos «transportes», (CEE) n.º 1017/68 (transportes ferroviários, rodoviários e por via navegável), (CEE) n.º 4056/86 (transportes marítimos) e (CEE) n.º 3975/87 (transportes aéreos) contêm igualmente disposições complementares que não se encontram no Regulamento n.º 17. Trata-se por um lado das isenções por categoria⁽⁸⁰⁾ e, por outro, de disposições processuais específicas⁽⁸¹⁾. As principais diferenças processuais poderão ser resumidas da seguinte forma:

- 1) A Comissão pode conceder uma isenção sem ter recebido uma notificação (por exemplo na sequência de uma denúncia ou por sua própria iniciativa);
- 2) Regulamento (CEE) n.º 1017/68 contém uma cláusula relativa aos cartéis de crise;
- 3) Nos regulamentos de transportes terrestres e marítimos não existe qualquer disposição específica relativa aos certificados negativos;

⁽⁷⁸⁾ Acórdão do Tribunal de Justiça de 4 de Abril de 1974, proferido no processo 167/73, Comissão das Comunidades Europeias/República Francesa (Col. 1974, p. 359, ponto 32); acórdão do Tribunal de Justiça de 30 de Abril de 1986, proferido nos processos apensos 209 a 213/84, Ministério Público/Lucas Asjes e outros (Col. 1986, p. 1425, pontos 42 a 45); acórdão do Tribunal de Justiça de 11 de Abril de 1989, proferido no processo 66/86, Ahmed Saeed e Silver Line Reisebüro GmbH/Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e. V. (Col. 1989, p. 803, pontos 32 e 33).

⁽⁷⁹⁾ Regulamento (CEE) n.º 1017/68 do Conselho, de 19 de Julho de 1968, relativo à aplicação de regras de concorrência nos sectores dos transportes ferroviários, rodoviários e por via navegável (JO L 175 de 23.7.1968, p. 1); Regulamento (CEE) n.º 4056/86 do Conselho, de 22 de Dezembro de 1986, que determina as regras de aplicação aos transportes marítimos dos artigos 85.º e 86.º do Tratado (JO L 378 de 31.12.1986, p. 4); Regulamento CEE n.º 3975/87 do Conselho, de 14 de Dezembro de 1987, que estabelece o procedimento relativo às regras de concorrência aplicáveis às empresas do sector dos transportes aéreos (JO L 374 de 31.12.1987, p. 1).

⁽⁸⁰⁾ Nomeadamente os artigos 4.º, 6.º, 9.º e 14.º do Regulamento (CEE) n.º 1017/68 e os artigos 1.º, 3.º, 4.º, 5.º, 6.º e 8.º do Regulamento (CEE) n.º 4056/86.

⁽⁸¹⁾ Nomeadamente artigos 17.º e 18.º do Regulamento (CEE) n.º 1017/68 e artigo 9.º do Regulamento (CEE) n.º 4056/86.

4) Os regulamentos de transportes incluem procedimentos de oposição. No âmbito destes procedimentos, é publicado no *Jornal Oficial das Comunidades Europeias* um resumo do pedido de isenção e os terceiros são convidados a apresentar as suas observações: os acordos notificados são considerados como legalmente isentos durante um período específico, salvo se a Comissão se opuser num prazo de 90 dias após a publicação;

5) Regulamento (CEE) n.º 3975/87 inclui um regime específico relativo à aplicação de medidas provisórias;

6) Regulamento (CEE) n.º 4056/86 transportes marítimos tem uma dupla base jurídica — n.º 2 do artigo 84.º e artigo 87.º do Tratado CE — e uma cláusula específica relativa aos conflitos de direito com países terceiros. O Regulamento (CEE) n.º 1017/68 transportes ferroviários, rodoviários, vias navegáveis baseia-se nos artigos 75.º e 87.º;

7) No Regulamento (CEE) n.º 1017/68, a Comissão só pode adoptar uma decisão depois de decorrido o prazo mínimo de 20 dias a contar da data da reunião do Comité Consultivo. Permite-se assim que os Estados-Membros solicitem a convocação do Conselho para examinar se o processo em causa levanta questões de princípio. Nesse caso, a Comissão deverá tomar em consideração na sua decisão as orientações do Conselho;

8) Os serviços marítimos de *tramp* e o transporte aéreo internacional entre a Comunidade e os países terceiros continuam sujeitos ao regime transitório do artigo 89.º

133. É indubitável que as diferenças processuais entre os regulamentos de transportes e o Regulamento n.º 17 reflectem as preocupações políticas que existiam na altura da sua adopção. O Regulamento (CEE) n.º 1017/68, em especial, foi o primeiro regulamento de aplicação das regras de concorrência no domínio dos transportes e foi adoptado antes da confirmação expressa pelo Tribunal de Justiça de que as regras de concorrência se aplicavam ao sector dos transportes. Desde a adopção dos diferentes regulamentos «transportes» assistiu-se a uma grande evolução na liberalização dos sectores aéreo e ferroviário; o transporte marítimo foi liberalizado desde há muito. As preocupações específicas destes sectores desapareceram em grande medida.

134. A aplicação ao sector dos transportes das regras processuais do Regulamento n.º 17 alterado irá

suprimir automaticamente as cinco primeiras diferenças acima citadas. No que se refere às outras diferenças, prevê-se a adopção das medidas seguintes:

- 1) Uma vez que nunca foram utilizadas, não existem motivos para preservar as duplas bases legais dos Regulamentos (CEE) n.º 1017/68 e (CEE) n.º 4056/86;
- 2) A possibilidade deixada ao Conselho de intervir na sequência da reunião do Comité Consultivo em processos individuais nunca foi utilizada e deverá ser suprimida, nos termos da Decisão 87/373/CEE do Conselho, de 13 de Julho de 1987, que fixa as

modalidades de exercício da competência de execução atribuída à Comissão;

- 3) O regulamento que substituirá o Regulamento n.º 17 deverá estabelecer de forma clara que não abrange os serviços marítimos de *tramp* nem o transporte aéreo internacional entre a Comunidade e países terceiros.

135. Os acordos actualmente sujeitos ao regime do artigo 65.º do Tratado CECA serão igualmente abrangidos pelo âmbito de aplicação do futuro regulamento de execução dos artigos 85.º e 86.º do Tratado, em Julho de 2002, data da cessação do Tratado CECA.

CONCLUSÃO

136. A política de concorrência ocupa um lugar primordial na perspectiva da integração económica desejada pelos textos iniciais e o destaque reservado às «regras de concorrência» na parte do Tratado intitulada «Política da Comunidade» não se deve a um acaso. A importância concedida ao direito derivado relativamente aos tratados constitutivos revela indubitavelmente que os autores do Tratado estavam conscientes da necessidade de adaptar as regras de aplicação da política de concorrência aos progressos importantes da vida económica, do mundo empresarial e da dimensão geográfica da Europa. Após mais de 35 anos de aplicação do Regulamento n.º 17, um número importante de disposições de aplicação das regras de concorrência já deixou, manifestamente, de estar adaptado à evolução objectiva do mundo dos negócios e aos imperativos de uma Comunidade alargada destinada a registar ainda outras adesões, cujos mercados nacionais estão já amplamente integrados.

137. As considerações que levaram em 1962 à adopção de um regime centralizado de autorização não têm hoje o mesmo peso: as autoridades de concorrência comunitárias e nacionais estão agora familiarizadas com a aplicação de um direito da concorrência que a prática decisória da Comissão, a jurisprudência e os textos legislativos vieram precisar e clarificar. A perspectiva da conclusão da União Económica e Monetária e do alargamento exige igualmente a reforma de um sistema que havia sido concebido por uma Comunidade de seis Estados-Membros.

138. O presente Livro Branco expõe as reflexões da Comissão e descreve o sistema que esta considera mais adaptado à União no limiar do século XXI. Este sis-

tema basear-se-á em três pilares: a supressão do regime de autorização e de notificação e a adopção de um regime de excepção legal, o desenvolvimento da aplicação descentralizada das regras de concorrência e o reforço do controlo *a posteriori*. A Comissão está convicta de que apenas uma reforma profunda do actual sistema, com base nos princípios essenciais da sua proposta descrita no Livro Branco, poderá assegurar uma aplicação eficaz das regras de concorrência em toda a Comunidade, diminuindo ao máximo o peso administrativo que recai sobre as empresas e garantindo-lhes um nível satisfatório de segurança jurídica.

139. A aplicação desta reforma implicará profundas alterações não só do Regulamento n.º 17 mas também dos regulamentos «transportes» e dos instrumentos adoptados em execução destes regulamentos. Deverá igualmente ser acompanhada de um reforço do quadro legislativo, já a decorrer através da alteração das regras aplicáveis às restrições verticais e de um estudo relativo aos acordos de cooperação horizontal.

140. O presente Livro Branco deverá constituir o ponto de partida de um amplo debate entre a Comissão, os Estados-Membros e as partes interessadas. A Comissão deseja receber observações sobre todas as opções discutidas e todos os aspectos da reforma proposta neste documento.

141. Todas as observações relativas a este Livro Branco deverão ser dirigidas até 30 de Setembro de 1999:

— Por correio, para o seguinte endereço:

Direcção-Geral da Concorrência,
Comissão Europeia,
Livro Branco sobre a modernização,
C 150
Rue de la Loi/Wetstraat 200,
B-1049 Bruxelas

— Por correio electrónico:

modernisation@dg4.cec.be

142. O presente Livro Branco está também disponível em todas as línguas da Comunidade na World Wide Web no seguinte endereço: http://europa.eu.int/comm/dg04/entente/other.htm#dgiv_pdf_wb_modernisation
