

O JUIZ E A ECONOMIA — A INTENSIDADE DO CONTROLO JURISDICIONAL EM MATÉRIA DE CONCORRÊNCIA NA ORDEM JURÍDICA DA UNIÃO EUROPEIA

JOSÉ LUÍS DA CRUZ VILAÇA

Resumo: a questão da extensão e da intensidade do controlo jurisdicional no contexto da aplicação do direito da concorrência da União Europeia, quando estejam em causa apreciações complexas de natureza económica, reveste importância e dificuldade evidentes. Num domínio em que os conceitos económicos são omnipresentes, o Tribunal de Justiça da União Europeia sempre reconheceu a margem de apreciação de que a Comissão Europeia dispõe na aplicação das regras de concorrência do Tratado, no respeito das competências de cada instituição. Contudo, esta margem de apreciação não é ilimitada e o exercício pela Comissão Europeia dos seus poderes está sujeito a um escrutínio intenso por parte do Tribunal de Justiça e do Tribunal Geral. O grande desafio para o juiz é o de converter teorias económicas em critérios jurídicos sólidos, de modo a assegurar, tanto quanto possível, a clareza dos conceitos, a segurança jurídica na aplicação das regras e a previsibilidade da lei para todos os seus destinatários. Neste domínio, é imperioso encontrar um equilíbrio entre, por um lado, a margem de apreciação de que goza a administração e, por outro lado, o exercício pelo juiz dos seus poderes de controlo.

Palavras-chave: análise económica; controlo jurisdicional; direito da concorrência da União Europeia; margem de apreciação da Comissão Europeia; segurança jurídica.

INTRODUÇÃO*

1. Desde cedo que os autores dos Tratados se questionaram quanto ao alcance do controlo jurisdicional exercido pelo juiz da União no âmbito de apreciações factuais complexas.

Com efeito, esta questão não escapou aos autores do Tratado CEEA cujo artigo 33.º, inserido no capítulo consagrado ao Tribunal de Justiça (adiante

* O autor é Juiz do Tribunal de Justiça da União Europeia, presidente da 5.ª Secção, Luxemburgo; professor da Universidade Católica de Lisboa, Global School of Law. Foi Advogado-Geral do Tribunal de Justiça (1986-1988) e presidente do Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias após a sua instituição em 1989 (1989-1995). As opiniões expressas neste texto são estritamente pessoais e não vinculam, de modo algum, a instituição a que o autor pertence. Agradeço à minha assessora Carla Farinhas e à minha estagiária Margarida Robalo Cordeiro a colaboração que me deram na preparação deste artigo.

também «Tribunal») e relativo aos recursos de anulação, estatuiu que «o Tribunal não pode apreciar a situação decorrente dos factos ou circunstâncias económicas à luz da qual foram proferidas as decisões ou recomendações [da Alta Autoridade], exceto se a Alta Autoridade for acusada de desvio de poder ou de ter ignorado, de forma manifesta, as disposições do Tratado ou qualquer norma jurídica relativa à sua aplicação».

Essa referência foi subseqüentemente suprimida nas disposições correspondentes do Tratado CEE (artigo 173.º), do Tratado CE (artigo 230.º) e do Tratado FUE (artigo 263.º).

Foi a jurisprudência do Tribunal que se encarregou de assegurar a continuidade e de clarificar o regime aplicável ao abrigo das novas disposições, em particular no domínio da concorrência. Com efeito, este domínio caracteriza-se por uma forte presença (que podemos qualificar de «omnipresente») de questões económicas complexas, a requererem, por sua vez, apreciações igualmente complexas.

Esta característica e as dificuldades de apreciação que daí decorrem não são apanágio das matérias económicas. Com efeito, o Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias (atualmente o Tribunal Geral da União Europeia, doravante «Tribunal Geral») já o havia sublinhado no seu acórdão Microsoft de 2007¹, ao declarar que, quando a decisão da Comissão é o resultado de apreciações técnicas complexas, há que lhe conferir, do ponto de vista do controlo jurisdicional, um tratamento similar.

2. É verdade que, no que toca à apreciação de questões económicas complexas, o exercício intelectual que deve ser levado a cabo não diz apenas respeito à autoridade administrativa responsável pela supervisão da concorrência nos mercados ao nível europeu, a saber a Comissão Europeia, e ao juiz competente em matéria de controlo jurisdicional das decisões daquela.

Na realidade, este exercício começa logo ao nível do legislador da União que exprimiu no Tratado e nas disposições de direito derivado as suas escolhas fundamentais e as suas opções quanto aos diferentes regimes de aplicação possíveis.

3. A margem de apreciação de que o legislador comunitário fez uso revela-se, em primeiro lugar, na escolha do sistema de controlo a adotar.

Inicialmente concebido, no domínio das práticas anticoncorrenciais, segundo um modelo de controlo administrativo e centralizado, tal como definido no Regulamento n.º 17/62², o sistema comunitário de aplicação das regras de concorrência do Tratado foi substituído, 40 anos mais tarde, por um sistema descentralizado denominado de «exceção legal», instituído pelo Regulamento

¹ Acórdão do Tribunal Geral de 17.9.2007, Microsoft Corp/Comissão, T-201/04, EU:T:2007:289, n.ºs 87 e 88 e jurisprudência aí referida.

² Regulamento (CEE) n.º 17 do Conselho: Primeiro regulamento de execução dos artigos 85.º e 86.º do Tratado (JO 13 de 21.2.1962, p. 204).

n.º 1/2003³, que atribui às autoridades nacionais da concorrência e aos órgãos jurisdicionais dos Estados-membros um papel primordial.

Para além disso, se inicialmente o referido sistema se limitava quase exclusivamente (salvo em matéria de auxílios de Estado) a uma fiscalização *a posteriori* das práticas das empresas, o legislador comunitário⁴ acrescentou-lhe um regime de controlo prévio das operações de concentração.

4. Em segundo lugar, as opções do legislador concretizam-se em regimes substantivos e processuais específicos aplicáveis em cada um destes domínios.

Na prática, quando o legislador intervém, reduz, da mesma maneira, o alcance da margem de apreciação de que gozam as instituições responsáveis pela aplicação e o controlo do respeito das regras da concorrência. Estas instituições estão vinculadas às escolhas do legislador e o controlo jurisdicional torna-se, total ou parcialmente, um controlo estrito.

Tais escolhas refletem-se, desde logo, na determinação do tipo de infrações estabelecidas no Tratado. No direito da União, não há práticas anticoncorrenciais proibidas para além das previstas nos artigos 101.º e 102.º TFUE, com exceção, designadamente, de outras práticas consideradas ilícitas por algumas legislações nacionais da concorrência⁵.

O poder de determinação do legislador manifesta-se, de seguida, nas diferenças essenciais de estrutura e de redação destas duas disposições: a primeira proíbe os acordos ou práticas que tenham um objeto ou um efeito restritivo da concorrência (n.º 1), sob pena de nulidade (n.º 2) mas sem prejuízo da possibilidade de a proibição ser declarada inaplicável nas condições previstas no n.º 3; a outra disposição proíbe os abusos de posição dominante,

³ Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho, de 16 de dezembro de 2002, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81.º e 82.º do Tratado (JO L 1, 04.01.2003, p. 1).

⁴ Refiro-me ao 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, 30.12.1989, p. 1), que introduziu um mecanismo de controlo prévio das concentrações na ordem jurídica da União. Este Regulamento foi alterado pelo Regulamento (CE) n.º 1310/97 (JO L 180, 9.7.1997, p. 1) e, mais tarde, substituído pelo Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho, de 20 de janeiro de 2004, relativo ao controlo das concentrações de empresas (JO L 24, 29.1.2004, p. 1).

⁵ É o caso do «abuso de dependência económica», por vezes denominado «abuso de posição dominante relativa», conceito introduzido na legislação de alguns Estados-membros, nomeadamente na Alemanha, Espanha, França, Itália, Grécia e Portugal. O facto de este conceito dever ser qualificado como prática «antitrust» ou como prática de concorrência desleal é geralmente discutido pela doutrina jurídica dos referidos países. Veja-se, neste sentido, em Espanha, Ortiz Blanco, L. e Jiménez, R. L., «El abuso de la situación de dependencia económica en el derecho español» in Ortiz Blanco, L. et Jiménez, R. L. (eds.), *Derecho de la competencia europeo y español, Curso de Iniciación*, vol. 4, Dykinson, 2008; Díaz, M. Z., «El abuso de una situación de dependencia económica, ¿ilícito antitrust o ilícito desleal?», *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, vol. 26, 2005, pp. 339-377. Em Itália e França, ver Natali, C. L., «L'abuso di dipendenza economica nel sistema italiano e francese», *Contratti*, vol. 10, 2006, p. 931. Em Portugal, ver Cruz Vilaça, J. L. da, «Introdução à Nova Legislação da Concorrência», in Goucha Soares, A. e Leitão Marques, M. M. (eds.), *Concorrência — Estudos*, Almedina, Coimbra, 2006; Mariano Pego, J., «A Posição Dominante Relativa no Direito da Concorrência», Almedina, Coimbra, 2001.

sem que esteja prevista uma possibilidade de justificação (quer dizer, não é possível «justificar um abuso»...) e sem distinguir entre o objeto e o efeito da prática em questão⁶.

Além disso, em matéria de controlo prévio de concentrações, o legislador da União, ao modificar o regime instituído pelo Regulamento n.º 4064/89, não só alterou substancialmente as regras aplicáveis às empresas comuns («joint ventures») que podem ser consideradas operações de concentração, como também substituiu o anterior sistema de apreciação, assente primordialmente no critério da «criação ou do reforço de uma posição dominante» suscetível de afetar a concorrência, por um outro método que põe a tónica no critério da existência de um «entrave significativo à concorrência» no mercado interno, ao mesmo tempo que o conjuga, num registo exemplificativo, com o teste da criação ou do reforço de uma posição dominante.

Por último, foi instituído um regime de controlo de auxílios de Estado suscetíveis de afetar a concorrência no mercado interno, nos termos do disposto nos artigos 107.º e 108.º TFUE, sob a égide da Comissão Europeia e que envolve igualmente os órgãos jurisdicionais dos Estados-membros. Antes de integrados pelo legislador em diferentes regulamentos, os procedimentos e modalidades desse regime de controlo foram primeiramente desenvolvidos pela jurisprudência do Tribunal de Justiça.

5. Em terceiro lugar, foi instituído e posto em prática um sistema de controlo jurisdicional destinado a assegurar o respeito pelo direito na interpretação e na aplicação das regras de concorrência, em conformidade com o disposto no atual artigo 19.º, n.º 1, TFUE.

Desde a sua origem, este sistema foi concebido principalmente como um mecanismo de controlo da legalidade das decisões da Comissão Europeia, profundamente influenciado pelos princípios e regras do contencioso administrativo. Destarte, foi à autoridade administrativa competente ao nível da União, a Comissão Europeia, e não (tal como acontece nos Estados Unidos) a um tribunal, que foram conferidos, no essencial, nos termos dos artigos 17.º, n.º 1, TUE e 105.º TFUE, os poderes necessários para assegurar a aplicação efetiva das regras de concorrência do Tratado FUE («public enforcement»)⁷.

⁶ Tanto o Tribunal de Justiça (acórdãos de 30.6.1966, *Technique minière*, 56/65, EU:C:1966:38, e de 13.7.1966, *Établissements Consten et Grundig/Comissão*, 56 e 58/64, EU:C:1966:41), como o Tribunal da EFTA (acórdão de 22.12.2016, *Ski Taxi e. o./Governo norueguês*, E-3/16, n.º 47) sublinharam que, uma vez que a existência de um objecto ou de um efeito anticoncorrencial não acarreta exigências cumulativas, mas alternativas, a tomada em consideração dos efeitos concretos de um acordo é supérflua caso se conclua que este último tem por objeto restringir ou falsear o jogo da concorrência. A qualificação de um acordo como uma restrição da concorrência por objeto tem assim como consequência prática atenuar o ónus da prova da autoridade de controlo, que não precisa de demonstrar que o acordo tem efeitos restritivos da concorrência para poder impor a proibição prevista no artigo 101.º, n.º 1, TFUE ou no artigo 53.º, n.º 1, do Tratado EEE. Não decorre dos Tratados uma tal consequência no que respeita aos abusos de posição dominante proibidos pelo artigo 102.º TFUE (artigo 54.º EEE).

⁷ A reforma introduzida pelo Regulamento n.º 1/2003 e a atribuição de efeito direto às disposições do artigo 101º, n.º 3, TFUE, reforçaram a importância dos tribunais nacionais e

A criação, em 1989, do (hoje designado) Tribunal Geral introduziu na ordem jurídica da União um sistema de duplo controlo jurisdicional, no âmbito do qual este tribunal passou a estar colocado na primeira linha de controlo, ficando o papel do Tribunal de Justiça em sede de recurso limitado às questões de direito.

Isto explica que o objeto deste texto só possa ser tratado de forma completa por referência ao conjunto dos órgãos jurisdicionais da União, Tribunal de Justiça e Tribunal Geral, tendo em conta as especificidades da intervenção de cada um deles.

6. Definido pelos Tratados e desenvolvido pelo direito derivado, o regime de controlo da concorrência instituído na União encontra os seus fundamentos em normas de direito primário, em especial os artigos 101.º e 102.º TFUE, cujo conteúdo aberto e parcialmente indeterminado («open-ended provisions») requer uma atividade ulterior do legislador, da Comissão Europeia e, em última análise, dos tribunais da União, para o completar à luz dos objetivos da política de concorrência.

Importa, ainda, lembrar que os artigos 101.º e 102.º TFUE, cuja redação se mantém praticamente inalterada desde a criação da CEE (à época, os artigos 85.º e 86.º do Tratado CEE), proibem as restrições ou distorções da concorrência no mercado interno, recorrendo para isso a conceitos económicos cujo conteúdo é cada vez menos suscetível de ser densificado sem o auxílio de métodos económicos cada vez mais sofisticados.

Como recordou Bo Vesterdorf⁸, um dos meus sucessores como presidente do Tribunal de Primeira Instância, decorre da própria natureza do direito da concorrência que a sua aplicação tenha principalmente em conta o impacto negativo de determinadas práticas das empresas na economia e nos interesses dos consumidores, o que torna o direito da concorrência um domínio «where law and economics are inextricably linked».

O Tribunal de Justiça assumiu justamente a tarefa de determinar, através da sua jurisprudência, os contornos da maior parte dos conceitos-chave que fazem parte do regime da concorrência da União.

o papel motor das partes interessadas («private enforcement»). Este processo culminou com a adoção da Diretiva 2014/104/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de novembro de 2014, relativa a certas regras que regem as ações de indemnização no âmbito do direito nacional por infração às disposições do direito da concorrência dos Estados-membros e da União Europeia (JO L 349, 5.12.2014, p. 1). A intensificação da aplicação do direito da concorrência da União ao nível dos Estados-membros levará, naturalmente, ao aumento do número de questões prejudiciais, eventualmente importantes e inéditas, a serem submetidas ao Tribunal de Justiça pelos tribunais nacionais. Este artigo centra-se, não obstante, na natureza e intensidade do controlo jurisdicional levado a cabo pelo juiz da União no âmbito do mecanismo do recurso de anulação, previsto no artigo 263.º TFUE, assim como no âmbito dos recursos de decisões do Tribunal Geral a que se refere o artigo 256.º, n.º 1, TFUE.

⁸ Vesterdorf, B., «Economics in Court: Reflections on the Role of Judges in Assessing Economic Theories and Evidence in the Modernised Competition Regime», *Liber Amicorum in Honour of Sven Norberg*, Bruylant, 2006, pp. 511-530.

Conceitos como «empresa», «acordo», «prática concertada», «mercado relevante», «posição dominante», «abuso» e «auxílio de Estado» têm, progressivamente, vindo a receber na jurisprudência um conteúdo jurídico cada vez mais preciso.

Contudo, apesar das precisões e delimitações operadas pela jurisprudência, subsistiram ou foram introduzidos vários conceitos, cujos contornos continuam imprecisos. O fenómeno acentuou-se depois de a Comissão Europeia ter acolhido a tendência anglo-saxónica de favorecer uma abordagem mais económica («*a more economic approach*» ou «*an economics based approach*») na aplicação das regras de concorrência, privilegiando os «efeitos» dos comportamentos em detrimento da sua «forma».

Coloca-se assim, de forma contundente, a questão dos limites do poder de controlo do juiz face ao poder de apreciação de que deve beneficiar, nessas matérias económicas complexas, a autoridade responsável pela aplicação das regras de concorrência.

A JURISPRUDÊNCIA: UM APROFUNDAMENTO PROGRESSIVO DA INTENSIDADE DO CONTROLO OU A PROCISSÃO DE ECHTERNACH?⁹

7. Muito antes da abordagem «moderna» estar consolidada, o Tribunal de Justiça anunciou como concebia o seu papel enquanto juiz da legalidade da ação da Comissão, quando esta ação envolve apreciações complexas em matérias de cariz económico¹⁰.

Assim, no seu acórdão Consten e Grundig, de 1966, *supra* referido, o Tribunal enunciou o princípio do controlo restrito de tais apreciações, afirmando, designadamente, que «o controlo jurisdicional dessas apreciações

⁹ A procissão dançante de Echternach é um cortejo religioso que tem lugar todos os anos, na terça-feira de Pentecostes, naquela cidade luxemburguesa e cuja origem remonta à Idade Média. A coreografia foi sendo alterada com o tempo, mas, originariamente, os dançarinos avançavam três passos para, de seguida, recuarem dois, o que deu, destarte, origem à expressão «avançar ao passo de Echternach».

¹⁰ Sobre a questão de saber no que se traduz uma «apreciação complexa em matérias de cariz económico», ver Kalintiri, A., «What's in a Name ? The Marginal Standard of Review of 'Complex Economic Assessments' in EU Competition Enforcement», *Common Market Law Review*, vol. 53, n.º 5, 2016, pp. 1283-1316. O autor entende que «'complexity' usually derives from the fact that the authority must take into account a multitude of relevant factors, whose systemic interaction may often be abstruse and may require a solid understanding of economics» (op. cit., p. 1293). O conceito de «complexity» não deve ser confundido com «discretion concerning policy choices» (como, por exemplo, a política de sanções) e não implica necessariamente «juízos de valor» (op. cit., pp. 1286, nota 12, 1292-1293). O advogado-geral Léger, nas suas conclusões no processo Rica Foods/Comissão (C-40/03 P, EU:C:2005:93, n.ºs 45 a 49), já propunha uma distinção entre «poder discricionário de natureza política» e «poder discricionário de natureza técnica». Em contraste, Jaeger, M., «L'intensité du contrôle du Tribunal dans les affaires de concurrence soulevant des questions d'appréciation économique complexe», *ERPL/REDP*, vol. 24, n.º 3, 2012, pp. 975-996, considera que o termo «complexo» deve ser entendido «como a expressão de uma escolha de política económica da Comissão» (op. cit., p. 992).

deve respeitar esse caráter, limitando-se ao exame da veracidade dos factos e das qualificações jurídicas a que procedeu a Comissão».

Vinte anos depois, no acórdão Remia¹¹, o Tribunal de Justiça precisou que o seu controlo, em princípio pleno, das condições de aplicação das regras de concorrência poderia dar lugar a um controlo restrito nas situações em que (tal como no caso da decisão relativa à duração admissível de uma cláusula de não concorrência inserida num contrato de aquisição de determinada empresa) essa aplicação exija apreciações económicas complexas por parte da Comissão. Segundo o Tribunal¹², a sua fiscalização deverá então limitar-se à análise do «respeito das normas de procedimento, do caráter suficiente da fundamentação, da exatidão material dos factos, bem como da ausência de erro manifesto ou de desvio de poder».

O Tribunal de Justiça reiterou, em substância, esta posição no domínio do controlo de concentrações. Assim, no seu acórdão Kali und Salz, de 1998¹³, indicou que a Comissão Europeia dispõe de um «certo poder discricionário, designadamente, no que respeita às apreciações de ordem económica» e que esse poder «é essencial na definição das regras em matéria de concentrações».

O Tribunal Geral seguiu, naturalmente, esta linha jurisprudencial. Assim, no seu acórdão Cartes Bancaires («CB»), de 1994¹⁴, o referido tribunal retomou, quase na íntegra, a «fórmula Remia» com vista a enquadrar a margem de apreciação da Comissão na aplicação do artigo 85.º, n.º 3, CEE (atual artigo 101.º, n.º 3, TFUE).

8. A atitude do juiz da União relativamente à margem de apreciação da Comissão Europeia pareceu infletir, no início dos anos 2000, nomeadamente em matéria de concentrações, no sentido de um controlo mais intenso, o que, para alguns autores¹⁵, traduzia a intenção do juiz da União, em especial do Tribunal Geral, de reexaminar, se necessário, a exatidão da análise de fundo efetuada pela Comissão Europeia.

A nova orientação manifestou-se, em especial, no controlo de «nova geração» que o juiz da União levou a cabo a partir do momento em que a Comissão se aventurou em domínios até então inexplorados referentes ao exame das concentrações e à aplicação de teorias económicas nessa matéria.

Assim, no caso Airtours/First Choice¹⁶, estavam em causa as condições de verificação (prospetiva) do conceito de posição dominante coletiva num mercado oligopolista suscetível, *a priori*, de facilitar uma colusão tácita entre

¹¹ Acórdão de 11.7.1985, Remia e.o./Comissão, C-42/84, EU:C:1985:327.

¹² Acórdão já referido, n.º 34.

¹³ Acórdão de 31.3.1998, França e. o./Comissão, denominado «Kali & Salz», C-68/94 e C-30/95, EU:C:1998:148, n.ºs 223-224.

¹⁴ Acórdão de 23.2.1994, Groupement des cartes bancaires «CB» e Europay International SA/Comissão, processos apensos T-39/92 e T-40/92, EU:T:1994:20, n.º 109.

¹⁵ Assim, Bailey, D., «Standard of Proof in EC Merger Proceedings: A Common Law Perspective», *Common Market Law Review*, vol. 40, n.º 4, 2003, pp. 845-888.

¹⁶ Decisão da Comissão, processo IV/M.1524 — Airtours/First Choice, 22.9.1999.

os principais operadores desse mercado. No caso Tetra Laval/Sidel¹⁷, estava essencialmente em causa a análise dos efeitos de conglomerado e alavancagem («leveraging») de uma aquisição. Por sua vez, no caso Schneider/Legrand¹⁸, tratava-se, designadamente, da opção da Comissão Europeia de realizar uma análise dos efeitos transnacionais da operação, em detrimento de uma análise dos efeitos em cada um dos mercados nacionais considerados separadamente. Finalmente, no caso GE/Honeywell¹⁹, a Comissão Europeia foi confrontada com uma problemática, a dos efeitos conglomerais, semelhante à da analisada na decisão Tetra Laval/Sidel, mas agora nos mercados de motores a reação para aviões e outros equipamentos aeroespaciais.

É sabido que estes processos levaram a uma série de anulações, pelo Tribunal Geral²⁰, de decisões da Comissão Europeia, decisões estas que, nesse «*annus horribilis*» de 2002, agitaram a comunidade do direito europeu da concorrência e influenciaram as práticas da Comissão neste domínio.

A abordagem do Tribunal Geral foi confirmada, em sede de recurso, pelo Tribunal de Justiça no acórdão Tetra Laval²¹, no qual foi precisado que «embora [se reconheça] à Comissão uma margem de apreciação em matéria económica, tal não implica que o juiz [da União] deva abster-se de fiscalizar a interpretação que a Comissão faz de dados de natureza económica»²². O Tribunal esclareceu, a este respeito, no que ficaria conhecido por «fórmula Tetra Laval», que o papel do juiz da União nesta matéria é não apenas o de «verificar a exatidão material dos elementos de prova invocados, a sua fiabilidade e a sua coerência, mas também [o de] controlar se estes elementos constituem a totalidade dos dados pertinentes que devem ser tomados em consideração para apreciar uma situação complexa e se são suscetíveis de fundamentar as conclusões que deles se retiram».

O Tribunal de Justiça salientou em seguida que «[e]sse controlo é ainda mais necessário quando se trata de uma análise prospetiva exigida pelo exame de um projeto de concentração que produz um efeito de natureza conglomeral»²³.

¹⁷ Decisões da Comissão C (2001) 3345 final, processo COMP/M.2416 — Tetra Laval/Sidel, 30.10.2001, e processo COMP/M.2416 — Tetra Laval/Sidel, 30.1.2002.

¹⁸ Decisão da Comissão, processo COMP/M.2283 — Schneider/Legrand, 10.10.2001.

¹⁹ Decisão da Comissão, processo COMP/M.2220 — General Electric/Honeywell, 03.07.2001.

²⁰ Ver acórdãos do Tribunal Geral de 6.6.2002, Airtours/Comissão, T-342/99, EU:T:2002:146, de 22.10.2002, Schneider Electric/Comissão, T-310/01, EU:T:2002:254, de 25.10.2002, Tetra Laval/Comissão, T-5/02, EU:T:2002:264.

²¹ Acórdão do Tribunal Geral Tetra Laval, já referido, n.º 119.

²² Acórdão do Tribunal de Justiça de 15.2.2005, Comissão/Tetra Laval, C-12/03 P, EU:C:2005:87, n.º 39.

²³ Acórdão citado, n.º 39. O Tribunal esclareceu ainda que «uma análise prospetiva, como as que são necessárias em matéria de fiscalização das concentrações, necessita de ser efetuada com grande atenção, uma vez que não se trata de analisar acontecimentos do passado, a respeito dos quais se dispõe frequentemente de numerosos elementos que permitem compreender as suas causas, nem mesmo acontecimentos presentes, mas sim de prever os acontecimentos que se produzirão no futuro, segundo uma probabilidade mais ou menos forte, se não for adotada nenhuma decisão que proíba ou que precise as condições da

Fora do domínio das concentrações, o Tribunal Geral, ao relembrar que a questão de saber se estão preenchidas as condições de aplicação dos artigos 101.º e 102.º TFUE é objeto, em princípio, de um controlo pleno por parte do juiz da União, constatou que mesmo que o exame de tal questão possa implicar apreciações económicas complexas relativamente às quais a jurisprudência reconhece uma certa margem de apreciação à Comissão, «[esta não é], em caso algum, ilimitada»²⁴.

COM VISTA A ORGANIZAR A COEXISTÊNCIA DIFÍCIL ENTRE “MARGEM DE APRECIÇÃO” E “CONTROLO JURISDICIONAL”

9. Há que situar no seu exato contexto as apreciações do Tribunal de Justiça (e do Tribunal Geral) que acabam de ser recordadas. Impõem-se, com efeito, algumas clarificações conceptuais.

Tal como salientado pelo Tribunal Geral, no seu acórdão *General Electric/Comissão*, de 2005²⁵, no que diz respeito à natureza do controlo, existe «uma distinção essencial entre, por um lado, os dados e constatações de facto, cuja eventual inexatidão pode ser apurada pelo juiz à luz dos argumentos e elementos de prova que lhe são apresentados e, por outro, as apreciações de ordem económica».

Mario Siragusa²⁶ exprimiu esta ideia da seguinte forma: «questions of both law and fact are subject to full and unqualified review. Indeed, in their 50-year long experience of judicial review in competition cases, the Court of Justice and the General Court have in very many instances subjected to a comprehensive review not only (i) the *correctness, accuracy and completeness of the findings of fact* forming the basis of the Commission’s determination

concentração prevista» (n.º 42). Estas diferentes considerações foram retomadas pelo Tribunal Geral no seu acórdão de 14.12.2005, *General Electric/Comissão*, T-210/01, EU:T:2005:456, n.º 64. Neste mesmo espírito, e tal como referido pelo atual presidente do Tribunal Geral, M. Jaeger (op. cit., p. 987), no seu acórdão de 6.7.2010, *Ryanair/Comissão* (T-342/07, EU:T:2010:280, n.ºs 139 a 195 e 448 a 455), este tribunal debateu em detalhe as análises econométricas utilizadas no âmbito do exame de compromissos assumidos pelas partes.

²⁴ Acórdão de 28.4.2010, *Anann & Söhne e Cousin Filterie/Comissão*, T-446/05, EU:T:2010:165, n.º 131. Da mesma forma, no seu acórdão de 27.9.2006, *GlaxoSmithKline Services/Comissão*, T-168/01, EU:T:2006:265, o Tribunal Geral rejeitou a abordagem *per se* da Comissão que consistia em declarar que uma cláusula suscetível de restringir o comércio paralelo tem um objeto anticoncorrencial, sem ter em consideração o contexto económico do acordo e sem tomar em consideração os argumentos pertinentes da requerente. Em recurso contra este último acórdão, o Tribunal de Justiça não seguiu, contudo, o entendimento do Tribunal Geral sobre este ponto por entender que este cometera um erro de direito (acórdão de 6.10.2009, *GlaxoSmithKline Services/Comissão*, processos apensos C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P e C-519/06 P, EU:C:2009:610, n.º 64).

²⁵ Acórdão já referido, n.º 62.

²⁶ Siragusa, M., «Annulment Proceedings in Antitrust Cases (Articles 101 and 102 TFEU): Standard of Judicial Review Over Substantive Issues», in Merola, M. e Derenne, J., (eds.), *The Role of the Court of Justice of the European Union in Competition Law Cases*, Bruylant, 2012, pp. 129-137.

and (ii) *any question of law*, but also (iii) the Commission's *application of the law to the relevant facts*».

Como o advogado-geral M. Poiares Maduro observou nas suas conclusões no processo Comissão/max.mobil²⁷, embora o juiz deva exercer um controlo limitado sobre apreciações complexas em matéria económica levadas a cabo pela Comissão Europeia, no exercício dos poderes a esta reconhecidos pelas normas da concorrência²⁸, não é «menos verdade que o controlo assim concebido é um controlo completo de legalidade, no sentido de que abrange todos os vícios regularmente fiscalizados pelo juiz no âmbito do recurso de anulação»²⁹. A limitação da fiscalização jurisdicional não diz, portanto, respeito «à extensão, mas sim à intensidade da fiscalização»³⁰.

10. Em contrapartida, retiro da jurisprudência da União que, uma vez que a análise da Comissão Europeia se torna particularmente complexa e a margem de apreciação que lhe deve ser reconhecida mais significativa, o controlo do juiz deverá ser particularmente vigilante³¹. Impõe-se, pois, um equilíbrio compensatório entre a margem de apreciação da administração e o exercício dos poderes de controlo do juiz.

Tal entendimento não conduziu, apesar disso, ao abandono pelo juiz da União do modelo de «controlo restrito» quando estejam em causa questões complexas de cariz económico.

Com efeito, o Tribunal de Justiça sempre recusou substituir-se à administração no exercício da sua missão e proceder *ex novo* a uma análise substancial alternativa à da Comissão. Ainda menos se arrogou o Tribunal a prerrogativa de definir os contornos da política de concorrência na União: esse é o papel da Comissão Europeia, nos termos definidos pelo legislador da União, tarefa para a qual esta instituição está particularmente bem equipada.

De igual forma, o Tribunal de Justiça sempre recusou substituir pela sua própria apreciação, no âmbito de um recurso, a apreciação do Tribunal Geral³².

²⁷ Conclusões de 21.10.2004, Comissão/max.mobil, que passou a T.Mobile Austria, C-141/02 P, EU:C:2004:646, n.ºs 77 e 78.

²⁸ Acórdãos Consten e Grundig e Remia, já citados.

²⁹ Conclusões, n.º 77.

³⁰ Conclusões, n.º 78. Neste contexto, resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça que o controlo jurisdicional previsto nos Tratados implica que o juiz da União exerça um controlo tanto de direito como de facto e que este tenha o poder de apreciar as provas, de anular a decisão da Comissão em matéria de concorrência e de modificar os montantes das coimas. É por este motivo que o Tribunal considera que um controlo assim concebido não é contrário às exigências do princípio da proteção jurisdicional efetiva, que figura atualmente no artigo 47.º da Carta dos direitos fundamentais da União Europeia (ver, neste sentido, por exemplo, acórdão de 18.7.2013, Schindler Holding e. o./Comissão, C-501/11 P, EU:C:2013:522, n.º 38 e jurisprudência referida).

³¹ Ver, neste sentido, acórdão de 21.11.1991, Technische Universität München, C-269/90, EU:C:1991:438, n.º 14.

³² Ver, neste sentido, acórdãos do Tribunal de Justiça de 15.03.2007, British Airways/Comissão, C-95/04 P, EU:C:2007:166, n.º 78, e de 14.10.2010, Deutsche Telekom/Comissão, C-280/08 P, EU:C:2010:603, n.º 53.

No fim de contas, o que está em causa é o respeito, pelo juiz da União, do equilíbrio institucional desejado pelos autores dos Tratados e das competências reservadas a cada instituição e a cada tribunal³³.

11. Nos domínios que implicam o exercício de uma ampla margem de apreciação da autoridade administrativa, o conceito-chave que o juiz deve ter em conta com vista a enquadrar este poder é o de «erro manifesto de apreciação».

Trata-se de um conceito indeterminado que deve, evidentemente, ser precisado caso a caso. A este propósito, Kalintiri³⁴ assinala a existência de, pelo menos, quatro tipos de erros suscetíveis de anular uma decisão da Comissão, mesmo no âmbito de um controlo restrito: (i) a Comissão não avaliou corretamente os factos materiais em que baseou a sua análise³⁵; (ii) a Comissão não teve em consideração factos relevantes; (iii) a Comissão baseou a sua decisão em factos manifestamente sem relevância; (iv) a análise das provas pela Comissão, ainda que não manifestamente errónea, não pode legitimamente fundamentar as suas conclusões quanto à probabilidade de produção de determinados efeitos no mercado em resultado de uma operação de concentração, ou quanto à existência de um comportamento estratégico que vise o encerramento do mercado ou a exclusão de um concorrente.

12. Resulta do que acaba de se recordar que uma atitude de *self restraint*, imposta pela natureza das matérias, não implica, de modo algum, a criação de uma «zona de não-direito»³⁶, reservada exclusivamente à administração e aos “especialistas”.

Já a jurisprudência inicial do Tribunal Geral não deixava qualquer dúvida relativamente à sua intenção de submeter a margem de apreciação da Comissão Europeia no âmbito de matérias técnicas ou económicas complexas a um exame aprofundado³⁷.

Mas mesmo após — e talvez sobretudo com — a entrada em força dos economistas no domínio do direito da concorrência, o controlo exercido pelo juiz não só se manteve, como precisou de se tornar mais sofisticado³⁸!

³³ Ver, no mesmo sentido, as conclusões do advogado-geral A. Tizzano, de 25.5.2004, EU:C:2004:318, no processo Comissão/Tetra Laval, C-12/03P, já referido, n.º 89. Ver, igualmente, B. Vesterdorf, op. cit., p. 516.

³⁴ Op. cit., pp. 1299-1302.

³⁵ A título exemplificativo, duas categorias de clientes que não eram, de facto, comparáveis; ou o mercado não era tão transparente quanto a Comissão havia considerado.

³⁶ Expressão utilizada por M. Jaeger, op. cit., p. 976.

³⁷ Ver, a título de exemplo, os acórdãos nos processos Enichem Anic e o./Comissão, T-6/89 e o. «Polipropileno», EU:T:1991:74; BASF e o./Comissão, T-79/89 e o., EU:T:1992:26, e LVM NV e o./Comissão, T-305/94 e o. «PVC», EU:T:1999:80.

³⁸ Encontramos na literatura jurídica testemunhos eloquentes desta realidade. Assim, M. Jaeger, no seu artigo *supra* citado, fornece uma bela coleção de expressões apropriadas: «controlo restrito» está longe de ser um sinónimo de «controlo ligeiro»; o juiz da União impõe um «controlo rigoroso», «sério», «intenso, minucioso, preciso e detalhado» da margem de apreciação da Comissão; a jurisprudência testemunha da «forte intensidade do controlo restrito», assim como da extrema minúcia levada a cabo pelo juiz da União. J. Derenne, no seu artigo «The Scope of Judicial Review in EU Economic Cases», in Merola, M. e Derenne, J. (eds.), *The Role of the Court of Justice of the European Union in Competition Law Cases*,

O DIREITO E A ECONOMIA: UM CASAMENTO DE CONVENIÊNCIA

13. Os documentos adotados pela Comissão no âmbito da sua «abordagem mais económica»³⁹ colocam o acento tónico na preservação de uma concorrência efetiva no mercado interno⁴⁰ (e não necessariamente na proteção dos concorrentes, sobretudo dos menos eficazes⁴¹), com vista a evitar o prejuízo que os consumidores podem sofrer em virtude de práticas empresariais que criam obstáculos ao jogo da concorrência.

Os referidos documentos reconhecem a importância dos conceitos económicos indispensáveis a uma análise completa de todas as circunstâncias de cada caso, tal como imposto pela jurisprudência do Tribunal de Justiça⁴². Conceitos como ganhos de eficiência, concorrência residual e potencial, barreiras à entrada, economias de escala e de gama, compressão de margens («*margin squeeze*»), a teoria microeconómica dos custos, poder de mercado ou poder de compra («*buyer power*») dos clientes da empresa, tornaram-se termos comuns na aplicação das regras de concorrência do Tratado.

De igual modo, a prática da Comissão Europeia e a apreciação do juiz da União valorizam as provas de natureza económica antes de concluir pela existência de uma infração. Deste ponto de vista, o exame de cada caso é normalmente conduzido com a ajuda de métodos econométricos tais como os coeficientes de concentração ou o teste do concorrente igualmente eficaz («*as efficient competitor*»), instrumentos suscetíveis de introduzir um maior rigor na análise das relações complexas entre os comportamentos das empresas e os seus efeitos nos mercados.

14. O grande desafio para o jurista é assim o de converter as teorias económicas em critérios jurídicos sólidos de modo a assegurar, tanto quanto possível, a clareza dos conceitos, a segurança jurídica na aplicação das regras e a previsibilidade da lei para todos os seus destinatários.

Bruylant, 2012, p. 80), escreveu que: «*wide powers entrusted to the European Commission should be balanced by an effective and comprehensive judicial review*».

³⁹ Ver, nomeadamente, a Comunicação da Comissão — Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82.º do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante (JO C 45, 24.2.2009, p. 7), assim como o Documento de Discussão da Comissão que a precedeu; as Orientações para a apreciação das concentrações não horizontais nos termos do Regulamento do Conselho relativo ao controlo das concentrações de empresas (JO C 265, 18.01.2008, p. 6); as Orientações sobre a aplicação do artigo 101.º do TFUE aos acordos de cooperação horizontal (JO C 11, 14.1.2011, p. 1); o Regulamento (UE) 330/2010 da Comissão de 20 de Abril de 2010 relativo à aplicação do artigo 101.º, n.º 3, do TFUE a determinadas categorias de acordos verticais e práticas concertadas (JO L 102, 23.4.2010, p. 1).

⁴⁰ Ver também acórdão de 17.02.2011 *TeliaSonera Sverige*, C-52/09, EU:C:2011:83, n.º 22, e jurisprudência citada.

⁴¹ Ver acórdãos de 27.03.2012, *Post Danmark I*, C-209/10, EU:C:2012:172, n.ºs 21-22, de 6.10.2015, *Post Danmark II*, C-23/14, EU:C:2015:651, n.ºs 68, e conclusões do advogado-geral Wahl de 20.10.2016, EU:C:2016:788, no acórdão C-413/14 P, *Intel Corporation/Comissão*, n.ºs 41 e 74-78.

⁴² Acórdão de 15.3.2007, *British Airways/Comissão*, citado, n.º 86, e de 27.3.2012, *Post Danmark I*, citado, n.º 29.

Em todo o caso, é indispensável que a interpretação das regras se baseie em «*sound economic principles*», o que implica, por parte do jurista em geral, e do juiz em particular, uma apurada sensibilidade às realidades económicas, um bom domínio dos conceitos económicos fundamentais e uma especial atenção às conclusões da ciência económica no domínio «antitrust», que se encontra em constante evolução⁴³.

Há, contudo, que reconhecer que a linha divisória entre o poder de apreciação e o dever de fiscalização é por vezes muito ténue, o que pode induzir avaliações pelo menos mitigadas da coerência da linha seguida e mesmo do espírito de sintonia entre os dois tribunais da União⁴⁴.

⁴³ O debate sobre o papel da economia e dos economistas na aplicação do direito da concorrência da UE intensificou-se recentemente na sequência dos acórdãos do Tribunal de Justiça Post Danmark I e II e dos acórdãos Intel do Tribunal Geral (acórdão de 12.6.2014, T-286/09, EU:T:2014:547) e, em recurso, do Tribunal de Justiça (acórdão de 6.9.2017, C-413/14 P, Intel Corporation/Comissão, ECLI:EU:C:2017:632). Remete-se o leitor, neste contexto, por um lado, para os trabalhos de Ibañez Colomo, Pablo e Lamadrid de Pablo, Alfonso, «On the notion of restriction of competition: what we know and what we don't know we know», in Gerard, D., Merola, M. e Meyring, B. (eds), *The Notion of Restriction of Competition: Revisiting the Foundations of Antitrust Enforcement in Europe*, Bruylant, 2017, pp. 333-366. Ver também Ibañez, P., «Intel and Article 102 TFEU Case Law: Making Sense of a Perpetual Controversy», LSE Law, Society and Economy Working Papers, 29/2014, acessível via “<http://ssrn.com/abstract=2530878>”; Idot, Laurence, «Regards sur l'arrêt Intel. Confirmations ou évolution?», *Europe*, 2014, étude 7, pp. 5-11; Jones, Alison and Sufrin, Brenda Elizabeth, “The European Way — Reflections on the Intel Judgment” (2015) 1 *Competition Law & Policy Debate* 32-42, p. 40 (disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3046134>); Geradin, D., «Loyalty Rebates after Intel: Time for the European Court of Justice to Overrule Hoffman-La Roche», *Journal of Competition Law & Economics*, vol. 11, n.º 3, 2015, pp. 579-615; Peepkorn, L., «Conditional pricing: Why the General Court is wrong in Intel and what the Court of Justice can do to rebalance the assessment of rebates», *Concurrences*, 2015, n.º 1 pp. 43-63; Colomo, P. I., «Beyond the ‘More Economics-Based Approach’: A Legal Perspective on Article 102 TFEU Case Law», *Common Market Law Review*, vol. 53, n.º 3, 2016, pp. 709-740; Petit, N., «Intel, Leveraging Rebates and the Goals of Article 102 TFEU», *European Competition Journal*, vol. 11, 2015, pp. 26-68; Petit, N., «The Advocate General's Opinion in Intel v Commission: Eight points of common sense for consideration by the CJEU», *Concurrences*, 2017, n.º 1 pp. 28-35. Por outro lado, ver Wills, W., «The judgment of the EU General Court in Intel and the so-called ‘more economic approach’ to abuse of dominance», *World Competition*, vol. 37, n.º 4, 2014, pp. 405-434, et Whish, R., «Intel v Commission: Keep Calm and Carry on!», *Journal of European Competition Law & Practice*, 2015, vol. 6, n.º 1, pp. 1-2. Uma vez que, à data em que a primeira versão deste texto foi redigida (agosto de 2017), o acórdão do Tribunal de Justiça no processo Intel ainda não tinha sido proferido, o mesmo não é analisado no presente artigo. Sobre esse acórdão de importância primordial no desenvolvimento da jurisprudência relativa ao artigo 102.º TFUE, veja-se Cruz Vilaça, J. L. da, «The Intensity of Judicial Review in Complex Economic Matters — Recent competition law judgments of the Court of Justice of the EU», em vias de publicação in *Oxford Review of Antitrust Enforcement*, Oxford University Press. Ver também: Ibañez, P. e Lamadrid, A., «Chillin' Competition», blog, 6.9.2017, acessível em: “<https://chillingcompetition.com/2017/09/06/comments-on-intel-presumptions-effects-based-analysis-and-open-questions/>”; Idot, L., «Match nul provisoire dans l'affaire Intel: la partie continue...», *Europe* n.º 10, Octobre 2017, étude 9 (disponível em: “<http://www.lexisnexis.com/fr/droit/>”); Sibony, Anne-Lise, «Analyse économique: La Cour de justice de l'Union européenne, en Grande Chambre, ouvre le prétoire à l'analyse économique jugeant que, en matière de rabais fidélisants aussi, il faut prendre au sérieux l'analyse des effets d'éviction (Intel)», *Concurrences*, n.º 84985 (disponível em: “www.concurrences.com”).

⁴⁴ M. Jaeger (op. cit., pp. 988-990) fez-se eco dos comentários de uma parte da doutrina relativamente a um conjunto de três processos nos quais o Tribunal de Justiça, censurando

15. Impõe-se, nestas matérias, uma aplicação rigorosa das regras que regulam o ónus da prova. De igual modo, na panóplia de instrumentos de análise e de controlo do juiz figura ainda a utilização de presunções, em particular, quando os ensinamentos da teoria económica o justifiquem⁴⁵. No respeito pelos direitos da defesa, é indispensável que estas presunções sejam sempre suscetíveis de ser ilididas através da demonstração, pelas partes interessadas, da verificação, pelo menos provável, de efeitos que se opõem a tais presunções.

Em suma, compete às partes, assessoradas pelos seus peritos, neutralizar a credibilidade da construção da Comissão Europeia e ao Tribunal julgar em função do resultado. Sobre este ponto, a questão de saber se deverá exigir-se positivamente a prova de um erro manifesto ou se bastará uma dúvida séria quanto à coerência ou à solidez da teoria aplicada, pode depender de cada caso concreto.

Um tal exercício não pode limitar-se a uma escolha ideológica entre duas abordagens de princípio. De resto, será sempre delicado para o Tribunal ser chamado a escolher entre duas teorias económicas de credibilidade equivalente. Nas palavras de um grande economista francês num debate radiofónico, passados já 40 anos, a ciência económica é tão neutra como uma espingarda: ambas servem a quem as souber manusear! Encontramos aqui uma razão suplementar para a decisão final pertencer aos juízes e não aos economistas⁴⁶.

o Tribunal Geral, designadamente, por este ter apresentado a «sua própria avaliação das circunstâncias económicas complexas e [ter substituído], assim, a apreciação da Comissão pela sua própria apreciação, imiscuindo-se, desta forma, na margem de apreciação desta» (acórdão de 29.6.2010, Comissão/Alrosa, C-441/07 P, EU:C:2010:377, n.ºs 66-67), teria adotado uma atitude «mais permissiva» quanto à margem de apreciação da Comissão. Ver também acórdãos de 10.7.2008, Bertelsmann e Sonny Corporation of America/Impala, C-413/06 P, EU:C:2008:392, n.º 146, e de 6.10.2009, GlaxoSmithKline Services/Comissão, processos apensos C-501, 513, 515 e 519/06 P, EU:C:2009:610, n.ºs 57-64. Para uma visão crítica, ver também Siragusa, op. cit., pp. 132 e ss.

⁴⁵ Recordemos, a título de exemplo, a presunção de posição dominante, estabelecida no acórdão de 3.7.1991, Akzo Chemie/Comissão, C-62/86, EU:C:1991:286, n.º 60, a partir de uma quota de mercado superior a 50%. Tal presunção, mesmo que limitada à ausência de circunstâncias excecionais que justificassem uma conclusão diferente, foi criticada pela doutrina, em especial pelo seu caráter absoluto, que não tinha em consideração a estrutura e a evolução do mercado ao longo do tempo, nem a importância das barreiras à entrada (ver Walbroeck, M. e A. Frigani, A., «Concurrence», *Commentaire J. Megret — Le droit de la CE*, vol. 4, 2.ª edição, IEE/ULB, 1997, p. 238).

⁴⁶ Duas considerações suplementares permitem, na minha opinião, atenuar a dificuldade desta tarefa para o juiz. Por um lado, não obstante as eventuais diferenças de abordagem entre os economistas (neste sentido, estes não se diferenciam muito dos juristas...), existe um consenso que progressivamente se vem formando com a experiência de aplicação, sobre qual o melhor tratamento a dar a um número crescente de problemas em matéria de concorrência. Por outro lado, embora o juiz não deva tomar posição no debate como perito em economia da concorrência, pode, no entanto, assessorar-se por peritos que lhe permitem ter uma melhor compreensão das diversas teorias invocadas. É neste espírito que, sob a minha presidência, o Tribunal de Primeira Instância contratou um economista, experiência cuja utilidade não pôde ser definitivamente comprovada...